

ABRAVE/A
9
(1)
6
2
51

X695915443

ABRAVEIA

9

(1)

6

2

5)



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Biblioteca Geral



1304146587

TRACTADO
THEORICO E PRACTICO
SOBRE
OS TOMBOS,
ACCOMMODADO
AO USO MODERNO DO FORO;

E

MODO DE LEVANTAR AS PLANTAS,
OU CARTAS TOPOGRAFICAS DOS TERRENOS,
SEM MAIOR APPARATO DA ENGENHARIA;

COM

UMAS BREVES NOÇÕES DE DIREITO EMPHYTEUTICO:

PELO

DOUTOR BERNARDO JOSÉ DE CARVALHO,

PRIMEIRO LENTE SUBSTITUTO DA FACULDADE DE CANONES
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA,
COM EXERCICIO NA CADEIRA DE PRACTICA
E FÓRMA JUDICIAL.



358-A

COIMBRA,

NA REAL IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1827.



Com Licença da Real Cammissão de Censura.

REPUBLICA ARGENTINA
GOBIERNO FEDERAL
SECRETARÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

EXCMO. SEÑOR GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

DEPARTAMENTO DE INGRESOS Y GASTOS



SECRETARÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

AO ILLUSTRISSIMO SENHOR
ANTONIO PINHEIRO DE AZEVEDO
E SILVA,

FREIRE CONVENTUAL
DA ORDEM EQUESTRE DE SANT-IAGO DA ESPADA,
CONEGO DOUTORAL DA SÉ D'EVORA,
LENTE DE PRIMA JUBILADO DA FACULDADE DE CANONES,
DECANO E DIRECTOR DA MESMA FACULDADE,
E VICE-REITOR DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.

Illustrissimo Senhor

*T*Endo sido rogado pelo Desembargador LUIZ GONZAGA DE CARVALHO E BRITO, Juiz do Tombo da Real Prebenda de Coimbra, ou extincta Casa d'Aveiro, e das terras d'Ançã e S. Lourenço do Bairro, de que he Donataria da R. Coroa S. M. a Imperatriz Rainha N. S., para o ajudar nos trabalhos dos referidos Tombos, e continuando neste exercicio, durante a Judicatura do Desembargador CONSTANTINO JOSÉ FERREIRA D'ALMEIDA e seus successores, no cargo de Procurador e Fiscal da Real Fazenda, julguei conveniente reduzir a escripto alguns conhecimentos, que a practica de 24 annos me tinha subministrado neste ramo de Jurisprudencia (pouco vulgar), e publical-os pela imprensa, tanto para fixar as ideas vagas, que tinha colhido sobre esta materia, como para utilizar aos meus Concidadãos, a quem elles possuem interessar, ou porque estejam incumbidos de trabalhos semelhantes, ou porque tenham a seu cargo fazer algum juizo critico sobre os Tombos, já no Tribunal da Justiça, onde se dá a cada um o que he seu, já na Aula Forense, onde se propugna pelo direito das partes, consagrando-os a

ANTONIO PINHEIRO DE AZEVEDO
E SILVA

PRIMEIRO GOVERNADOR
DA ORDEN REAL DE SANTIAGO DE ESPANHA
GOVERNADOR POLICIAL DA CIDADE DE LISBOA
LEITE DE PRIMEIRA CLASSE DA FACULDADE DE CIENCIAS
MESTRE E DIRECTOR DA MESMA FACULDADE
E APLICADO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Vossa Senhoria, debaixo do titulo de Tractado Theorico e Practico sobre os Tombos, não só como chefe desta Academia, a que pertenco, e Primario da minha Faculdade, mas ainda por natural inclinação e compadrio.

Conheço que esta materia não he nova, pelo que me não compete a gloria da invenção; mas nem por isso deixará de merecer estima e valor o meu trabalho. Em todos os ramos, em todas as sciencias se tem sempre descoberto grandes cousas, e os illustradores tem sido admirados com o mesmo applauso, que os inventores. A Filosofia, que mal se tinha cultivado no Egypto, na India e na Persia, reduzida a algum methodo por ARISTOTELES, e resuscitada por BACON e DESCARTES no seculo 17, veio a ser de novo corrigida e augmentada por MALLEBRANCHE, NEWTON, LEIBNITZ, LOCKE, BONET e CONDILLAC. A Astronomia, de que PYTHAGORAS tinha dado um pequeno esboço, he aperfeçoada no seculo 15 por COPERNICO, TYCHO-BRAHE, KEPLER e GALILEO, e augmentada por HERSCHEL, que em 1781 descobriu um novo

Planeta do seu nome. A Jurisprudencia informe na sua origem, esclarecida pelos antigos JC. Romanos por influencia e auctoridade do Imperador JUSTINIANO, deve o seu restabelecimento a um CUIACIO, a um HEINECCIO, a um BARÃO DE MONTESQUIEU, e todavia são louvados um MABLY, um BECCARIA, um PASTORET, um FILANGIERI, e um BENTHAM, que de novo a explicarão e reduzirão a systema. São elogiados na historia aquelles, que primeiro descobrirão as terras longinquas, entregando-se á discrição das ondas e aos perigos de remotas viagens, como um VASCO DA GAMA, que descubrio as Indias, e um CHRISTOVÃO COLOMB a America, mas nem por isso merece menos estima um MAGALHÃES, que procurou as terras Austraes, e um DRACK, fazendo o gyro do globo.

Isto, que tem acontecido em todas as artes, em todas as sciencias, he applicavel ao meu intento. Merecem todo o elogio um LEITÃO, que primeiro entre nós escreveu sobre este assumpto, um VANGUERVE, o mesmo Desembargador LUIZ GON-

ZAGA DE CARVALHO E BRITO na sua Memoria sobre o modo de fazer os Tombos, *escripta em 1806*, e o Desembargador ALBERTO CARLOS DE MENEZES na sua Practica dos Tombos, *publicada em 1819*, mas nem por isso deixará de merecer a approvação do público este meu trabalho. O methodo de tractar uma sciencia, um novo plano, um novo arrançamento equival a uma invenção, assim como em materias physicas a descoberta de um novo instrumento augmenta e aperfeiçoa a sciencia. A invenção do Telescopio formado pela primeira vez por TIAGO MÉCIO, artista Hollandez, em 1609, fez chegar ao seu auge a Astronomia; a invenção da Bussola attribuida a FLAVIO GIOIA, Napolitano, no seculo 13 augmentou a Geographia; a da Imprensa, que estabelece a communicação rapida do movimento entre os espiritos de um a outro pólo, devida a JOÃO DE GUTTEMBERG, de Strasburg, em 1440, todas as sciencias. Os mesmos effeitos produz em materia moral o methodo de tractar uma sciencia.

— Porém não he ainda só a imitação, que apparece

TRACTADO
PREBENDICO E PRACTICO

OS TOMBOZ

neste meu Tractado. *A Legislação novissima comprehendida nos muitos Alvarás e Decretos posteriores a LEITÃO e VANGUERVE, as muitas Provisões do Conselho da R. Fazenda particulares ao Tombo da Prebenda de Coimbra, que nelle cito, e que por identidade de razão se podem accommodar aos outros Tombos dos bens da Coroa e seus Donatarios, e mesmo aos dos particulares naquella parte, que lhes for applicavel, de tal fórma enriquecem este meu Opusculo, e o revestem de certa novidade, que elle não deixará de agradar ao público, e produzir-lhe a utilidade, que eu espero.*

O retalho do *Direito Emphyteutico*, comprehendido nos 30 §§. da primeira parte, succado e compendiado dos melhores e mais recentes Auctores, interessará pela sua brevidade aos JC. no exercicio da *Advocacia*, e na administração da *Justiça*, bem como á *Mocidade Academica* para o uso das *Aulas*, achando-se aqui em pouco substanciado aquillo, em que os Auctores, que tratarão esta materia ex professo, gastarão longas paginas.

Mas se todas estas razões não grangearém ao meu Opusculo a estima pública, sirva-lhe de abrigo o nome do Patrono. Sim, o respeitoso nome de Vossa Senhoria, debaixo de cujos auspícios publico o meu Tractado, supprirá os defeitos do auctor, e nelle admirará o público um escudo impenetravel ás manchas,

..... Quas aut incuria fudit,
Aut humana parum cavit natura.....

Deos guarde a Vossa Senhoria por dilatados annos.

De Vossa Senhoria

muito respeitador e subdito obediente

Bernardo José de Carvalho.

TRACTADO
THEORICO E PRACTICO

SOBRE
OS TOMBOS.

*Nec plura effatus, saxum circumspicit ingens,
Saxum antiquum, ingens, campo quod forte jacebat,
Limes agro positus, litem ut discerneret arvis.*

VIRG. Aeneid. Liv. 12. vers. 896.

*Certantem et uvam purpuræ,
Qua muneretur te, pater
Sylvane, tutor finium!*

HORAT. Epod. Od. 2. vers. 20.

PARTE I.

§. 1. **A** Acção de tombar, medir e demarcar os terrenos deve datar a sua origem do tempo, em que principiou a introduzir-se o dominio e a propriedade entre os homens, e em que estes, deixando a vida errante e selvagem, começaram a ter as primeiras ideas de civilização, e permanencia de domicilio. Que importava limitar as fazendas, demarcar os campos, designar os confins dos terrenos, se elles se achavão na communhão negativa, e fóra do poder de cada um! Isto reconhecêrão os dois mais celebres Poetas Romanos, VIRGILIO no Liv. 1. das suas *Georgicas* vers. 125:

*Ante Jovem nulli subigebant arva coloni:
Nec signare quidem, aut partiri limite campum
Fas erat; in medium quaerebant; ipsaque tellus
Omnia liberius, nullo poscente, ferebat:*

e OVIDIO nas suas *Metamorphoses* Liv. 1. Fab. 5.

Communemque prius
Cautus humum, longo signavit limite mensor.

§. 2. O nosso JC. ANTONIO LOPES LEITÃO na sua Prática sobre o Juizo *Finium regundorum* cap. 2. nn. 23 e 24 pretende deduzir esta acção do Direito das Gentes, fundado no facto historico, referido por FLAVIO JOSÉ nas suas *Antiguidades* Liv. 1. cap. 4., de ter sido CAIN o primeiro inventor da posição dos marcos, e no cap. *Forus* 10. *de verbor. signification.*, onde SANTO ISIDORO Hispalense no Livro das *Etymologias* refere, que a palavra = *Lide* = traz a sua origem da contenda de limite, e que primeiro houve demandas entre os homens sobre limites, do que sobre outros negocios, no tempo em que, segundo diz o Imperador JUSTINIANO, §. *Jus autem* das suas *Institutas de Jure Naturali, Gentium, et Civili* = *Jus Civile nondum erat, cum regna, et civitates conditae non essent, nec aedificatae.* = E da mesma fonte a deriva tambem HERMOGENIANO na Lei 5. D. *de Justit. et Jur.* = *Ex Jure Gentium dominia distincta, agris termini positi.* =

§. 3. E com effeito mal se póde conciliar o dominio e propriedade dos terrenos, que faz o objecto e substancia d'esta acção, com a vida selvagem e vagabunda, em que os homens, vivendo dispersos, disputavão uns aos outros um palmo de terreno mais abundante de pastos, de caça, e fructos, que a terra espontaneamente produzia; porém augmentada a população, e não podendo a terra já fornecer sem cultura o necessario á nutrição dos homens, era-lhes preciso trabalhar para viver. Da cultura das terras segue-se necessariamente a sua divisão, e da propriedade uma vez admittida as primeiras regras da Justiça. He impossivel conceber a idea da propriedade nascente de outro principio, que não seja da mão d'obra, pois que os fructos nascidos da cultura pertencem ao Lavrador, assim como uma peça de caça pertence ao caçador, que a matou. Da mesma fôrma aquelle, que rompeo um

campo, e o poz em estado de dar fructo, tem direito de continuar na sua cultura com exclusão de qualquer outro; e nisto he que consiste a propriedade dos fundos. Este mesmo homem tem igualmente o direito de o tapar, e limitar para a conservação dos fructos.

§. 4. Ou seja pois o dominio e a propriedade coéva ao homem, ou proveniente do seu estado hypothetico, da necessidade de prover á sua subsistencia por meio da cultura da terra, quando os fructos espontaneos não bastassem para o seu sustento,

..... *cùm jam glandes atque arbuta sacrae
Deficerent sylvae, et victum Dodona negaret :*

VIRGIL. *ibidem* v. 143.

he com tudo certo, que uma vez admittido o dominio e a propriedade dos terrenos, ainda no estado natural, a limitação, tapagem, e designação dos mesmos erão consequencias, não só para evitar as discordias, que traz consigo a communhão negativa delles, mas tambem para a conservação dos fructos; e he na Jurisprudencia Romana que esta acção se acha desenvolvida por todo o titulo do Digesto *Finium regundorum*, especialmente na Lei 1.^a deste titulo; e se pôde definir :

§. 5. Uma acção, que compete áquelles, que tem predios rusticos, a fim de obrigar o possuidor visinho a pôr novos marcos, a reparar os antigos, e prestar o interesse: Ou, como diz o moderno J.C. JOSÉ HOMEM CORREA TELLES na sua *Doutrina das Acções* §. 280: *Uma acção, que compete ao senhor de um predio contra o possuidor dos predios confinantes, cujos limites estão confusos, para que se louvem em arbitradores, que demarquem os antigos limites, ou para que o Juiz os constitua novos, e condemnados a restituir o terreno usurpado com seus rendimentos.*

§. 6. Esta acção he real, e pessoal; e por isso os Auctores de Direito a classificão entre as acções mixtas; he real, porque assenta no *jus in re*, ou no dominio da parte do Autor, L. 4. §. 9. D. *Fin. regund.*; restitue ao senhor o que he seu, e segue o fundo, VALASC. *de Partit.* cap. 2. n. 3.; pessoal, porque nasce do quasi contracto, ou quasi delicto da parte dos visinhos, que adiantarão os seus limites mais do que lhes era permittido. LEITÃO *Fin. regund.* cap. 1. n. 8. lhe chama tambem directa, e util; porém esta divisão, nascida das formulas entre os Romanos, não tem uso entre nós. MELLO FREIRE *Instituições de Direito Civil Portuguez* Liv. 4. tit. 6. §. 5.; CORREA TELLES *Doutrina das Acções* Tit. 1. §. 12. not. 2.

