

corporações se tinha imposto, se a titulo de consolidação se apossassem delles, e usando a mesma lei da palavra *enfyteuticar*, e dando ás Igrejas o poder de enfyteuticar estes bens, declara os effeitos da pena na forma, que da Ordenaçāo se deduz, e eu tenho exposto. E no que manda, que enfyteutiquem estes bens pelos mesmos fóros, e laudemios, ainda mais declara a mesma Ord.; porque em virtude della as pessoas seculares, a quem se afforrassem estes bens, se as Igrejas, e Corpos de mão morta naõ estivessem na posse delles, haviaõ de havellos sem accrescentamento, e agora naõ quiz a lei que fossem mais oneradas as pessoas, a quem se afforrassem, do que haviaõ de ser, se a Ord. se tivesse observado: e eis-aqui hum dos fins da disposiçāo da Ord. conservado, e declarado neste §. No segundo *item* tambem se vê confirmada a mesma Ord. Manda neste lugar, que aquelles emprazamentos, que as Igrejas, e Corpos de mão morta tinhaõ feito nos bens, que illigitimamente tenhaõ possuido, fiquem prazos hereditarios com os mesmos fóros, e laudemios, que tinhaõ nos títulos, e escrituras antecedentes. Por isto

isto que ficaõ os mesmos fóros , e laudemios declarados nos titulos antecedentes , he evidente que aqui se trata de recmprazamentos ; pois de outra maneira naõ podia haver titulos antecedentes com foros , e laudemios declarados ; e porque impõe a pena de ficarem os prazos de ~~successão~~ perpetua ou hereditarios , tambem he manifesto que a lei reprovou a alteraçāo , ou alteraçōes , que se haviaõ feito , e as achou contrarias á Ordenaçāo , pois de outro modo naõ imporia huma pena sem ter havido desobediencia da lei : logo he sem duvida que a lei neste §. confirma a disposiçāo da Ordenaçāo , e que contempla ser ella , que nos casos de devoluçāo , ou tivesse havido a quem pertencesse o direito de renovaçāo , ou naõ , nunca houvesse consolidadaçāo . E eis-aqui vemos nós , como tambem neste §. se confirma a regra da Ordenaçāo , pela qual os prazos Ecclesiasticos naõ podem consolidar-se , e saõ perpetuos , aonde o A. diz que só se establece , e manda que somente certa enfyteuse seja perpetua , como se a lei aqui quizera revogar a Ord. , que taõ amplamente explicou no seu preambulo , e que confirmou no dito §. que principia *declaro* ,

claro , e no primeiro *item*.

6. Mas para naõ haver outra similitudine equivocaçāo devo advertir , que neste §. a palavra *perpetuos* significa prazos hereditarios , os quaes tambem se chamaõ perpetuos em attenção a terem huma successão perpetua , ou de fim incerto , e naõ esperado ; pois a lei aqui faz huma disposição a respeito da successão , e qualidade da enfyteuse , e manda que os prazos , de que se falla neste §. , fiquem com esta successão , ainda que tenhaõ outra forma. Porém a impossibilidade que os prazos Ecclesiasticos tem de se consolidar , faz a enfyteuse perpetua em sentido mui differente , e muito mais amplo : mui differente ; porque faz a enfyteuse perpetua em si mesma , e independentemente da sua qualidade ; pois ou tenha a qualidade de vitalicia , ou de familiar , ou de hereditaria sempre he perpetua , como temos dito : muito mais amplo ; porque a enfyteuse hereditaria , ainda que se diz perpetua , com tudo nos prazos seculares , ou de pessoas , que podem consolidar , extinguir-se , e consolida-se , quando o enfyteuta morre sem ter herdeiros , e a enfyteuse Ecclesiastica here-

di-

ditaria nem neste caso se pôde extinguir, e consolidar; porque as Igrejas, e Corpos de maõ morta nõnca pôdem adquirir o dominio util, como tambem já fica dito: em fim naõ se diz perpetua, porque os enfyteutas tenhaõ em toda a enfyteuse Ecclesiastica o direito de succeder perpetuamente, como tem nos prazos hereditarios, disse perpetua, porque naõ acaba, ainda que ninguem tenha direito particular de succeder nella, segundo temos exposto. Os §§. que a este segundo *item* se seguem nesta lei, mais claramente mostrao que as Igrejas, e Corpos de maõ morta naõ pôdem consolidar, e que ella naõ fez mais que fazer pôr em seu vigor a Ordenaçao, e as regras que della se deduziaõ a respeito dos prazos Ecclesiasticos, que pela opiniao dos D. D. se achavaõ obscurecidas, por isto os ommitto, e passo á lei de 12. de Maio de 1769.

7. O uso, e costume que havia a respeito dos prazos Ecclesiasticos, de serem reputados em quanto á consolidaçao sem diferença dos seculares, fez parecer obscura a dita lei de 4. de Julho de 1768., naõ obstante toda a sua clareza. A declaraçao de que as Igrejas, e Cor-
pos

pos de maõ morta naõ podiaõ consolida-
dar hum com outro dominio , pareceo
tirar a pena do commisso : o §. do se-
gundo *item* fez parecer , que chegando
o caso de consolidaçao , todos os pra-
zos Ecclesiasticos devião ficar heredita-
rios : e até se julgou que as Igrejas , e
Corpos de maõ morta nos caſos de de-
voluçao naõ podiaõ estipular os mes-
mos fóros , e laudemios , que constavão
dos titulos antecedentes , e que não po-
dião fazer as novas escrituras dos
prazos mencionados na lei , nem dar
em caſo algum hum novo enfyteuta ao
prazo ; porque segundo as regras ordi-
narias , e as que se lião nos DD. , pa-
ra tudo isto se fazer , era necessario que
o senhorio consolidasse o dominio util-
com o directo. Para tirar pois todas es-
tas , e outras duvidas , e exclarecer as
consequencias da falta da consolidaçao ,
e as novas regras , que por esta cauſa se
devião consolidar nos prazos Ecclesiasticos , se fez a lei de 12. de Maio de
1769. , como della mesmo se mostra. No
§. que principia *os prazos* , declara ella
que os prazos dos Mosteiros , chegan-
do o caſo de consolidaçao , não confo-
lidem *por se achar prohibida a confo-*
li-

lidaçāo ; mas que *devem continuar* com a mesma natureza de familiares, de livre nomeaçāo , hereditarios , ou em vi- das , que tiverem , *com os mesmos fóros* , e *laudemios* , com que estiverem consti- tuidos. Tudo isto he huma consequen- cia da impossibilidade de se *consolidar* : porque naō consolidando os prazos nos casos de devoluçāo , e naō adquirindo o senhorio a enfyteuse , fica ella *nullius* , e jacente ; pois nem ha enfyteuta que seja senhor , por isso mesmo que che- gou o caso da devoluçāo , nem o se- nhorio o he , porque a naō consolida : e ficando jacente naō perde a qualida- de , e fórmā que tem , nem se lhe pô- dem accrescentar os fóros , e laudemios ; porque segundo as mesmas regras dos prazos para em tudo isto se fazer al- teraçāo , e mudança , he necessario que a enfyteuse se *consolide* , e extingua , co- mo já dissemos : em huma palavra tu- do isto já antes da Lei de 4. de Julho se devia praticar , como mostrei. No §. do primeiro *item* declara que os Mos- teiros poderao enfyteuticar aquelles bens , que pertenciao para á Corōa , e de que a lei lhe faz mercē , ás pessoas que qui- zesssem , sem serem obrigados a procurar os parentes do ultimo possuidor : e nis- to

to lhe concede ella o mesmo , que elles podiaõ fazer , quando por virtude da consolidaõ se aisenhoreáraõ delles ; porque aquelles casos de devoluçaõ , em que estes bens ficaraõ sem enfyteuta , os Mosteiros tinhaõ ficado com elles , por naõ ter havido , quem tivesse o direito de renovaçaõ , e nós já vimos que neste caso segundo o espirito da Ord. podiaõ elles escolher para a enfyteuse jacente o novo enfyteuta que quizessem. Pelo que o fim da lei nesta mercê se deve julgar ser o declarar esta mesma antiga regra , que se deve praticar depois desta lei , como se devia ter ja praticado dantes. Declara mais que os prazos de vidas se renovem ás pessoas , que tiverem o direito de renovaçaõ ; mas accrescenta que nestes mesmos nunca se consolide *hum com outro dominio* : e eis-aqui o mesmo que da Ord. se deduz , como ja disse ; pois a Ord. , tirando a faculdade de consolidaçao aos Mosteiros , e Corpos de maõ morta , naõ tirou o direito de renovaçaõ . Porém como estes prazos se naõ consolidaõ , este direito de renovaçaõ naõ produz os mesmos effeitos que nos prazos teculares , porque a enfyteuse que naõ consolida , nem se extingue , naõ se pôde renovar ,

tão

tão sómente pruduz effeito respectivamente ao enfyteuta: e assim o que aqui se renova he a pelloa, que ha de pagar os foros e laudemios ao senhorio, e ha de ser senhor da enfyteuse, que está *nullius*: o que tudo já nós vimos que se deduz da Ord. O 2º. *item* contem o que já disse a respeito do segundo *item* da lei de 4. de Julho

8. No §. que principia *finalmente*; diz a mesma lei que para evitar outras questões, que se podiaõ excitar, declara que nos casos de consolidação *possaõ* (sõo palavras suas) os ditos *Corpos de mão morta* *consolidar sómente para o effeito de tornarem a emprazar dentro do anno, e dia as pessoas seculares*. Daqui tem-se deduzido (não me lembro do A., pois elle não argumenta com estas palavras contra a These) que a enfyteuse nos casos de devolução se extingue; porque a lei diz que os *Corpos de mão morta* possaõ consolidar para o effeito de poderem emprazar: porém similhante deducção he contraria ás regras de interpretar, que mandão que nenhuma lei se entenda sómente por algumas de suas palavras (1) e que ás

L

pa-

(1) L. 24. D. de LL.

palavras de lei se dê aquella significação , que mais for coherente com o seu fim. (1) A palavra *emprazar* significa , ou fazer a enfyteuse , ou fazer a escritura de que conste que qualquer he senhor da Enfyteuse já feita , e he o que está obrigado a pensão , e direitos dominicais della , porque esta escritura tambem se chama prazo , e ella nos prazos seculares se faz depois que a enfyteuse já está feita pelo ajuste. Se nela ta lei a palavra emprazar se toma no primeiro sentido , então a si mesma se contradiz ; porque segundo temos visto , ella no §. *os prazos* , diz que nos caos de consolidação devem os prazos Ecclesiasticos *continuar sem alteração alguma na sua primordial natureza* , e sem se consolidarem , e no segundo item diz que os prazos de vidas se renovem ; mas que nunca se unão *bum com outro domínio* , o que não pôde verificar-se , tomado a palavra neste sentido ; porque para a enfyteuse se fazer em quaesquer bens he necessário , que se tenha extinto , a que nelles havia : porém como nós não podemos supôr que o Legislador se contradisse ,

e

e que se esqueceo do que tinha dito nesta mesma lei, devemos dizer que o sentido, em que elle tomou esta palavra, he o segundo, e que o que elle aqui diz he que dos effeitos da consolidação só concede aos Corpos de mão morta o de poderem nos casos de devolução fazer a escritura do prazo áquelle, que escolherem para a enfyteuse, ou que segundo o direito de renovação devem ser senhores della, quando por morte do ultimo possuidor, ou por outro qualquer meio ficou jacente *e nullius*, para esta escritura servir de titulo para lhes pedirem os foros, e direitos dominicaes, e para os mesmos enfyteutas poderem ser senhores, e adquirir a enfyteuse jacente. Neste sentido a lei não se contradiz, antes desfaz a duvida que havia, se nos casos de devolução podiaão, ou não os Corpos de mão morta fazer esta escritura, do que muitos duvidaram na publicação da lei de 4. de Julho de 1768., como já disse: neste sentido fica esta lei sendo declarativa da Ord.; pois já vimos que segundo a mente della os Corpos de mão morta podiaão fazer estas escrituras, ou emprazamentos nos casos de devolução, e que podiaão estipular os mesmos foros, e laude-

mios , que estavaõ declarados nos titulos antecedentes , sem que a enfyteuse se acabasse , e extinguisse : logo este he o genuino , e verdadeiro sentido , em que estas palavras se devem tomar , pois esta lei por ser declarativa da lei de 4. de julho de 1768. , que he declarativa da Ord. liv. 2. t. 18. , he tambem declarativa da mesma Ord. , e como tal naõ he o seu fim revogalla ; mas sim fazella obſervar , e praticar .

8. Que este he o verdadeiro sentido das ditas palavras deste §. , mostra naõ só o que tenho ponderado , mas tambem o seu mesmo contexto ; porque aquella particula *sómente* naõ tem outro designio , senaõ o de mostrar que dos effeitos de consolidaçao se concedem taõ sómente aquelles , que necefarios saõ aos Corpos de mão morta para segurar os seus foros e laudemios : e como de todos elles só lhes he necefario o poder estipular os foros e direitos dominicaes , e fazer disto mesmo escritura , segundo a dita regra dos prazos Ecclesiasticos , fica evidente que a mente da lei aqui he conceder sómente isto , e naõ o conceder que o domínio util , e directo se unaõ hum com o outro ; porque de outra maneira o

Legislador se contradiria a si mesmo como já mostrei, e faria huma lei nova neste §., contra o que mostraõ tambem naõ só a sua mente, mas o mesmo contexto nas palavras *bei por bem declarar*, as quaes igualmente inculcaõ que a lei naõ quiz, senaõ exclarecer esta consequencia, que eu já mostrei se deduzia da prohibiçaõ da consolidaçao.

(1) E assim fica mostrado que a enfyteuse Ecclesiastica ainda hoje naõ pôde consolidar-se, segundo he contemplado no dito Assento de 13. de Fevereiro de 1786.: e consequintemente que he perpetua; como se diz na These.

10. Contra isto que na These se diz, oppõe o A. as palavras da Ord. Liv. 1. t. 62. §. 46., que fallão dos afforramentos dos bens das Capelas, e Confrarias, as quaes dizem destas maneira: *E as heranças, que forem de terras de pão, ou outras quaesquer, que não forem das assima declaradas, se afforarão em tres pessoas, . . .* e diz que destas palavras se vê que os prazos Ecclesiasticos podião ser temporarios antes da lei de 4. de Junho de 1768.: porém como já disse, eu não duvido que estes prazos

zos, de que a Ord. aqui falla, podessem consolidar-se em virtude deste mandato, pelo qual a lei obrigou os Administradores das Capellas a fazellos em tres vidas; pois por isso mesmo que assim o mandou, parece querer que elles acabadas ellas consolidem: mas como nos mais prazos Ecclesiasticos se naõ acha este mandado, contém este §. sómente huma excepção da regra geral estabelecida no Liv. 2. t. 18., segundo a qual os prazos Ecclesiasticos não pôdem consolidar-se. Nem este §. admite outra interpretação; porque os lugares de huma compilação devem-se conciliar entre si, e naõ se devem entender opostos huns aos outros: e quando naõ fosse manifesto do contexto deste §., que elle contem a excepção, que tenho dito, sempre se devia entender ficar em seu vigor a dita regra do t. 18., por ella ser a do espirito das leis do Reino, principalmente desde o Senhor Dom Affonso II. por diante, e devia-se dizer que o serem os prazos de tres vidas nada faz para que possaõ consolidar-se; pois nós já vimos que os prazos Ecclesiasticos, ainda que sejão de vidas, se naõ consolidão, nem se extinguem, e que tão sómente se extingue,

e acaba o direito do enfyteuta, ficando a enfyteuse *nullius*, e jacente, em quanto se lhe não dá novo enfyteuta. E nestes termos se deve contemplar este §. depois da Lei de 4. de Julho: pois esta lei revogou todas as Ord., e leis, que podessem fazer alguma exceção a Ord. do liv. 2. t. 18., e determinou que em caso nenhum a consolidação podesse *ter effeito*, do que se vê que nem a exceção, que deste §. se deduzio, hoje tem lugar.

II. Argumenta mais com as palavras da Ord. liv. 2. t. 1. §. 6. que saõ do theor seguinte: „ Porém se no „ dito caso a Igreja em seu libello al- „ legar tal qualidade, que conclua a „ causa demandada naõ sómente ser „ sua quanto ao direito senhorio; „ mas tambem o util estar como elle „ consolidado, por o leigo possuir a „ tal causa por força, ou por as vidas „ dos prazos serem finda. „ Destas palavras conclue o A., que os Corpos de mão morta podião consolidar os seus prazos: porém nós já vimos que os que antes da lei de 4. de Julho defendião, que se podião consolidar os prazos Ecclesiasticos, não acharão suficiente este argumento por ser deduzi-

zido das meras palavras da lei, e talvez tambem por terem similhantes argumentos hum nome entre os Juristas, que todos temem. E com effeito combinando este §. com a Ord. liv. 2. t. 18., manifestamente se vê que a consolidação, de que aqui se falla, he a que as Igrejas, e Corpos de maõ morta fazem, tendo licença Regia para isso; pois segundo a dita Ord. naõ podiaõ adquirir bens de raiz, nem domínio tuil nos seus prazos, sem terem licença Regia para adquirir O mesmo A. até por aquella regra das suposições, de que usa, podia obſervar, que a suposição que lhe pareceo, que a Ord. fazia neste lugar, de que as Igrejas, e Corpos de maõ morta podiaõ consolidar o domínio util com o directo, se naõ verificava segundo a dita Ord. liv. 2. t. 18., senão quando se tivesse conseguido o privilegio, ou licença Regia para isto.

12. Para mostrar que ao depois da lei de 4. de Julho os prazos Ecclesiasticos ainda se podem consolidar, e que a enfyteuse Ecclesiastica naõ he perpetua, trasladou o §. que principia *os prazos*, e faz argumento com aquellas palavras que nelle se achaõ, que saõ des-

desta maneira : ou sejaõ familiares , de livre nomeaçao , perpetuos , ou em vidas ; e do segundo item as palavras seguintes : *com tanto que fendo em vidas se renovem findas ellas.* Das primeiras conclue que os prazos Ecclesiasticos segundo esta lei naõ saõ todos perpetuos ; mas que podem ser huns familiares , outros em vidas , huns perpetuos , outros de nomeaçao : porém segundo o que fica dito se mostra , que esta diferença naõ faz que a enfyteuse Ecclesiastica se possa consolidar , e que deixe de ser perpetua ; porque estas diferenças dizem respeito ao direito de suceder nos prazos , o qual se acaba , quando a enfyteuse Ecclesiastica fica *nullius* , e jacente ; e isto mesmo já nós observamos que antes da lei de 4. de Julho de 1768. podia acontecer , fendo sempre perpetua a enfyteuse , e tambem já dissemos que o sentido , em que a enfyteuse Ecclesiastica se diz perpetua , he muito mais amplo do que o sentido , em que os prazos Ecclesiasticos aqui se dizem perpetuos : (1) porque se chamaõ perpetuos neste lugar aos prazos hereditarios , os quaes fendo seculares

se

se extinguem , quando o enfyteuta fica sem herdeiros ; mas nestes mesmos , chegando o caso de devoluçāo , a enfyteuse Ecclesiastica naō se extingue. O mesmo A. podia ver nas mesmas palavras que trasladou , que a enfyteuse Ecclesiastica se naō extinguia , naō obstante as ditas diferenças ; porque entre ellas se achavaõ estas : *chegando o caso de consolidaçāo , que naō pode ter effeito por se achar prohibida* ; pois a enfyteuse que naō censolida , existe e naō acaba , e nas palavras : *devem continuar sem alteraçāo alguma na sua primordial natureza , que tem* , podia observar o mesmo , porque o que continua , naō finda. Em quanto ao argumento que elle faz com as palavras do dito *item* , que dizem que os prazos de vidas se renovem findas ellas , tambem já fica respondido ; pois já mostramos que antes desta lei , e depois della se naō renova a enfyteuse ; mas taõ sómente se renova a obrigaçāo de pagar os foros , e laudemios , e a pessoa que seja senhor da enfyteuse por morte da ultima vida , e esta he a recepçāo , em que se toma a palavra *renovar* nesta lei a respeito dos prazos Ecclesiasticos. O mesmo A. tambem podia ob-

obſervar iſto nas palavras do mesmo *item*, que ſe ſeguião immediatamente ás que elle traſladou: *com tanto* (diz a lei) *que ſendo em vidas*, ſe renovem fin-
das *ellas* ás *pessoas*, a quem *competi-rem*, ſem nunca ſe poderem eſſeicli-
amente *consolidar* hum com outro do-
minio: poſi destas palavras he evidente
que a enfyteufe Eccleſiaſtica nos meſ-
mos caſos de renovação ſe naõ re-
nova; porque naõ ſe consolidando, co-
mo a lei diz, hum com outro dominio,
naõ ſe extingue, nem acaba, e naõ ſe
pode tornar a fazer, ou renovar, ſó-
mente ſe pode renovar a pefſoa, que ſe-
ja ſenhor della, como temos dito.

13. Agora já parece ſe poderá en-
tender, (1) que o A. das Theſes ſe-
naõ fundamentou no §. do ſegundo *item*
da lei de 4. de Julho de 1768, para
dizer que a enfyteufe Eccleſiaſtica era
perpetua, e tambem lembrará que elle
nunca interpretou lei alguma ſómente
por algumas de ſuas palavras; mas que
interpreta as leis, attendendo a todas as
ſuas palavras, e regulando-ſe pelo fim,
para que o Legislador as fez. Das meſ-
mas Theſes ſe podia obſervar, que
ain-

(1) V. as cart. p. 30. 31.

ainda que elle diz que a enfyteuse Ecclesiastica he perpetua , com tudo admitte differentes qualidades de enfyteuse Ecclesiastica , e naõ admitte só a hereditaria , de que falla este *item* naquellas palavras *prazos perpetuos* , cujo nome lhe dá , porque a enfyteuse hereditaria tambem se chama perpetua , mas em sentido differente , como fica dito: por quanto nas Theses se lem aquellas palavras: *omnis enim enfyteusis Ecclesiastica perpetua est* , e a palavra *omnis* bem mostra , que as Theses naõ fallaõ sómente de huma especie de enfyteuse. Tambem agora se naõ achará condraidaõ entre esta These , e a ultima : porque do que tenho dito se mostra o effeito do direito de renovaçaõ nos prazos Ecclesiasticos , e que he o que se renova , quando compete a alguem este direito. E naõ menos se pode já conhecer , que aquelle argumento , que o A. forma contra as Theses , dizendo deste modo , *se todos os prazos Ecclesiasticos saõ perpetuos , naõ pode haver renovaçaõ dos prazos Ecclesiasticos ; porque os prazos perpetuos naõ se renovaõ* , he hum verdadeiro sofisma daquelles , em que as palavras se restrin- gem ; porque segundo a Ordenaçaõ ,

e esta lei as palavras *renovar*, e *prazos perpetuos* não tem nos prazos Ecclesiasticos sómente a significação, que tem nos prazos seculares, e no argumento tomam-se estas palavras sómente na significação, que ellas nestes prazos tem. E assim ferá isto sufficiente para mostrar que ie não comprehende exactamente a enfyteuse Ecclesiastica na divisão, que vulgarmente se faz da enfyteuse em perpetua, e temporaria, segundo se diz nas Thefes; porque nessa divisão vulgar a palavra temporaria, não diz sómente respeito á succeção da enfyteuse, e direitos do enfyteuta; mas tambem he relativa á duração da enfyteuse, e a enfyteuse Ecclesiastica não tem huma duração temporaria, mas he perpetua: porque nunca se pode consolidar effectivamente o dominio util com o directo, o que tão claramente se diz, e repete nas ditas duas leis, que he necessario negar o seu mesmo contexto, para se dizer o contrario.