§. 7. Não só esta acção tem por fim designar e avivar os limites, mas tambem comprehende a declaração dos direitos, a confissão dos inquilinos, e o seu reconhecimento, quando ella he tractada simultaneamente entre os senhorios directos, e os foreiros; e he então que propriamente se chama *Tombo*, ou *acção de tombar*, que envolve os dois membros: 1.º a medição e demarcação dos terrenos entre os senhorios directos confinantes; 2.º a medição e divisão parcial entre os inquilinos, ou senhorios uteis, com a designação dos direitos, que pagão, e obrigações, a que ficão sujeitos pelas suas confissões, e reconhecimentos nos Tombos, regulados pelos Foraes, Doações, Escripturas de emprazamento, e outros titulos legitimos: e n'este sentido vem esta acção *Fin. regund.* a ter mais extensão; pois que de outra maneira, que utilidade tirarião os Senhorios em fazerem os seus Tombos, em dispenderem porções avultadas de dinheiro, que estas diligencias trazem consigo, já em salarios ao Juiz, Officiaes, Louvados, medidores, já nos marcos, transportes, escripturações, etc.? Que bem lhes resultaria em promoverem esta acção de demarcação, se lhe não fosse connexa a designação dos direitos, que lhes são devidos, a confissão, e reconhecimento da parte dos inquilinos? De que serviria ser senhor de um grande terreno, trazer apurados os seus limites, se delle se não tirasse utilidade alguma? Veja-se a L. 4. §. 9. D. *Fin. regundor.* nas palavras = *In agris vectigalibus* = e seguintes.

§. 8. Com razão pois ALMEIDA E SOUSA une os dois fins supra referidos no seu *Tractado Practico e Critico de todo o Direito Emphyteutico* Tom. 2. a §. 1209 usque ad §. 1213, e no *Discurso Juridico, Historico, e Critico sobre os Direitos Dominicães* a §. 166 e seguintes, et signanter no §. 185 ibi: *A primeira destas proposições (como a acção do tombamento he só propria para a restituição, e demarcação dos limites dos campos, não tem effeito algum para o reconhecimento das pensões) he inteiramente falsa; porque as Provisões, as Leis, as Constituições, a Praxe não só determinão os Tombos para a descripção e demarcação dos predios sujeitos a esse Senhorio; mas e juntamente para se apurarem, e reduzirem a escripto para Titulo, e eterna prova, os Foros e Direitos Dominicães, que delles se lhe pagão, e devem pagar (§. 169 e seg.). O Juiz do Tombo não he o Finium regundorum das Leis Romanas só para demarcar, mas o seu ministerio he mais amplo, com diversa indole e natureza para ambos os fins, e mesmo para o segundo, que cavillosamente se lhe nega (§§. 168, 169, e 170).* Estes dois fins une igualmente o Desembargador ALBERTO CARLOS DE MENEZES na sua moderna *Practica dos Tombos* Cap. I. §. 13. not. (a) ibi: *A acção Finium regundorum serve para marcar: o Tombo serve para marcar, e para reconhecer os Titulos de propriedade e posse; renovando os antigos, reformando os illegiveis, lacerados, e perdidos; examinando a usurpação, descaminho, e estado possessorio; descrevendo a Estadística patrimonial da Coroa, Fazenda Real, e dos Patrimonios das Corporações, e do Proprietario maior até ao mais pequeno. Em uma palavra o Tombo he o genero, de que a acção Finium regundorum he a especie, ou uma só parte, tomada esta n'um sentido estricto. Em outro lugar teremos occasião de desenvolver esta materia com mais extensão; continuemos por agora na descripção da acção.*

§. 9. Segundo a Lei 4. §. final vers. *Hoc Judicium D. Fin. regund.* esta acção tem lugar sómente nos predios rusticos, e de nenhuma forma nos urbanos. LEITÃO loc. cit. cap. 1. n. 9. = *Et solum datur pro constituendis finibus in praediis rusticis, non vero in urbanis.* =

Com tudo pelo uso moderno, e practica posterior ella se estende tambem aos predios urbanos; e com razão, porque elles tambem são objecto do dominio, e constituem o nosso patrimonio, e na prestação dos direitos seguem a mesma natureza dos rusticos, nos laudemios, foros, etc., e como tambem póde haver duvidas e discordias sobre os seus limites, especialmente nos quintaes, hortas, e jardins, que lhe são annexos e adjacentes, he-lhes por isso applicavel a mesma acção, como segue o citado J.C. CORREA TELLES, no §. 280. not. (5), onde diz: = *Que os predios, que se intentão demarcar, sejam rusticos, ou urbanos, nada faz ao caso*, BOEHM. de actionib. Sect. 2. cap. 6. §. 42, *bem que por direito esta acção não era idonea para a demarcação dos urbanos, que obstavão as palavras da Formula, L. 4. §. 10. D. eod. Abolidas as Formulas, cessa essa dvida.* =

§. 10. Assim hoje o vemos practicado nos Tombos, em cuja descripção entrão os Castelllos das Cidades e Villas, as Casas das Camaras, os Paços dos Grandes, os Celleiros, as Casas do Relego, e outras moradas construidas em antigos terrenos proprios do que manda tombar. Assim aconteceu no Tombo da R. Prebenda de Coimbra, e extincta Casa d'Aveiro, feito pelo Desembargador LUIZ GONZAGA DE CARVALHO E BRITO, em que forão descritas muitas moradas de Casas, especialmente na Rua das Fangas da Cidade de Coimbra, edificadas sobre a barbação, ou antiga muralha da Cidade, que pagão direitos á Real Coroa, e forão medidas no Tombo, e designadas por numeros, gravados em uma pedra, cravada em cada uma das ditas moradas com a letra *R*, que quer dizer *Rei*.

§. 11. Esta acção se distingue das outras tres, que se dão pela confusão do terreno, e arrancamento de marco, e de que falla MENDES A CASTRO P. 2. L. 4. cap. 3. n. 26., e CAMINHA de Libel. á rubrica *Fin. reg.* not. 1., que são: 1.^a a *condicção ex Lege Si constiterit Cod. Fin. reg.*, a qual compete contra aquelle, que depois da lide contestada nesta acção *Fin. reg.*, sem esperar

a sentença, invade e usurpa a coisa *propria auctoritate*, e occupa alguma parte do terreno alheio; então este he obrigado a restituir do seu o que usurpou: 2.^a a accusação criminal contra aquelles, que arrancão marcos, ou os tirão do seu lugar, ficando sujeitos ás penas da L. 1. e 2. D. *de termin. amovend.*, e da nossa Ord. Liv. 5. Tit. 67, que são o degredo, e açoutes (hoje abolidos), segundo a qualidade da pessoa: 3.^a a acção penal da Lei Agraria de 50 aureos (entre nós 20 cruzados) contra os que arrancão, ou fazem arrancar os marcos, como se vê da Lei Agraria D. *de termino moto*. De todas estas se distingue a acção *Fin. reg.*, por ser mais ampla, abranger mais artigos, e formar um processo mais regular, ou ella seja intentada entre os Senhorios directos, ou entre os Senhorios uteis, ou entre uns e outros promiscuamente.

§. 12. He intentada esta acção entre os Senhorios directos, quando se tracta simples e isoladamente de marcar os limites entre dois terrenos confinantes; he intentada entre os Senhorios uteis, quando dentro de um terreno emphyteutico os inquilinos altercão entre si sobre os limites das suas respectivas glebas; neste caso a practica he o lesado fazer citar o seu adversario para na primeira audiencia se louvar em louvado, que junto com outro do A., e á face do seu titulo (por ex. sentença de destrinça daquelle casal, ou formal de partilhas) vão medir e demarcar as ditas porções de terreno, de cuja louvação se faz termo, que he julgado depois por sentença, e fica servindo de titulo para o futuro, e he isto o que no Foro se chama *acção de Louvação*; ou he finalmente mixta e duplice, intentada simultaneamente pelo Senhorio directo, em que envolve o outro directo confinante pelo que toca á designação dos limites, e tambem os inquilinos e emphyteutas para o reconhecimento dos direitos, louvação, e destrinça dos foros; e esta acção mixta he a que propriamente, como acima dissemos, se chama *Tombo*, *acção de tombar*, ou *Finium regundorum*, de que se tracta.

§. 13. Também se póde chamar esta acção *mixta*, porque admite o conhecimento do petitorio com o possessorio, cit. LEITÃO cap. 3. n. 27, se bem se deva tractar primeiro da posse, que da propriedade: *Ut prius de possessione separatim agatur*, L. *Si quis* 3. ibi: *prius possessionis quaestio finiatur*, Cod. eod.; e porque se póde intentar criminal, e civilmente, idem LEITÃO cap. 15. n. 37; mas não ao mesmo tempo, ou simultaneamente, pois uma acção exclue a outra, assim como no furto, e ninguem deve ser castigado ao mesmo tempo com duas penas: he a este respeito terminante o referido LEITÃO loc. cit. n. 39. ibi: *Praejudicat tamen civilis actio intentata, dum pendet, criminali causae de Jure nostri regni, quidquid Farinacius ubi supra secundum Caldas ubi proxime n. 66., Phaeb. D. p. 1. arest. 64; et judicatum fuit in Senatu in causa Petri Nunes contra Sebastianum Fernandum Insulae Materiae anno 1617., Scriba Francisco Pardo Ferreira, et fuit in expensis personalibus condemnatus, etc.*

§. 14. Entre tanto esta regra só milita, quando se tracta simplesmente de restituir os limites ao seu antigo estado, confundidos pelo arrancamento de algum marco; pois quando se tracta de tombar, e sendo concedida Jurisdicção ordinaria, ninguem duvidará, que esta acção he cumulativa, isto he, que o Juiz póde não só obrigar á restituição, e interesses do terreno usurpado, despeza que se fizer na postura de novos marcos, mas tambem conhecer criminalmente, impondo penas aos que moverem, arrancarem, ou quebrarem os marcos, tirando para isso devassa, e castigando como for de justiça, o que he expresso no cap. 22. do Regimento do Tombo da Contadoria de Santarem, applicado a todos os mais Tombos dos bens da Coroa, onde se diz: *E os feitos crimes dos casos, que por este Regimento podeis conhecer, assim civeis, em que se tractar de quaesquer bens de raiz, ou de quaesquer Direitos, ou cousas outras no Capitulo atrás declaradas, de que por este Regimento podeis conhecer, processareis por vós só, sem de vossos mandados, despachos, e interlocutorios, que não tiverem força de definitivos, se poder de vós appellar, nem aggravar; e sendo os ditos feitos*
 assim

assim crimes, como civéis *conclusos em final*, os despachareis com dois Juizes de Fóra das Villas de Santarem, e Alemquer (hoje despacha sem adjuntos pelo Decreto da Reformação de 15 de Fevereiro de 1727.). E no cap. 23 se lê: *É nas penas, que puzerdes, tereis Alçada até quantia de vinte cruzados, sem outrosim de vós se poder appellar, nem aggravar.* Veja-se o Cap. 19. do dito Regimento, em que auctoriza o Juiz para tirar inquirição devassa de todos os Provedores, Almojarifes, Thesoureiros, Escrivães, e mais Officiaes pelos erros de seus Offícios, e descaminhos da Real Fazenda.

§. 15. Esta acção tem sido conhecida em todos os Povos antigos, e dos Romanos passou para os Codigos das Nações modernas. Ella he conhecida dos Alemães, dos Hollandezes, dos Hespanhoes, e dos Francezes: entre estes se acha disposto na antiga Collecç. das Leis Civís da França de Mr. DOMAT. L. 2. tit. 6. o artigo: *De ceuz, qui ont des héritages joignons*, Secç. 1.^a *Comment se bornent ou se confinent les héritages*, Summario 6.^o onde se lêm as seguintes palavras: *S'il y a de l'incertitude pour les confins des héritages, soit de la ville, ou de la campagne, ils se reglent par les titres, lorsqu'il y en a, qui marquent ou le lieu de bornes, ou l'étendue, que les héritages doivent avoir, par des anciennes marques, par des anciens aveus, ou autres preuves semblables. Et come après les titres il peut arriver divers changemens dans les confins, ils se reglent aussi par la possession, et par les égards qu'on doit avoir aus changemens.* E no Summario 7.^o se diz assim: *Les Emphytéotes, les usufruitiers, les engagistes peuvent de même que les propriétaires exercer l'action pour régler les bornes avec les possesseurs des héritages voisins.*

§. 16. Quanto ao nosso Portugal, supposto no principio da Monarchia não appareça legislação especial a este respeito, com tudo esta acção não foi ignorada dos nossos maiores. São disto testemunhas os antigos Tombo, que se achão em muitas Corporações coévas á Monarchia; os mesmos antigos Foraes do Senhor Conde D. HENRIQUE, dos Senhores D. AFFONSO HENRIQUES, D.

DINIZ, e D. MANOEL servião de Tombo, ou porque fazião a enumeração dos Direitos. que se pagavão, e até dos bens, de que elles erão produzidos. ou porque se referião aos Tombos. Assim vemos que o Foral dado a Coimbra pelo Senhor Rei D. MANOEL em 1516, e que se acha referido por PEGAS á Ord. no Tom. 9. pag. 521. no artigo *Volão* diz assim: *E quanto aos direytos de Volão, e outros do Termo da dita Cidade, por quanto soubemos que muy particularmente estão escriptos, e declarados nos Tombos de nossos Contos da dita Cidade, houvemos por escusado pollos aqui outra ves: e porém havemos por bem que assim se faça d'aqui em diante, como nos ditos Tombos está declarada que se haja de fazer, havemos por nenhuns quacsquer foros, costumes, e innovações, que contra o conteudo no dito Tombo são feytos em qualquer maneyra até feytura deste Foral, nem por conseguinte se possão fazer ao diante por nenhumaes pessoas, nem maneyra que seja, por quanto as cousas conteudas no dito Tombo forão por nosso mandado ordenadas com toda a justificação.* Da mesma fórma no Foral d'Avellans de Cima, Famelicão, e Pereyro com suas annexas, dado pelo Senhor D. Manoel em 1514 se lê o seguinte: *Mostra-se pelos Foraes d'El Rey D. Denis, e d'El Rey D. Afonso quarto seu Filho, e assy polos Tombos das ditas terras feitos polo Infante D. Pedro sendo Senhor dellas que as rendas tributos e foros das ditas terras e das suas sofraganhas se pagaram sempre e ham de pagar como nos ditos Tombos e Inquirições particularmente estam declarados os quaes aquy mandamos assentar neste nosso Foral com alguãas limitações e decrarações que loguo nos mesmos capitulos vam juntamente metidos segundo se adiante segue.* O mesmo se acha nos Foraes de Besteiros, Sabugoza, Tavares, e outros, que cita ALMEIDA E SOUSA no seu *Discurso sobre os Direitos Dominicães* §. 176 in fin.

§. 17. A Ordenação do Reino do Liv. 1. tit. 16. §. 2. faz menção d'esta mesma acção, quando incumbe ao Juiz dos Feitos da Misericórdia e Hospital de todos os Santos da Cidade de Lisboa, que faça as medições e demarcações de todos os bens, e propriedades do dito Hospital e Capellas a elle annexas, com citação das partes

interessadas, e que depois as lance em Tombo com o traslado dos titulos das ditas propriedades. O mesmo dispõe a Ord. do dito Livro tit. 50. §§. 2. e 3. á cerca dos Tombos das Capellas, Hospitaes, Albergarias, e Confrarias, cuja factura se incumbe aos Provedores das Capellas, e Residuos da Cidade de Lisboa. Aparecem depois alguns Regimentos particulares para os Tombos dados pelos nossos Soberanos com força de Lei; taes são o Regimento do Tombo dos Bens da Coroa e Fazenda Real na Comarca e Contadoria de Santarem do 1.º d'Outubro de 1586, sua Reformação de 24 de Julho de 1704, e Addecionamento de 15 de Fevereiro de 1727; o Regimento de 17 de Maio de 1612 sobre a fórma, por que se devião tomar as contas dos bens e rendas dos Concelhos, incluindo a factura do Tombo incumbida a certas pessoas, mandadas pelo Reino, para proverem nas cousas dos Concelhos, dando-lhes a norma, por onde se havião de regular attendendo ás occupações dos Corregedores, Provedores, Juizes de Fóra, etc., o qual Regimento se acha referido na Collecção 1.ª á Ord. Liv. 1. tit. 66. n. 14. §§. 1. e 5.; e modernamente o Alvará do 1.º de Junho de 1787, que dá a norma para o Tombo do Reguengo de Tavira, no Reino do Algarve, pertencente ás Religiosas do Convento da Estrella da Cidade de Lisboa, servindo ao mesmo tempo de Foral, e que he um optimo exemplar, e modelo para um Tombo bem ordenado. Este Alvará he o monumento mais notavel, que achamos na nossa Legislação moderna, que possa servir de Regimento para qualquer Tombo, especialmente dos bens da Coroa, pois que nelle se declara o modo da factura das destrinças, e encabeçamentos, como tambem nelle se achão outras providencias relativas á arrecadação dos Direitos Reaes. Elle comprehende 26 artigos: o 1.º, que fórma o §. inicial, declara o motivo, por que se fez este Alvará, attenta a confusão, em que se achavão os bens doados ao dito Convento, parte dos quaes se achava usurpada, e parte dividida, vinculada e subemphyteuticada, reduzindo-se os foros a cotas de fructos de 5.º, e os outros 25 se comprehendem nos 25 Capitulos seguintes. São igualmente notaveis as seguintes Leis Extravagantes, que regulão diversos pontos dos Tombos:

§. 18. O Alvará de 21 de Março de 1746, que manda revalidar o Tombo dos bens da Patriarchal; o Alv. de 23 de Julho de 1766, que manda fazer o Tombo dos bens dos Concelhos, declarando por Juiz nato delle o Juiz de Fóra, e onde o não houver, o Provedor da Comarca. A Lei de 4 de Julho de 1768, o Alv. de 12 de Maio de 1769, o Alv. de 20 d'Abril de 1775 §§. 60, 61, e 62, que dão algumas providencias sobre o Tombo dos bens do Hospital das Caldas, declarando por seu Juiz o Provedor da Comarca, que este deve chamar a si os titulos dos Inquilinos, julgando devolutos á Coroa aquelles prazos, de que os possuidores não tiverem titulo, que os novos emphyteutas devem fazer escriptura de reconhecimento dentro de tres mezes, e que o Tombo se renove de 30 em 30 annos. O Alvará de 23 de Maio do mesmo anno, que impõe no §. 7.º aos denunciantes das Capellas a obrigação de fazerem o Tombo dos bens das mesmas debaixo da pena de sequestro, e de se fazer á custa dos mesmos denunciantes. O Alv. de 10 de Junho do mesmo anno, que manda fazer o Tombo dos bens da Represalia. O Alv. de 15 de Julho de 1779, o Decreto de 7 de Maio de 1794. O Alv. de 12 de Junho de 1800 §. 10 sobre o Tombo dos bens da Fazenda Real; a Carta Regia de 9 de Dezembro de 1801 sobre o Tombo da Coutada do Pinheiro, o Decreto de 25 de Maio de 1806: muitas Provisões do Concelho da Real Fazenda dirigidas ao Juízo do Tombo da Prebenda de Coimbra, Constituições dos Bispos, e outras Leis, que citão os Desembargadores ALBERTO CARLOS DE MENEZES na sua *Practica dos Tombos* cap. 7. §. 28, e MANOEL FERNANDES THOMAZ no *Repertorio geral das Leis Extravagantes* á palavra Tombo.

§. 19. Os limites dos campos, ou signaes, por onde um predio se distingue do outro, ou são permanentes e naturaes, ou amoviveis e industriosos; os primeiros são os rios, as ribeiras, as estradas, os caminhos antigos, os visos, ou cumes dos montes, os valles, as fontes, as arvores de alguma especie notavel, e ainda os edificios (e d'estes se falla na Lei 2. D. *hoc tit.*): os segundos são as barrocas, os vallados, os marcos, etc. D'esta segunda especie os mais triviaes são os marcos, ou pilares de pedra já conhecidos

dos Hebreos, Gregos e Romanos, até pela veneração, que estes segundos lhes davão, chegando a divinizar os mesmos com os nomes de *Jupiter Terminal*, e *Deos Termino*. NUMA POMPILIO, Rei dos Romanos, não só mandou cravar pedras nos confins de cada terreno, dedicadas ao *Deos Termino*, a quem se referião as Festas Terminaes no mez de Fevereiro, de que fallão HORACIO na Od. 2. vers. 59:

Vel agna festis caesa terminalibus:

e OVIDIO no Liv. 2. dos *Fastos* vers. 641:

*Termine, sive lapis, sive es defossus in agro
Stipes, ab antiquis tu quoque numen habes:*

mas tambem renovou as antigas penas contra os que destruissem os marcos, accrescentando a de ser votado ao *Deos Termino* o que arrancasse, ou transportasse os marcos, podendo ser morto impunemente por qualquer do Povo, como sacrilego: *Qui Terminum exarassit, Ipsus, et Boves sacri sunt*, DIONYS. HALICARN. Liv. 2. cap. 76. Tal era a veneração e acatamento, com que nesse tempo se olhavão os marcos, e se respeitava a propriedade de cada um!! Vid. PEREIRA e SOUSA *Classes dos Crimes* Secção 2. Gen. 2. Classe 3. Especie 2. n. 6. §§. 3. 4. e 5.

§. 20. Os marcos devem ter pelo menos 5 palmos de comprido, 2 de largo, ou de frente, e 1 de grossura; nos campos, que se costumão inundar, e altêão com os nateiros, bom he que tenham mais comprimento do que no monte, cuja superficie não está sujeita a tantas alterações e mudanças, de maneira que fiquem enterrados até ao meio, e sobeje espaço para se gravarem as letras, ou qualquer signal hieroglyfico, que designe o Senhorio, ou Corporação, cujas terras se demarcão; estes se devem cravar em todos os angulos do terreno, ou sejam intrantês, ou salientes, e mesmo nas rectas, quando estas forem de grande extensão, que se não possam avistar os dois extremos; nas linhas curvas não são de absoluta ne-

cessidade, porque se póde tirar uma recta de um ponto a outro por dentro, ou por fóra do terreno demarcando, e na maior curvatura tirar uma perpendicular sobre a mesma recta, que designe a quantidade do terreno, ou os palmos, que vão da extremidade á dita recta; e assim fica marcada, e se póde achar a curvatura do mesmo terreno.

§. 21. Se existisse a boa fé entre os homens, curiosidade de trazer bem apurados os limites, e fossem mais triviaes os conhecimentos de geometria practica, um só marco bastaria para designar e demonstrar o terreno, sendo o dito marco collocado na maneira seguinte. Cravado um marco grande, ou columna redonda no centro do terreno com uma superficie liza e chata, marcado na dita superficie um ponto central, delle se tirararião por meio da alidada, ou regoa movel tantas linhas rectas quantos fossem os angulos, que fizesse o terreno, com direcção aos mesmos angulos; e depois de abertas na pedra estas mesmas rectas, como os raios de um circulo, nellas se gravaria tambem o numero dos palmos de cada uma das ditas linhas, de maneira que pertendendo-se achar o ponto, ou qualquer extremidade do terreno, nada mais seria necessario do que medir o mesmo terreno, principiando do marco central para a circumferencia, na mesma direcção da linha, ou raio visual, que appresentava o risco sobre a dita superficie plana, e acabado o numero de palmos notado sobre a mesma linha, tinha-se justamente achado a extremidade do referido terreno: vindo este marco a ser á maneira de meridiana n'um plano horizontal, que designa as horas pela sombra, que o ponteiro faz, ajustando-se com os raios do circulo. Este plano se poderia facilmente adoptar, ainda n'um polygono, não sendo de grandeza demasiada, ou terreno montanhoso, e mui facilmente em campo descuberto, e terreno, que não fizesse grandes voltas, chaves e tortuosidades.

§. 22. Porém o commum e ordinario na posição dos marcos he cravarem-se estes, como dito fica, nas extremidades do terreno e pontos mais notaveis com as letras,

ou signaes indicativos do terreno, viradas para o mesmo terreno, que o designem e mostrem: *Cum facie respiciente latitudinem praedii*, LEIT. cap. 11. n. 87. Entretanto tenho visto marcos cravados no sentido contrario com as letras para fóra, assim como os do Barão de Quinella em varios predios, que possui no Destricto de Montemór o Velho, pela simples razão de que indo alguém de fóra para vêr o terreno, deve ter diante de si o signal demonstrativo do mesmo terreno, sem necessidade de entrar para dentro d'elle, e voltar-lhe as costas. O terreno deve-se ver da parte de fóra, e não da parte de dentro, assim como o sobrescripto de uma carta, que primeiro se lê, do que se abra a mesma carta, e se saiba o que ella contém por dentro. Tudo porém está em opinião: não seria máo o methodo exposto, se fosse vulgar e geral; mas como o modo commum e ordinario da cravação dos marcos he fazer-se com as letras para dentro, eu sempre preferiria este methodo, até para evitar as confusões, que entre os homens do campo, acostumados ao antigo, poderia suscitar aquella invenção, combinando assim as demarcações com as dos confinantes, que sempre seguirão a mesma rotina antiga. Ainda se poderia adoptar o sobreredito methodo n'um terreno, que se tombasse pela primeira vez; mas naquelle, cujo Tombo se reforma, seria um trabalho estar mudando a configuração de todos os marcos antigos; isto além de ser dispendioso para o Senhorio, tinha ainda o inconveniente de não combinar com os Tombos antigos, que são sempre subsidiarios dos novos, e devem conservar uniformidade no que poder ser, devendo-se consultar sempre aquelles como originaes, quando occorre alguma dúvida, *ex Authent. in Leg. 7. Cod. de edend.*

§. 23. Assim como a face do marco demonstra o terreno, que se pretende tomar, as costas do do confinante, assim a quina, que vai ferindo para o outro indica a linha divisoria: *Ut sic directe de uno ad alium lapidem significetur, et demonstretur agrorum divisio*, LEIT. *ibid.* Para isto se deve ter muito cuidado na cravação dos marcos, fazendo com que a linha central, tirada de um a outro pela cabeça do marco, se ajuste com a linha

divisoria do terreno, o que se faz pondo uma cana sobre o marco, e destorcendo por ella. A parte, para onde corre e fere o marco, costuma notar-se por duas pequenas pedras, ou seixos cravados ao pé do marco, e um pouco imminentes acima da terra, a que vulgarmente se chama *testemunhas*, se bem que elles se possam confundir com qualquer outra pedra, que sirva de calçar o marco, e isso fique acautelado no auto da medição, aonde se declara a parte, para onde corta e fere o marco.