T H E S. III., E IV.

SE o enfyteuta , que tinha a faculdade de nomear , não fez a nomeação , nem testamento , e morre o sem ter descendentes , nem ascendentes , a quem pertencerá o prazo , he a materia das duas ultimas proposições , ou Theses que se incluem neste §. , desde a particula *unde* até o fim : mas eu as trato juntamente , por serem entre si conexas. E como ellas se explicão bem no Assento de 16. de Fevereiro de 1786. feito em virtude de hum Aviso de 26. de Janeiro do mesmo anno , eu traslado o Quesito 3. , e a resposta a elle , que he o que diz respeito a esta materia.

Quesito III.

Se a lei nos prazos por falta de nomeação faz transmissivel a posse delles ás pessoas chamadas pelas leis do Reino , e quaes devem rigorosamente ser essas chamadas pelas leis á successão dos prazos , designando-as de hum modo firme , e inalteravel ?

RES-

Resposta.

Se assentou por votos uniformes, que nos prazos de vidas, faltando a nomeação na primeira, ou segunda vida, faz a lei transmissivel a posse delles ás pessoas chamadas pelas leis do Reino, as quaes se entenderão ser em primeiro lugar os descendentes na conformidade da Ord. liv. 4. tit. 36. §. I. Em segundo lugar os ascendentes pela mesma ordem segundo a mente, e contexto do §. 4. que prefere a estes os filhos naturaes, e na falta dos referidos ascendentes ao filho espúrio, sendo legitimado pelo Principe em tal forma, que possa succeder ab intestado. Em terceiro lugar os transversaes, em quanto os houver, a respeito dos prazos, que forem de corporações, ou de pessoas, que não poderem consolidar hum, e outro dominio. E a respeito das que forem aptas para a consolidação se entendem chamados os parentes até o quarto grão contados pelo direito Canonico, tudo em perfeita execução da lei de 9. de Setembro de 1769., que ficou em seu vigor pelo Decreto Noyissimo de 17. de Julho de 1778.

1. Esta resposta he clarissima, nella se faz mençaō das pessoas que na falta de nomeaçaō, ou testamento saõ chamadas pela Ord. para os prazos, e que saõ pelo foreiro tacitamente nomeadas; e depois passando a fallar a respeito dos transverfaes, dos quaes trata a lei de 9. de Setembro de 1769., faz a diferença dos prazos, que saõ de corporações, ou de pessoas, que naõ podem consolidar o dominio util com o directo, aos prazos de pessoas, que forem aptas para esta consolidaçaō, e diz que he da mente da lei, que no primeiro caso succedaō os transverfaes *em quanto os houver*, e no scgundo até o quarto gráo somente contado pelo direito Canonico. Ora como a enfyteuse Ecclesiastica, ou os prazos Ecclesiasticos sejaō prazos de pessoas, que naõ podem consolidar (pois aos senhorios delles he prohibida a consolidaçaō, como tenho dito): assim como o A. diz que o Assento determina que os transverfaes succedaō até o quarto gráo, tambem deve fazer diferença, como na These se fez, de prazos Seculares a prazos Ecclesiasticos; porque o Assento a faz; e deve dizer, como na mesma These se inculca, que elles succedem até o quarto gráo

grá nos prazos seculares , e nos Ecclesiasticos naõ até o quarto gráo somente ; mas em quanto os houver ; porque o Assento o diz. E isto baste para responder á nota que o A. põe nas cartas , (1) a qual eu naõ rraslado por querer ommittir personalidades.

2. Faz aqui o A. duas admirações : (2) a primeira he a respeito da particula *unde* , que se acha no §. das Theses, a segunda por se ter chamado á regra da successaõ dos collateraes aos prazos de nomeaçaõ regra de tacita nomeaçaõ. Em quanto a primeira , elle por naõ poder , como mostra , receber a particula , diz que , ou o que na These se diz a respeito dos prazos Ecclesiasticos he falso , ou se naõ deduz do principio inculcado nella. Que o affirmado na These he verdadeiro , o referido Assento o mostra , resta só ver se foi aqui bem escrita a particula *unde* , ou naõ. O dito Assento , attendendo a diferença que ha entre a enfyteuse que se pode consolidar , e a que naõ pode , deduzio della que era da mente da lei de 9. de Setembro de 1769

M

que

que na falta de ascendentes, e descendentes, naõ nomeando o enfyteuta expressamente, succedessem nos prafos de senhorios, que naõ saõ aptos para a consolidaçāo, os transversaes em quanto os houver, e como esta diferença faz que a enfyteuse se naõ extinga, exista sempre, e seja perpetua, como já mostrei, (1) o A. das Theses mostra ter usado da particula *unde* em attençāo a esta deducçāo, que o Assento fez. Porém se contra o mesmo Assento se dirige, o que nas cartas se escreve, (2) juntando-se á qualidade de ser perpetua a enfyteuse Ecclesiastica a razaõ, porque a dita lei presume a vontade do enfyteuta nas nomeaçōes tacitas em general, a qual se suppõe sabida, como no Assento, e na These se suppoz, quando se falla das nomeaçōes tacitas em particular, e na mesma lei se acha bem explicada, fica evidente que a deducçāo foi rectamente feita; porque sendo justo, como he, que se dê vigor a huma vontade presumida, para succederem os transversaes até o quarto gráo nos prazos seculares, que por virtude do contra-

tracto o senhorio pôde fazer seus, e consolidallos, naõ nomeando o enfyteuta, naõ o he menos, que se lhe dê o mesmo vigor, e se presuma igualmente, para que succedaõ, e se julguem nomeados os mesmos transversaes, em quanto os houver, aos prazos Ecclesiasticos que os senhorios nunca pôdem fazer seus, por se naõ poderem consolidar, e ferem perpetuos. Isto será sufficiente para se conhecer, que de ser perpetua, e naõ poder consolidar-se a enfyteuse Ecclesiastica he, que provem, o julgam-se nomeados a ella os transversaes, em quanto os houver, segundo nas Theses se inculca: devemos ver se a outra admiraçaõ he similhante a esta.

3. Diz elle que chamou regra de tacita vocaçaõ a dita regra, que regula a successaõ dos prazos de nomeaçaõ entres os transversaes, e que dos seus Elementos §. 81., e 82. se vê que este he o seu nome. Na verdade se lembrou bem em citar os ditos dous §§.; porque os Escritores, que trataõ desta materia, chamaõ tacitamente nomeados ao prazo aos herdeiros do enfyteuta, que morreo sem nomear: mas o A. das Theses, usando do mesmo nome de que elles usaraõ, e exprimindo-se, como el-

les, naõ he digno de nota, se naõ he para aquelles que naõ tem uso de os ler. He certo que Antonio Gomes, Manoel da Costa, Gonçalo Valasco, e outros, que refere Caldas, (1) differeão que os herdeiros ab intestado senaõ julgavaõ tacitamente nomeados ao prazo; porém era facil de advertir, que o naõ differeão por negar que se devem chamar tacitamente nomeados, mas tão sómente, porque seguiaõ que por direito Romano, do qual elles trataraõ quando assim se exprimiraõ, naõ succediaõ os herdeiros ab intestado ao prazo de nomeaçao: por quanto se seguissem o contrario do que seguiraõ, haviaõ de chamallos tacitamente nomeados, como os denominaraõ Pinelo, Sanches, Alexandre, e outros que refere o mesmo Caldas; pois a questao entre elles naõ era questao de nome, era questao de Direito. Estes, como digo, differiaõ entre si fallando do direito Romano; mas se fallassem do direito Portuguez, haviaõ de concordar entre si na mesma questao de Direito, como concordaraõ os que o trataraõ, os quaes davaõ a questao por decidida, e se referiaõ á Ord.

ou se emea outrem ob obnus

liv.

liv. 4. t. 36. , como devião , concordando todos que os ascendentes ; e descendentes nos termos da Ordenação se julgavão ab intestado tacitamente nomeados ao prazo : (1) e se elles vivessem no tempo da dita lei , e Assento , também havião de dizer que os transverfaes erão ab intestado tacitamente nomeados : e conseguintemente havião de chamar a esta regra tambem relativamente a elles regra da tacita nomeação.

4. Nem pôde obstar , o que o A. diz , que a nomeação tacita se ha de deduzir de hum facto do enfyteuta , e que elle morrendo ab intestado nenhum facto fez. Porque neste caso a nomeação se deduz da vontade tacita do enfyteuta , e a vontade tacita não só se deduz dos factos ; mas tambem muitas vezes do não facto. O herdeiro ab intestado he tanto herdeiro pela vontade do testador , que os Romanos , dando hum tão amplo poder aos pais de familias sobre seus filhos , como he notorio , não lhes deraõ o poder de adoptar alguem para neto sem consentimento do filho ,

pa-

(1) V. Pinheiro p. 2. de Emph. Disp. 6. n. 8. 9. 10.

para que não a contecesse o caso de elle lhe succeder ab intestado contra a sua vontade ; (1) e mais com tudo nas heranças ab intestado , por isso que naõ havia testamento , naõ havia mais que hum naõ facto , do qual se colhia a vontade ultima do intestado. Se o A. dissesse , que os transversaes eraõ chama-
dos pela lei , fallaria propriamente ; mas ainda daqui se naõ concluia que esta re-
gra se deve chamar regra de tacita vo-
caçao : pois que a lei os chama expre-
samente ; porque os suppõe tacitamen-
te nomeados pelo enfyteuta. E em quan-
to ao que diz , que saõ tacitamente cha-
mados pelo senhorio , naõ o consente o
contracto enfyteutico de vidas ; no qual o
senhorio , por isso que disse , que da-
va o prazo á pessoa , que o enfyteuta no-
measse , disse que naõ nomeando , vol-
tassem para elle o mesmo prazo , e ex-
cluiu expressamente os naõ nomeados ,
naõ os chamando nem mesmo tacitamen-
te. Nem os transversaes succederiaõ , ou
se julgariaõ nomeados neste caso , se
a lei naõ interpretasse a vontade do
enfyteuta defunto , mandando que se
hou-

houvessem , como se por elle fossem nomeados ; porque d'outra maneira a enfyteuse voltaria para o senhorio segundo a vontade expressa , ou deduzida do contracto : segue-se o §. 3.

T H E S E S

Defendidas na Faculdade de Canones.

§. III.

NEste §. se diz , que em outro tempo se podia questionar por direito Romano , e pelo nosso , se a enfyteuse podia consistir nos predios cultos , ou não ; mas que hoje conforme a Lei de 4. de Julho de 1776. , só se pôde constituir a locação nos predios cultos , ainda que ao contracto se pôdem ajuntar convenções da natureza do contracto enfyteutico : e daqui se deduz neste mesmo §. , que aquella regra que diz , que na enfyteuse a pensão não deve ser igual aos fructos , porque a cousa costumava andar arrendada , se deve rejeitar do contracto enfyteutico , e que outra deve ser a regra para se conhecer a justa pensão da enfyteuse.

I. Pareceo tão novo ao A das cartas o dizer-se, que em outro tempo podia ser questão tanto em direito Romano, como Portuguez, se a enfyteuse se podia constituir nos predios cultos, que trasladou algumas palavras da Novela 7. Cap. 3. §. 2. , e da Novela 120. Cap. 1. com a Authent. *si quas ruinas C. de Sacros. Eccl*, para mostrar que por direito Romano senão podia ter questionado a este respeito: e para provar o mesmo por direito Portuguez trasladou outras da Ord. Liv. 1. t. 62. §. 46. Liv. 4. t. 37. pr. t. 38. pr. e tit. 40. , as quaes eu não traslado por não ser necessário. Em quanto porém as palavras da dita Nov., e Auth. , quem dellas deduzir não ser verdadeira enfyteuse o contracto das casas, de que ahi se falla, segue o sistema de hum homem de não menos conta que Andre Alciato , o qual seguia que o contracto sobre couzas cultas não era enfyteutico (1); e querendo se provar isto mesmo , não he preciso recorrer a Alciato. Por quanto na mesma Nov. 120. C. 1. , que o A. cita , se manda que a pensão do contracto sobre as casas ruinosas , de que ahi se faz menção , seja a terceira parte do que

el-

(1) Liv. 1. Patergon. C. 37.

ellas costumavaõ render antes da ruina : e como a pensaõ he em attençao aos rendimentos da causa contractada , he evidente que este contracto naõ he enfyteutico , mas sim de locaçao ; porque na enfyteuse a pensaõ he taõ sómente em reconhecimento do dominio , e naõ em attençao nem a causa mesma , nem ao seu rendimento. E porque na Nov. 7. , e Auth. *Si quas ruinas* se falla do contracto sobre as casas igualmente regulado pela mesma pensaõ , era preciso ao A. tornar a ler Corneu , ou tornar a procurar Vinnio , Heinecio , ou Valasco , ou outro dos que se apartaraõ de Alciato para continuar a combater os Repetentes : mas nisto mesmo lhes dava a resposta ; porque se mostrava que tinha havido nisto questão por direito Romano. E como a These só diz , que em outro tempo se podia questionar sobre isto , e a causa porque se podia questionar ficava mostrada , por se terem patenteado os dous systemas , que tem havido a este respeito , seguia-se ver , se pela nossa jurisprudencia podia ter havido a mesma questão antes da dita lei.

2. O A. para provar que entre nós em todo o tempo se pôde constituir a en-

enfyteuse tambem nas couzas cultas, trasladou, como dissemos, as palavras da Ord. nos referidos lugares: mas se os Repetentes dissessem, seguindo o sistema de Alciato, que em todos esses lugares os afforamentos das casas, vinhos, olivaes, e pomares naõ saõ contractos enfyteuticos, mas de locaçao perpetua; e que naõ pôdem fazer duvida a isto as palavras *foro*, e *afforar*, de que nesses lugares usa a Ord.; porque a palavra *foro* significa, ou o prazo, ou a pensao certa, e o verbo *afforar*, por isso que da mesma palavra *foro* se deriva, significa emprazar, ou fazer hum attendimento por longo tempo de annos com pensao certa, em cuja significação se tomaõ na lei de 4. de Julho de 1776., ficava evidentemente mostrado que pela nossa J. P. podia ter havido a mesma questao; porque as ditas palavras *foro*, e *afforar* se pôdem entender, ou das locações perpetuas, ou dos prazos, como tambem até a mesma palavra *emprazar*, e na dita lei se toma nestas duas acepções: por tanto devia-se passar para outra questao.

T H E S. II. , E III.

I. P Ara se demonstrarem estas duas Theses, naõ he preciso mais que mostrar a verdadeira intelligencia da lei de 4. de Julho de 1776., pois nella se decidem: e porque a mente da lei se deduz do seu sim, nós devemos procuralho. Tornem-se a ler as palavras, que deixo trasladadas §. I. Thes. I. n. 37.: destas palavras se vê, que a causa, porque esta lei se fez, foi, porque o Soberano se tinha informado „ „ que muitos enfyteutas (são suas pa- „ lavras) tendo afforado casas, quin- „ tas, ou terras, humas vezes pelo „ valor dos interesses respectivos aos „ preços das vendas, ou *quasi equi-* „ *valentes*, ou *iguales* ás rendas das „ sobreditas propriedades, recorrendo „ depois do contracto feito ao meio „ de embargos de lesão, pedindo nel- „ las reducção da pensão segundo as „ regras do contracto enfyteutico, e „ que obtendo sentenças a seu favor, „ davao aos senhores directos o into- „ leravel prejuizo de verem reduzidos „ os seus foros a pequenas porções da „ quinta, ou sexta parte a beneficio „ dos

„ dos enfyteutas dolosos. „ Donde o fim desta lei foi cortar pela raiz este dolo, com que se prejudicavaõ os senhorios daquellas quintas, casas, ou terras em aquellas pensões, que se pertendiaõ reduzir. A raiz deste damno, que se lhes fazia, achou a lei que estava 1º. na adulterina intelligencia, que se tinha dado a Ord. liv. 4. t. 13. §. 6. : 2º. no pouco que se tinha attendidido a Ord. liv. 1. t. 62. §. 45., que tinha estabelecido, que os bens das Capellas, Albergarias, Hospitaes, e Confrarias se afforassem pelo maior lanço. 3º. na confusaõ que se tinha feito, e se fazia no Fôro da natureza dos dous contractos da locaçaõ, e enfyteuse: o que bem se mostra não só do verso *confundindo se*: mas tambem das palavras para *cessar de huma vez a dita confusão*.

2 As duas primeiras raizes do mal achou a lei que era sufficiente notallas: porque era isto o necessario, para se entender que a Ordenaçaõ se devia observar. A respeito da terceira conheceo, que pelas differentes opiniões, que havia a este respeito, era precilo fazer huma declaraçaõ a respeito da natureza destes melmos contractos, a qual se acha fei-

feita desde as palavra *para cessar* por diante. Agora resta saber, qual he a mente do Senhor Dom Jozé I. nestas palavras, que se contém na sua declaração.

3. Nas palavras que se achão em toda a declaração, trata-se de duas couſas; a saber da enſyteufe, e da locação perpetua: e como da vontade do Legislador he declarar a diferença que ha entre estes dous contractos, para que mais se não confundão as suas diferentes naturezas, nós devemos dividir esta declaração em duas partes (e ella mesmo assim está dividida) e o que acharmos declarado em huma, não ha de convir a outra; pois d'outra maneira o Legislador cahiria no vicio da confusão, que pertendia evitar.. O que a declaração diz a respeito da enſyteufe finda na palavra *dos prazos*; eis-aqui o fim da primeira parte: a segunda continua até as palavras *respeſtivos contráctos*. No fim da primeira parte achamos as palavras: *os quaes se devem julgar pelas regras dos prazos*; porém como nestas palavras o Legislador se remete ás regras já estabelecidas, e nada á cerca dellas declara, todo o declarado nesta primeira parte

está nas palavras a estas antecedentes, as quaes são as seguintes: *que todos aquelles contractos, nos quaes se emprazaraõ, ou emprazarem terras para edificarem casas, ou terras, e matos incultos para abrir, e melhorar com os fins de laboura, e de plantios, de vinhas, e arvoredos, foraõ, e são verdadeiros contractos enfyteuticos.*

4. Se entendemos que a lei nesta primeira parte não declara como especial do contracto enfyteutico, senão o fim inculcado naquellas palavras: *para edificarem, para abrir, e melhorar*, então não só o que diz a lei a respeito das casas, que entrão neste contracto, fica superfluo; mas tambem se deve dizer que ella nada declarou, que diga respeito á confusão que no fôro se fazia destes douos contractos, a qual pertende tirar, Por quanto ficando os predios cultos, e incultos igualmente objecto do contracto enfyteutico, quer este fim, de que a lei falla, seja o que tenho mostrado (1), quer seja o que o A. disse, quando no Fôro houver disputa não se poderá conhecer, nem decidir,

que

(1) §. I, thes. I, n. 37., e seg.

que especie de contracto he daquelle sobre que se litiga, pois o que tinha feito o contracto de locaçāo, pertendendo fazer diminuir a pensāo, não disputa sobre o fim do contracto enfyteutico, seja elle qual for, assim lhe faz conta: e como o fim dos contractos se não declara nelles, nem isto he necessario, o Juiz não será auxiliado por esta lei para decidir esta questão; porque nem as partes disputão sobre o fim do contracto, nem ellas pôdem provar por testemunhas, ou escritura aquillo, que se não dec'arou: e assim elle fica na mesma duvida, em que antes estava, e a lei não terá declarado huma nota caracteristica do contracto enfyteutico, que sirva para distinguir, se hum contracto sobre que se despute, he locaçāo, ou enfyteuse. Por tanto devemos dizer que a lei estabeleceo a nota de diferença do contracto enfyteutico nas couças, de que a declaraçāo falla, a faber nos terrenos, ou aréas, e terras incultas; pois deste modo he, que fica estabelecida a facilidade de se conhecer no Fôro este contracto; porque huma vez que se allegue qualquer contracto, se hão de allegar as terras, que nelle se derão, e pelas yedorias, ou teste-

testemunhas, que assistiraõ ao contracto, se pôde fazer a prova da qualidade delas; pelo contrario o fim do contracto nunca se pôde provar, por isso que se naõ declara.

5. Deduz-se isto mesmo da causa, porque o Legislador achou dolosos aquelles, que em juizo tinhaõ per tendido a reducção destas pensões; observou elle que o arrendante de huma quinta, ou terra culta, quando estipulava huma pensão certa, verdadeiramente naõ cedia do rendimento das suas propriedades; mas que antes pelo contrario tanto mais elle o queria segurar, quanto mais procurava quem se lhe obrigasse a huma quantia certa, e independente das contingencias do futuro: e como da natureza da enfyteuse he, que o senhorio ceda do rendimento, e utilidade da coufa afforada, julgou doloso aquelle, que tendo feito contracto sobre huma terra culta, pertendia fazello julgar pelo contracto enfyteutico; porque por si mesmo, sem ser precisa declaraçao alguma, podia conhecer, que a mente daquelle, com quem fez o ajuste, tinha sido segurar o seu rendimento, e não o ceder delle, e que esta cessaõ do rendimento só se podia, e devia entender feita

feita nos terrenos, ou áreas para fazer casas, e nas terras, e matos incultos. Pois quem demitte destas propriedades, e não quer fazer as bemfeitorias necessárias, cede, por isso mesmo que as não quer fazer, do rendimento, com que por elles podia, ou logo, ou esperando melhor fortuna, aumentar o seu património: o que tudo se inculca naquellas palavras da lei que principia: *E inferindo-se assim &c.* Concorda tambem a mesma lei, quando no preambulo diz que saõ objecto da locaçao as terras, que naõ tem necessidade de se nellas fazer bemfeitorias para produzirem os rendimentos; pois claramente se vê, que ella contempla como objecto de contrato enfyteutico as terras contrarias a estas, as quaes saõ as incultas. Ultimamente das palavras: *restituindo-se os contratos à sua origem naõ só quanto ao futuro, mas tambem em quanto ao pretorito*, he evidente que os terrenos, e terras incultas saõ, os que a lei faz serem o objecto do contrato enfyteutico, o que o mesmo A. naõ poderá negar, quando tornar a ler estas palavras; pois elle tambem diz, que o contrato enfyteutico principiara nas terras incultas, (1)

como tem dito, naõ só os que tem, que as terras incultas saõ unicamente objecto da locaçāo; mas tambem os que conheceraõ, que este contracto passou a usar-se nas terras cultas, de cuja alteraçāo o Legislador mostra lembrar-se, por isso que diz, que reduz estes contratos á sua origem.