§. 24. O lugar, onde se deve pôr o termo, ou signal divisorio, varia, segundo a qualidade do dito termo, ou signal. Se he marco de pedra, pôde ficar na extrema do terreno, até ametade na do confinante, porque a linha central he a que regula para a divisão, e o confinante fica bem pago do pequeno espaço, que o marco lhe occupa pela utilidade d'este designar tambem pelas costas o seu terreno. Se o dito signal he parede, que se pertende construir, esta sendo de pedra sêcca, ou insoça, deve ser feita na propria terra, deixando um pé de terra para o lado do vesinho; e sendo de pedra e cal, se devem deixar dous pés: L. final D. *hoc tit.* O edificio construido ao pé de algumas casas públicas deve ter quinze pés de intervallo pelo perigo do incendio. Qualquer arvore plantada na extremidade do terreno deve ter de intervallo cinco pés, contados do tronco da arvore á extrema, excepto a figueira e oliveira, que deve ter nove; de maneira que estando as arvores mais proximas, e nutrindo-se com o succo de ambos os terrenos, são communs: LEIT. cap. 5. n. 2. Deste intervallo, ou intersticio das arvores fallão CORREA TELLES na *Doutrina das Acções* §. 219 e not., e ALMEIDA E SOUSA no *Tractado dos Interdictos* §. 141.

§. 25. E ainda que o cit. CORREA TELLES queira considerar em desuso a acção para fazer abater, ou arrancar as arvores já plantadas, que não tem aquelle intersticio, muito mais depois do Alv. de 27 de Novembro de 1804 §. 9, e pela utilidade, que resulta ao público da abundancia das arvores, das fructas, lenhas e madeiras de construcção, fazendo o dono do solo seus os fructos, que nelle

nelle caírem ; com tudo não acho razão para que , sendo este um caso omisso nas nossas Leis Patrias , se não siga o Direito Romano , e a dita Lei final *D. hoc tit.* , quando esta he fundada na boa razão , e como tal auctorizada pela Lei de 18 de Agosto de 1769 §. 9 , visto que taxando-se aquellas distancias , e marcando-se os intervallos , que se devem observar no plantio das arvores , e mesmo naquellas , que já se achão plantadas , se evitão as discórdias , que podem haver entre visinhos , e o prejuizo , que de ordinario causão estas arvores limitrofes ; nem jámais poderá agradar ao que se julgar verdadeiro senhor dellas a communhão sobre a colheita do fructo , que vem a caír no solo. Aliás diriamos tambem que o §. 11 da Carta de Lei de 9 de Julho de 1773 , o qual se acha em observancia pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 , que auctoriza o dono da terra para fazer arrancar as arvores ahí existentes , se não deve observar , nem attendeo á utilidade pública , o que he absurdo á vista do dito Decreto e razões do cit. §. , que são quasi as mesmas do presente caso , a saber : *prejuizos e embaraços da agricultura.*

§. 26. Se a baliza , ou limite he barroca , ou fosso , deve ficar para a terra do visinho tanta largura , quanta for a profundidade da dita barroca : *Tantum quantum profundaverint foveam , de suo derelinquere debent* , cit. *L. fin. D. Finium regund.* ; e sendo poço , deve ter cinco pés de intervallo á parede do visinho , GABRIEL PEREIRA *Dec. 39 n. 8.* , LEIT. cap. 5. n. 20. Tambem ha marcos , que designão a altura de qualquer obra n'um sentido perpendicular ; taes são aquelles , que são collocados nos açudes para servirem de registo ás agoas , a fim d'estas não subirem , ou causarem obstaculo a um moínho , ou engenho superior , de fórma que todas as que passarem daquella meta , se lhes deve dar escoante , para não fazerem remar os ditos engenhos , LEIT. loc. cit. cap. 5. n. 1. Nos lugares aquosos servem de limite os salgueiros , as tamargueiras , e outros arbustos aquaticos ; e onde se houverem de cravar marcos , deve isto fazer-se em distancia das margens e ribanceiras , para as agoas os não escavarem , notando-se essa distancia no auto da medição , *Practica dos Tombos* do Desembargador ALBERTO CARLOS DE ME-

NEZES cap. 3. §. 20. *ibi*: Quando a medição chega á margem de rios, não se crava marco, porque não fica seguro; mas nota-se no Auto que foi cravado o marco doze palmos, ou vinte distantes da margem; ficando sempre expressa a medida, que vem do marco immediato até á borda do rio; neste caso a face das letras olha para o rio a indicar que pertence ao terreno marcado o resto, que há entre o marco, e o rio.

§. 27. Vejamos agora os effeitos juridicos da fixação e cravação dos marcos; estes se podem reduzir a algumas regras geraes. 1.^a Pela limitação do predio não só se adquire o dominio da cousa limitada, mas se conserva o adquirido por argumento da Ord. Liv. 2. tit. 34. §. 2, BARBOS. á Lei *Divortio* §. *Si vir* n. 25 in princ. D. *solutio matrimon.*, alter BARBOS. á cit. Ord. §. 2.

2.^a Aquellas cousas, que se achão dentro dos limites, presumem-se ser d'aquelle, de quem são as extremas, Lei *Si fines* Cod. *de evictione*, LEIT. *Finium regund.* cap. 11. n. 89, CAMINHA *de Libel.* Annot. 20. n. 3., optime PEG. tom. 5 á Ord. Liv. 1. tit. 65. glos. 2. nn. 1, 2 e 5.

3.^a Os limites, ou marcos em dúvida não se reputão movidos, ou perturbados, L. *fin.* 10. D. *hoc tit.*, de sorte que para o Juiz proceder ao processo penal he necessario que preceda prova de testemunhas, e exame de corpo de delicto, LEIT. cap. 3. nn. 22 e 23.

4.^a Deve-se julgar pelos limites antigos, se não consta dos novos clara e expressamente, L. *In finalibus* 11, L. *Eos* 12. D. *hoc tit.*

5.^a As testemunhas, que depoem dos limites fixos, prevalecem ás que depoem dos postos pelas mãos dos homens, porque está a favor d'aquelles a presumpção natural, que prefere á accidental, L. *Eum qui probabilem* Cod. *de Episcop. et Clericis*, LEIT. cap. 14. n. 15.

6.^a Quando há obscuridade no terreno, e se não pôde determinar commodamente segundo os limites antigos, he licito ao Juiz tirar do predio de um, e adjudicar essa porção ao do outro, fazendo com que este pague áquelle a estimação da terra, que lhe foi tirada, L. 2. §. *fin.* D. *Finium regund.*, LEIT. cap. 1. n. 12, CORREA TELLES loc. cit. §. 280. not. 1.^a, cit. CAMINHA n. 5.

7.ª Não se cravão novos marcos, nem se reformão os antigos, sem precederem provas sobre as posses, e plenário conhecimento de causa, L. *Si quis*, e L. *Si irruptione D. hoc tit.*, LEIT. cap. 3. n. 35. Excepto nos bens da Coroa e Direitos Reaes, em que não há posse, ou prescripção ainda immemorial sem titulo, CABEDO P. 2. Dec. 9. nn. 1 e 7, Dec. 15. nn. 3, 4 e 5, Dec. 65. nn. 1, 2 e 7, Capp. 10 e 13 do *Regimento do Tombo dos bens da Coroa e Fazenda Real na Comarca e Contadoria de Santarem*. São notaveis as Leis de 23 de Novembro de 1774, e as Provisões do Conselho da Fazenda de 18 de Setembro de 1800, e 28 de Agosto de 1806.

8.ª Na prova dos limites antigos basta a semiplena, MENDES A CASTRO P. 2. L. 4. cap. 3. n. 31, MASCARD. *de probat. Conclus.* 393. nn. 7 e 14.

9.ª Para provar a identidade de qualquer predio bastão dois limites, ou duas confrontações, CAMINHA loc. cit. n. 7.

§. 28. O que deu causa e origem aos Tombos, forão as concessões, Graças e Doações, que os nossos Príncipes fizeram desde o principio da Monarchia, tanto ás Corporações Religiosas, como aos particulares benemeritos da Patria, d'aquelles terrenos, que sendo proprios da Coroa pelo Direito da conquista, passárão ás ditas Corporações e Grandes do Reino a titulo de feudo, pela homenagem e juramento de fidelidade, que no acto da investidura se prestava ao Soberano, sendo por conseguinte necessario relacionar os terrenos doados, e fazer delles o inventario e arrolamento, para se conservar a sua memoria, localidade e confrontações.

§. 29. Todos sabem de quão remota antiguidade seião os Feudos, os quaes tendo o seu comêço entre os povos do Norte, especialmente na Alemanha, se propagárão na França, Hespanha, e no nosso Portugal, segundo as relações, que delles nos dá o BARÃO DE MONTESQUIEU na sua *Theoria das Leis Feudaes*, e o ABBADÉ DE MABLY nas tres differentes epochas relativamente á França, começando a 1.ª em CLODOVEO, a 2.ª em CARLOS

MARTELLO, e a 3.^a em CARLOS CALVO. E com effeito (quanto á 1.^a epocha) CLODOVEO, subjugando as Gallias, se apoderou de uma grande parte do territorio, em que firmou o dominio da Coroa, e o repartio em porções pelos seus companheiros d'armas, chamados *Leudes*, ou *Ficis*, tanto em reconhecimento dos serviços, que estes lhe prestavão, como da ligação particular, que os unia ao Monarcha; porém aquellas terras só erão concedidas temporariamente, e o Principe as podia tirar quando lhe aprouvesse.

§. 30. 2.^a epocha: Estas Doações, que erão gratuitas, particulares e temporarias, passárão a ter o titulo de *Feudos*, quando CARLOS MARTELLO lhe ligou o encargo de prestar ao Soberano serviços militares e domesticos, estreitando mais os vinculos, que união os vassallos ao Rei; porém sempre os feudos erão temporarios e vitalicios, até que depois da batalha de Fontenay, onde perecerão cem mil Francezes, se tornárão hereditarios por consentimento de CARLOS CALVO, que dispensou os vassallos do seu serviço, e perpetuou nelles todas as graças, beneficios e concessões, que lhes tinham feito os seus predecessores, dando-lhes a liberdade de dispôr dos feudos a favor de um collateral na falta de filhos; e aqui he onde começa a 3.^a epocha.

§. 31. Constituidos assim os feudos hereditarios, os Condes e os Grandes do Reino começarão a recusar ao Soberano os serviços militares; e tornando-se independentes, exercitavão os Direitos Senhoreaes e do territorio, conhecendo das causas, sem permittirem o recurso ao Soberano, impondo tributos, etc., e apenas lhe prestavão a fé, homenagem e juramento de fidelidade, o que se observou até á chegada dos Reis da terceira raça; mas não podendo estes grandes Senhores por si sós cultivar os vastos dominios, tendo diminuido o numero dos servos, se virão na precisão de os dar a censo aos homens livres, a fim destes os rotearem, ou subenfudal-os, ficando assim todas as terras encadeadas umas ás outras pelos vinculos do feudalismo, e em proverbio: *Nenhuma terra sem Senhor.*

§. 32. Então se começarão a conhecer algumas espécies de feudos, a saber: *feudo corporeo*, *feudo rotureiro*, e *feudo censual*. Feudo corporeo para distincção do incorporeo, ou *feudo do ar*, se chamava aquelle, que era composto de um dominio directo, e de um dominio util, o qual consistia nos fundos da terra, casas e herdades. Feudo rotureiro se dizia a terra dada de arrendamento, ou pensão, por um certo numero de medidas, ou serviços e trabalhos rusticos. E feudo censual se chamava o terreno dado a censo, que era obrigado a pagar o que o cultivava, e estes feudos se dizião mechanicos, para distincção dos verdadeiros, que erão francos, nobres, e livres de toda a imposição, onus, ou tributo.

§. 33. Os Feudos forão tambem conhecidos na Hespanha, como se vê da *Lei das Partidas* L. 3. titt. 25 e 26. Part. 4., e no nosso Portugal, onde ainda hoje existem vestigios delles nas antigas lanças, que importavão o serviço militar, e a obrigação de servir na guerra com armas e cavallo, e nas Capitánias perpetuas, conhecidas até na America, que trazião consigo o Direito territorial, com a obrigação de defenderem os lugares designados, no que entrão todos os Donatarios da Coroa; e até são um vestigio dos Feudos as Alcaidarias môres das Cidades, Villas e Castellos, em cuja installação todos os Donatarios prestão ao Soberano o juramento de fidelidade, *preito e homenagem*, como se lê nos antigos titulos; e o adjutorio na guerra, se bem que a Ord. do Liv. 2. tit. 35. §. 3. os aboliu. Veja-se VALASCO de *Jure Emphyteutico* Q. 39 in princip., e MELLO FREIRE Liv. 2. tit. 3. §§. 22. not. e 61. not., e Liv. 3. tit. 11. §. 6. e not.

§. 34. Com o feudo, especialmente o corporeo e censual, tem muita analogia a Emphyteuse, composta de um dominio directo e util; cumpre todavia marcar as differenças, que há entre o Feudo e a Emphyteuse. MELLO FREIRE no 2.º lugar acima apontado apenas faz consistir a distincção em que o Feudo traz consigo a homenagem de serviço militar, que não tem a Emphyteuse. Entretanto VALASCO, tractando esta materia *ex professo*, lhe

descobriu muitas analogias e semelhanças, assim como diferenças, das quaes exporemos as mais notaveis. Elle na Q. 38. reduzio a 32 as conveniencias, ou semelhanças, que há entre o Feudo e a Emphyteuse, sendo as mais salientes consistirem ambos em cousas immoveis, ou por tues consideradas, haver um Dominio directo, que fica no Senhor, e outro util, que passa para o emphyteuta, ou vassallo; ser necessario para a alienação de ambos o consentimento do Senhor directo, serem ambos divisiveis por Direito commum (não o Patrio, porque por este a Emphyteuse he indivisivel, Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 23), o devolverem-se ambos ás filhas do ultimo Emphyteuta, ou vassallo, antes do que passarem para os machos transversaes, serem ambos *stricti juris*, não se poderem renunciar, terem ambos a acção da Lei Aquilia, e do córte furtivo das arvores, e competir por ambos o Direito da evicção, etc., etc.