6. Mas naõ obstante oppõe-se ás Theses, e escreve: *aqui (isto he na lei) naõ se diz, que he locaçāo o contracto, em que se afforam as casas, quintas habitaveis, e predios fructiferos; mas que sómente he locaçāo, quando o contracto, por que se afforam similhantes cousas pelo mesmo que andavaõ arrendadas* (1). Porém além de se naõ provar, que aquellas palavras da lei: *em quanto consumavaõ andar arrendadas*, se devem entender taxativamente, deste argumento só se poderia concluir, tomando-se as ditas palavras taxativamente, que naõ era contracto de locaçāo aquelle, que fosse feito por menos daquillo, que as casas, ou quintas costumassem andar arrendadas, por lhe faltar este requesito essencial da lei; mas naõ se podia dizer, que ficava fendo contrac-

(1) Cart. pag. 40. para 41.

tracto enfyteutico este arrendamento ; porque hum contracto , que he nullo por falta de algum requisito necessario , naõ fica sendo valido en outra especie de contracto (1). De mais , esse argumento , ainda que se podéra tirar desta se gunda declaraçao , era hum argumento a contrario *sensu* , os quaes argumentos claudicaçao em Direito , quando ha alguma repugnancia , e ella aqui he manifesta ; porque tudo , o que a lei quiz declarar a respeito da enfyteuse , o declarou na primeira declaraçao , e naõ foi da sua mente deixar disto alguma coufa para a segunda , como se vê daquellas pa lavras : *para serem regulados pelas regras dos prazos* , as quaes mostraõ , que o Legislador nellas fixou o declarado a este respeito. Finalmente , se nós formos procurar na segunda declaraçao alguma coufa a respeito da enfyteuse , iremos contra a vontade do Legislador ; pois acrescentamos á declaraçao mais do que elle quiz nella pôr , e viremos a suppôr que cahio no vicio da confusão que elle queria emendar ; porque sup pômos que incluiuo na declaraçao da na

N ii tu-

(1) Arg.l.46.D.locati.l.38.D.de contr.emp.

tureza de huma cousa a declaraçāo da natureza de outra differente: o que he contrario, ao que nós vemos da mesma lei.

7. Para se conhecer que da mente da lei naō he estabelecer nas locaçōes perpetuas, de que ella trata, huma quātia certa para a mérce, ou pensāo, e que naō quer mandar que ella seja sómente a mesma, porque as quintas, ou casas afforadas costumavaō andar arrendadas, ou alugadas aos colonos, ou rendeiros, e que neste sentido se não devem entender aquellas palavras della: *pela mesma renda, em que costumavaō andar*, naō he necessario mais que observar as palavras, que na mesma declaraçāo se seguem a estas, a saber *contiveraō*, e *contém pela sua natureza verdadeiros contráctos de locaçāo*: porque nestas palavras a lei diz que os contráctos feitos da maneira, que ella expõe, e declara, forao sempre contráctos de locaçāo, e da natureza deste contrácto nunca foi, que a pensāo tivesse alguma cota determinada, ou devesse ter segundo a renda, porque tivesse andado alugada a mesma quinta, ou propriedade, sobre que se fizesse o contrácto (1):

por

(1) V. I. 22. §. 3. l. 23. d. locati.

por tanto naõ he da mente da lei establecer , que nas locaçōes perpetuas a pensaō tenha hum termo certo , nem que ella seja sómente a mesma , que pela propriedade costumavaō dar seus rendeiros , ou colonos. Nem isto concorda com o fim da lei. Por quanto nós vimos que elle era , que mais se naõ diminuisssem os fóros , e pensões , porque se tinhaō afforado as casas , quintas , e terras cultas , com o pretexto de ser o contraçō feito a respeito dellas contraçō lesivo ; mas naõ queria a lei sustentar , os que verdadeiramente contivessem lesaō ; pois para a evitar os manda regular pelas regras do contracto da locaçō , e convenções feitas entre os rendeiros : porém se a lei mandasse que fosse da effencia da locaçō perpetua , que a sua renda , ou pensaō fosse sómente a mesma , porque a quinta costumava andar arrendada , viria neste caso a admittir , e patrocinar huma pensaō lesiva , ou para o senhorio , quando a pensaō do rendeiro tivesse sido pequena , ou contra o perpetuario , quando ella fosse grande : o que naõ só se naõ pôde suppôr fosse da mente da lei , mas he tambem contrario ao seu contexto ; pois ella , como já disse , declara que quando houver duvida , se faça juizo fo-

sobre este contracto pelas regras das locações , as quaes não determinaõ huma cota certa. Como pois a lei diz , e declara que os contractos , que ella expõe , e explica , forão sempre contractos de locação por sua natureza , nós devemos procurar a intelligencia destas palavras na natureza da locação perpetua , e as havemos de entender d'aquelle renda , ou pensão , que á natureza destas locações he conveniente.

8. A natureza da locação perpetua , como ja dissemos , (1) he a mesma , que a da locação temporaria ; porque o tempo naõ muda a natureza des contractos , e em huma , e outra se naõ transfere domio algum , (2) e nos casos , em que a pensão se deve diminuir , e deve haver a respeito della compensaão na locação temporaria , tambem a deve haver na pensão , ou mérce da locação perpetua : (3) e assim tambem a renda que convém á locação temporaria , he a mesma que convém á locação perpetua , por isso que ambas estas locações tem a mesma natureza ; e se houver duvida , se em qualquer locação perpetua a renda he justa , naõ saõ necessarias novas

(1) §. 1. Thes. 1. n. 20. (2) L. 39. D. Locat. (3) Arg. 1. 15. §. 4. D. Locati.

vas regras ; as mesmas , que estaõ estabelecidas para as locações temporaes , saõ sufficientes ; porque naõ temos contracto de outra natureza. Papiniano nas suas Respostas a respeito das locações perpetuas naõ se regulava por outras regras , segundo dellas se vê , e Ulpiano refere , o qual , como devia , nos deixou as mesmas instruções , (1) e os Imperadores Romanos , que costumavaõ usar tanto nos predios publicos das locações perpetuas , naõ lhes deraõ regras diferentes. Eis-aqui o que a lei mostra querer , que se faça tambem , e que ella estranha naõ se ter feito ; e eis-aqui porque ella declara , que as locações preteritas se regulem por ella , naõ obstante as sentenças que se haviaõ dado , e porque manda que as locações perpetuas se regulem pelas regras das locações temporaes , com a diferença sómente de se nellas podcrem estipular os dominicaes , a qual diferença he em attenção á duraçao deste contracto , e á qualidade , a que elle chegou , de se poder alienar , e transmittir este direito , privilegio , de que já fallamos. (2)

9. Por quanto , se outra fosse a mente

(1) V. d. l. 15. §. 4. Locat.

(2) §. 1. Thes. 1. n. 19.

te da lei , nós teriamos que ella punha huma cota certa para a renda das locações perpetuas ; a saber aquella , que pelo exame dos arrendamentos preteritos se achasse ser do costume da propriedade : e como nunca houve esta regra ; mas sempre a pensão dependeo dos ajustes das partes , e nunca houve huma quantia determinada pelas leis , naõ fallaria a lei acertadamente naquellas palavras : *contiveraõ* , e *contém contratos da locaçao* , nas quaes diz que as locações forao sempre , como ella regula , e entendida na fórmula que tenho exposto , já naõ ha incoherencia alguma . Também a lei se contradiria a si mesma ; porque ella manda regular as pensões das locações perpetuas pelas regras das convenções temporaes , só com o accrescimento de se poderem estipular os dominicaes , e he sem duvida , que a pensão , ou mérce naõ tem huma cota legitima ; mas a quantia dellas he a determinada pelo ajuste das partes . A mesma contradicçao haveria , quando a lei diz , que reduz este contracto á sua origem ; pois he notorio , que nunca se estabeleceo , que as locações perpetuas se fizessem com aquella mesma renda , que a couça contractada costumava render

der pelas locações temporaes ; mas sempre isto dependeo do ajuste dos contrahentes como temos dito , e nas locações do Publico sempre foi costume arrendar-se a coufa a quem mais desse. Por este modo tambem ficaria revogada a Ord. do liv. 1. tit. 62. §. 45. , que manda que os bens das Capellas , Confrarias , Albergarias , e Hospitaes se afforem pelo maior lanço ; porque no caso de se querer fazer destes bens huma locação perpetua , já se naõ podia fazer pelo maior lanço , mas por aquella quantia , que costumasse render : porém do preambulo desta lei ve-se manifestamente , que naõ he da sua mente revogar esta Ord. ; pois ella reprechende os Ministros , que a naõ attenderão , e depois revoga , e annulla todas estas sentenças por serem tambem contra a mesma Ord. Eu deixo de lembrar a impossibilidade , em que ficaria (se fosse esta a mente da lei) de fazer huma locação perpetua aquelle , que tivesse feito humas casas de novo , ou cultivado hum terreno ; pois lhe seria necessario fazer tantos arrendamentos temporaes primeiro , que fizessem huma quantia do costume : e a que teria tambem aquelle , cujos Pais , e Avós , ou outros antecessores tivessem habitado

do as casas , ou cultivado as terras que elle quizesse afforar. Tambem ommitto o prejuizo que teria aquelle , cujos antecessores tivessem sido descuidados em seus arrendamentos ; porque este homem naõ poderia fazer huma locaçao perpetua por maior quantia , ainda que tivesse quem lha desse , por ser isto contra a lei. Ommitto igualmente a impossibilidade que haveria de conhecer as locaçoes preteritas ; seria necessaria huma revelaçao , para se saber qual era o preço , ou quantia , porque andava a coufa arrendada antes de huma locaçao feita á trezentos , ou mais annos ; pois raraõ , ou nenhuns os livros de razaõ antigos que apparecem , nem já mais se sonhou huma tal necessidade delles : estas he sem duvida , que ficariaõ na mesma confusao , em que estavaõ antes da lei , e ella pertendendo evitalla , ficariaõ frustradas suas pertençoes. Tudo isto deixo como digo , porque he evidente da mesma lei , que ella só quiz declarar , que ás locaçoes perpetuas convinhaõ as mesmas regras a respeito da pensaõ , que se haviaõ estabelecido a respeito da pensaõ , ou mérce nas locaçoes temporaes , e que as duvidas a respeito della se tirassem por estas regras ,

gras, como se tiraraõ, e os que de-
raõ aquellas sentenças por elles revo-
gadas, assim o deviaõ ter feito.

10. Por tanto aquellas palavras da
lei : *pela mesma renda em que costumaõ
andar*, naõ se devem entender em hy-
pothele ; mas em thele, isto he, naõ
se deve entender, que a lei diz que a
renda em qualquer locaçaõ perpetua,
que se faça de huma quinta por exemplo,
seja sómente a mesma, porque esta costu-
mava andar arrendada, ou alugada ; mas
deve-se entender, que manda que a pen-
saõ de qualquer locaçaõ perpetua seja
a mesma, e se faça do mesmo modo,
que se costuma fazer a pensaõ das loca-
ções temporaes, ou convenções, que se
fazem com os rendeiros, e colonos em
geral: e assim fica evidente a razão, por-
que a lei diz que as locações perpetuas
se regulem pelas regras das convenções,
que se fazem entre os senhorios, e os
rendeiros, ou colonos; pois estas conven-
ções saõ as locações temporaes. Explica-
se porém a lei deste modo, porque faz, e
dirige a sua declaraçaõ para regulamen-
to das questões Forenses, que tem ha-
vido, ha, e pôde haver sobre as pen-
sões das locações perpetuas ; e vein a
dizer que ellas se naõ possaõ diminuir,

se não quando pelas regras das locações temporaes se deverem diminuir ; e que em quanto forem iguaes ás rendas , ou pensões , que saõ justas , e se costumaõ ter por taes entre os colonos , e rendeiros , se não poderaõ diminuir : em fim explica-se desta maneira , para se conhecer , que saõ verdadeiras locações perpetuas aquellas , que tem a melimã renda , em que a mesma propriedade andava arrendada temporariamente , e não quer dizer , que saõ sómente estas as locações perpetuas , ou que não possaõ os contrahentes ajustar-se de outro modo ; porque entaõ não mandaria , que a respeito deite contracto se observassem as regras das locações temporaes , as quaes deixão a pensão ao ajuste dos contrahentes .

II. Como pois a lei manda nesta segunda declaração , que a pensão das locações perpetuas seja regulada pelas regras das locações temporaes em geral , só com a diferença de se poderem estipular mais os dominicaes , os quaes já antes da lei se estipulavão , também a lei nesta parte da sua declaração nada declarou , nem accrescentou , que possa servir para tirar a confusão , que se tinha feito dos dous contractos da locação perpetua , e da enfyteuse , como

mo nós já observamos, que ella fez na primeira declaração, que diz respeito a enfyteuse. Nem a materia pedia outra cousa: por quanto antes desta lei tanto se naõ duvidava, que a pensaõ das locações perpetuas podia ser maior que a do contracto enfyteutico, que aquelles que obtiveraõ fazer aquellas reducções das pensões, de que a lei se queixa, allegaraõ em seus embargos, como a mesma lei refere, que o contracto, que tinhaõ feito era enfyteutico, e naõ de locaçaõ perpetua, no que vinhaõ a confessar, que se elle fosse de locaçaõ, a pensaõ era justa, e que a naõ achariaõ excessiva; e os juizes tanto eraõ dos mesmos sentimentos, que os litigantes procuravaõ o rodeio de provar, que o seu contracto era enfyteutico, para obterem sentença, o que naõ fariaõ, se os juizes fossem de diferente opinião; pois naõ haviaõ de querer hum trabalho escusado. Pelo que devemos dizer que o declarado pela lei nesta segunda declaração está nas palavras antecedentes, em que se remete ás regras, das convenções entre os rendeiros, e colonos temporaes: e como estas saõ as que declarão as couças, que entraõ neste contracto, a saber

as casas já feitas , quintas habitaveis , e terras cultivadas , estas coufas saõ na mente da lei , as que fazem o objecto da locaçāo perpetua , e os contractos feitos a respeito dellas saõ os contratos de locaçāo perpetua , e os que se devem regular pelas regras das locaçōes temporaes , assim como sempre se regularaõ , a excepçāo dos privilegios que se lhe concederaõ , de que nōs já fizemos mençaõ . (1) Deste modo ficaõ as locaçōes perpetuas reduzidas á sua origem , como a lei diz que as reduz , e assim se ficaõ conhecendo facilmente no Foro ; porque pelas vedorias , e testemunhas , que assistiraõ ao contracto , se pôde conhecer a qualidade da coufa sobre que elle se fez , assim como já disse a respeito da enfyteuse : e aquelle que o nāo poder mostar , impute a si o nāo ter mandado fazer as vedorias , ou nāo declarar no contracto a qualidade das coufas que deu ; porque a lei nāo favorece os negligentes . E nāo se pode dizer , que a lei quer sómente , que sejaõ contractos de locaçāo perpetua aquelles , que forem feitos sobre coufas cultas pela mesma renda , em que estas costumavaõ andar allugadas ,

(1) D. §. I. Thes. I. n. 19. 20.

das, como o A. diz no seu argumento ; porque isto he interpretar a lei por algumas de suas palavras sómente contra as regras de interpretar , as quaes mandaõ que se examine a lei toda , e se naõ julgue della só por alguma de suas palavras , nem desta maneira ficaraõ os dous contractos da locaçaõ perpetua , je da enfyteuse reduzidos á sua origem. Quanto mais que as mesmas palavras , a que o A. dá similhante interpretaçaõ naõ a admitem , como tenho já mostrado.

12. Igualmente se naõ pode dizer que por esta lei se estabeleceo , que a pensaõ , ou canon da enfyteuse naõ seja igual ao preço do aluguel , ou arrendamento , porque as couzas enfyteuticas tenhaõ andado arrendadas , e menos se pode exprimir esta regra , que o A. cuidou que se estabelecia nesta lei , por aquellas palavras : *modo fructus, quibus res locari solebat, non exequet* : (1) porque esta regra labora no falso supposto , de que as couzas cultas podem ser objecto da enfyteuse ao depois desta lei , o que he contrario ao expresso nella mesmo , segundo

te-

temos mostrado; e tambem no outro falso supposto, de que por esta lei se determinou, que as locaçōes perpetuas se fizessem sómente pelo preço, porque as terras, e propriedades costumavaõ andar arrendadas, do que nunca se lembrou o Legislador, como temos dito, e mostrado aquellas palavras. *restituindo-se os contraçōes á sua origem*, e as outras muitas que naõ torno á repetir. Tambem se a lei estabelecesse esta regra que o A. exprime nas ditas palavras, o contracto enfyteutico, e o da locaçō naõ só ficariaõ mais confusos contra a mente da lei; mas ficaria o enfyteutico transtornado em locaçō: porque medindo-se a pensaõ da enfyteuse pelos alugueres, e arrendamentos da coula enfyteuticada, ella se estabeleceria em attençō, ou em relaçō a seus fructos, e rendimento, e este modo de estabelecer a pensaõ he estranho ao contracto enfyteutico; pois na enfyteuse nunca a pensaõ se pode pôr em attençō, ou relaçō ao rendimento da coula enfyteuticada, mas deve sómente ser em reconhecimento do domínio directo, como temos dito.

13. Donde a pensaõ na enfyteuse ainda hoje naõ tem termo certo, ou cota de-

ter-

terminada pela lei , da qual naõ deva paſſar, mas depende do ajuste dos contrahentes , e ſómente pelas regras geraes da enfyteufe ſe deve examinar , ſe he lesiva, ou naõ ; pois esta lei do Senhor Dom Jo-
zé I. expreſſamente manda que o
contracto enfyteutico ſe regule por eſ-
tas regras: e o mesmo ſe deve dizer
a respeito da penaſão nas locações per-
petuas , a ſaber que ella depende do
ajuste ; e ſe houver duvida , ſe he , ou
naõ lesiva , esta ſe deve tirar pelas
regras da locaçao , ſegundo manda a
mesma lei , que ſão regras de diſſe-
rente natureza das da enfyteufe , diſſim
como tambem , os contractos ſão de diſſe-
rente natureza , do que depois do Im-
perador Zeno ſe naõ pode duvidar ;
podemos ver outro §.

T H E S S

*Defendidas na Faculdade de Ca-
nones.*

§ 4.

Depois de ſe dizer neste §. que a
enfyteufe he hum contracto con-
ſensual , e que tambem ſe pode con-
ſi-
O

tituir por hum legado, deixando-se a alguém o dominio util de huma coufa, que possa ser objecto da enfyteuse, no que naó pode haver duvida, affirma-se 1º. que o legado da enfyteuse cede logo depois da morte do testador; 2º. que os senhorios tem pela nossa Jurisprudencia tacita hydrotheca na enfyteuse para a segurança das suas pensões; 3º. que os successores da enfyteuse estaõ obrigados ás pensões que ficaraõ devendo seus antecessores; 4º. que a escolha he do enfyteuta, quando no prazo estiver constituida a pensão alternativamente sem haver declaraçaõ alguma a respeito della: por exemplo, se a pensão estiver constituida desta maneira: *pagará huma galinha, ou seis vinteis por ella*, o enfyteuta poderá escolher, e pagar qual destas coufas quizer.

THESES. I.

1. Para se provar, que se naó poderá mostrar, que o legado da enfyteuse naó cede logo depois da morte do testador, segundo se diz nesta These, será sufficiente molhar que este legado naó he condicional;

nal ; mas que he hum legado deixado puramente: porque huma vez que o legado naõ for condicional , segundo a regra geral da cessaõ dos legados , elle deve ceder logo depois da morte do testador. Quando alguem lega a enfyteuse de huma coufa, em que ella pode consistir, este legado contém em si huma tacita condiçao , a saber se o legatario aceitar a pensao , ainda que o testador a naõ expresse: porque esta condiçao provem da natureza da coufa ; pois a enfyteuse naõ pode consistir sem pensao em reconhecimento do dominio directo. A These naõ falla do caso , em que o testador declarou , e pôz por modo de condiçao esta tacita condiçao , nem tambem nos Elementos , e cartas do A. (1): por tanto a questaõ he , se esta condiçao , que he inherente ao legado da enfyteuse segundo a sua natureza , fará o legado condicional , quando o testador a naõ declarou , nem estabeleceo por modo de condiçao.

2. Papiniano tratando das condições , que provem da natureza da coufa , e naõ da determinaçao do testador, ou

O ii do

(1) V. o Comp. §. 41. obs. a e as Cart. pag. 43. 44. 45.

do testamento , deu huma decisao que as comprehend e a todas , e assim ella deve servir de resposta a nossa questao : *Conditiones* , diz elle , *extrinsecus non ex testamento venientes , id est , quae tacite inesse videntur , non faciunt legata conditionalia.* (1) Eis-aqui segundo esta regra as condicões , que saõ da natureza da coufa , e naõ provem da determinaçao do testador , naõ fazem os legados condicionaes : e como a condiçao , de que tratamos , he da natureza do legado da enfyteuse , como temos observado , fica evidente , que este legado naõ he condicional : e conseqüintemente , que cede logo depois da morte do testador. Isto seria sufficiente para esta questao : mas naõ omittirei huma illustre especie , que Paulo nos deixou decidida nesta materia , a qual declara bem a nossa questao. Se o marido (diz elle) legar a hum estranho huma coufa do dote , e a sua mulher algum dinheiro por ella , e em quanto ella delibera se lhe faz conta , ou naõ o dinheiro , morrer o legatario ; se depois eleger , e quizer o dinheiro , o legado passa para os herdeiros

(1) L. 99. D. de Condit. & demonstrat.

ros do mesmo legatario; porque mais he isto huma demora, que huma condiçāo posta ao legatario: estas saõ as suas palavras, *si rem dotalē maritus legaverit extero, & uxori aliquam pro dotali re pecuniam: deinde, deliberante uxore de elecione dotis, decesserit legatarius, atque legatum elegerit mulier, ad heredem transire legatum dictum est, idque, & Julianus respondit: magis enim mora, quam condicō legato injecta videtur.* (1) Este legado da coufa dotal he contingente, e dependente da escolha desta mulher, de ella querer aceitar a quantia de dinheiro, que o marido lhe deixou, e com tudo naõ he condicional, por isso que esta condiçāo he da natureza da coufa; e provem da liberdade que a mulher tem de querer, ou naõ aceitar aquella quantia: do mesmo modo pois devemos dizer a respeito do legado da enfyteuse; porque aquella condiçāo, *se o legatario quizer aceitar a obrigaçāo da pensão,* provem da natureza da coufa; pois naõ pode subsistir a enfyteuse sem ella. Mas ain-

da

(1) L. 6. §. 1. D. Quando dies legat. cedat.

da que naõ fosse da natureza da enfyteuse a necessidade de se pagar certa pensaõ em reconhecimento do dominio directo, assim mesmo o legado da enfyteuse naõ seria condicional, por isso sómente qne o testador neste legado imposse a obrigaçao ao legatario de pagar certa pensaõ, se elle naõ posesse este onus por modo de condiçao, assim como naõ saõ condicionaes os legados que saõ deixados com certo modo, os quaes cedem logo depois da morte do testador, (1) naõ obstante terem a tacita condiçao, *se o legatario se quizer obrigar*, e ser o legatario obrigado a dar cauçao de satisfazer ao modo, se houver quem tenha interesse, em que elle o satisfaça. (2) Tambem quando ao legatario se manda pagar outro legado, ou fideicomisso, este legado involve a condiçao tacita, *se o legatario quizer obrigar-se a pagar o legado, ou fideicomisso*, que lhe he imposto, e com tudo nenhum J. C., ou Jurista disse já mais, que similhante legado era condicional, e que naõ cedia

(1) L. ult. Cod. de His. quæ sub. mod.