§. 35. Todavia o mesmo Auctor lhes descobriu diferenças consideraveis, tanto no substancial, como em o natural e accidental do contracto. Nota-se em 1.º lugar a diversidade de origem, porque sendo a emphyteuse de Direito Romano, devida ao Imperador ZENÃO, que a fez um contracto singular e distincto, quando já do tempo do Imperador CONSTANTINO MAGNO se confundia ora com a compra e venda, ora com a locação e conducção, o não foi assim o feudo, que he de origem mais recente, devida aos povos do Norte; e ainda que alguns o deduzirão das clientelas das Provincias, com tudo esta origem he incerta, nem ella se compadece com o genio altivo e character orgulhoço dos Romanos, que segundo diz CLAUDIO, aborreção a servidão pessoal e a jurisdicção dos particulares.

2.º O Feudo dá-se gratuitamente; a Emphyteuse pelo canon, ou pensão.

3.º O Feudo comprehende tanto as cousas immoveis, como as que lhe são equiparadas, assim como os redditos annuaes; a Emphyteuse sómente se dá em cousas immoveis.

4.º A Emphyteuse póde conceder-se por dinheiro, e vender-se, e até admite luvás pelo ingresso, ou in-

vestidura ; o Feudo he gratuito de ambas as partes , e reputado como um beneficio.

5.^a No Feudo he da sua substancia a fidelidade , ou vassallagem ; na Emphyteuse sómente a solução do canon em reconhecimento do dominio directo , e a translação do dominio util para o emphyteuta.

6.^a Na Emphyteuse a pensão annual só pôde consistir em dinheiro , ou em fructos ; o Feudo porém admittie o serviço pessoal , ou qualquer movel annexo , como uma espada , um falcão , etc.

7.^a No Feudo não há a pena de commisso , que se verifica na Emphyteuse pela falta do pagamento do canon secular por 3 annos , e Ecclesiastico por 2.

8.^a Differem na devolução , porque a Emphyteuse em todo o caso de commisso se devolve ao Senhor directo ; o Feudo , ou vai a elle , ou aos agnados e parentes collateraes , segundo o Feudo he novo , ou antigo , e conforme o delicto he tendente á pessoa do Senhor directo , ou não he ; cujas differenças aponta o citado VALASCO na Questão 39. n. 7.

9.^a Quando o Senhor não cumpre ao vassallo com o promettido , se devolve o Feudo para o legitimo superior ; não assim na Emphyteuse , que sempre fica no Senhor directo , e só contra este tem acção o emphyteuta para o obrigar a cumprir o contracto , e a indemnizal-o.

10.^a O Feudo não passa para os ascendentes , a Emphyteuse secular sim , bem como os outros bens alodiaes ; a Ecclesiastica porém segue a mesma natureza do Feudo , e tambem não passa para os ascendentes , §. *Emphyteusis Authent. de non alienand.* , BALD. *Authent. defun.* n. 1. Cod. *ad Tertul.*

§. 36. 11.^a Diversificação mais em que no Feudo novo não succedem os collateraes , mas sim na Emphyteuse perpetua e secular.

12.^a No Feudo só entrão os filhos e descendentes machos ; na Emphyteuse secular todos os herdeiros , e na Ecclesiastica só os descendentes até á 3.^a geração.

13.^a O Feudo pôde-se tirar pela ingratição , e pelas mais causas , por que se podem desherdar os filhos ; a Emphyteuse sómente por commisso.

14.^a O Feudo, quanto á sua etymologia, vem de *fidelidade*; a Emphyteuse *ab implantatione, vel insitione*. O emphyteuta chama-se *implantator, cultivador*; o feudatario *vassallus*, de *vas vadis*, como dado em refens, e obrigado em muitas cousas ao Senhor.

15.^a Quanto aos Juizes, nas causas feudaes são os Pares da Curia, ou Camara, ainda que o vassallo seja Clerigo; nas emphyteuticas o Ordinario do Lugar, ou o Juiz Ecclesiastico, sendo a Emphyteuse Ecclesiastica, Ord. Liv. 2. tit. 1. §§. 5 e 10, Cap. *Si Clericus* 5. *da foro competenti, a contrario sensu*.

16.^a O Feudo só diz relação á pessoa e serviço pessoal; a Emphyteuse não grava a pessoa, mas só exige a cultura, o reconhecimento e a pensão.

17.^a O Feudo he servidão; não assim a Emphyteuse.

18.^a O herdeiro do vassallo he obrigado a pedir a renovação dentro do anno e dia, aliás perde o Feudo; o Emphyteuta não he obrigado por Direito commum, mas só por costume e praxe do Reino; excepto hoje na Emphyteuse Ecclesiastica, que achando-se consolidada, ou por commisso, ou por devolução, tem obrigação os Senhorios de a emprazar de novo dentro de anno e dia a pessoas seculares, pelas Leis de 4 de Julho de 1768. §. 6., e 12 de Maio de 1769. §. 4.

19.^a O que infeuda a segundo, não cáe na pena de falso, porque não val a dita segunda infeudação; não assim na subemphyteuse, se bem que VALASCO impugna semelhante differença.

20.^a O Feudo tem investidura solemne pela tradição de um anel, espada, ou lança: a Emphyteuse sómente se constitue e aperfeiçoa pelo consentimento das partes, e se consumma pela tradição e posse da cousa. Todas estas differenças se podem vêr com mais extensão no citado VALASCO na Quest. 39 *per totam*.

§. 37. Vejamos agora a differença, que a Emphyteuse tem do Censo, ou do contracto censual. Omittidas as diversas significações da palavra, ou ella designe a enumeração e resenha dos Cidadãos Romanos, de que falla DIONYSIO DE HALICARNASSO no seu Livro 4.^o, ou

a avaliação, que se fazia das faculdades e patrimonio de cada um para o pagamento do tributo, L. 2. e 3. Cod. *de Censibus*, ou se tome pelo mesmo tributo, L. 2. Cod. *Censu vel reliq.*; ella designa rigorosamente um *Contracto*, pelo qual se dá uma coisa a alguém, ou se vende com pleno direito, passando para o accipiente todo o dominio, tanto directo, como util, retida uma pequena pensão annual, para o antigo senhor, em memoria do antigo dominio, a qual pensão se chama Censo. VALASCO Quest. 32. n. 7.

§. 38. Distingue-se o Censo da Emphyteuse 1.º em que o Censo comprehende todo o dominio util e directo e a posse tanto civil, como natural; a Emphyteuse sómente o dominio util e a posse natural, ficando o dominio directo e a posse civil no senhorio: 2.º que o Censo deixando de se pagar por dous, ou tres annos, não se cáe em commisso, Glos. ao cap. *Constitutus 6. de religios. domib.*; não assim o foro, porque deixando de se pagar o secular por tres annos, e o Ecclesiastico por dous, cáe o emphyteuta em commisso, Cap. *Potuit 4. de locato et conducto*: 3.º o emphyteuta não póde alienar o prazo sem fazer sciente o Senhorio, e ter a sua approvação, pagando-lhe nesse caso o seu laudemio; no Censo póde o censuario alienar-o *irrequisito domino*, nem lhe paga laudemio: 4.º na Provincia d'Entre Douro e Minho differem na qualidade da pensão, porque o Censo he pago em dinheiro, e o foro em fructos e renditos. Note-se porém, que havendo dúvida entre o Censo e o foro, se reputa antes Censo em favor da liberdade dos predios, VALASCO Quest. 32. n. 27. e seg., MELLO FREIRE Liv. 3. tit. 11. §. 5. As outras differenças, que a Emphyteuse tem da locação e conducção, da superficie, das pensões annuaes, do Precario, Contracto Libellario, etc., se podem vêr em VALASCO Quest. 31, 34, 35 e 36, MELLO FREIRE loc. cit. §§. 6 e 7, e ALMEIDA E SOUSA *Tractado dos Prazos* Tom. 1. cap. 6. §. 85 e segg.

§. 39. Vistas as differenças entre a Emphyteuse, o Feudo e o Censo, vamos agora a tractar da Emphyteuse,

como a mais vulgar entre nós, e que faz o principal objecto dos Tombos. Nada existe com effeito mais complicado na Jurisprudencia, do que esta materia de Prazos, sendo tantas e tão variadas as suas especies, que difficulosamente se podem classificar e reduzir a systema, bem como as obrigações annexas a cada uma dellas; todavia servindo-nos das luzes, que nos subministrão os citados VALASCO, MELLO FREIRE, o Desembargador VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOSO nos seus *Elementos de Direito Emphyteutico*, e o moderno ALMEIDA E SOUSA no seu excellente *Tractado Practico e Critico de todo o Direito Emphyteutico*, dando um pequeno esboço desta materia, que só aqui entra por incidente, e principiando pela sua definição, diremos, que

§. 40. A palavra *Emphyteuse* deriva-se da outra *Fides = quasi in fidem suscipientis tradatur =*, ou da Grega *Emponemate*, que he o mesmo, que em Latim *Melioratio*, por isso que a *Emphyteuse* he constuida com o fim do melhoramento; outros vão buscar a sua raiz aos verbos *implantare et inserere*, sendo a *Emphyteuse* o mesmo, que *plantação e roteamento*; e esta he a etymologia mais natural, e a que mais agradou a VALASCO, por isso que na sua origem e primeva natureza tão sómente se *emphyteuticavão* os predios incultos e infructiferos, cit. VALASCO P. 1. Quest. 2. *per tot.* Passando agora á sua definição real, entre as muitas, que referem os cit. AA., eu prefiro a do Desembargador VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOSO DA COSTA nos ditos *Elementos de Direito Emphyteutico* §. 34., e que he deduzida do §. 3. das *Institutas* de JUSTINIANO *de locato*, e da Lei 1. Cod. *de Jur. Emphyteut.*, por comprehender todos os membros do definido, e não ser diffusa, a saber: *Contractus consensualis, nominatus, bilateralis, de dominio utili rei alicui in perpetuum, vel non modicum tempus concedendo ea lege, ut eam ipse colat, canonemque annuum in recognitionem domini solvat.* Esta definição confere com a de PEREZ e STRYCKIO, que relata ALMEIDA E SOUSA no seu *Tractado Practico e Critico de todo o Direito Emphyteutico*, P. 1. cap. 1. §. 11., se bem que mais extensamente.

§. 41. Diz-se 1.º *Contractus*, por isso que o mais usual he constituir-se a *Emphyteuse* por contracto, ainda que se possa tambem constituir por testamento e prescripção, e para differença do *jus in re*, ou da mesma cousa *emphyteuticada*, que tambem se chama *Emphyteuse*. Diz-se 2.º *Consensualis*, á semelhança da compra e venda, locação e conducção, como se declara no cit. §. 3. *Instit. de locato*, ibi: *Hi autem contractus sunt consensuales, qui ad sui perfectionem, sive substantiam, neque rei traditionem, neque scripturam requirunt.* Daqui vem, que só podem intervir neste contracto as pessoas, que podem consentir, as que tem a livre disposição de seus bens, e que não tem impedimento natural, ou civil para os alienar, como são os menores, os prodigos, os furiosos, etc. Podem porém estes receber a *Emphyteuse* intervindo o Tutor, ou Curador, ALMEIDA E SOUSA dito *Tractado* Part. 1. cap. 3. §. 48. not. 1.ª Mas não a podem receber as Igrejas, os Mosteiros e Corpos de mão morta, Ord. Liv. 2. tit. 18, os Religiosos professos, Lei de 9. de Setembro de 1769. §. 10, os desnaturalizados, Hereges e Apostatas da Religião, cit. ALMEIDA *ibid.* §§. 49. e 50.

§. 42. Diz-se 3.º *Nominatus*, e isto desde o tempo do Imperador ZENÃO; porque havendo dúvida entre os JC. Romanos, se os predios, que se tomavão ás Nações vencidas, e que depois se adjudicavão a alguém por certo tributo, ou pensão, para se rotearem como em municipio, ou colonia, e de que se falla na L. 1. D. *Si ager vectigalis* (origem da *Emphyteuse* entre os Romanos), se devião considerar como arrendados, ou comprados e vendidos, para tirar esta ambiguidade o Imperador ZENÃO estabeleceo na L. 1. Cod. *de Jur. Emphyteut.*, que dalli em diante se não reputassem semelhantes bens por comprados, vendidos, ou arrendados, mas sim como concedidos por *Emphyteuse*, introduzindo assim um contracto deste nome, quando até esse tempo se regulava pelas Leis da compra e venda, locação e conducção; depois do que este contracto veio a receber a sua propria natureza, e a produzir uma acção do mesmo nome, sendo tambem chamado *contracto emphyteuticario*, ou *emphyteutico* na L.