(2) L. 40. 71. 80. D. de Condit. & demonstrat.

dia logo depois da morte do testador: pois o mesmo deveriamos dizer do legado da enfyteuse na hypothese sobre-dita.

3. Para mostrar que o legado da enfyteuse não cede logo ao depois da morte do testador, diz o A. que faz duas demonstrações, as quaes eu vou trasladar, e não deixarei de lhe responder. „ Os legados condicionaes (diz a „ primeira) somente se adquirem verificada a condiçao: Ora o legado „ pelo qual se constitue a enfyteuse, he „ hum legado condicional, visto que só „ se deixa o predio ao legatario no „ caso de se querer obrigar á prestação da pensão, e mais direitos do- „ minicaes: Logo só ao depois de verificada esta condiçao he que se ha- „ de adquirir a dita enfyteuse. „ (1) Se a segunda proposição deste discurso fosse certa, não tinha eu duvida na conclusão delle: porém no que ella affirma he que consiste a questão. Porque quando se diz, que o legado da enfyteuse cede logo depois da morte do testador, a questão vem a ser, se a quel- la

la condiçāo tacita, que nelle se inclue
 (a saber se o legatario se quizer obri-
 gar á pensaō, e mais direitos domini-
 caes) faz, ou naō esse legado condicio-
 nal, e eu ja mostrei que esta condiçāo
 tacita, que se inclue no legado da en-
 fyteuse, o naō faz condicional (1): e
 assim naō pode haver duvida, naō ob-
 stante o raciocinio, que trasladei, que
 este legado cede logo depois da morte
 do testador. A segunda demonstraō
 diz desta maneira: „ Adquirida a en-
 „ fyteuse, que se constitue legato, fica
 „ o legatario obrigado a pagar huma
 „ pensaō: ninguem pode ser obriga-
 „ do invicto, logo o legatario naō ha-
 „ de receber invicto aquelle legado: se
 „ elle o adquirisse *statim a morte tes-*
 „ *tatoris*, sem ser necessaria a declara-
 „ çāo da sua vontade, vinha a ser
 „ obrigado invicto a receber a enfy-
 „ teuse constituida legato, e em con-
 „ sequencia á prestaō dos direitos
 „ dominicaes, isto naō pode ser, como
 „ fica demonstrado: logo naō se ha de
 „ adquirir semelhante legado a morte
 „ tes-

„ testatoris; mas ha de ser necessaria „ a declaraçāo do legatario (1). Este argumento labora no falso supposto, de que o legatario he obrigado a receber o legado, quando elle cede, e que naō pode rejeitallo com as obrigações, e encargos, que o testador lhe impoz: porém he notorio que o legatario naō he como o servo, a quem o senhor instituiu herdeiro, o qual por ser herdeiro necessario naō pode rejeitar a herança; mas segundo he regra vulgarissima, ainda que a coufa legada pertença para o legatario logo des- de que o legado cede, com tudo de- pois mesmo que o legado, cede elle po- de, ou aceitalla, ou regeitalla, segun- do bem quizer, e esta liberdade do lega- tario naō he o que faz os legados condi- cionaes, mas taō somente a disposiçāo do testador; porque de outra maneira to- dos os legados seriaõ condicionaes. Co- mo pois o legatario, depois que o lega- do cede, o pode ainda rejeitar, por isso que o legado da enfyteuse cede *statim a morte testatoris*, naō se segue, que o legatario seja obrigado a receber in- vito a enfyteuse constituida *legate*, e á

á prestaçāo dos direitos dominicaes, como o A. discorre na sua demonstraçāo: mas o que se deve daqui deduzir he, que o legatario pode aceitar a enfyteuse constituida legato logo des de a morte do testador, se ella lhe fizer conta: e por conseguinte naō acontece aqui que elle venha a ser obriga do contra a sua vontade á penaçāo, e direitos dominicaes; porque só se obriga a isto, se elle quizer aceitar a enfyteuse, assim como acontece ao legatario, a quem foi deixado hum legado com certo modo, ou com obrigaçāo de dar outro legado, ou fideicomisso, o qual legado cede logo depois da morte do testador, e com tudo o legatario naō he obrigado contra sua vontade aos encargos, que lhe saõ impostos, por isso que lhe he livre aceitallo, ou rejeitallo. E assim por esta demonstraçāo do A. naō se pode concluir que o legado da enfyteuse seja legado condicional: vejam os as Theses que se seguem.

THESES. II., e III.

I. **A**inda que naō repugna juntar ás Theses as razões, em que ellas se fundaõ, com tudo naō he

he este o estylo mais seguido , nem o melhor , nem he da obrigaçāo do Repetente ajuntallas ; pois elle por isso que offerece as Theses , e promette defendellas , obriga-se a expollas , a quem o quer ouvir , e naō se auzenta , e com isto está respondido a tudo , o que as cartas dizem a respeito de se naō juntarem as provas desta primeira These.

(1) O A. tomando as Theses , como feitas contra si , sem ellas o dizerem , diz que eu me devia lembrar da lei 2. D. *de Probat* , a qual diz que a prova deve ser feita por aquelle que affirma , e naō pelo que nega : porém esta lei diz respeito a disputas Forenzes , e naō ás literarias ; pois nestas assim o que o nega , como o que affirma , deve dar a razaō , e demonstrar o que diz ; porque o homem naō se presume sabio , assim como se presume , e deve presumir bom no Foro civil , razaō porque se estableceo aquella lei.

2. Affirma-se nesta segunda These , que os senhorios tem tacita hypotheca na enfyteuse para segurançā das suas rendas. A hypotheca tacita pode ser , ou legal , ou convencional : esta se confi-

titue por hum pacto tacito, do qual Papiniano nos refere hum exemplo no livro II. das suas Respostas, (1) e os D.D. a este lugar dizem os modos porque este pacto tacito se faz, naõ será necessario que eu repita isto: a hypotheca tacita legal he aquella, que he constituida pela lei, sem ser necessaria convençao particular tacita, ou expressa, somente nella ha a vontade presumida pela lei. A hypotheca tacita, que os senhores tem segundo a nosla Jurisprudencia he legal; mas naõ se prova pelas leis Romanas; porque, como o A. se lembrou, estas leis naõ saõ sufficientes para provar entre nós huma hypotheca legal, e nem eu sei, nem pessoa alguma poderá saber a causa, porque elle quizer o trabalho de repetir taõ louvavelmente, o que respondeo Caldas, e o que Pinheiro repetindo-o respondeo (2) e responderaõ outros á l. f. *Cod. sine censu*, e á l. *Imperatores* 7. D. de *Public*, & *vectig*! pois as Theses as naõ lembraraõ, nem os Repetentes a ellas recorreraõ. Entre as nossas leis escritas temos a este respeito a lei de

(1) L. 3. §. 2. D. Qui potiores in pignore.

(2) P. 2. de *Enfyteuse*. D. 4. f. 2. n. 14.

20. de Junho de 1774. no §. 38. cujas palavras saõ as seguinte: „ Exceptuo „ em quinto lugar os senhores dos pre- „ dios rusticos , ou urbanos , e os se- „ nhores directos , quando concorrerem „ para haverem dos seus rendeiros , e „ inquillins , ou enfyteutas as pensões , „ alugueres , e foros para preferirem „ neste caso pela sua tacita , e legal „ hypotheca aos outros credores , „ posto que a tenhaõ geral , ou especial „ mais antiga.

3. Para fazer ficar sem vigor esta lei do Senhor Dom Jozé I. lançou o A. maõ desta regra de interpretaçao , de que eu já fiz mençaõ (1), a saber *a lei, que suppõe huma cousa, deve entender-se nos termos, em que se verifique, o que ella suppõe*, e para a fazer respeitavel lembrou-fe de dizer, que ella era a mesma que aquella , que com justa razaõ os nossos antigos Escritores adoptaraõ , que diz assim: *as leis sempre se devem entender nos termos habéis*: porém elles quando differaõ isto nem por sonho se lembraraõ da regra do A. , porque elles usaraõ daquella regra , para que as leis sempre tivessem effei-

(1) §. 1. These segunda n. 5.

effeito , e vigor , e naõ para lho tirarem : pois naõ he da autoridade de hum J. C. fazer sem effeito huma lei. Queriaõ dizer naquelle regra que na interpretaçao das leis se deve examinar , se elles saõ leis particulares , ou saõ geraes , se fazem huma excepçao , se huma regra , se tem por objecto huma providencia perpetua , ou temporaria , se he a lei estabelecida Nomo- canon , ou naõ : em huma palavra queriaõ dizer que se devia attender á quallidade da lei , á sua materia , e fim , e de nenhuma maneira queriaõ ensinar que se devia verificar a supposiçao , que o legislador nella mostra fazer : pois elles sabiaõ que a supposiçao , que o legislador mostra fazer , vem a ser a razaõ , que o legislador dá da sua lei , e que assim como o legislador naõ he obrigado a demonstrar , e verificar a razaõ que dá da sua lei , tambem naõ he obrigado a verificar a supposiçao , que faz , para que a lei se deva observar , como já dissemos. Se a regra de interpretaçao , de que usa o A. , fosse praticavel , o Ministro , que naõ quizesse observar huma lei , diria : o Principe , quando faz as suas leis , sempre supõe que o que manda he util ao seu Rei- no ;

no ; mas esta supposiçāo naō se verifica nesta lei , logo ella naō se deve observar : o homem particular diria o mesmo : e assim o Principe se veria obrigado , para se observarem as suas leis , naō só a dar a razaō dellas ; mas a persuadir os seus Vassalos desta mesma razaō , o que nunca lembrou , nem podia lembrar aos nossos antigos Escritores. Quando os negocios de Governo pedem , que naō só se encubra ás Nações vizinhas a razaō , do que o Principe manda no seu Reino ; mas tambem instaō que na lei se ponha huma razaō , que os faça pensar que o fim della he differente daquelle , que intenta o legislador , se a regra do A. fosse praticavel , o fim verdadeiro do legislador naō se conseguiria : porque se deveria fazer outra cousa differente , do que elle verdadeiramente quer , e manda , ou se deixaria sem effeito a sua vontade ; pois neste caso naō convem a razaō dada na lei com o seu verdadeiro fim. Huma razaō similhante a esta tambem alguma vezes as diferentes circunstancias , que acontecem dentro da mesma Republica , pedem que nas leis se dê , e neste caso tambem pela regra do A. naō se deveria obser-

observar estas leis: porque a razão dada nellas se não verificava. Em fim por esta regra não haveria huma lei, que se não podesse transtornar, e fazer ficar sem efeito: e consequintemente ella he alheia das regras de interpretar as leis; porque nós sempre as devemos interpretar de maneira, que não fiquem sem efeito, saiba-se, ou não se saiba a sua razão (1), verifique-se, ou se não verifique a suposição que ellas mostraão fazer, cesse, ou não cesse a razão, que ellas daão: pois sómente as leis cessão, quando he notorio, que cessa absolutamente a sua verdadeira razão, aquella mesma, que o legislador não quiz publicar; mas em quanto isto se não fabe, a lei sempre se deve observar. Quanto mais, que a suposição, que o Legislador mostra fazer, se verifica naquillo mesmo que elle manda, e não he necessario que se verifique antecedentemente á lei; pois era necessário provar-se primeiro, para se não observar a lei, que o Legislador não mandaria, o que ella diz, se soubesse já antecedentemente, que se não verificava a sua suposição: mas similihan-

(1) Arg. a I. 17. D. II.

Ihantes provas naõ se admittem contra as leis. Nos legados mesmo, quando a a causa he falsa, naõ obstante ser hum acto de hum particular o de legar, sómente por via de excepçāo se admittē o provar-se, que se o testador soubera, que a causa era falsa, naõ legaria, e ainda nos mesmos legados diz Papi-niano (1) que o mais das vezes se admittē esta prova, e naõ diz que sempre se admittē, e que diria elle se fosse per-guntado a respeito da supposiçāo da lei, que tambem he a causa, que o Legislador mostra, e dá de a ter feito, e de mandar, o que nella manda? He sem duvida, que havia de dizer, que nun-
ca se podia admittir similhante prova, e que a lei se devia observar, verificasse-se, ou não a sua supposiçāo; porque con-
tra a lei nunca se admittē excepçāo al-
guma, nem prova della, sómente o di-
zer que he falsa a supposiçāo, que faz o Legislador, he hum attentado contra o respeito, e reverencia summa que se lhe deve: o Legislador mesmo he só quem pode exáminar, se se enganou ou não nas suas supposições, e causas que teve para legislar, e o vassallo

P

naõ

(1) L. 72. §. 6. D. de Cond. &c demonst

não se pode intrometter nisto.

4. Pertende o A. mostrar a necessidade da sua regra por dous lugares da Ord. : o 1.º he liv. 2. tit. 1. §. 16. As palavras, que elle trasladou (1), são as seguintes : *outro sim se algumas pessoas Ecclesiasticas, Igrejas, ou Mosteiros adquirirem, ou houverem alguns bens nos reguengos.* „ Esta lei (diz elle „ aqui) suppõe os Clerigos, e Igrejas „ com bés nos reguengos sem declaraçāo „ alguma, e se se naõ utar daquella regra „ na sua interpretaçāo, há de concluir-se „ della, que os Clerigos, e Igrejas geral- „ mente pódem ter bens no reguengo „ : porém eu digo, que usando daquella regra de interpretaçāo, que manda que se não interprete a lei sómente por algumas das suas palavras; mas que se devem examinar todas (2); e juntando a outra regra que manda ver todos os lugares paralelos, e contrarios, para entender qualquer lugar de huma collecçāo de leis, evidentemente se conhece, que huma similhante conclusão se naõ deve tirar destas palavras da Ord., e que a lei naõ faz esta suposiçāo; mas taõ sómente o A. he o que a faz : pois por ella

(1) Cart. p. 51. (2) D. L. incivile.

las somos obrigados a ir ler a Ord. livro 2. tit. 18. , e juntando este lugar com o dito §. 16. , claramente se vê que a Ord. nestas palavras sómente falla do caso em que as pessoas Ecclesiasticas , Igrejas , ou Mosteiros tem licença Regia para adquirir. Tambem para provar a necessidade da sua regra trasladou do livro 1. tit. 9. §. 4. as palavras seguintes: *não tomarão conhecimentos dos feitos , que se tratarem entre partes sobre os prazos , que os donatarios dos reguengos fazem* , e diz que sem ella se deve concluir desta Ord. , que os donatarios pódem geralmente fazer prazos nos reguengos : porém as regras , de que fiz menção , não nos deixão concluir desta maneira ; porque lendo-se , segundo ellas mandão , a Ord. liv. 2. t. 35. §. 25. e liv. 4. t. 41. , claramente se vê que o Legislador aqui não concebeo na sua mente , que os donatarios podessem fazer sem sua licença os ditos prazos ; mas que sómente se lembrou dos prazos que fazem , tendo-lhe sido concedida. Para outros quaesquer lugares da Ord. similhantes a estes referidos pelo A. são sufficientes as regras de que fiz uso , e para os mais tem a

arte de interpretar as regras necessárias, que nos mostrão a vontade do Legislador, sem lhe levantarmos o testemunho, de que elle faz suposições falsas, ou contra o que tem mandado: por tanto não se prova a necessidade da regra suppositicio interpretativa, de que o A. usa: e consequintemente della se não pôde fazer uso contra a dita lei de 20 de Junho; mas não obstante observaremos o que disse.

5. Nesta lei (argumenta elle) supõe-se, que os senhorios tem tacita hypotheca, e não se constitue, como se vê do thêor della, e do seu fim, o qual não he estabelecer novas hypothecas, mas regular as estabelecidas. (1) O argumento, que se tirou do thêor do §., para se dizer, que a lei não constitue de novo huma tacita hypotheca, parece ser o uso, que nelle se faz da palavra *sua*; pois diz pela sua *tacita*, e *legal hypotheca*: porém se esta he a razão, porque o A. lhe pareceo, que a lei aqui não constitue huma nova hypotheca, ella não he sufficiente porque o Legislador podia usar des-
ta

(1) Cart. p. 54.

ta palavra , referindo-se ao tempo actual , em que fazia a lei ; pois logo que o Legislador desse esta hypotheca , ella ficava sendo dos senhorios , e sendo-o , podia a lei usar com propriedade da palavra *sua*. E como das significações , que poder ter qualquer palavra de huma lei , nós devemos sempre usar daquella , que faça , que ella tenha effeito , e fique em seu vigor , he certo que quando não houvera outro meio , deste se devia usar , para que a lei ficasse tendo effeito. O argumento que se tirou do fim , tambem não conclue ; porque supposto a lei tenha por fim regular as preferencias entre os credores , he necessário provar evidentemente que ella não quiz dar aos senhorios esta hypotheca , que inclue neste regulamento , o que se não pode provar. Porém independentemente de tudo isto o costume , que já havia de terem hypotheca os senhorios nos seus prazos para segurança das suas pensões , tira todo o subterfugio que se queira procurar contra esta lei , e ainda que elle he por todos conhecido , não omissitirei a sua origem , e progressos.

6. Baldo á lei 2. Cod. de *Jur. Empbit*,

phit ; Socino o Moço , (1) Jason , (2) Alexandre de Nevo , (3) e outros muitos differão , que os senhorios directos tinhão hypotheca na enfyteuse para segurança das suas rendas : era destituida de fundamento esta opinião ; porque nada menos provavaõ os textos , donde a deduzião , que similhante affirmação : porém a authoridade , e respeito , de que gozavão seus authores , fez que della nem se duvidasse , e em virtude disto passou a ser geral do Foro , e a ser tão recebida pelo costume , quanto se vê , do que referem Gabriel Modeo , (4) Guido , (5) e outros Icūs nascionaes. Valasco não obstante dizer que esta opinião se não provava por texto algum , (6) como devia dizer , com tudo confessar o costume , e diz que elle he optimo para os senhorios , e o manda consultar (7) , Mendes a Castro (8) , e Mo-

(1) Lib. 1. Conf. 70. n. 14. (2) Ind. 1. 2. (3) Lib. 1. Conf. 70. n. 9. (4) In l. 41. D. de Act. empt. (5) Desc. 42. (6) Q. 4. n. 7. (7) Q. 32. n. 20. inf. (8) In Pr. lib. 3. c. 21.

Moraes (1), não só referem ser do costume geral do Reino esta hypotheca ; mas que era practica tambem geral passar-se aos senhorios contra os enfyteutas o executivo , o que prova que já no tempo destes esta hypotheca em virtude do costume era legal ; pois já os senhorios não precisavão de provar que tinhão hypotheca. Pinelo , Caldas , Molina , outros , que transcreve Pinheiro , (2) differão , como Valasco disse , que esta hypotheca se não deduzia dos textos , com que a costumavão provar : porém , ou fosse , porque os enfyteutas achasssem pouco interesse em fazer emendar este costume , que se tinha introduzido , ou fosse , porque já não poderão , o certo he , que elle continuou , segundo se observa dos mesmos cartorios do Judicial , e não consta que já mais fosse interrompido , nem Pinheiro , Molina , Caldas , e Pinelo o dizem. Nesta forma se achava estabelecida esta hypotheca pelo uso , e costume já tão antigo neste Reino , como do tempo , em que viverão Valasco , Mendes , e Moraes , se ob-

(1) De Execut. lib. 1. c. 4. §. 2, 22, 26,

(2) D. 4. f. 2. n. 12, 13.

observa, quando se publicou a lei de 20 de Junho de 1774. : pelo que, querendo-se que as ditas palavras desta lei : *pela sua tacita, e legal hypotheca*, se devão sómente referir ao tempo passado, pôde o A. ficar sem dúvida da verdade do Legislador; porque já pelo costume esta hypotheca era tanto dos senhorios, que só se lhe podia tirar por huma lei que o revogasse; pois este costume não era contra a lei, porque nenhuma havia que prohibisse esta hypotheca. Porém suppunhamos contra a verdade da historia, que até pelos mesmos cartorios dos Taballiaes se prova; que este costume não tinha os cem annos, que se requerem na lei de 18 de Agosto de 1769., ainda assim mesmo não perdem a sua hypotheca os senhorios. Por quanto ninguem pôde duvidar, que no dito anno, em que se publicou esta lei, se achava em uso esta hypotheca, e que era pratica geral do Reino conceder-se aos senhorios contra os enfyteutass o executivo; pois ha disto tantas testemunhas, quantos dos que a ouvirão publicar ainda vivem: e como do Legislador se não pôde suppor, que não esteja sempre atentando para o que se pratica em seu Reino, he evidente que usando ella na sua

sua lei daquellas palavras : *pela sua tacita, e legal hypotheca* , aprovou esta practica , e costume que se observa , e por cõseguinte que o fez legitimo: porque a dita regra , que faz necessarios os cem annos , para o costume ter força de lei , não tem lugar a respeito daquelle que he aprovado por alguma lei , e este para se dizer , que não he aprovado por esta lei , he necessario dizer que o Legislador não observa , o que se practica no seu Reino , o que se não pôde dizer.