2. Cod. *de Jure Emphyteut.*, e na Ord. do Reino Liv. 2. tit. 33. §. 9. e Liv. 4. tit. 19. in princ., ou simplesmente *Emphyteuse*, L. 3. Cod. *cod. tit.*, *Afforamento*, Ord. Liv. 3. tit. 59. princ., *Prazo*, Ord. Liv. 4. tit. 37., e tambem *Foro*, *ibid.* e tit. 38.; CARDOSO DA COSTA §. 12. e 33., cit. ALMEIDA E SOUSA §. 13. referindo a COCCEY *ibi*: *Nominatum appellamus, quia certum, elegans et specificum nomen habet ab aliis contractibus distinctum, proindeque et actionem nominatam inducit.*

§. 43. 4.º *Bilateralis*, visto que neste contracto intervêm duas pessoas com mutuas obrigações, a saber, o senhor directo, vulgo o *Senhorio*, que dá a *Emphyteuse*, e o senhor util, *emphyteuta*, ou *emphatiota*, que a recebe; porque sendo o dominio pleno, e menos pleno, nada implica, nem repugna ao Direito Natural, que este dominio se divida, ficando o *Senhorio* com o dominio pleno, e o *emphyteuta* com o util, ou menos pleno, pertencendo áquelle o fundo e a posse civil, e a este as benfeitorias e a posse natural e corporal. Póde ainda acontecer intervirem neste contracto mais pessoas, como são os *subemphyteutas*; mas estes sempre figurão e representam a pessoa do *emphyteuta* principal, cobrando delles o *Senhorio* o *Laudemio* e o *Foro* originario do primeiro *emphyteuta*, como tenho achado em muitos emprazamentos da Universidade, em que os foros e as rações pertencem ao *emphyteuta* principal, e o *Laudemio* das compras e traspases dos bens á mesma Universidade com um modico foro, que lhe paga o *emphyteuta*, sendo as *Escripturas* dos *subafforamentos* expedidas pela Junta da Real Fazenda.

§. 44. 5.º *De Dominio utili*. *Dominio util* se chama em Direito a *faculdade*, que tem o *emphyteuta*, de usar e gozar de todas as utilidades, que offerece o prazo depois de satisfeito o *senhorio* pelo seu dominio directo. Já no §. antecedente dissemos, que o dominio, ou era pleno, ou menos pleno: áquelle se chama *directo*, e a este o *util*; sobre o que he notavel GENUENSE *de Officiis* L. 1. cap. 13. §. 9. referido por ALMEIDA E SOUSA no cit. *Tra-*

etado §. 6. ibi: Jam dominium rerum nostrarum transferre in alium possumus, vel integrum, vel ex parte tantum: id scilicet est proprium naturalis cujusque libertatis, et juris utendi fruendi. Praeclare cujus lege 18. de pactis: in traditionibus rerum quodcumque pactum sit (modo ne sit improbum) id valere manifestissimum est. Hinc nascitur domini partitio in plenum, et minus plenum, in directum et utile. Dominium ejus, qui transfert, sed non integre, directum dicitur: hinc constituta, quae dicuntur feuda: ejus vero, qui accipit, utile. Cum qui transfert dominium, sibi quodvis reservare possit, seu utilitatis suae causa, seu veteris juris memoria, inde existunt plura domini minus pleni genera. Si canonem, ut ajunt, annuum sibi reservet, constituitur jus emphyteuticum; si solarium pro superficie, jus superficiei; si jus transeundi, aut animalia ducendi, aut derivandi aquam, etc., nascuntur servitutes, ut vocantur, viae, actus, aquaeductus, etc. Haec omnia cum jure suo quisque constituat, nisi aliunde iniqua, servanda sunt. Quod in contrahendo exceptum fuerit, id servari debet, ut ait Jurisconsultus Lege 43. D. de pactis.

§. 45. Para se fazer melhor idéa do que seja dominio pleno e menos pleno, ou util, exporei o sentimento do Desembargador VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOSO DA COSTA na sua bem erudita *Memoria sobre a avaliação dos bens de Prazo §. 8.º ibi: Nestes Bens as faculdades naturaes do dominio estão divididas entre duas pessoas, pertencendo umas ao Senhorio, outras ao Emphyteuta. A este pertencem todas aquellas, que o Senhorio não reservou para si (§. 4.). He manifesto por tanto, que ou se queira avaliar o dominio directo, ou o dominio util, se deve começar avaliando o dominio por inteiro, isto he, a Propriedade afforada, como se fosse Dixima a Deos, para que se conheça o Preço da unidade, de que aquelles direitos são duas frações. Depois deve ver-se que direitos pertencem ao Senhorio, e quanto valem: esta somma será o Preço do dominio directo. Tudo quanto crescer, ficará sendo o Preço do dominio util. He necessario considerar antes de tudo o Preço total da Propriedade; porque alguns dos direitos do Senhorio tem relação com elle, como logo ve-*

remos: por consequencia não se pôde determinar quanto aquelles direitos valem, sem se saber o Preço da Propriedade. E em quanto ao dominio util, sendo o seu Preço o que cresce, depois de tirado do Preço da Propriedade o Preço do dominio directo, he certo que se não ha de poder conhecer, sem se calcular quanto val a mesma Propriedade, para se saber quanto fica depois de feita aquella deducção.

§. 46. Consequentemente como de ordinario o que o senhorio tem reservado para si he o Laudemio, a pensão, ou canon, e a quota de fructos, vulgo *ração nos predios rusticos*, já se vê, que tudo o que vem a crescer destes direitos se considera dominio util, que pertence ao emphyteuta; taes são as bemfeitorias (tirado só destas o Laudemio, ainda que alguns modernos opinão, que das bemfeitorias se não deve o Laudemio, e que são todas do emphyteuta, o que eu considero contra a natureza do contracto, que he sempre feito com a obrigação, e fim do melhoramento), os rendimentos do prazo, as minas, mineraes e thesouros, que se acharem nos bens empraçados, ALMEIDA E SOUSA loc. cit. §. 70. Vejão-se os Desembargadores BERNARDO TEIXEIRA na *Defesa das Theses de Direito Emphyteutico*, e VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOSO nos cit. *Elementos* §. 55.

§. 47. 6.º *Rei. Couse* se diz: *Omne ens a persona distinctum, quod nobis praestare usum potest*, MARTIN. *Direito Natural* §. 149, ou como a define WALDECK no §. 292.: *Omne objectum juris praeter personas*. As cousas ou são moveis, ou immoveis e de raiz, ou semoventes e locomotivas. A materia da Emphyteuse só podem constituir as cousas immoveis pela sua estabilidade e duração; e he este um principio, em que concordão todos os DD., VALASCO Quest. 1. n. 4. ibi: *Dixi etiam rei immobilis, quia emphyteusis nequit consistere, nisi in rebus immobilibus, aut solo cohaerentibus, et ita pro indubitato ponunt Legislatores*, L. 1. 2. et 3. *Cod. hoc tit.*, MELLO FREIRE loc. cit. §. 9. ibi: *In emphyteusim tantum dari possunt res immobiles, vel solo cohaerentes*,

quae meliorationem, alienationem, et dominium utile possunt recipere, CARDOSO DA COSTA cit. *Elementos* cap. 3. §. 22. ibi: *Cum in emphyteusim dari possint quaecumque dominium, alienationem, culturamque recipiunt, consequens est in emphyteusim dari posse* 1.º *res immobiles, sive praedia rustica, sive urbana sint, veluti aedes, aut solum, ut ipsae fiant*, Nov. 7. c. 3. §. 2., Ord. Lib. 4. tit. 37. princ., tit. 38. princ., tit. 40., Leg. lat. die 4. Quinctilis anno 1766. 2.º *Praedia culta aequaliter, ac inculta. Auth. Perpetua*, Cod. de Sacros. Eccles., Ord. Lib. 4. tit. 37. princ. 3.º *Res, quae solo cohaerent, etiam solo non comprehenso*. COCCEY cap. 3. §. 1. referido por ALMEIDA no §. 19.: *Conceduntur in emphyteusim res immobiles quaecumque, ut agri, fundi, etc.*

§. 48. Em consequencia são objecto da Emphyteuse os predios tanto rusticos, como urbanos, ou sejam cultos, ou incultos, com a differença, que hoje os cultos sendo afforados por uma pensão grande, que seja equivalente á renda, se reputão antes colonias perpetuas, ou locações de longo tempo, do que afforamentos, Lei de 4 de Julho de 1766. Igualmente as cousas adherentes ao solo, como as arvores em terreno alheio, as minas de metaes, as barracas de madeira, os moinhos edificadnos nos rios, em terra, que moem com o vento, ou no mar, a que ALMEIDA E SOUSA no §. 40. chama *aquaticos, pneumaticos, ou navaes*, sustentados por calabres, cabos, ou ancoras firmadas em terra. Todos estes se considerão como cousas immoveis, por se não poderem transportar de uma para outra parte, sem se destruirem, visto que o seu fundamento está affixado em terra.

§. 49. Pelo inverso são excluidos da Emphyteuse 1.º os bens moveis, porque estes não são susceptiveis de melhoramento, que he o primario fim da Emphyteuse, ALMEIDA E SOUSA §. 46. Exceptuão-se os moveis, que estão annexos a algum Prazo, como os utensilios e abegoarias da lavoura; taes são os toneis, as pias d'azeite, e outros vasos destinados para receber os fructos, cit. ALMEIDA E SOUSA §. 40. not. 2.º Os Dizimos Ecclesiasti-

cos a pessoas leigas: GONZALEZ ad cap. *Prohibemus* 19. *de Decimis, Primitiis et Oblationib.*, ALMEIDA E SOUSA §. 41. 3.º Os renditos annuaes certos, ou incertos, como rações, ou quotas de fructos, supposto se reputem bens immoveis pela Ord. do Liv. 3. tit. 47. in princ. e §. ult., VALASCO Quest. 12. n. 8., CARDOSO DA COSTA §. 23.; porém ALMEIDA E SOUSA no §. 43. segue o contrario, porque admittida hoje a possibilidade de se empraçarem bens cultivados, em que já não pôde recaír melhoramento, não acha razão de differença, para que se não admittão igualmente os renditos annuaes *ex re immobili*, á semelhança do Feudo; e mesmo porque a cobrança de taes renditos traz com sigo muitas despezas e trabalhos, especialmente quando os foros são rateados e pagos por muitos colonos, em que então a boa arrecadação equival ao melhoramento da Emphyteuse, concluindo no §. 44., que se podem sustentar semelhantes empraçamentos; e eu os tenho encontrado, como são os que a Universidade tem feito dos seus foros e rações nos districtos de Souzaellas, Marmelleira de Botão, S. Fagundo, etc. a varios Inquilinos.

§. 50. 4.º Excluem-se Direitos e acções reaes, porque estas constituem um genero distincto de bens, MELLO FREIRE loc. cit. §. 9., salvo quando se empraça a cousa, que se trata de reivindicar, para o tempo em que se verifique o seu vencimento, VALASCO Quest. 12. n. 10., ALMEIDA E SOUSA §. 45. 5.º Os bens da Coroa, Morgados e Capellas, excepto havendo as competentes licenças, MELLO FREIRE loco cit. §. 9. e not., hoje porém podem-se empraçar os ditos bens incultos, que não excederem a dez geiras de terra, Alv. de 27 de Novembro de 1804. §. 10.

§. 51. Diz-se 7.º *Alicui*. Em regra podem receber os prazos todas as pessoas, que se não achão exceptuadas por Direito, ainda os menores (§. 41.), os prodigos, os furiosos, os maridos sem consentimento das mulheres (cit. ALMEIDA §. 48.), porque ainda que estes não podem fazer peor a sua condição, podem-a com tudo melhorar;
mas

mas além das exceptuadas no §. 41. acrescentaremos com o cit. CARDOSO DA COSTA no §. 28. os Clerigos nos bens Reguengos, Ord. Liv. 2. tit. 16. e tit. 33. §. 9. Todavia hoje por equidade são tolerados os emprazamentos feitos de preterito aos Ecclesiasticos pelo Alv. do 1.º de Junho de 1787. capp. 4 e 5, ainda nos bens Reguengos: o que supposto fosse especialmente estabelecido para o Reguengo da Cidade de Tavira, e bens, de que he Donatario o Real Convento do Santissimo Coração de Jesus, denominado *da Estrella*, da Cidade de Lisboa, com tudo por identidade de razão he applicavel a todo o Reino; e este he um meio, por que se tem salvado no Tombo da Real Prebenda as possessões de muitos Ecclesiasticos, que tenho encontrado nos Reguengos da Coroa, especialmente nos do Almoxarifado da Villa de Montemor o Velho, fazendo-se-lhes assignar termo nos autos do Tombo de se não valerem do privilegio Clerical em prejuizo da Real Fazenda e Direitos da Coroa, e pedirem a confirmação Regia dentro de trinta dias. Vid. ALMEIDA E SOUSA loc. cit. §. 264.

§. 52. Igualmente são incapazes de receberem emprazamentos os Corregedores das Contarcas, Juizes dos Orfãos, e outros Magistrados temporarios e seus Officiaes dentro dos limites da sua jurisdicção, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 30, Liv. 2. tit. 26. §. 26, e Liv. 4. tit. 15. princ. Os Magistrados perpetuos, Lei de 10. de Janeiro de 1678. na Col. 1. n. 2. á Ord. Liv. 2. tit. 63. Os excommungados, Cap. 53. *de sententia excommunicat.* Os usurarios públicos a respeito dos bens da Igreja, Cap. 1. *de usuris in 6.º*, CARDOSO DA COSTA cit. §. A concubina, quando se lhe empraza uma grande propriedade por uma tenue pensão, ALMEIDA §. 50. not.

§. 53. Diz-se 8.º *In perpetuum, vel non modicum tempus.* Esta he a divisão mais obvia dos prazos, que uns são perpetuos, vulgo *Fideiussins*, e outros temporarios, como de certa quantidade de annos; ou de vidas; como porém abaixo se tratará em particular das differentes especies de prazos, para ahi reservamos esta materia.

§. 54. Diz-se 9.º *Ea lege, ut eam ipse colat.* Estas palavras mostram o fim da Emphyteuse, que he a cultura e melhoramento do terreno, segundo a sua primeira origem e natureza, em que se emprazavão tão sómente terrenos incultos para se rotearem, ou assentos para se edificarem casas. He terminante STRYCKIO cap. 2. n. 2. nas palavras: *Olim tantum sterilia concedebantur, ut accipientes ea excolerent, et redderent fertilia meliora, et inde quotannis pensionem in recognitionem dominii solverent. Hodie vero non tantum steriles, sed fertiles agri emphyteuticantur.* E isto mesmo admittio o Direito Romano na *Authentica Perpetua Cod. de Sacros. Eccles.*, e a Ord. do Liv. 4. tit. 37. princ. Hoje porém entre nós depois da Lei de 4 de Julho de 1776 semelhantes contractos feitos sobre predios já cultivados, ou casas edificadas por pensão, equivalente á renda, por maior numero de annos que se dêm, nunca adquirem a natureza de foro, mas sim de arrendamento, ou colonia perpetua, e como taes devem ser considerados, e decidirem-se por elle todas as dúvidas, que se suscitarem no foro. Vid. ALMEIDA x SOUSA loc. cit. §. 96.

§. 55. Diz-se 10.º *Canonemque annuam in recognitionem dominii solvat.* Aqui tem lugar o referir os encargos do Emphyteuta, a que elle fica obrigado para com o Senhorio. Estes varião nos differentes prazos, por quanto muitos além do canon, ou pensão annual pagão tambem a razão, ou quota de fructos, sendo rusticos (que he o mesmo que foro incerto), o laudemio no caso de venda e permutação, e a luctuosa por morte do foreiro. Estes mesmos Direitos nem sempre andão unidos, porque há prazos, e eu os tenho encontrado nos bens da Coroa, em que sómente se paga o foro, outros que só tem a razão e quota de fructos, e outros finalmente, que só o laudemio. Tambem apparecem uns, que tem foro e laudemio, e nada de razão; taes os Prazos de Cabanões e do Fiscal no Alimoxarifado da Louzã, de que se paga daquelle á Real Coroa vinte alqueires de pão meado de trigo e centeio, oito capões e um carneiro, e o laudemio de quarenta, e deste vinte alqueires de pão terçado, a saber, duas partes de trigo e uma de centeio, e duas gal-

linhas; com o mesmo laudemio; e outros, que tem ração; e nada de foro e laudemio, como he o Quarto da Corredoura no Almoxarifado e áros da Cidade de Coimbra, de que se paga só á Real Coroa a ração de quarto das novidades. Entre tanto fallando do mais trivial e ordinario, os prazos rusticos sempre tem o foro, a ração e o laudemio; e os urbanos o foro e o laudemio; sendo certo, que á proporção do maior numero de encargos, que tem o predio emprazado, mais diminue o seu valor intrinseco; que segundo a opinião commum he a terça parte, MENDES A CASTRO P. 2. L. 4. Cap. 3. Append. 2. n. 93. ibi: *Item si res est emphyteutica, ista qualitas minuit pretium rei, dubium enim non est bona emphyteutica aestimanda esse in tertia parte minus, quam aestimarentur, si essent libera; ita Fontanella de Pactis nuptialibus . . . ubi dicit quod ratione retentionis domini directi, quod remanet penes dominum, communiter in Catalonia aestimantur haec bona in tertia parte iusti valoris.* SURD. Cons. 452. n. 76 e 77. Assim o resolve CASTRO nas suas Decisões cap. 8. n. 93. á semelhança da cõusa vendida com o pacto de retro, que tambem diminue o valor da cõusa na terça parte.

§. 58. O canon, ou foro deve ser modico, e não correspondente aos fructos, e só imposto *in recognitionem domini*, porque se for excessivo e correspondente á renda, temos então o contracto da locação e conducção, *Institutas* com a paraphrase de THEOFILO L. 3. tit. 25. §. 3. not. (a): *Pensio non pro fructibus, sed in recognitionem domini directi solvatur*, PERES á *Instituta* ibid., WOLFIO de *Jure Natur.* P. 6. cap. 1. §. 16, *Defesa das Theses de Direito Emphyteutico* pelo Desembargador BERNARDO TEIXEIRA pag. 32 e 40: se bém que VALASCO de *Jure Emphyteut.* na Quest. 1. n. 8., tratando esta materia, diz que a pensão não he da essencia do contracto que seja modica, porque póde ser grande; e mesmo correspondente aos fructos, e que nem elle achá Lei, que mande o contrario, *sine lege autem non possumus pro substantia contractus aliquid ponere.* Hoje porém temos Lei, a já citada no §. 48, de 4 de Julho de 1776, que a regula, e determina, que sendo a pensão equivalente á renda se

repute antes arrendamento, do que Emphyteuse. He terminante a Provisão dos Conselho da Fazenda de 17 de Janeiro de 1817, que regulando os afforamentos dos baldios dos tres Reguengos do Amieiro, Seixo e Lycea do Almojarifado de Montemór o Velho, determina o seguinte: *E tendo consideração a tudo que se expendia na referida Consulta, e para a qual respondeo o Desembargador Procurador da Minha Real Fazenda: Fui servido por Minha Real Resolução de vinte de Julho do anno proximo passado de mil oito centos e quinze, tomada na mesma Consulta, Mandar-vos declarar: Que cumpristes com os vossos deveres em mandar medir, confrontar, avaliar, e demarcar todas as Propriedades, que os Colonos, e moradores d'aquelles tres reguengos tinham roteado, e reduzido a cultura, como edificado Casas nos Baldios, e Matos dos mesmos Reguengos, pois que essas Propriedades, e seus possuidores devem responder, e pagar os Direitos estabelecidos no Foral dado áquella Villa, como pelos moderados foros, que de antiquissimo tempo sempre pagádo os que de novo cultivavão alguma parte dos ditos Baldios convidando-os com essa moderação do Canon a promoverem as despesas proprias para se augmentar a Agricultura, e a utilidade dos mesmos Reguengos. . . . Na qual Resolução não só Fui servido confirmar a divisão dos Baldios, em que entre si concordavão os Inquilinos do Reguengo da Seixo, supposto tivesse sido nulla, mas tambem Ordenei, que se afforasse aos mais moradores por modicos Foros, visto que os mesmos terrenos crão tambem sujeitos a outros Direitos conforme ao Foral.*

§. 57. Qual seja a justa pensão da Emphyteuse em ordem a excluir a lesão, que póde haver tanto da parte do Senhorio, como do Emphyteuta, parece nos poderia servir de medida o juro da Lei, que regula para todas as transacções e negocios publicos. He verdade que há contra isto o §. 3.º do Alv. de 15 de Julho de 1779, que permite gravarem-se os afforamentos emphyteuticos com maior pensão do que a de 5 por cento, sem suspeita de usura, para distincção dos Censos, em que a pensão não póde exceder os ditos 5 por cento, §. 2.º; mas além de

que esta disposição he restricta ao Reino do Algarve, o mesmo simile dos Censos corrobora o referido por maioria de razão, visto serem mais favoraveis aos censuarios, do que a emphyteuse; o que he mesmo conforme á doutrina de PINHEIRO e FULGINO referidos por ALMEIDA no lugar citado §. 61, os quaes dizem ser justa pensão aquella, que reunida em vinte annos, vem a igualar e conter em si o valor e estimação do predio emphyteutico, que he a mesma operação de multiplicar o rendimento de um anno por vinte, que regulado, segundo a commum estimação, a cinco por cento, dá o capital: e assim chamaríamos grande o foro, que excedesse os ditos cinco por cento, e modico o que fosse menor. Ainda que nos bens de raiz, e fundos desta natureza se não pôde calcular o seu rendimento a mais de quatro por cento pela sua maior estabilidade e segurança, cit. *Memoria sobre a avaliação dos bens de Prazo* §. 13. O mesmo ALMEIDA no fim da nota ao §. 62 quer que a pensão nos bens já cultivados seja a quarta parte do rendimento do predio, de maneira que produzindo este quarenta medidas, tiradas vinte, ou ametade para as despesas do fabrico dez para as esterilidades e casos fortuitos, fiquem as outras dez para o foro. Este calculo he quasi o mesmo, que admite o Alv. do 1.º de Junho de 1787, já citado no §. 17, para as moendas edificadas, ou que se houverem de edificar na Ribeira d'Asseca, e mesmo para as construidas em agoa salgada, cujo foro manda regular, no cap. 12, por ametade dos seus rendimentos, concorrendo o Convento Donatario com ametade das despesas dos ditos engenhos em moleiro, mós e rodizios. Entretanto acho mais plausivel a opinião do Addicionador de GAMA e SILVA á Ord. do Liv. 4. tit. 13. §. 6, referidos pelo mesmo ALMEIDA no §. 62, que recorrem ao costume da terra, e onde o não houver, que a pensão deve ser a sexta parte do rendimento do prazo, ibi: *Quod in consideranda laesione in emphyteusi debet considerari pensio solita in similibus contractibus, et pro similibus rebus: et si consuetudo non adsit, pensio justa debet esse sexta parte, vel alia arbitrio Judicis minor quam daretur in locatione temporali.* E com razão, porque o Emphyteuta não pôde allegar esterilidades, como o colono, nem a locação e conducção contém os outros pactos favoraveis da opção, commisso,

devolução e laudemio, que tem a emphyteuse, e que augmentão o valor do dominio directo.

§. 58. Mas como esta pensão pôde ser certa, ou incerta, isto he, pôde tambem consistir em alguma parte dos fructos, Ord. Liv. 4. tit. 39. princ., e tit. 45. §§. 2 e 3, daqui vem o outro direito da razão, ou quota de fructos, que não he mais do que uma pensão tambem annual, com a differença de ser incerta, e se dever sómente quando existem os ditos fructos, segundo a quantidade expressada nos Foraes e titulos originarios dos empraçamentos, e por isso mais favoravel aos foreiros, porque se nada se colhe e recebe do fundo, nada se paga. A pensão porém, que he certa, e que especificamente se chama Foro, se deve sempre ao Senhorio, ainda em caso de esterilidade, incurção de inimigos, e devastação do predio, e esta he uma differença do arrendamento; e a razão he porque sendo de ordinario a pensão modica, e o contracto duravel, pôde haver compensação com os outros annos mais abundantes, e em que cessem aquellas causas, VALASCO Quest. 27. n. 3., CARDOSO DA COSTA §. 45., PEC. 3. For. cap. 28. n. 798. Exceptua-se a pensão, que se deve de fructos taxativos, e que se hão de colher do mesmo predio, porque devendo-se esses mesmos fructos, e nessa especie, se elles se perdem, he impossivel ao Foreiro cumprir com a sua obrigação, e nem se podem subrogar. FULGINO *de Jure Emphyteut.* Tit. *de solutione canon.* Quest. 1. n. 103. *ibi: Declaratur non habere locum, si emphyteuta promississet in eodem instrumento solvere Canonem de fructibus rei concessae in emphyteusim, quia tunc cum dicatur facta mentio de fructibus per modum taxationis, et non demonstrationis, non est obligatus solvere pro canone, nisi fructus, quos percipisset ex emphyteusi, et si non ascenderent ad integrum canonem propter sterilitatem, vel aliud accidens, propter canonem non solutum in illo anno, non possit expelli.* E n. 333. in fin. aonde depois de dizer, que o caso da guerra não excusa do pagamento do canon, acrescenta: *Nisi canon deberetur ex fructibus colligendis ex ipso fundo emphyteutico, ut diximus n. 103.* Assim, quando o foro he taxativo e não demonstrativo, segue a mesma

natureza das rações, que sómente se devem quando há fructos, e então se acha o Foreiro desobrigado de o prestar no caso de esterilidade.

§. 59. Quando o foro he de alternativa, que se pague em especie, ou a dinheiro, por ex., o foro de uma gallinha, ou 120 reis por ella, pergunta-se de quem he a escolha, se do Senhorio, ou do foreiro? CARDOZO DA COSTA se faz cargo desta questão na nota (a) do §. 45, e diz, que a electiva he do Senhorio: *Ne quod in illius favorem proditum est, ipsi noceat*. Todavia o Desembargador BERNARDO TEIXEIRA loc. cit. segue o contrario, isto he, que a escolha he do Foreiro, a favor de quem se devem antes interpretar as condições emphyteuticas. Esta mesma opinião defendeo o Doutor JERONYMO JOSÉ RODRIGUES, Arcediago de Barroso, nesta Universidade em 1789 na sua *These 4.ª de Direito Patrio* concebida nas seguintes palavras: *Acqualiter etiam haud demonstrabitur domini directi electionem esse, cum alternative pensio sine aliqua declaratione constituitur, veluti*: Uma gallinha, ou um tostão por ella: *quippe emphyteutae crit*. O mesmo defendeo em 1823 o D.º Oppositor JOSÉ ANTONIO DA GAMA LEAL na sua *These 2.ª de Direito Patrio* ibi: *Quum Dominus directus pensionem in hunc modum petat* hum alqueire de trigo, ou seis tostões *emphyteutae crit electio*. E eu me inclino a esta opinião fundado na regra 70 *Juris in 6.º*, que cita o J.C. CORREA TELLES na sua *Doutrina das Acções* nota 7.ª ao §. 394 nas palavras: *Póde verificar-se excesso . . . 3.ª se declarando o prazo o preço da marrãa, ou das gallinhas, sem deixar a escolha ao Senhorio, este exigir maiores preços, in alternativis electio est debitoris*, CALD. de nom. q. 10. n. 60. Confer. *Repert. art. Foreiro* Tom. 2. pag. 537, ALMEIDA *Traçado dos Prazos* §. 707. E assim há pouco foi julgado no Conselho da Real Fazenda com os povos do Reguengo de Samuel, Almojarifado da Villa de Montemór o Vello, pertencente á Prebenda de Coimbra, cujos antecessores tendo contractado em 1632 com a Duqueza d'Aveiro D. JULIANA pagar-lhe certa quantidade de gallinhas, ou 80 reis por cada uma, e representando o Almojarife daquella Villa, que a referida taxa era lesiva á R. Coroa

no tempo actual, em que as gallinhas tinham subido a maior preço, devendo-se por isso obrigar os Reguengueiros daquelle Districto a pagarem em especie, ou por preço mais avultado, precedendo informe do Provedor da Comarca, se resolveo no Regio Tribunal, que se observasse o contracto, e se não levássem direitos diversos dos estipulados no mesmo contracto, o que se determinou pela Provisão do referido Tribunal do 1.º de Setembro de 1813, que, por não ser vulgar, vai transcripta por extenso no