7. Lembrou-se o A. , para salvar o que , segundo a Pinheiro , disse em seus Elementos , de restringir a generalidade desta lei á hypotheca , que tem as Igrejas , e Corpos de mão morta nos seus prazos : porém por esta mesma restrição que pretendê , se faz hum testemunha do costume que referi. Eu traslado as mesmas palavras da lei de 4. de Julho de 1768. , que o A. trasladou. „ Permitto mais (diz ella) ás referidas Igrejas , e Corpos , que pelos fóros decursos , que lhes deverem , possão fazer penhora , e execução nos rendimentos dos bens afforados para seu pagamento ; e não chegando , nas mesmas propriedades. „ Ainda que a lei

Lei nestas palavras diz, que possão as Igrejas, e Corpos de mão morta fazer penhora, com tudo não diz, se ha de ser antes da sentença, se depois: se nós a entendermos da penhora feita depois da sentença, não se deduz daqui, se não que se lhe concede a hypotheca, que tem os credores depois da sentença passar pela Chancellaria Ord. I. 3. t. 84. §. 14. : se a entender-mos da penhora feita pelo executivo, então deduz-se desta lei a hypotheca, de que fallamos. Se não houvesse o uso, e costume de os senhorios terem hypotheca nos seus prazos para segurança das suas rendas, e de se lhes passar o executivo para fazerem penhora, se isto fosse desconhecido no tempo desta lei, sómente adivinhando, e não interpretando, se poderia dizer, que a lei fallava desta penhora, de que se tem entendido, e nem ella podia lembrar a pessoa alguma; porque ninguem se lembra, do que nunca teve noticia. O executivo, de que usa a Corôa, não podia fazer interpretar esta lei do modo, que se tem interpretado; porque sendo regra notoria, que os privilégios da Corôa nunca se julgão concedidos a pessoa alguma, sem se fazer delles especial menção, também a nenhuma

guem podia lembrar que esta lei concedia similhante privilegio ás Igrejas , e Corpos de maõ morta , se isto fosse privativo da Coroa , e naõ houvera o uso ; e costume de se conceder a todos os senhorios. O uso pois , e a pratica geral , que no Reino havia em 1768 , foi o que fez que ninguem duvidasse , de que esta lei concedia ás Igrejas , e Corpos de maõ morta o beneficio do executivo , do que saõ testemunhas tantos , quantos a ouviraõ publicar , e a tem interpretado : o A. interpreta do mesmo modo , e conclue della , como todos concluem , que as Igrejas , e Corpos de maõ morta tem hypotheca nos seus prazos: conseguintemente confessa , e faz-se testemunha do mesmo costume , que quer negar. Além da prova , que da intelligen- cia , que se tem dado a esta lei , se ti- ra a favor deste uso , e costume , da mesma lei se observa isto ; porque entre os beneficios , que ella concede ás Igre- jas , e Corpos de maõ morta , numera o que lhe concede de fazerem penhora , e como elles todos saõ a res- peito de couças , de que pelo uso , e costume ellas se reputavaõ senhoras , o mesmo juizo se deve fazer deste : e por conseguinte desta lei se mostra , que o Le-
gis-

gislador sabia que havia o uso , e costume de os senhorios terem hypotheca para segurança das suas rendas , e de se lhe passar o executivo.

8. O silencio da Ord. liv. 4. t. 39. allegado (1) pelo A. naõ pôde fazer recear os senhorios : porque o direito da sua hypotheca teve origem no costume , e naõ na Ord. , ou outra lei escrita , e hoje se acha tacitamente louvado na dita lei de 4 de Julho de 1768 , e expressamente na lei de 20 de Junho de 1774. Tambem aos mesmos senhorios naõ he necessario responder ao argumento , que o A. faz contra a sua hypotheca , dizendo que ella lhes he desnecessaria ; porque jure *commisſi* pôdem elles receber o prazo , naõ se lhe pagando a pensaõ por dous , ou tres annos. (2) Por quanto a todos he notorio , que a pena do commisſo se naõ verifica nos prazos seculares , se naõ deixando o enfyteuta de pagar por tres annos : e como antes dos tres annos o enfyteuta pôde vender , e ficar pobre , ou pôde morrer , o senhorio perderá em hum , e outro caso a pensaõ de hū anno , ou de dous , ou de mais , naõ tendo hy-

(1) Cart. p. 55. (2) Cart. p. 56.

hypotheca ; porque sem ella , não tem acção contra o successor na enfyteuse , que não for seu herdeiro. De mais , os requesitos , que são necessarios provar , e as desculpas que pôdem haver a respeito da pena do commisso , fazem este letigio muito demorado ; e se os senhorios não tivessem a hypotheca legal , que não precisa de prova , mais util lhes feria perder as pensões dos tres annos , que intentar similarmente acção da pena do commisso

9. Seguia-se tratar de questão , se os successores na enfyteuse estão obrigados a pagar as pensões , que ficarão devendo seus antecessores : porém já não é necessário ; porque esta questão dependia de se mostrar , que os senhorios tem hypotheca na enfyteuse pelas suas pensões : pois estabelecida a hypotheca fica estabelecido o direito de haver por ella as pensões , para cuja segurança ella serve. E como o tenho já mostrado , e ninguem em boa fé pôde negar o costume , que tenho referido ; porque todos os que frequentão o Foro , e conhecem terras enfyteuticas , delle tem noticia , passemos á These seguinte.

T H E S. IV.

Disse-se nesta These que o enfyteuta podia escolher, quando no prazo estivesse a pensão posta alternativamente sem haver declaração alguma, e para se conhecer, quando a pensão nos prazos está posta alternativamente, se escreveo o exemplo que nella se vê: a *faber huma galinha, ou huma tostão por ella*, e não são necessarios mais exemplos; porque na particula *ou* está o sinal da alternativa, pois corresponde ás particulas dejunctivas, *aut*, *vel*, *ve*, as quais todas são proprias para exprimir huma obrigação, ou estipulação alternativa, por serem particulas dejunctivas, assim como a nossa particula *ou*. Affirmou-se isto na These em virtude da regra das obrigações alternativas explicada por Ulpiano na lei 10. §. 6. D. *de Jur. dñ.*, a qual diz que quando se promette huma cousa, ou outra, e se não declara quem ha de ser, o que ha de escolher, compete a escolha ao devedor, o que tambem se ha de observar entre o enfyteuta, e o senhorio; pois

pois esta regra na mesma forma, em que he concebida, segundo da dita lei se vê, he geral para todos os contráctos (1). Nas cartas (2) se confessa esta mesma regra, e lembraõ-se mais alguns textos, em que ella se firma, e eu por esta regra ser notoria, ommitto naõ só os lugares ahi referidos; mas tambem os mais, que podia accrescentar. Tambem deixo de mostrar que esta regra a respeito da escolha nas obrigações alternativas se observa pela nostra Jurisprudencia; porque nem nisto pôde haver duvida. Tudo isto nem o Autor o pôde negar: por tanto tambem se naõ pôde negar, que he verdade o que affirma a These.

2. O A. nos Elementos tinha dito (3) que quando nos prazos estivesse imposta a pensão alternativamente, a eleição era do senhorio, e para declarar o modo de conhecer a pensão alternativa pôz este exemplo; *huma galinha, ou seis vintens por ella*: eu tras-

la-

(1) V. Gothot. ad leg. 10. n. 6. Hercio com. select. vol. 3. Diff. 17. pag. 233. e seg., e tambem a l. 26. D. de Rebus Dub.

(2) P. 63. (3) §. 45. obs. si.

Iado a sua observaçāo, para que della se veja isto mesmo, que eu digo: *si cum*, diz ella, *alternativa pensio fuerit imposta*, *velut in hunc modum huma galinha*, ou *seis vintens por ella*, *electionem esse domini*, *ne quod in illius favorem proditum est*, *ipsi noceat*. Esta observaçāo contém tres partes: a saber huma regra, hum exemplo para declarar a regra, e a razaō da mesma: a regra acha-se nas palavras: *Cum alternativa pensio fuerit imposta electionem esse domini*, o exemplo que a declara, acha-se nas palavras: *velut in hunc modum huma galinha*, ou *seis vintens por ella*, e a razaō della nas palavras *ne quod até o fim*. Para se observar a extençāo da regra, que o A. põe, devem-se ler no §. 45.as palavras: *si nihil conventum*, a cujo verso he posta a mesma observaçāo, e dellas se vê que o sentido do A. he dizer, que quando nos prazos se achar estabelecida huma pensaçāo alternativamente sem haver declaraçāo alguma, a eleiçāo he do senhorio; e das palavras, que elle põe no exemplo, do modo com que as põe, e daquella particula *velut*, que elle ajunta, ve-se manifestamente que o exemplo foi posto para ensinar, que coufa era

éra pensão alternativa : do que se mostra que o sentido do A. foi affirmar, que quando a pensão dos prazos fosse alternativa, e naõ houvesse declaraçāo alguma a respeito da escolha, que ella era do senhorio, como já disse. Porém como a pensão quando está posta nos prazos alternativamente, a obrigação, que o enfyteuta tem, he huma obrigação tambem alternativa, e o A. confessā, que nas obrigações alternativas a escolha he do devedor, naõ havendo no contracto declaraçāo a respeito della, como explicaõ as leis, e regras de direito, que elle mesmo citou, devia confessar que a escolha era do enfyteuta ; quando no prazo está posta a pensão alternativamente sem declaraçāo : pois o enfyteuta neste caso he o devedor, e lhe deve competir o mesmo direito, que compete aos devedores nas obrigações alternativas, porque as leis naõ exceptuaõ desta regra o enfyteuta, nem o contracto enfyteutico ; e o senhorio estipulou a pensão, e na duvida sempre se deve julgar contra o estipulante d. l. 26. D. de Reb. dub.

3. Diz o A., que a regra de direito que dá escolha ao devedor, naõ havendo declaraçāo em contrario, tem

sómente lugar , quando ha alternativa propriamente , eu eu tamhem digo o mesmo ; pois quando não ha alternativa propriamente , nem o devedor , nem o credor escolhe ; porque sómente se tem estipulado , e promettido huma só coufa , e naõ se tem promettido huma coufa , ou outra : porém o caso de que fallamos , e a questão de que se tiata nas Theses , he muito differente de hum similhante caso ; porque a hypothese sobre que se versa a decisao da Thesé , e da observaçao do A. he sobre huma pensão e obrigaçao alternativa , e em que se prometteo , e pedio alternativamente a especie , ou o preço della , como bem mostraõ as suas palavras , e o exemplo nella proposto. Se o A. chama alternativa impropria , quando o credor pode escolher , então confessando elle que a l. 10. §. 6. D. de *Jur. dot.* deve ter uso entre nós , tambem deve dizer que o senhorio sómente a tem , quando no contracto se declarar que a tenha elle ; pois que a respeito da obrigaçao da pensão , e direitos dominicaes o senhorio he o credor , e a lei diz que quando se promette huua coufa , ou outra , sómente o credor tem a escolha , se no contracto se declarar que elle a tenha , e

quan-

quando se não declarar, quem ha de escolher, que deve escolher o devedor, o qual no nosso caso he o enfyteuta.

4. O exemplo que se acha nas Theses e na observação ainda que he de coufa, e preço differente, com tudo não deixa de ser similhante a especie, de que trata a dita lei; porque em huma, e outra parte se estipulou a especie, ou a estimação: por tanto não tem aqui lugar algum o que o A. escreve quando diz: „ Não „ quero porém dizer nisto que o fe- „ nhorio pode pedir ao enfyteuta a „ especie, ou a sua estimação estipula- „ da: Se este lha der boa e capaz „ de receber, he o senhorio obrigado „ a aceitalla, e no caso de querer pres- „ tar a estimação he que necessita do „ consentimento delle (1). Porque não „ só isto se pode verificar sómente, quando „ se estipulou unicamente a especie, ou „ quando, tendo-se estipulado a especie, „ ou estimação, o senhorio reservou o es- „ colher; mas tambem não pertence para „ a questaõ da escolha, de que trataõ as „ theses, e a observação; mas sim para o „ modo de fazer a soluçaõ. Tem dito al- „ guns que o credor, não havendo decla- „ ração, pode escolher, quando aquillo,

Sobre que se versa a alternativa , he evidentemente util sómente a elie (1) : se o A. quizer seguir esta opinião , então não diga que o senhorio he obrigado a receber a especie , quando a pensão he alternativa , offerecendo-lha o enfyteuta boa , e capaz de receber. Porém nem esta opinião tem aqui lugar ; porque taõ util he ao senhorio a liberdade de escolher a especie , ou a estimaçāo , como ao enfyteuta : e como até os desta opiniaõ dizem , que no caso de duvida pertence a escolha ao devedor , (2) e o enfyteuta neste caso o he , tambem a respeito delle se deve dizer o mesmo.

5. Acrescenta mais o A. , pue a razão , que o moveo a dizer , que a escolha era do senhorio , quando a pensão estava posta alternativamente , fora a inculcada naquellas palavras da observaçāo : *ne quod in illius (domini directi) favorem proditum est , ipsi noceat.* Porém deve-se advertir , que nessa razão se comprehende aquelle vicio , a que os Logicos chamaõ *petitio principii* ; porque se decide a questaõ por aquillo mesmo , que está em duvida ;

pois

(1) V. Hercio d. Diff. 1. 3. §. 3.

(2) d. §. 3.

pois se no contracto está promettida huma cousa , ou outra , e se naõ acha declarado , a quem pertence a escolha , o que aqui se procura saber , e a respeito do que ha duvida , he a favor de quem foi posta esta clausula alternativa , e para tirar esta mesma duvida he que foi feita aquella regra , e se determinou que a escolha pertencesse ao devedor , quando se naõ declarasse , que o credor podesse escolher , a qual se fez , porque ninguem se julga obrigado ao mais ; mas antes pelo contrario todos se julgaõ obrigados ao menos , em quanto se naõ mostra claramente o contrario : e como o enfyteuta , ficando com a liberdade de escolher , fica obrigado a menos , tem a seu favor a presumpção , em que se fundou esta regra : e por conseguinte ella deve ter lugar a seu respeito. Em quanto ao que o A. accrescenta mais , que considera que a pensaõ fora posta deste modo em beneficio do senhorio , para que o enfyteuta naõ pertendesse demorar a pensaõ , ou duvidasse sobre o seu legitimo equivalente , e que a razão de o assim conjecturar , a deduzira de o senhorio ser , o que dá a lei ao contracto , digo que esta sua consideraõ

he contraria áquella regra das obrigações alternativas, que elle mesmo diz que deve ter uso entre nós, a qual foi feita para tirar estas mesmas considerações, que os credores podiaõ allegar a seu respeito: porque a presumpçaõ está sempre a favor do devedor; pois ninguem se julga obrigado ao mais, como ja disse. O ter sido o senhorio o que deu a lei ao contracto em lugar de lhe vencer a escolha, quando ella naõ he declarada no contracto, isso mesmo lha faz perder: porque aquelle que dá lei ao contracto, deve imputar a si o naõ se declarar; pois na sua mão estava o fazello; e o senhorio bem sabia naõ só a regra de Direito, que decidia a duvida; mas tambem que ninguem se julga devedor, senão do quanto se declara, e manifesta, o que faz o fundamento da mesma regra, como tenho dito.

6. Tambem naõ prova que o senhorio deve escolher, o que o A. diz mais „ Observa-se, que sempre isso que „ se acrescenta he certa quantia de di- „ nheiro, o que faz persuadir, que „ o fim desta clausula, que se lhe ajun- „ ta, he fixar o valor da causa, e „ naõ declarar o senhorio que se con- „ ten-

„ tenta com a especie, ou o equivalente estipulado. „ (1) Por quanto da lei 19. §. 3. D. *locati* ve-se bem, que quando a quantia se junta no contracto para lhe fixar o valor, se diz por exemplo pagará hum moio de trigo de *cinco tostões o alqueire*, ou *a cinco tostões o alqueire*, ou que valha cinco tostões o alqueire, ou pagará huma galinha *de valor de seis vintens*, ou *de preço de seis vintens*, ou de outro qualquer modo, com tanto que o preço, não seja tambem estipulado, e prometido: porque huma vez que houver obrigação de dár a coufa, ou o preço, ja elle não he para fixar o valor da especie; mas para se pagar, ou a especie prometida, e entaõ tem lugar a regra da dita lei 10. §. 6. D. de Jur. dot. Em fim isto que o A. observa, he contra a hypothese da sua questão; porque não pode haver eleição, nem questão a respeito della, sem haver, ou suppor-se a alternativa, e elle a nega agora, dizendo que a quantia do dinheiro se não accrescenta para se poder pedir a especie, ou estimação. Se isto não he fugir da disputa, elle o julgue, que eu devo passar ao §. seguinte.

THE-

THESES

Defendidas na Faculdade de Canones.

§. V.

TEndo-se dito neste §. que he necessario o consentimento do senhorio, para se fazer a alienaçao voluntaria da enfyteuse segundo a regra geral da Ord. liv. 4. t. 38. pr., estabelece-se em primeiro lugar, que se o senhorio consentir em huma pessoa certa, e determinada, naõ he o enfyteuta obrigado a alienar o prazo sómente a essa pessoa, em segundo, que o mesmo enfyteuta naõ pode doar, ou dotar a enfyteuse de nomeaçao sem licença delle, e em terceiro, que da venda feita em razaõ da convençaõ *de retro vendenda* se deve laudemio.

THES. I.

A Respeito desta primeira These, que affirma que o enfyteuta naõ he obrigado a alienar a enfyteuse sómente áquella pessoa, em quem o senho-

nhorio consentio , diz (1) o A. que em seguir o partido contrario abraçara a doutrina dos nossos Escritores que trataraõ da enfyteuse : se eu naõ lera em suas cartas as seguintes palavras , „ Esta doutrina , meu Amigo , he a que se lê nos nossos Escritores , que trataõ da materia , como Pinheiro de Emph. disp. 4. n. 177. , e Cald. de Extint. C. 15. n. 23. , e he a que se deve ensinar , e seguir „ se naõ lera , torno a dizer , estas palavras , naõ acreditara que eraõ do A. ; pois quando eu li no prefacio dos seus Elementos aquellas palavras , que principiaõ : *Equidem vera juris emphenteutici principia ipsi deserunt* , nas quaes elle applica aos nossos Escritores , o que Heinecio com justa razaõ disse de outros de differente mercimento , naõ esperava que seguisse a doutrina de huns Escritores , de quem com estranha ingratidaõ naõ duvidou dizer que addidos á glosa desemparavaõ os verdadeiros principios da enfyteuse ; e muito menos o esperava depois d'elle continuar a dizer nas mesmas cartas , (2) que os nossos Escritores forao facieis

(1) Cart. p. 65. (2) Cart. 2. pag. 57.

ceis em admittir com regras de direito, o que acharaõ na Glosa, e nos D.D., nomeando o mesmo Pinheiro, a quem tanto deve, quanto naõ ferá necessario que eu o diga; e depois de tratar aquelle laborioso homem, o Caldas digo, cujas obras mostraõ os incomparaveis estudos do seu A., por aquelle incivil modo, que se lê em suas cartas pag.48. para 49., em que mostra... mas que digo! O Leitor o leia, que eu nem devo fazer a numeraçao das injurias feitas á Naçao Portugueza com o desprezo, que se fez de seus Escritores, e muito mais tendo sido feitas por hum seu proprio filho, que se arrojou a querer extorquir-lhe, e arrancar-lhe este ornamento, que até os mesmos estranhos lhe defendem com a estimaçao, e uso que delles fazem. Naõ quero dizer porém que se devaõ seguir cegamente (pois feria isto, fazer-lhes a dolosa injuria de lhes roubar seus thesouros, e á custa de seus trabalhos ornar-se com suas riquezas) quero dizer sómente, que se devem tratar com o respeito, e acatamento que lhes he devido, ao que eu naõ falto, se nesta materia delles me affasto, mas antes faço o que elles mesmos, como

fabios com repetidos exemplos nos aconselhaõ.

2. Naõ ha duvida que Pinheiro com o Caldas disse que o enfyteuta , consentindo o senhorio em pessoa certa , naõ podia vender a outrem (1) o prazo , e como o A. protestou pela sua autoridade na contestaõ , que fez ás Theses , eu devo tambem só tratar esta questao a respeito da venda , visto que elle me naõ pede resposta , senão ao que contrariou , favor , que eu lhe agradeço , por naõ escrever mais duas regras. A Ord. liv. 4. t. 38. trata desta materia , e aqui depois de estabelecer a regra geral , que o foreiro , querendo alienar o prazo , deve procurar o consentimento do senhor directo , passa a declarar , o que elle deve fazer , quando for pedir este consentimento nas palavras seguintes.

„ E querendo-a vender , ou escambar , deve primeiro notificar ao senhorio , e requerello , se a quer tanto pelo tanto , declarando-lhe o preço ; ou coufa , que lhe daõ por ella : e querendo-a o senhorio tanto pelo tanto , havella-ha , e naõ outrem. E naõ „ a

(1) D. Disp. 4. n. 177.

„ a querendo , entaõ deve ser vendida
 „ á pessoa , que livremente pague o fo-
 „ ro segundo a forma do contracto...

Depois.

„ E naõ querendo o senhorio decla-
 „ rar logo , se a quer tanto por tanto ,
 „ ferá esperado trinta dias do dia , que
 „ for requerido. Os quaes passados , e
 „ naõ declarando , se a quer , entaõ po-
 „ derá vender , e escambar , sem mais
 „ esperar pela resposta , ou pagamento
 „ do preço. ...

Mais.

„ E naõ lhe pagando o preço den-
 „ tro dos trinta dias , posto que dentro
 „ delles se declare que a quer , o fo-
 „ reiro a poderá vender , a quem qui-
 „ zer.

Eu ommito as outras palavras deste principio da Ordenaçāo ; porque naõ dizem respeito á questaõ : destas , que trasladei , claramente se vê , o que a lei declara ao foreiro , e diz que quando quizer vender o prazo , 1.º dê primeiro noticia ao senhor directo , e lhe pergunte , se o quer tanto pelo tanto ;

2º. que lhe declare o preço , ou coufa , que lhe dão por elle ; 3º. se o senhorio quizer a coufa foreira , dando o tanto , ou a coufa que lhe dão , que lha entregue ; 4º. se elle não quizer declarar-se , ou dar o preço dentro de trinta dias contados desde o dia da noticia , que o foreiro espere estes mesmos dias ; porém 5º. se elle declarar que não quer o prazo , que o venda a pessoa , que livremente pague o foro , segundo a forma do emprazamento : e da mesma forte se o senhorio , depois de ter declarado que o quer , não der o preço dentro de trinta dias , que o foreiro possa vender , passado este tempo , a quem quizer .

3 Do que fica exposto se conhece , que são quattro as obrigações do enfyteuta a respeito do consentimento , que deve pedir do senhorio , as quaes dei- xei numeradas em primeiro lugar : porém como entre ellas se não acha a de ser obrigado a declarar a pessoa , a quem quer vender , ou que seja obrigado a vender , a quem o senhorio quizer , elle não será obrigado a huma , nem a outra coufa ; porque a liberdade fica sempro em tudo aquillo que a lei não exceptua , ou restringe . Mas pa-
ra

ra nos tirar toda a duvida a este respeito a mesma lei declara , que se o senhorio declara que naõ compra , ou deixar passar os trinta dias sem se declarar , ou ainda declarando-se , se naõ pagar o preço , o enfyteuta poderá vender a quem quizer , (1) sendo só obrigado a vender á pessoa que livremente pague o foro ; (2) e que tambem o pode fazer ainda que o senhorio depois de trinta dias torne a declarar , e a instar que quer comprar. (3) Do que tudo mais se mostra , que o senhorio no direito de optar sómente se pôde contemplar a si , e naõ pôde usar delle em favor de terceiro ; e tambem que este consentimento que a lei manda procurar aos enfyteutas , naõ he o consentimento , que se requer nos feudos , mas he tão sómente huma denuncia , ou noticia , que manda dar ao senhorio , para ver , se quer optar ou naç ; como já a respeito do direito Roman , do qual a Ordenaçao nesta parte se naõ apartou , advertio Heinecio. (4)

4.

(1) N. 6. (2) N. 5. (3) N. 6. (4) Recit. in Elem. jur. Civ. §. 935. 936.

4. Como pois o enfyteuta não he obrigado a mais que a dar noticia ao senhorio de que quer vender, e o perguntar-lhe se quer comprar, he facil de resolver a questão, de que tratamos, se elle será obrigado a vender áquelle mesma pessoa, em quem o senhorio consentio. Porque para elle ser obrigado a isto, era preciso que o senhorio tivesse direito para o obrigar; pois não ha obrigaçāo de huma parte sem haver direito da outra: porém como temos visto que o senhorio não pôde usar do direito de optar em favor de terceiro, e que não tem mais direito que o de comprar para si mesmo, he certo que o enfyteuta não será obrigado a vender a quem o senhorio quer, nem sómente á pessoa em que elle consentio; mas que pelo contrario, não comprando para si o senhorio, poderá o enfyteuta vender a quem quizer, huma vez que seja á pessoa, que tenha as qualidades, que a lei manda. Supponhamos que o enfyteuta indo-lhe dar a noticia de que vendia, disse a pessoa que pertendia comprar, ou que o senhorio já sabia quem tinha fallado na compra, e que por amizade, ou attenção desse comprador cedeo do direito da opção: daqui (se o enfyteuta nem prometteo, nem se obrigou a vender a esta pessoa, se-

gundo nessa questão se suppõe) o que se pôde deduzir he que o senhorio cedeo condicionalmente, a qual condição será expressa, se o senhorio declarar que cede da opção, se a venda for feita áquelle seu amigo, ou pôde ser tacita, se o senhorio só disser, que se faça a venda á dita pessoa, sem declarar mais: porém naõ se pôde deduzir, que o enfyteuta esteja obrigado a satisfazer a esta condição, que ou tacita, ou expressamente lhe impõe o senhorio. Por quanto quem cede de comprar com a condição, de que a venda se faça a certa pessoa, quer obrigar o vendedor a vender a esta mesma pessoa a respeito de quem cede: mas como o senhorio naõ pôde obrigar o enfyteuta a mais, do que a vender a elle mesmo, e nem pôde usar do direito de optar em favor de terceiro, he evidente que o enfyteuta naõ he obrigado a satisfazer a esta condição que o senhorio lhe impõe, ou ella seja tacita, ou expressamente posta, e que naõ he obrigado a vender a essa pessoa, a quem o senhorio pertencia, impondo-lhe a dita condição. Deixo de disputar se o senhorio, cedendo condicionalmente, cede puramente, por isso mesmo que naõ pôde ceder condicionalmente, nem pôde obrigar o enfyteu-

teuta a mais, do que vender a elle mesmo, e quero conceder que o senhorio por isto que cedeo do direito de optar para certa pessoa, ou que cedeo condicionalmente, não cedeo delle geralmente, em huma palavra concederei, que não cedeo da opção: porém ainda assim mesmo se não pôde dizer que o enfyteuta he obrigado a vender a essa pessoa, para quem o senhorio cedeo, e que inclui na condição, ou que não pôde vender, a quem quizer, passado o termo da lei. Porque em quanto não passão os trintas dias, depois que o enfyteuta deu ao senhorio noticia, de que vendia, o senhorio não o pôde obrigar a vender a pessoa alguma, só o pôde obrigar para si, e passados os trinta dias perde o senhorio o direito de optar, e como o não tem, não he necessário, que delle ceda, para o enfyteuta poder vender, a quem quizer; e tanto não he obrigado a vender á pessoa, a quem quer o senhorio, que nem a elle mesmo he obrigado a vender, como se manifesta, do que tenho dito.

5. Nem se pertenda dizer que o enfyteuta, quando diz ao senhorio que vende a certa pessoa, lhe não dá noticia, de que quer vender geralmente a

R qual-

qualquer pessoa , e que por isso lhe não dá huma noticia , que seja legitima para vender a quem quizer ; mas que sómente lha dá legitima a essa pessoa , que declarou. Porque segundo já temos visto o enfyteuta não he obrigado a dizer ao senhorio a pessoa a quem vende , só he obrigado a dizer-lhe , que vende : e como o enfyteuta dizendo a pessoa a quem vende diz que vende , tem dado ao senhorio a noticia que he obrigado a dar-lhe , e que a lei determina , para poder vender , a quem quizer , se o senhorio não quizer comprar para si , ou ainda que queira , se não pagar dentro dos trinta dias depois da noticia. De mais , o dizer o enfyteuta ao senhorio , que quer vender a Pedro , por exemplo , e vender depois a João , ou a Francisco , vem a ser o mesmo , que não lhe dizer a pessoa , a quem vende , ou não lhe ter dito pessoa alguma , e como elle não he obrigado a declarar-lhe a pessoa a quem vende , nem he necessário que lhe diga pessoa alguma , das que lhe querem comprar , he manifesto , que a noticia dada deste modo he noticia legitima , para o enfyteuta vender , a quem quizer , se o senhorio não comprar para si. Nem o senhorio se pôde

di-

dizer prejudicado , nem o enfyteuta do-lo; porque o enfyteuta não fez mais, que encobrir-lhe a pessoa do comprador, o que podia fazer, e quem usa do seu direito, a ninguem prejudica nem em direito se julga doloso (1): antes pelo contrario o senhorio he , quem prejudica ao enfyteuta , pertendendo que elle lhe diga a pessoa do comprador , ou pertendendo fazello vender a enfyteuse a essa pessoa , que elle mesmo lhe disse , tirando-lhe a liberdade , que a lei lhe dá de vender a quem quizer , quando elle não quer comprar para si , ou lhe não paga o preço dentro dos trinta dias. Em huma palavra, como o senhorio não optou nem estipulou que a vend a se fizesse a pessoa declarada (que saõ os termos desta questão) a si o deve imputar; porque a lei lhe não da mais meios, e ninguem pode usar se não dos que a lei lhe dá. E nem he suficiente, que o enfyteuta diga ao senhorio, que vende o prazo a certa pessoa, para o não poder vender a outra , e perder a dita liberdade , que a lei lhe dá ; porque he necessario , que elle prometta e se obrigue a isto , e o dizer somente , que vende , e não he prometter , e obrigar-se a vender. Nós termos da questão isto me-

R ii

mo

(1) L. 151. c 155. s. 1, D. ac R. J.

mo se suppõe ; pois ella procede só no caso de não haver convenção válida a este respeito , como já dissemos.

6. Contra esta liberdade do enfytcuta argumenta o A. desta maneira. » A. „ lei requer , que o senhorio authorize „ a alienação do prazo : ora quando se „ lhe pede a licença de o alienar para „ huma pessoa certa , a alienação feita „ para essa pessoa he , a que he authorisada pelo senhorio , e se se fizer para outra , aliena-se o prazo sem sua autoridade. Como pois he , necessaria „ authoridade do senhorio , para a alienação dos prazos , quando se pede autoridade para pessoa certa , não se ha de poder alienar a outra. » (1) Este argumento he inculcado nas palavras de Pinheiro , que dizem assim , *quia bujusmodi licentia est stricti juris , & minime extendenda , quemadmodum dispensatio* (1) segundo as quaes se vê que este argumento he tirado das regras dos contractos *stricti juris* , e dos principios do direito Feudal , principios , e regras , que nenhuma applicação tem para a enfyteuse neste caso. Tambem os mais argumentos , de que usa o A. se achão comprehendidos nas outras pala-

v r e

(1) Carr. p. 65. (2) D. D. I. I. P. 4. n. 177.

bras de Pinheiro, como veremos: porém como o A. omissio a penultima razaõ, que o mesmo Pinheiro dá da sua opiniao, e della depende toda a força das primeiras razões do mesmo A., eu devo responder primeiramente a esta, e depois responderei a cada huma das outras. As palavras, com que Pinheiro exprime a sua penultima razaõ, são as seguintes: *tum denique quia si Sempronius non laudatus a Domino emphyteusim emat, non potest Dominus agere adversus eum, ut pensionem solvat.* Esta razaõ he tirada de huma sentença de Bartholo a lei ult. *Cod. de Jur. emphy.*, o qual disse que se esta belecera, que a enfyteuse naõ pudesse ser vendida sem consentimento do senhorio, porque se elle naõ approvasse, nem consentisse no comprador, naõ o poderia obrigar, nem teria acção para pedir-lhe as suas pensões. Fundado nesta sentença diz Pinheiro nas sobreditas palavras, que consentindo o senhorio em huma pessoa certa, o enfyteuta naõ poderá vender a outrem, porque naõ tendo elle consentido neste comprador, naõ lhe poderá pedir a pensão, e direitos dominicaes: porém assim como a sentença de Bartholo segundo a mesma dita lei ultima naõ serve

para della se tirar o principio que tirou Pinheiro , que o senhorio naõ pôde pedir as pensões enfyteuticas , se naõ tiver consentido singularmente na pessoa , a quem o enfyteuta vender , tambem naõ serve para provar que elle naõ poderá vender a quem quizer , quando o senhorio naõ quizer comprar para si , nem para mostrar , que se o senhorio consentir só em huma pessoa o enfyteuta naõ pôde vender a outra. Eu naõ querro duvidar agora da sentença de Bartholo , porque a minha resposta naõ pede que eu exponha a origem da necessidade do consentimento do senhorio , para o enfyteuta poder vender o seu prazo , nem ella he taõ occulta , que seja necessario expolla ; mas Pinheiro devia advertir que Justiniano naquelle lei determinou que huma vez que os senhorios naõ quizessem optar , podesse o enfyteuta , passado o espaço de dous meses , vender aonde , e a quem quizesse , e sómente fosse obrigado a vender a pessoas habeis para receber a enfyteuse , e obrigou o senhorio a aceitar este comprador , e que a nossa Ordenaçāo no dito t. 38. do liv. 4, deu ao enfyteuta a liberdade de vender , aquem quizesse , quando o senhorio naõ quizer comprar ,

ou

ou naõ pagar o preço dentro de trinta dias, e dispoz o mesmo que a dita lei. Do que se vê, que ainda que o senhorio naõ tenha consentido na mesma pessoa, a quem o enfyteuta vendeo, lhe pôde pedir a sua pensão; pois ainda sendo necessario, que elle approvasse singularmente a pessoa do comprador, pela mesma lei, que dá ao enfyteuta a licença de vender, e obriga o senhorio a aceitar o comprador, fica esta approvação, e consentimento suprido, e naõ he necessario outro consentimento, e approvação; pois he sufficiente este presumido por ella, assim como acontece nos quasi contractos, nos quais naõ ha outro consentimento, senão aquelle, que he presumido pela lei, e comtudo delles nascem as suas accções, como se houvera o verdadeiro consentimento dos contrahentes.

7. Por tanto respondendo particularmente ao argumento de Pinheiro, digo que tanto naõ he necessario, que o senhorio pessoalmente consinta no comprador da enfyteuse, e que o enfyteuta a pôde vender a huma pessoa, que o mesmo senhorio naõ queira, huma vez que esta pessoa seja apta para receber a enfyteuse; porque, segundo já dissemos, a

Ord.

Ord. manda que o enfyteuta venda , a quem quizer , e que nem ao mesmo senhorio seja obrigado a vender , se elle dentro de hum mez naõ comprar , e pagar o preço , da qual determinaçāo se segue que o senhorio , queira , ou naõ , será obrigado a aceitar este comprador , e se para o senhorio lhe poder pedir as pensões he necessario o seu consentimento , bassa este , que a lei presume , como acontece nos quasi contractos : e por conseguinte naõ se prova por este argumento , que se o senhorio consentir em huma pessoa certa , naõ pôde o enfyteuta vender a outrem. E respondendo ao argumento do A. , que vêm a ser o primeiro , de que usa Pinheiro , se elle , quando diz que a lei requer que o senhorio authorize a venda do prazo , entende por isto aquelle autorizamento , que se requer nos feudos , digo que similhante consentimento naõ tem lugar nos prazos ; pois como disse , o senhorio naõ tem mais direito , que o de comprar para si , e se naõ compra , por isso mesmo autoriza a venda , e todo , e qualquer comprador , a quem o enfyteuta vender , com o consentimento presumido pela lei , a qual faz todo o autorisamento necessario pela dita liberdade , que dá ao enfy-

fyteuta. Por tanto ainda que he certo, que por ter o senhorio autorizado huma pessoa se naõ segue, que autorize outra, daqui tambem se naõ segue coufa alguma contra a liberdade do enfyteuta, como Pinheiro, ou o A. quer; porque passados os trinta dias o enfyteuta naõ precisa, de que o senhorio autorize a venda, e o comprador; pois a lei supre, e autoriza tudo isto na forma que temos exposto.

8. A comparaçāo, que Pinheiro faz da licença, que o senhorio dá para se fazer a venda, á dispensa naõ he propria: porque naõ he, como nos feudos, esta licença, que a lei manda pedir ao senhorio, para se vender o prazo; pois naõ lhe manda perguntar, se naõ, se quer comprar para si, e huma vez que naõ compre, dá licença geral por isso mesmo, para se vender a enfyteuse a todas, e quaesquer pessoas, que forem habeis para serem enfyteutas, e se a naõ quizer dar deste modo, nada obsta isto ao enfyteuta; porque a lei diz que naõ comprando o senhorio para si, venda elle a quem quizer: e consequintemente naõ se pôde dizer que a licença, que dá o senhorio de vender, se naõ pôde extender de pessoa a pessoa,

loa , como acontece nas dispensações ; porque a lei a faz geral , ainda que o senhorio naõ queira , como temos dito.

9. Argumenta mais o A. , e diz „ O senhorio tem o direito de optar , se quizer usar delle , do qual direito he necessario que ceda , para se poder alienar o prazo a outrem. Quando se lhe pede licença para alienar a huma pessoa certa , e elle a concede , segue-se , que cedeo do seu direito , para que se fizesse alienação a esta pessoa , que se lhe apresenta ; mas naõ se segue , que dezistisse delle para se alienar geralmente. „ Eu naõ duvido , que o senhorio tem o direito de optar , e que he preciso , que ceda delle ; mas tambem isto naõ he tão geralmente , como no argumento se inculca : porque o senhorio tão sómente tem o direito de optar dentro do espaço de trinta dias depois da noticia , que o enfyteuta lhe deu , de que vendia , e como passado este tempo naõ o tem , tambem ao depois delle naõ he preciso , como já disse que ceda deste direito de optar , para o enfyteuta poder vender. Tambem naõ duvidamos , que por ter o senhorio cedido do direito de optar para huma pessoa , se naõ segue , que ceda para outra ,

tra , e concedemos ainda mais , que o senhorio cedeo sómente para aquella pessoa , para quem declarou , e que não cedeo para mais alguem : porém daqui não se pôde seguir a consequencia que o A. tira , a saber que o enfyteuta não pôde vender a mais alguem ; porque dizendo a lei que não optando o senhorio para si , possa o enfyteuta vender a quem quizer passados os trinta dias , he evidente que não he obrigado a vender a pessoa , para quem o enfyteuta cedeo ; mas que pôde vender a quem lhe parecer , se o senhorio não optou para si . Se o A. quer , ainda concederei , que por isso que o senhorio cedeo para certa pessoa do direito da opção , que a cessão he nenhuma , se a venda se não fizer a essa mesma pessoa ; porque neste caso a cessão foi condicional , e não se pôde verificar , sem que se verifique a condição : porém isto também não obsta á liberdade do enfyteuta ; porque depois de passados trinta dias da noticia o senhorio perde o direito de optar , e por isso não importa , que dele não tenha cedido . A mesma Ordenação explica isto bem ; pois claramente diz que não declarando o senhorio , que compra , passados os trinta dias , venda

o enfyteuta a quem quizer, o que he
o mesmo que dizer, que naõ queren-
do ceder o senhorio do direito de op-
tar, o enfyteuta, passado o dito tem-
po, venda, a quem quizer.

10. Accrescenta mais o A., amplian-
do as razões de Pinheiro : *pode ser* que
o senhorio estime mais essa pessoa, pa-
ra quem cedeo ; *pode ser*, que essa
pessoa fosse mais util ao mesmo senho-
rio ; *pode ser*, que a pessoa a quem o
enfyteuta vender, lhe seja prejudicial,
e que o senhorio naõ cedesle da opção,
se soubesle, que a alienação se fazia
a essa pessoa (1). Porém tudo isso pode
ser; mas naõ pode ser verdadeira a con-
sequencia, que daqui tira o A., que se o
senhorio naõ optar para si dentro
dos trinta dias desde a noticia da venda,
naõ pode o enfyteuta vender a quem qui-
zer, e que he necessario autorizar a al-
ienação, ou a pessoa do comprador; por-
que o senhorio depois da noticia naõ tem
mais direito, que o de comprar para si,
e huma vez que naõ compre, e pague o
preço dentro de trinta dias, a lei autoriza
a venda, e comprador a quem o enfyteuta
vender, e naõ he necessaria a autoridade
do senhorio como fica observado. Nem se
di-

diga que o enfyteuta prejudica ao senhorio ; porque elle usou da faculdade , que lhe dá a lei , e quem usa do seu direito a ninguem prejudica como já dissemos (1). Tambem se acontecer que o comprador seja do desagrado do senhorio, huma vez que elle seja capaz para receber a enfyteute , impute a si o naõ comprar ; pois bem sabia , que o enfyteuta pela lei tinha a liberdade de vender , a quem quizesse , e devia entender , que fazia injuria ao mesmo enfyteuta em pertender , que elle vendesse a essa pessoa, que era do seu agrado ; porque naõ pôde contemplar com o direito da opçao a pessoa alguma , nem a lei lhe dâ outro meio de prevençao , que o de comprar para si naõ havendo ajuste , como já disse. Isto será sufficiente para mostrar , que a These he verdadeira , e que se defendeo com justa razaõ , naõ obstante a authoridade , e respeito , que se deve aos nossos Escritores.

T H E S. II.

I **D**epois de se dizer nesta These , que o enfyteuta naõ pode doar , nem dotar o prazo de nomeaçao , o A. por ter escrito o contrario (2) tornou em suas cartas a chamar

nº 12

(1) D. I. 151. e 155. §. D. de R. J.

(2) Comp. §. 47. n. a.

pela authoridade dos nossos Escritores, e cita Valafco, Caldas, Pinheiro, e Molina, e diz que só Gama segue a opinião, que se propoz nas Theses.

(1) Valafco na questão 18. n. 27. tratou a questão, se por morte do enfyteuta passa a posse do prazo para seus filhos, ou herdeiros, quando os filhos, netos, ou herdeiros são chamados no mesmo prazo, questão que já entre nós está decidida em toda a qualidade de prazos (2), no numero 28. citado pelo A. trata a questão, se a pessoa, que foi nomeada a prazo, ou aquelle, para quem por força de algum contracto o prazo se traspassou, precisa da licença do senhorio para tomar posse, e diz que se não pratica neste Reino pedir esta licença; porem a respeito da questão se se pode doar, ou dotar sem licença do senhorio o prazo de nomeação, não diz huma palavra, nem por elle dizer, que se não praticava pedir licença para se tomar posse dos prazos, se pode dizer, que elle segui-se, que não era preciso licença para se doar, ou dotar, porque são questões muito dif-

(1) Cart. pag. 67. para 68. (2) Veja-se o assento de 16 de Fevereiro de 1786., e a lei de 9. de Novembro de 1754.

ferentes á da necessidade da licença para tomar posse, e da necessidade da licença para doar, ou dotar. Caldas de Extinctione cap. 10. 10. n. 54., e no cap. 21. n. 9. citados tambem pelo A. affirma que os enfyteutas naõ precisaõ de pedir licença aos senhorios para poderem passar a posse da enfyteuse para o nomeado, e diz que fora o Gama, quem tirara esta pratica, e sómente no dito cap. 21. n. 9. falla a respeito da nossa questão propriamente, aonde ensina que se o enfyteuta, doando, ou dotando o prazo, disser que nomea, e dota, naõ he necessaria a licença de senhorio; porrem que he necessaria se o enfyteuta doar, ou dotar sem nomear juntamente, o que affirma tambem de Extinctione cap. 10. n. 18. Pinheiro porque o mesmo Caldas tinha dito, que para qualquer se julgar nomeado á enfyteuse, era sufficiente, que ella lhe fosse dada por aquelle que tinha a faculdade de nomear (1), argumenta contra Caldas; e segue que o prazo de nomeaçaõ se pode bem doar, ou dotar sem licendo senhorio. (2) Donde de todos os nossos Escritores, que o A. cita, sómente

(1) Denomitat. q.1.n.8. (2) Disput.4. f. 7.
n. 130. e seg.

mente Pinheiro foi da sua opiniao; porre como este foi hum Professor de Theologia, naõ parece, que he na sua opiniao, que nós devemos descançar; pois assim como de hum Jurisconsulto se naõ pode esperar muito em Theologia, tambem de hum Theologo se naõ deve esperar muito em Jurisprudenci.

2 A Ord. trata desta materia no livro quarto t. 38., e no principio diz desse maneira. „ O foreiro, que traz her-
 „ dade, caza, vinha, ou outra qual-
 „ quer posseſſao afforada para sempre,
 „ ou para certas pessoas, naõ poderá
 „ vender, escambar, dar, nem alhear
 „ a couſa afforada sem consentimento
 „ do senhorio. „ E fallando a respeito
 „ do laudemio. „ E no caſo, que
 „ a quizer doar, ou dotar, naõ lhe
 „ pagará a quarentena; mas toda via
 „ lho fará faber. „ No §. 1. declara
 nulla toda a venda, escambo, doaçao,
 ou outro qualquer meio da alhear feito
 sem consentimento do senhorio. No
 §. 2. fallando dos prazos de vidas pa-
 ra estabelecer a regra, que o foreiro
 vendedor se deve contar como vida no
 prazo, em quanto for vivo, diz desse
 modo: „ e quando a couſa foreira for
 „ vendida, escambiada, ou por outra

ma-

„ maneira alheada , por authoridade do
 „ senhorio . „ Do que nós vemos , que
 a Ord. estabelece naõ só huma regra
 geral a respeito de todas as aliena-
 ções dos prazos ; mas tambem que fal-
 la especialmente das doações , e dotes ,
 e em todas requer consentimento do
 senhorio . Esta regra geral , que a Ord.
 faz sem excepção , era sufficiente para
 se naõ deverem exceptuar os prazos de
 nomeação ; porque se naõ deve fazer
 excepção , aonde a lei a naõ faz : po-
 rem das mesmas palavras da Ord. se
 conhece manifestamente , que nos pra-
 zos de nomeação se quer o consen-
 timento do senhorio para a validade
 da doação , e dote . Porque no dito
 principio da Ord. nas mesmas palavras ,
 que ficaõ trasladadas , se acha a ex-
 pressão : *ou para certas pessoas* , na
 qual se mostra que a lei comprehende
 debaixo daquelle regra geral os prazos
 de vidas ; e como estes entre nós tanto
 faõ sempre de nomeação , que no Af-
 fento de 13. de Fevereiro de 1768. se
 chamaõ aos prazos de nomeação pra-
 zos de vidas , pelas ditas palavras da
 lei fica evidente que he necessario o
 consentimento do senhorio para ser va-
 lida a doação , e dote nos prazos d-

nomeaçāo. Mais claramente ainda se vê o mesmo no §. 2. e 3. do mesmo titulo ; porque no §. 2. contempla a lei a necessidade de consentimento do senhorio expressamente para as doações , e outro qualquer titulo de alienar , e no §. 3. , fallando dos prazos de vidas , e nomeaçāo , diz , que aquelle que comprou o prazo , o poderá vender , e traspassar para outrem com licença do senhorio : e como a palavra *traspassar* comprehende tambem o dote , e a doação , fica manifesto , que segundo a Ord. não he exceptuada a doação , e o dote da regra geral , que manda pedir consentimento ao senhorio para as alienações dos prazos. Da natureza dos prazos de nomeaçāo tambem se deduz , que elles não pódem ser exceptuados daquella regra da lei ; mas para que isto melhor se conheça eu a contemplo , quanto necessário he para esta questão.

3. Prazo de nomeaçāo se diz aquelle , em que o senhorio dá o dominio util não só ao enfyteuta ; mas tambem depois da sua morte áquelle , que o mesmo enfyteuta nomear para nelle lhe succeder. Esta faculdade de nomear , ou escolher o sucessor para a enfyteuse chama-se nomeaçāo , como tambem ao acto ,

por-

porque esta escolha se faz. Quem dá a enfyteuse ao escolhido para sucessor he o senhorio, e o enfyteuta naõ faz mais que designar, e declarar a pessoa, em quem se ha de verificar aquella docaçaõ, que elle fez. Como pois o enfyteuta naõ faz mais que designar, e fazer certa a pessoa, a quem o senhorio deu o prazo, da natureza da faculda-
de de nomear he, que feita a nomea-
çaõ, ou escolha pelo enfyteuta, ella se naõ possa repetir: porém como nas dis-
posições testamentarias a ultima he a que vale, á maneira das ultimas von-
tades se admittio, que huma vez que na faculdade de nomear o senhorio fizesse mençaõ da morte, o enfyteuta po-
desse nomear quantas vezes quizesse, e que só a ultima nomeaçaõ fosse a effecti-
va: (1) e daqui nasceo o dividir-se a nomeaçaõ dos prazos em nomeaçaõ *in- ter vivos*, e nomeaçaõ com mençaõ da morte. Nesta, como a ultima nomeaçaõ he só a que tem effeito, o nomeado naõ tem esperança, nem direito algum a succeder na enfyteuse, se naõ se o enfyteuta morrer sem fazer outra nomea-
çaõ; porque o enfyteuta pôde fazer

S ii

quan-

(1) Ord. liv: 4. t: 37. pr. I. (1)

quantas quizer , e só a ultima he a que vale , como disse : na nomeaçāo *inter vivos* o nomeado tem certo o direito de succeder ; porque o enfyteuta , em quanto elle vivo for , naõ pôde fazer outta nomeaçāo , nem revogar esta (1) : mas como este direito , que tem o nomeado , naõ he senaõ o de succeder na enfyteuse por morte do enfyteuta , se morrer antes do mesmo enfyteuta , pôde este nomear outro , para se verificar a dita doaçāo do senhorio. (2)

4. Disto que fica dito se mostra , que a nomeaçāo em relaçāo ao enfyteuta naõ he modo de transferir , e alienar a enfyteuse ; porque este naõ faz , se naõ escolher a pessoa , a quem o senhorio a dá , e do senhorio he que o nomeado a recebe , e até delle recebe a mesma esperança , que tem de succeder no prazo de nomeaçāo *inter vivos*. Por quanto todo o seu effeito , e força nasce da promessa , que o senhorio tem feito no contracto , de lhe dar a enfyteuse por morte do enfyteuta , e naõ nasce da promessa do enfyteuta nomeante ; pois que este nada lhe promette ; mas sim o senho-

(1) D, Ord, §. 7. (2) D, Ord, §. 5. (1)

rio. O effeito , que nos prazos de nomeaçāo , tem a escolha , ou nomeaçāo , que o enfyteuta faz , mostra igualmente isto : porque o enfyteuta , depois de nomear o prazo de nomeação *inter vivos* , naō pôde revogar esta nomeaçāo ; ainda que o nomeado naō saiba , que ella se fez , nem ainda tenha aceitado a mesma nomeaçāo (1) : porém , se o enfyteuta , quando nomea , promettesse , e esta esperança do nomeado nascesse da sua promessa , o mesmo a poderia revogar , em quanto a nomeaçāo naō fosse aceita pelo nomeado ; pois a promessa se pôde revogar , em quanto naō he aceita por aquelle , a quem se fez. O senhorio he verdade , que naō pôde tambem revogar esta promessa ainda antes de ser aceita pelo nomeado ; porém isto he ; porque a promessa , que elle fez ao nomeado , foi aceita pelo enfyteuta no contracto , o qual podia fazer esta estipulaçāo , e aceitar a promessa , pois cada hum pôde pedir , e aceitar para os seus sucessores e para os mais , tendo nisto interesse , e o enfyteuta o tem em ter o poder de nomear , quem ha de succeder na en-
fy-

fytueſe. (1) Ultimamente , que a nomea-
çaõ naõ he modo de transferir a enfy-
teufe em relaçao ao enfyteuta , se deduz
tambem da Ord. (2) , por iſſo que el-
la manda , que o nomeado naõ seja
obrigado a conferir a enfyteufe ; pois
os filhos devem conferir , e trazer á col-
laçao tudo , que o pai lhes ha dado. (3)

5. Confessaõ iſto mesmo , os que
dizem que o nomeado naõ recebe a
enfyteufe do nomeante ; mas sim do se-
nhorio : porque se a nomeaçao fosse
modo , e titulo de alienar , e de trans-
ferir em relaçao ao enfyteuta , o nomea-
do receberia delle a enfyteufe , e naõ
do senhorio ; pois em todas as aliena-
ções , o que aceita a couſa , recebe-a da-
quelle , que a aliena. Confessaõ os mes-
mos iſto tambem , quando dizem que
o enfyteuta nomeante naõ pôde onerar
o nomeado , nem directa , nem indire-
tamente ſobre a enfyteufe , e que o no-
meado pôde abſter - ſe da herança do no-
meante , e repudialla ; (4) porque ſe o
no-

(1) Arg. l. 17. §. 4. l. 33. D. de Paet.

(2) Liv. 4. t. 97. §. 22. (3) Iſto ſe deduz
do que a Ord. manda por todo o d. t. 97.

(4) V. o comp. do A. §. 72. 4. e §. 79. 1. 3.

nomeante alienasse a enfyteuse, e a nomeaçāo fosse para elle modo de alienar, poderia impôr os encargos, que quizesse ao nomeado; pois quem transfere pôde dizer o modo, e clausulas, com que transfere. Por tanto devem dizer, que a nomeaçāo naō he modo de alienar, e transferir em relaçāo ao enfyteuta, nem *inter vivos*, nem para depois da morte; e que elle ainda depois de nomear fica senhor da enfyteuse: pois o nomeado naō tem outro direito por virtude da nomeaçāo, mesmo quando ella se naō pôde revogar, senaô o de succe-
der ao nomeante na enfyteuse de-
pois da sua morte, e até se o nomea-
do morrer antes do nomeante, este
pôde fazer nova nomeaçāo, como te-
mos visto.

6. Donde voltando outra vez para a noſta queitaçāo, já ferá evidente, que a doaçāo, e dote do prazo de nomeaçāo se naō podem fazer sem licença do senhorio. Por quanto aindaque no contraçto enfyteutico o senhorio deu ao enfyteuta a faculdade de nomear, com tudo daqui naō se pôde deduzir, que lhe desse a faculdade de doar, e dotar sem sua licença: porque a doaçāo, e dote saõ modos de alienar, e transfe-
rir

rir em relaçāo ao enfyteuta: e elle, doando, ou dotando, aliena o prazo ao dotado, ou doado, e o senhorio pela faculdade, e licença, que deu ao enfyteuta de nomear o prazo, naõ lhe deu licença para o alienar, e transferir; pois como temos visto, a nomeaçāo naõ he modo de alienar em relaçāo ao enfyteuta, nem *inter vivos*, nem para depois da morte; e sem licença do senhorio naõ se pôde fazer alienaçāo voluntaria alguma, como ninguem pôde negar. A mim naõ me deve importar o que escreveo Pinheiro: porém como o A. diz que a sua doutrina he a que se deve seguir, devo dizer que elle mesmo resolve com todo o apparato, que concedida a licença pelo senhorio para fazer huma especie de alienaçāo, se naõ pôde fazer sem outra licença huma alienaçāo de outra especie (1): por tanto ainda que se lhe representou, que a nomeaçāo era modo de alienar em relaçāo ao enfyteuta, devia tambem dizer que naõ obstante a licença, que o senhorio dá de nomear ao enfyteuta, era necessaria outra licença do senhorio para

(1) Disp. 4. sect. 8. n. 178. 180.

para elle doar, ou dotar o prazo; pois o doar, e dotar sāo cousas diferentes de nomear, ainda na falsa hypothese, que a nomeaçāo fosse modo de alienar a enfyteuse em relaçāo ao enfyteuta. O A. tambem me parece que devia dizer o mesmo, ainda que lhe pareceo que a nomeaçāo era modo de transferir, e alienar em relaçāo ao enfyteuta; pois elle diz que, dando o senhorio licença para huma coufa, se naō segue que a dē para a outra, como vimos na These antecedente, e elle não poderá negar, que nomear, doar, e dotar sāo cousas diferentes entre si. Porém digaõ Pinheiro, e o A. o que quizerem, elles naō poderaõ provar, que a nomeaçāo he modo de transferir a enfyteuse respectivamente ao enfyteuta; pois para isto era-lhes necessario mostrar, que o enfyteuta nomeante he o que passa a enfyteuse para o nomeado, e que este delle a recebe, o que nunca se poderá mostrar: mas naō obstante vejamos seus argumentos.

7. „ A lei (diz o A.) que faz necessaria a authoridade do senhorio nas alienaçōes dos prazos, naō tem lugar naquellas alienaçōes, para que se deu „ li-

„ licença ao enfyteuta no acto do affo-
 „ ramento . . . supposto isto , como con-
 „ cedido o prazo de nomeaçāo o enfy-
 „ teuta fica autorizado pelo senhorio
 „ para poder transferir por via de no-
 „ meaçāo , naō ha de ser necessaria no-
 „ va authoridade delle para esta trans-
 „ laçāo , havendo nelle sómente a ne-
 „ cessidade de qualquer consentimento
 „ para a venda , escambo , ou outra al-
 „ guma alienaçāo , que naō seja , a que
 „ sé faz pela nomeaçāo já authorizada
 „ no afforamento. Por esta razaō he ,
 „ que failando em todo o tit. 36. da
 „ Ord. liv. 4. das nomeaçōes dos pra-
 „ zos , em nenhuma parte delle se diz ,
 „ que para ella seja necessario o con-
 „ sentimento do senhorio. „ (1) Naō ha
 „ duvida que o enfyteuta naō necessita
 „ do consentimento do senhorio para fa-
 „ zer aquellas alienaçōes , para as quaes
 „ elle particularmente deu licença no con-
 „ tracto do afforamento ; porque , estando
 „ dada a licença naō precisa outra vez
 „ della : porém isto naō tem applicaçāo
 „ alguma para esta questāo. O senhorio
 „ nos prazos de nomeaçāo dá ao enfyteu-
 „ ta

ta a liberdade de nomear, ou escolher aquella pessoa, a quem o mesmo senhorio prometteo dar a enfyteuse depois da morte do enfyteuta: e como o enfyteuta naõ he, o que dá, e transfere a enfyteuse ao nomeado, nem este delle a recebe, mas sómente do senhorio; he evidente que dando este ao enfyteuta a liberdade de nomear, naõ lhe dá a faculdade de doar, ou transferir a enfyteuse: e assim elle, se a quizer alhear, ou transferir pelo titulo de dote, doação, ou outro qualquer, precisa de licença. O mais que o A. diz que concedido o prazo de nomeação, o enfyteuta fica autorizado pelo senhorio para poder transferir por via de nomeação, labora no suposto, de que a nomeação seja modo de transferir respectivamente ao enfyteuta, e que elle por via da nomeação transfere a enfyteuse: porém nós já vimos, que he falso isto; porque o enfyteuta só pela nomeação naõ transfere a enfyteuse ao nomeado, nem este delle a recebe. Tambem naõ ha duvida, que a citada Ord.. fallando das nomeações dos prazos, naõ diz que o enfyteuta para nomear precisa de licença do senhorio; porém daqui nada se-

segue contra o que tenho dito ; pois ainda que o enfyteuta no prazo de nomeaçāo tem licença para nomear sem nova licença do senhorio , naõ se pôde daqui concluir que a tenha para transferir a enfyteuse , ou o traspasse seja feito por dote , doaçāo , ou venda , ou por outro qualquer modo , e titulo de transferir , e alienar , como já mostrei. Em quanto ao silencio que a Ordenaçāo guarda no dito t. 36. (e no 37.) em que falla das nomeações dos prazos , assim devia ser : porque naõ pertence isto para estes titulos , mas para o t. 38. do dito livro , do qual se vê que a licença do senhorio he necessaria para doar , ou dotar o prazo de nomeaçāo , como já vimos.

8. Insta o A. desta maneira (1):
 " Quando o prazo de nomeaçāo se doa ,
 " ou dota , sempre se transfere por via
 " de nomeaçāo. Isto se pôde fazer
 " por hum de dous modos 1. *dizendo*
 " *do que se nomea o doado , ou dotado*
 " *em o prazo.* 2. dizendo-te sómente ,
 " *que*

„ que se doa , ou dota o prazo sem
 „ se fazer mençaõ da nomeaçaõ. No
 „ 1. caso transfere o prazo por huma
 „ nomeaçaõ expressa : no 2. por huma
 „ nomeaçaõ tacita : bem visto , que a
 „ doaçaõ , e dote em os prazos de no-
 „ meaçaõ tem força de nomeaçaõ , naõ
 „ havendo razaõ para ser necessaria a
 „ escrupuloza formalidade da palavra
 „ nomeo , que só requererá , quem qui-
 „ zer introduzir o rigor das formulas
 „ dos Romanos. Se pois quando se dôa ,
 „ ou dota o prazo de nomeaçaõ , elle
 „ se transfere sempre por via de no-
 „ meaçaõ , e se nas translações se naõ
 „ requer consentimento do senhorio ,
 „ fica evidente , que elle naõ ha de ser
 „ necessario em a doaçaõ , e dote do
 „ prazo de nomeaçaõ. „ Deste modo ar-
 gumentou Pinheiro contra Caldas (1) ,
 o qual tinha dito , que para qualquer
 se julgar nomeado ao prazo , era suffi-
 ciente que lhe fosse doado , ou dota-
 do por aquelle , que tinha poder de o
 nomear , e tambem , seguia que o en-
 fyteuta naõ necessitava de licença do
 senhorio para doar , ou dotar o prazo
 de

(1) D. disp. 4. n. 130.

de nomeaçāo , se dissesse , quando doasse , ou dotassee , *nomeo* , e *doto* , ou *dou* , e *nomeo*. (1)

9. Como Caldas responderia a Pинheiro naõ se pôde faber ; pois he morto ha muitos annos , nem tambem isso nos deve importar. Mas principiando pelas suas doutrinas na Ord. liv. 4. t. 38. §. 3. pr. se determina , que alienando o enfyteuta hum prazo dos de vidas (nos quaes se comprehendem os de nomeaçāo) qualquer que fosse o modo , ficasse sempre contando-se , como vida no prazo , ainda que ficava sem direito algum nelle , e que aquelle , a quem o prazo se alienasse , fosse a segunda vida , ou terceira depois do alienante , se vivo fosse no tempo da sua morte , e se morresse primeiro , ou alienasse a enfyteuse , fosse este a quem a alienasse , ou em quem a nomeasse tacita , ou expressamente , a 2.a ou 3.a vida depois da morte do primeiro alienante. Esta regra foi estabelecida em beneficio assim dos

se-

(1) De Nominat. q. 1. n. 8. De Extinct. 10. n. 35. De Potest. elig. 2. n. 33. , e 4. n. 35.

senhorios, como dos mesmos enfyteutas: em benificio dos senhorios; porque se aquelle, a quem o enfyteuta alienasse o prazo, ficasse sendo a mesma vida que o alienante, quando este fosse mais novo, se extenderia a duração desta vida, e o prazo mais tarde chegaria á devoluçāo: em beneficio dos enfyteutas; porque se a vida que no prazo faz o alienante, se findasse, quando elle aliena o prazo, o enfyteuta que fosse terceira vida, naõ o poderia alienar; pois assim que o alienasse, elle se devolvia ao senhorio. Como pois por esta determinaçāo da lei aquelle, a quem a enfyteuse se aliena, se vivo for no tempo da morte do enfyteuta alienante, ha de ser segunda vida, se elle for a primeira, ou terceira se elle for a segunda, naõ fallou impropriamente Caldas, quando disse, que o doado se julgava nomeado; porque como se fosse nomeado pelo enfyteuta, elle tambem ha de ser a segunda, ou terceira vida no prazo, se o doante, ou dotante for a primeira ou a segunda: porém daqui naõ se pôde deduzir, como Pinheiro deduzio, que o prazo de nomeaçāo se transfere por via de nomeaçāo, quando se dota, ou doa;

doa ; porque como temos dito a nomeaçāo respectivamente ao enfyteuta naō he modo de transferir. A convençāo do dote , e da doaçāo saō os titulos porque o enfyteuta transfere , e pôde transferir este prazo , quando o doa , ou dota , e estas convenções saō , e sempre foraō de per si titulos sufficientes de transferir , e alienar , e naō necessitaō para o serem da nomeaçāo ; nem a faculdade de nomear he a causa porque o enfyteuta transfere o prazo , quando o dca , ou dota ; mas sim a faculdade de alienar , que os enfyteutas tem , a qual he commua a toda a qualidade de prazos , como se vê da Ord. liv. 4. tit. 38. , e sómente o enfyteuta a naō tem , quando ella lhe he restricta no contraçto. Nem se diga que o nomeante naō pôde nomear segunda vez , quando além de nomear aliena mais algum direito : porque isto he confessar o mesmo , que tenho dito , que o direito , que o doado , ou dotado tem de ser senhor da enfyteuse , e de a poder alienar , e transferir para os seus herdeiros , e até de nomear o prazo , lhe provem da convençāo do dote , ou doaçāo , e naō da nomeaçāo.

10. Do mesmo §. 3. se observa que

aquelle, que houve do enfyteuta o prazo por venda, escambo, transacção, ou outro qualquer titulo, se pode dizer nomeado ao prazo, e que podemos dizer, assim como Caldas disse do dotado, e doado, que para qualquer se julgar nomeado ao prazo basta que lhe seja vendido, trocado, ou por outro qualquer titulo traspassado: porque segundo a determinação desta Ordenação todo aquelle, a quem o prazo de nomeação for alienado, seja o titulo qual for, ha de ser somente vida no prazo depois da morte do alienante, assim como o que he nomeado ao prazo: e portanto do mesmo modo que a venda, transacção, escambo &c. nos prazos de nomeação se naõ dizem modos de transferir por via de nomeação, tambem a doação, e dote se naõ devem dizer; pois huma, e outra convenção saõ, e sempre forão modos de transferir, como a venda, transacção, escambo, e os mais modos de alienar, nem a este respeito tiverão já mais diferença entre si todas estas convenções, o que Pinheiro devia advertir. Finalmente, expondo ao modo, que a Pinheiro naõ havia de desagradar, para elle dizer, que o dote, e adoação saõ modos de

transferir per via de nomeaçāo, havia elle de poder mostrar que eraõ verdadeiras estas duas proposiçōes : 1. Nos prazos de nomeaçāo, o dote, e doaçāo saõ nomeaçāo 2. Nos prazos de nomeaçāo a nomeaçāo he dote, e he doaçāo : porém esta segunda he paradoxo evidente : pois o mesmo se deve dizer da primeira tomada no sentido que Pinheiro a tomou, e de que fallamos, porque he evidente que o dote, e doaçāo he muito differente couſa da nomeaçāo.

11. Conveuho pois com o Caldas em quanto diz que o dotado, ou doado, se pode dizer nomeado no sentido, que fica exposto : porém naõ devo fazer o mesmo, em quanto ao que diz, que o enſyteuta pode doar, ou dotar o prazo ſem licença do ſenhorio, quando no ajuste diz, *doto, e nomeo*, ou *nomeo, e dou*. Porquanto naõ alienando elle a couſa afforada, quando nomea o prazo, e naõ ſendo a nomeaçāo modo de transferir, e alienar o prazo reſpetivamente ao enſyteuta ; mas ſendo o dote, ou doaçāo os titulos, porque o enſyteuta aliena a enſyteufe, naquelle ajuste, ou convençāo he ſuperflua, e deſnecessaria a palavra *nomeo*, e naõ pode

de produzir ali algum effeito para o fim , que se faz o ajuste da doaçāo , ou dote : porque o fim para que se faz esta convençāo , he paraque o prazo passe do dotante para o dotado , ou do doador para o doado , e a palavra *nomeo* naō pode produzir este effeito ; pois como fica tambem mostrado o enfyteuta nomeando o prazo naō o transfere , nem o nomeado delle recebe a enfyteuse. E porque esta palavra naō produz , nem pode produzir effeito algum para o fim de se transferir o prazo pelo dote, ou doaçāo , he evidente que tambem naō tem , nem pode ter o effeito de se transferir o prazo por via destas convenções sem licença do senhorio : pois só poderia produzir este effeito se o enfyteuta nomeando o prazo (para o que tem licença do senhorio) o transferisse ; porque só assim he que se podia dizer , que o senhorio , dando licença para nomear , dava licença para transferir , e alienar o prazo.

12. Pelo que fica dito a respeito do que disse Caldas , parece naō seria necessario já responder particularmente ao argumento do A. , que fica trasladado , mas nem isto lhe deixarci de fazer. Tornem-se a ler suas palavras.

(1) A respeito do que diz que o prazo de nomeação se transfere por via de nomeação, já fica mostrado que Pinheiro se enganou em dizer isto mesmo, que o A. diz: porque o prazo, quando se dôa, ou dota, transfere-se por via da convenção da doação, ou dote; e não por via da nomeação. Quando diz que o prazo se transfere por via de nomeação *por hum de dous modos*: 1. *dizendo-se que se nomea o deado, ou dactado em prazo*: 2. *dizendo-se sómente que se doa, ou dota o prazo sem fazer menção da nomeação*, também não tem razão em dizer, que por qualquer destes dous modos o prazo se transfere por via de nomeação: porque em ambos elles o enfyteuta transfere o prazo, e aquelle para quem se transfere o recebe pelas convenções da doação, ou dote, e não pela nomeação; pois como fica dito, o que recebe o prazo por via de nomeação, recebe-o do senhorio, e não do enfyteuta, nem este pode impôr ao nomeado encargo algum; e he notorio que o enfyteuta, quando doa, ou dota o prazo de nomeação, pode impor os car-
gos

gos , que quizer , ao doado , ou dota-
do , e pode doar , ou dotar com as
condições , que lhe parecer , do que
Pinheiro se devia lembrar , quando ar-
gumentou contra Caldas , como o A.
agora argumenta : em huma palavra di-
zer que a nomeaçāo he hum modo
de transferir respectivamente ao enfy-
teuta he hum paradoxo juridico , e di-
zer que nos prazos de nomeaçāo a doa-
çāo , e dote saõ modos de transferir
por via de nomeaçāo he outro parado-
xo deduzido do antecedente. No que o
mesmo A. diz , que quando se dōa ,
ou dota o prazo , he superfluo usar da
palavra *nomeo* , que o dizer que a pa-
lavra nomeo he necessaria , he introdu-
zir na nossa Jurisprudencia o rigor das
formas dos Romanos , se o disse-se para
dizer , que ella era superflua para o
prazo se transferir ao doado , ou dota-
do , por ser sufficiente para isto , que
o enfyteuta diga *dou* , ou *doto* , tinha mu-
ita razaõ ; porque o doado , ou dotado
somente pela convençaõ do dote , ou da
doaçāo tem titulo sufficiente para ser
senhor do mesmo modo , que aquelle
a quem o prazo se transfere por qual-
quer dos outros titulos de alienar ,

pa-

para dizer tudo, o direito, que por via da nomeaçāo o nomeado em de vir a ser senhor do prazo, se sobreviver ao nomeante inclue-se na convençaō do dote, e da doaçāo, e nos mais modos de transferir, assim como no mais se inclue o menos, e nestes termos he bem superfluo, e formulario o uso da palavra *nomeo*, quando o enfyteuta doa, ou dota, porque o direito, que pela nomeaçāo vem ao nomeado he superfluo, a quem ja em vida do enfyteuta he senhor da enfyteuse, e a pode alienar, e tambem nomear a quem quizer, como da dita Ord. consta: porem dizer que a palavra *nomeo* he superflua, e formulario, porque o dote, e doaçāo saõ modos de transferir por via de nomeaçāo, he peor que nada dizer; porque a doaçāo, e dote naõ saõ modos de transferir por via de nomeaçāo no sentido, que Pinheiro disse, e diz o A., como já mostrei. Do que nos §§. antecedentes tenho dito se mostra bem, que aquellas palavras, com que o A. conclue seu argumento: *Se pois, quando se doa, ou dota o prazo de nomeaçāo, elle se transfere sempre por via de nomeaçāo, e se nas translações por via de nomeaçāo se*

se naõ requer o consentimento do senhorio, fica evidente que elle naõ ha de ser necessario em a doaçao e dote do prazo de nomeaçao, se devem mudar desta maneira: como pois quando se doa, ou dota o prazo de nomeaçao, elle nunca se transfere por via de nomeaçao, e se naõ ha translações em relaçao ao enfyteuta por via de nomeaçao, e em todas as translações, que faz o enfyteuta, he necessario o consentimento do senhorio segundo a Ord. liv. 4. tit. 38., fica evidente que elle ha de ser necessario na doaçao, e dote do prazo de nomeaçao.

13 Continua o A. affirmando ainda, que o enfyteuta pode doar, e diz:
 „ Se isto naõ fosse assim, que mais direitos teria o enfyteuta no prazo de nomeaçao, do que tem em os outros prazos? A faculdade de nomear, que lhe concede ha de dar-lhe algum direito particular: se o prazo naõ ha de nomeaçao; para que o enfyteuta doe, ou dote, nada mais precisa, que da authoridade do senhorio Ord. l. 4.t. 38. pr.: supponha-mos que também se requer isto em o dote, e doação do prazo de nomeaçao, naõ tem „ nef-

„ nestes prazos o enfyteuta authorida-
 „ de nenhuma mais , e fica sendo fan-
 „ tastica , e ideal a faculdade , que lhe
 „ concedeo de nomear , o que se naõ
 „ pode dizer „ Este argumento parece
 ser huma amplificaõ , do que Pinhei-
 ro disse a respeito da determinaçaõ da
 Ord. liv. 4. t. 37. §. 1. naquellas pa-
 lavras , que principiaõ *alioquin* : mas
 elle labora no supposto , de que pela facul-
 dade de nomear se concede ao enfyteuta a
 faculdade de alienar , e que a nomeaçaõ
 he modo de transferir respectivamente
 ao enfyteuta , o que tenho mostrado ,
 que he falso ; porque pela faculdade
 de nomear naõ dá o senhorio outro di-
 reito especial ao enfyteuta , senaõ a
 faculdade de eleger successor , e nisto
 he que consiste a diferença deste pra-
 zos aos mais : e como nestes o en-
 fyteuta tem mais que nos outros a fa-
 culdade de nomear , e escolher suc-
 cessor , ficaõ conhecidos , quaes saõ os
 direitos , que mais tem nos prazos de
 nomeaçaõ *do que tem em os outros pra-
 zos* , e respondido a pergunta , que o
 A. faz no principio da sua instancia ,
 E porque este direito de eleger succe-
 sor , do qual o enfyteuta pode usar mes-
 mo

mo em vida , sem ser preciso fazer o seu testamento (o qual lhe he preciso fazer para escolher os seus herdeiros , quando os pode escolher á sua vontade) naõ he taõ pouco , fica evidente , que era melhor que o A. dissesse que naõ he fantastica , e *ideal a faculdade, que lhe concedeo de nomear* no contraçto enfyteutico o senhorio , do que dizer o contrario que escreve na conclusaõ , que tirou da sua instancia. Pinheiro que foi destes sentimentos no dito lugar referido pelo mesmo A. , quando definiu a enfyteuse de nomeaçao , dizendo *Emphiteusis nominationis est, quæ conceditur alicui cum potestate nominandi aliam, aut alias personas, quæ in ea succedant* (1) , como os que escreverao antes delle tinhaõ bem deffinido , devia advertir que tinhaõ errado a definiçao , se os prazos de nomeaçao tivessem diferença dos outros prazos em ter maior direito a respeito da alienaçao , e em poder dotar , e doar ; porque tinha omissido esta diferença essencial , que se lhe

(1) Par. 2. de Emp. D. §. 3. n. 89.

Ihe Irepresentou : pois das regras da definiçāo he que se naō ommitta a diferença ultima , e particular da causa definida. Tambem o A. escrevendo que a enfyteuse de nomeaçāo he aquella , *qua emphyteutæ permittitur successorem eligire* (1), parece que tambem se devia lembrar , que a sua definiçāo ficava sem aquella diferença essencial : e assim como elle , quando definio , achou que da Ord. liv. 4. t. 36. e 37. pr. , em que se expõe os direitos particulares dos prazos de nomeaçāo , se naō deduzia que o enfyteuta tivesse a faculdade de doar , ou dotar sem licença do senhorio, tambem agora devia reconhecer o mesmo. Em quanto a Ord. l. 4. t. 38. pr. , que o A. cita , eu já mostrei que neste titulo se prohibe doar , e dotar tambem os prazos de nomeaçāo , e principalmente no §. ultimo , e penultimo he isto bem claro.

14. Diz tambem que por argumento negativo deduzira da Ord. liv. 4. t. 37. §. 2. , que o enfyteuta pôde doar , ou

(1) Elem. §. 16.

ou dotar sem licença do senhorio , (1) porque a Ord. neste lugar diz , que o enfyteuta , a quem foi dada a faculda- de denomear , sem se fazer mençaō da morte , naō pôde revogar a nomeaçaō , que tiver feito , e naō declara que elle deva pedir licença ao senhorio , pa- ra fazer a nomeaçaō. Porém a mim me parece , que daqui se naō pôde deduzir argumento negativo algum para a quef- taō , de que fallamos : porque naō he no citado tit. 37. , mas sim no titulo 38. do dito livro 4. , que a Ordenaçaō trata dos requisitos necessarios , para o enfyteuta poder doar , dotar , ou por qualquer outro modo alienar o prazo , e dos dous ultimos §§. deste titulo he evidente que he necessario o consenti- mento do senhorio para se doar , ou do- tar o prazo de nomeaçaō. Mas ainda que se podéra daqui tirar hum argumen- to negativo , o ser negativo seria suffi- ciente para ser futil (2) , e para por elle se naō poder dizer , que naō era ne- cessario o dito consentimento. Tambem

a

(1) Na Cart. p. 70.

(2) V. a dissertaçaō de Joaō Baptista Thiers a respeito da insufficiencia do argumento ne- gativo.

a Pinheiro se representou que se incluia a faculdade de doar, ou dotar sem licença do senhorio na determinação da dita Ordenação livro 4. tit. 37. §. 1., na qual se declara que se o enfyteuta, que tem a faculdade de nonear até á morte, transpassar em sua vida em outra pessoa a coufa afforada por titulo de dote, ou outro qualquer, ainda que reserve para si o uso fructo, naõ possa revogar a nomeação: porém isto nem me parece digno de resposta; porque do mesmo §. 1. se conhece, que o effeito de a coufa afforada passar aquelle, para quem o enfyteuta a transpassou, naõ depende da validade da nomeação; mas sim da validade da doação, dote, venda, ou outro qualquer titulo, pelo qual o traspasse se fizer: e como a Ordenação aqui naõ declara o modo, porque este traspasse se ha, e deve fazer, deve-se obtervar a respeito delle, o que ella estabelece no liv. 4. t. 38.; pois neste lugar declarou o modo, porque os enfyteutas pôdem fazer as alienações, e transpasses da enfyteuse, e se de outro modo se fizer, será feito contra o que a lei diz. Emfim do mesmo §. se observa, que a razaõ, porque esta nomeação fica irrevogavel, he porque

pelo traspasse o nomeado fica senhor do prazo: e como isto naõ provém da faculdade que o enfyteuta tem de nomear, nem da nomeaçāo, he certo que o enfyteuta para o fazer precisa de licença do senhorio, como temos dito. E isto sera sufficiente para huma questāo, que naõ tem sido formada mais, que pela autoridade destituida de principios.

T H E S. III.

Esta These affirma que se o prazo se vender em observancia do pacto de *retro vendendo*, se deve laudemio ao senhorio desta venda; e por isso mesmo se suppõe que da primeira venda se lhe deve tambem laudemio; porque devendo-se-lhe elle de huma, tambem se lhe deve da outra. Muitos tem seguido, que desta venda feita por virtude deste ajuste se naõ deve laudemio ao senhorio: naõ sera necessario, que eu os numere, alguns delles se podem ver em Pinheiro (1), e nos que elle refere: porém diz Joaõ Voet, *etrum*

(1) P. 2. de Emphit. D. 4. sect. 5. §. 4.
n. 55. 56.

rum opinioni vix est, ut acquiescas. (1)
 As vendas que entre nós se chamaõ vendas a retro, fazem-se por muito diferentes modos: humas vezes se ajusta, que tornando o vendedor o mesmo preço, ou dentro de certo tempo, ou quando lhe parecer, fique a venda nulla, e de nenhum effeito: outras vezes se ajusta que o comprador tornará a vender a mesma coufa, ou ao vendedor, ou a hum terceiro, dando-se-lhe o mesmo preço dentro de certo tempo, ou quando o vendedor, ou o terceiro quizer; e tambem se fazem pelos diferentes modos, de que se lembrou Pinheiro (2). Porém eu sómente devo tratar da venda, que se faz da enfyteuse com ajuste de se tornar a vender, ou ao mesmo vendedor, ou a hum terceiro, dando-se o mesmo preço; porque na These sómente se falla deste ajuste, como se vê das palavras, que ella contém,
*ex venditione (verum non est) vi pac-
ti de retro vendendo facta laudemium
non deberi.* Ninguem duvida, que de todas as vendas se deve laudemio ao senhorio, naõ comprando elle em virtude

(1) Com. ad Pand. l. 6. t. 3. n. 31.

(2) D. n. 55. 56.

de do direito de optar , ou a venda seja necessaria , ou voluntaria segundo se declara na Ord. liv. 3. t. 93. §. 3. e liv. 4. t. 38. pr : por tanto a questão , de que tratamos , vem a ser , se quando no contracto da venda se ajunta o ajuste de se tornar a vender , tem o senhorio laudemio desta venda , que se faz em virtude deste ajuste , ou se ella he exceptuada daquella regra .

2. O A. parecendo-lhe primeiro , que havia segunda venda , disse que se não devia laudemio ao senhorio ; porque elle nesta segunda venda não tem o direito de optar : a isto acrescentou , que esta segunda venda era parte do primeiro contracto , e que assim o senhorio não devia levar laudemio , por não levar dous laudemios de hum contracto : porém depois tornou-lhe a parecer que não havia nova venda ; mas que havia huma resoluçāo da primeira : pelo que não se pôde bem saber , qual he a verdadeira razaō , porque elle não quer , que se pague segundo laudemio ; pois não se sabe , se elle segue , que ha segunda venda , nem se não. Pinelo , Fragozo , e outros referidos pelo dito Pinheiro differaō que havia huma segunda venda ; mas que se não devia laudemio ,

mio, porque naõ era voluntaria: porém já o mesmo Pinheiro respondeo a isto, e disse que ainda que o comprador era obrigado a tornar a vender; com tudo, que esta necessidade fora no seu principio voluntaria por nascer do ajuste, que foi feito voluntariamente: e eu digo, que da venda necessaria tambem se deve laudemio segundo fica dito. Pinheiro depois disto accrescentou, que a razaõ, porque se naõ devia o laudemio era, porque naõ havia novo contracto, nem nova venda, quando o comprador satisfazia ao pacto; mas que taõ sómente havia huma resoluçao da primeira: porém a esta razaõ tambem já respondeo Joaõ Voet (1), e disse que se nós consideramos o contracto de maneira, que a enfyteuse se haja como se pelo vendedor naõ tivera sido vendida, quando o comprador satisfaz ao ajuste, entaõ devemos dizer que nem da primeira venda se deve laudemio, e com razaõ: porque em similhante hypothese a perfeiçao da venda dependeria de se naõ satisfazer ao ajuste, que se ajuntou ao contracto, pois feria como venda condicional, a qual naõ he venda, se se naõ veri-

verifica a condiçāo. Porém como todos os que seguem , que se naō deve este segundo laudemio , dizem com o mesmo Pinheiro , que se deve o primeiro laudemio , tambem devem dizer que o primeiro contracto senaō resolve , e que naō he a maneira de condicional. Isto que disse Joaō Voet , parece ter sido o necessario para se conhecer , que a venda , que se faz em virtude do pacto de se vender segunda vez , naō he resoluçāo da primeira , e os termos , em que se propõe a melma questāo , tambem deviaō fazer lembrar que a segunda venda contém , como a primeira , hum verdadeiro contracto : porque ainda que se supponha , que o pacto , em que se ajusta a segunda venda , he o mesmo contracto da segunda venda , mesmo assim se verifica haverem dous contractos. Mas naō obstante confessar-se isto , quando se propõe a mesma questāo , já que as circunstancias ocorrentes me obrigaō , tentarei explicar huma cousa , que os Romanos julgaraō tao evidente , que assentaraō , que em dizer *venditio cum pacto de retro vendendo* se tinhaō explicado de maneira , que a ninguem entre elles havia de lembrar , que havia aqui hum só contracto , e huma unica con-

venção, ou quo a primeira venda se defazia, e ficava sendo nenhuma, verificando-se a segunda.

3 Quando se faz a venda *de retro vendendo*, os contrahentes ajustão duas cousas differentes entre si: a iaber o vendedor obriga-se a entregar a cousa pelo preço, que o comprador lhe offerece, e este promette fazer a mesma obrigação ao mesmo vendedor, que elle lhe tem feito: a primeira obrigação he pura; porque o vendedor não faz depender a sua obrigação de circunstancia, ou coufa alguma: a segunda he huma obrigação condicional; pois o comprador não promette fazer a dita obrigação, senão se o vendedor entregar o preço, e desta circunstancia faz depender a sua obrigação. Esta obrigação, porque o seu objecto, ou cousa, sobre que se versa, he huma convenção, ou obrigação que se promette fazer, chamáráo-lhe os Romanos pacto: áquellea pelo contrario lhe chamáráo contracto por ser o seu objecto o entregar a cousa por certo preço. A diferença que entre as convenções estabelecerão os Romanos, chamando a humas pactos, e a outras contractos, extinguio-se em quanto aos diferentes effeitos, que produzião; pois todas hoje pro-

produzem o mesmo ; mas não se extinguiu a diferença que as convenções tem entre si na razão de seus objectos , e quantas são as cousas , sobre que as partes convém , quantas são hoje mesmo as convenções , e os ajustes , como mostra a mesma definição da convenção. Por tanto devemos dizer , que nesta venda a retro , de que tratamos , ha duas convenções : pois nós temos visto , que os contrahentes se ajustão não só sobre diferentes cousas ; mas tambem que se obrigão de diferentes modos : e igualmente devemos dizer que cada huma destas convenções subsiste de per si , e não depende huma da outra para produzirem effeito , e terem a sua respectiva validade. Julgando-se no seu vigor a diferença , que os Romanos fazião dos pactos aos contractos , não ha duvida , que parece , que o pacto de tornar a vender he huma parte do contracto da venda a que se ajuntou , e ainda mais faz parecer isto aquelle principio , que agradou a seus Juris-cunsultos , e que Ulpiano refere nestas lavras: *quod emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est.*

(1) Porém os mesmos Romanos tanto co-

U ii

nhe-

(1) L. 31. §. f. D. de Aedilitio edecto.

nhecião que aqui havião duas convenções distintas entre si, que até pelos nomes as distinguião; pois a huma lhe chamavão contracto, e a outra pacto, como já disse; e sómente para mitigar o rigor do direito Civil, que não reconhecia os pactos, he que reputavão este pacto parte do contracto, como fizerão a todos os pactos dos adjectos aos contractos de boa fé, para poderem produzir acção, e não era, porque julgassem que não havia duas convenções, pois álem de as diferencarem por seus nomes, elles não lhes negarão a força, que cada duma dellas por direito Natural tinha: porque respectivamente a este direito reconhecião, que cada convenção presistia de per si. (1) Que elles pensarão desta maneira, observa-se nos pactos adjectos aos contractos *stricti juris*: porque se elles julgassem que os pactos adjectos não eraõ convenções distintas dos contractos, diriaõ que os pactos adjectos aos contractos *stricti juris* tinhaõ o mesmo efeito que os contractos: porque julgando elles que

a

(1) Heinec. Recit. in Elem. jur. sec. Ord. Inst. §. 774.

a convençaõ adjecta fazia hum mesmo contracto com aquelle, a que se ajuntaſſe, naõ haviaõ de dividir o contracto *stricti juris*, quando se lhe ajuntaſſe huma convençaõ, e dar hum effeito a huma parte, e outro a outra. Como pois os Romanos, não obſtantē aquella cauſa que tiveraõ, se naõ deixaraõ enganar, muito mais o devemos nós fazer, e devemos reconhecer, que na venda, que se faz com o pacto de *retro vendendo*, ha duas convenções destiñtas entre ſi, e com validade igual; porque já naõ recohecemos diſſerença entre pacto, e contracto, em quanto á ſua força.

4. Naõ ſerá neceſſario que eu moſtre, que a convençaõ de tornar a vender naõ he a mesma venda, que faz o comprador ao vendedor; porque iſto mesmo ſe diz, quando ſe diz pacto de tornar a vender, nem tambeim que a venda, que faz o comprador, ſe faz tacitamente, quando elle acceita outra vez o preço; poſtambem iſto he manifesto, e naõ he agora neceſſario para ſe moſtrar que na venda com o pacto de *retro vendendo* naõ ha huma ſó convençaõ, ou contracto: por quanto eu já moſtrei, que o pacto de tornar a vender he huma convençaõ separada na venda, que faz o

ven-

vendedor ; e ainda quo elle fora a mesma venda , que faz o comprador , naõ deixaria de ficar sendo sempre convenção distinta : por tanto ainda em similar hypothese nós teríamos , que na venda que se faz em virtude do pactos de *retro vendendo* , ha dous contratos de venda distintos entre si. A'lem do que tinho dito , a mudança de pessoas mostra , que verdadeiramente ha duas vendas ; porque o comprador passa a ser vendedor : e igualmente a necessidade de se verificar , e consummar a primeira venda , para chegar o tempo de poder principiar a segunda , indica o mesmo ; pois de outro modo o vendedor naõ pôde ser comprador. Tambem se consideramos , que o comprador se obrigou a vender a hum terceiro , ainda mais se manifesta isto : porque neste caso he evidente que ha huma segunda venda : e como o comprador taõ senhor fica da causa , quando se obriga a vender a hum terceiro , como quando se obriga a vender ao mesmo vendedor , assim como naquelle caso ha duas vendas , tambem neste.

5. O que temos dito para mostrar , que quando o comprador satisfaz ao pacto de *retro vendendo* faz huma verdadei-