§. 60. *D. João, por graça de Deos Principe Regente de Portugal e dos Algarves, d'aquem e d'além Mar em Africa, Senhor de Guiné, etc. Faço saber a vós Provedor e Contador da Comarca de Coimbra, que neste Conselho foi presente o Officio do Almozarife da Villa de Montemor o Velho de 28 de Fevereiro do corrente anno sobre a liquidação, e arrecadação das gallinhas, que são obrigados a pagar os Reguengueiros de Samuel; em consideração do que vos ordeno, que o Almozarife deve regular a mesma arrecadação pela Escriptura de 8 de Março de 1632, na qual se convencionarão outros direitos diversos, que actualmente se arrecadão; Determinando-vos, que nesta conformidade façaes expedir as competentes ordens ao dito Almozarife, o que assim cumprireis. O Principe Nosso Senhor o mandou pelos Ministros abaixo assignados, dos de seu Conselho e da sua Real Fazenda. João Henriques d'Azevedo a fez em Lisboa ao 1.º de Setembro de 1813. Luiz de Sousa Brandão de Menezes a fez escrever. D. Francisco Manoel de Andrade Moreira, Joaquim José de Sousa. Registada a fol. 239. Passada por Despacho do Conselho da Fazenda de 17 de Agosto de 1813. Cumpra-se e registre-se, e passem-se as ordens necessarias. Coimbra 6 de Setembro de 1813. Fernandes. Registada no Livro competente a fol. 50, Coimbra 10 de Setembro de 1813. Furtado.*

§. 61. Analysada a definição da Emphyteuse, vamos agora a expôr a sua divisão, porque sendo diferentes as condições e o Direito, que regula as diversas especies d'ella, nada há mais necessario, do que o conhecimento

mento destas para a applicação do Direito, reduzindo esta materia ás seguintes regras cardeaes: 1.^a A Emphyteuse ou he Ecclesiastica, ou secular, segundo consiste em cousas, ou bens Ecclesiasticos pertencentes a Igrejas, Mosteiros, Capellas, Confrarias, etc., ou seculares pertencentes a pessoas leigas, Ord. Liv. 4. tit. 39. §§. 1 e 2. As differenças e notas caracteristicas de uma e outra são: 1.^a que na Emphyteuse Ecclesiastica se exige para sua substancia e validade Escriptura pública pela disposição da Lei e Ord. do Liv. 3. tit. 59. e Liv. 4. tit. 19.; e na secular só he precisa para prova, de maneira que ainda que não haja instrumento, ou este se annulle por defeito de solemnidades, subsiste o contracto, podendo-se provar por outro qualquer modo. 2.^a A Ecclesiastica requer as solemnidades de Direito, que aponta BARBOSA *de Jure Ecclesiast.* Liv. 3. cap. 30. n. 11., e o Alvara de 25 de Junho de 1631; o que não he necessario na secular. 3.^a No Prazo Ecclesiastico cae-se em commisso pela falta de pagamento da pensão em dois annos, mas póde-se purgar a móra; no secular só em tres, e não se póde purgar a móra, Ord. Liv. 4. tit. 39. §§. 1. e 2., e Cap. ult. *de locato*. 4.^a No Ecclesiastico dá-se a hypotheca da Lei de 4 de Julho de 1768 no §. *Permitto mais*; no secular não há esta hypotheca, mas sómente a acção emphyteuticaria, MELLO FREIRE Liv. 3. tit. 11. §. 13. 5.^a No Ecclesiastico não póde haver consolidação do dominio util com o directo, na fórma do Alv. de 12 de Maio de 1769, no caso de devolução, ou commisso; no secular sim. 6.^a No Ecclesiastico não se augmenta o foro, ou laudemio no caso de renovação, cit. Alv., o que póde acontecer no secular. Veja-se entrè tanto MELLO FREIRE *ibid.*

§. 62. 2.^a Divisão. A Emphyteuse ou he perpetua, ou temporaria. Perpetua a que se concede para sempre, como são os Prazos fateusins; temporaria a que se dá a certo tempo, Ord. Liv. 4. tit. 39. princ., Lei de 3 de Novembro de 1757. A temporaria se subdivide em certa e incerta; aquella, a que he dada por certo numero de annos, como dez, ou tres nove annos: esta, a que he dada por um espaço de tempo indefinido, ou numero de

annos incerto, v. gr. duas ou tres vidas. Hoje pela cit. Lei de 3 de Novembro sómente se podem dar por tres vidas, ou tres pessoas, e não há Emphyteuse por mais de dez annos, de que falla a Ord. do Liv. 4. tit. 38. pr., e tit. 39. princ., e a esta divisão he que se referem as palavras da definição *In perpetuum, vel non modicum tempus concedendo.*

§. 63. 3.^a Divisão. Tambem a Emphyteuse se divide em hereditaria, familiar e de nomeação; hereditaria se chama quando se concede a alguém para seus herdeiros e successores, Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 7., e tit. 96. §. 23., de maneira que se não attende mais do que á qualidade de herdeiro, por ex. se se dissesse: *Constituo a propriedade de tal em prazo para Fulano e todos os seus herdeiros e successores.* A familiar se dá quando se constitue o prazo para alguém e sua familia, Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 24., por ex.: *Concedo o prazo de tal para Fulano e seus descendentes.* A de nomeação se verifica quando se permite ao Emphyteuta nomear e eleger successor, Ord. Liv. 4. tit. 36. princ., tit. 37. princ., e Lei de 3. de Novembro de 1757, por ex.: *Concedo o prazo para Fulano, que será a primeira vida, com a faculdade de nomear a segunda em quem lhe parecer, e esta a terceira.* Póde porém acontecer, que estas mesmas especies se toquem reciprocamente, e umas participem da natureza das outras, e daqui resulta a subdivisão das especies mencionadas, a saber, Emphyteuse hereditaria pura, ou mixta; familiar pura, ou mixta, de nomeação pura e livre, ou mixta de familiar, ou hereditaria.

§. 64. Hereditaria mixta de familiar se dá por ex. quando se concede um prazo para Fulano e para os herdeiros, que delle descenderem, ou para Fulano e para seus filhos, que forem seus herdeiros e successores. A familiar mixta se verifica, quando além da qualidade de successor se requer mais alguma circumstancia, por ex. a varonia, a legitimidade, ou a prioridade no grão, v. gr.: *Concedo o prazo para Fulano e seus filhos machos, para Fulano e seus descendentes legitimos, para Fulano e para*

o seu parente mais proximo. A Emphyteuse de nomeação tambem he pura e livre, quando se dá a plena liberdade do Emphyteuta nomear quem quizer, e mixta de familiar, quando esta liberdade se restringe á familia, por ex. : *Concedo o prazo para Fulano e para um de seus filhos, que nomear*; ou desta fórmula: *Concedo o prazo para Fulano e sua mulher em primeira e segunda vida, e em terceira um filho, ou filha, que d'entre ambos nascer, e na falta de filhos nomeará uma pessoa da sua geração, d'onde provém o prazo.* Mixta de hereditaria se dá na seguinte fórmula: *Concedo o prazo para Fulano e para um de seus herdeiros, ou successores, que elle nomear.* A estes prazos se chama tambem de pacto e providencia, porque na sua investidura vem ingeridas estas cautelas e providencias para o caso da fallencia dos successores. Todas estas differentes formulas se podem ver em ALMEIDA E SOUSA no seu *Tractado Practico e Critico de todo o Direito Emphyteutico* Tom. 1. §§. 106, 107 e 287.

§. 65. Notas characteristics de cada uma destas especies. A mais notavel he a que se encontra na ordem da successão em quanto aos filhos naturaes dos nobres, e espurios legitimados, e vem a ser, que nos prazos hereditarios não succede o filho natural do nobre, ou espurio legitimado, PINHEIRO de *Emphyt.* Disp. 5. Secç. 1. n. 4., PEG. 3. For. cap. 28. n. 368., CORD. *Duid.* 22. n. 40., ALMEIDA E SOUSA loc. cit. §. 161., nem tambem nos prazos familiares, idem §. 170 nas palavras: *Ou o prazo he familiar segundo a form. 2. de baixo do §. 107: Então, se em falta de filhos he chamada, e substituída uma pessoa da familia, neste caso firmemente assento, que a existencia do filho natural não faz caducar a substituição da familia, nem a exclue. . . . assim como no Feudo familiar não succede o natural com exclusão da familia. . . . Semelhantemente não succede no Prazo, em que na falta de filhos he substituída a familia.* Porém no Prazo de nomeação, ainda mixto, succede o natural do nobre, ex Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 4., cuja razão de differença nasce de que se no Prazo de livre nomeação o Emphyteuta pôde nomear o estranho, ainda preteridos

os filhos legítimos, *a fortiori* poderá nomear, ou succeder pelo ministerio da Lei *ab intestato* o bastardo, ou espurio legitimado na falta daquelles (os legítimos), ao que attendeo o Legislador; e que destes se entenda a Ord., he palpavel do preludio da mesma, e da intelligencia dos DD. com PEG. 5. For. cap. 28. n. 504., CORDEIRO *Duvid.* 26. n. 17., e esta mesma excepção firma a regra em contrario, *scilicet*, que todos os mais prazos, que não são de nomeação, não podem nelles succeder os bastardos, ALMEIDA E SOUSA loc. cit. §§. 162, 165, 169, 170 e 176.

§. 66. 4.^a Divisão. A Emphyteuse tambem he antiga, ou nova; antiga se chama a que já he constituida de muitos annos, ainda que se renove de presente; nova a que he constituida pela primeira vez, ou o Senhorio de novo a concede, tendo-a consolidado pelo commissio, ou devolução, ALMEIDA E SOUSA §. 99. A differença notavel entre uma e outra he, que na antiga (sendo Ecclesiastica) se não podem augmentar as obrigações, mas sim se deve renovar pelos mesmos foros, pensões e laudemios, que já dantes tinha, ainda no caso da consolidação por commissio, ou devolução; pois se entende renovada *secundum naturam, et qualitatem primi contractus*, PINHEIRO *de Emphyt.* Disp. I. Secç. 3. n. 99., Lei de 12 de Maio de 1768. Na Emphyteuse nova se podem estabelecer as condições, que aprouverem aos pactuantes, porque os contractos recebem a sua força da convenção das partes, Ord. Liv. 4. tit. 11. princ., tit. 36. §. 5., e tit. 59. §§. 2. e 3., Cap. 85. *de Regulis Jur.* in 6.^o Vid. §. 44. in fin. Differem tambem em que o prazo novo pode mais facilmente ser alienado pelo Pai adquirente em prejuizo do filho, do que o antigo. ALMEIDA *ibid.* §. 100.

§. 67. 5.^a Divisão. A Emphyteuse ou he absoluta, ou hypothetica. Absoluta, quando se transfere absolutamente para o Emphytenta o dominio util, e o Senhorio reserva o directo, regulando-se pelas Leis geraes dos emprazamentos; hypothetica, quando entre um e outro existe algum pacto particular, por ex. quando se vende

alguma propriedade com o pacto de se empraçar ao vendedor por uma pensão, á semelhança do pacto *de retro-vendendo* nas vendas, os quaes como favoraveis aos vendedores são permittidos e tolerados pelas Leis, ainda que fação diminuir a terça parte do valor da cousa, MENDES A CASTRO P. 2. Liv. 4. cap. 8. append. 2. n. 93., ALMEIDA E SOUSA §§. 101, 102, 103, 104 e 105, pois neste caso o vendedor, que tem o dominio pleno, não faz mais do que dimittir o directo ao Senhorio, reservando para si o util, ou conceder o directo ao comprador pelo preço recebido com o pacto de lhe ficar o dominio util empraçado. Vid. §. 55.

§. 68. 6.^a Divisão. A Emphyteuse ou he constituida em predios incultos, ou nos já cultivados e casas edificadas, ALMEIDA E SOUSA §. 96; mas isto mais pertence á materia e objecto dos empraçamentos do que a divisão.

§. 69. Dada esta, ainda que pequena, idêa sobre a Emphyteuse, e tocadas as suas especies mais essenciaes, de que tratarão *ex professo* VALASCO, PINHEIRO, CALDAS, MELLO FREIRE, CARDOSO DA COSTA e ALMEIDA E SOUSA nas Obras e lugares apontados, e que se podem consultar, approximando-nos já ao nosso scopo, de que nos desviámos por um pouco, passamos ao ponto mais essencial desta materia, a saber, a auctoridade e força Juridica, que tem os Tombos em ordem a provar e servir de regra aos Julgadores e Advogados.

§. 70. Para entrarmos no juizo critico sobre o gráo de prova, que fazem os Tombos em Direito, será bem, que demos a definição de Tombo, e exponhamos os requisitos essenciaes, que o devem acompanhar, em ordem a constituir e formar um processo regular e juridico, e produzir a prova legal. O Tombo, que entre nós corresponde ao Cadastro Francez, e que he chamado por PEREIRA na Dec. 26. in princ., e PEGAS Tom. 4. á Ord. Liv. 1. tit. 50. glos. 6. n. 1. *Monumentum*, se póde definir: *Uma descripção, arrolamento, ou inventario judi-*

cial dos bens do Senhorio, com a enumeração dos direitos, que lhe pertencem, reconhecidos pelos inquilinos e julgados por sentença. Já nos §§. 7. e 8. dissemos, que o Tombo, ou a Acção de tomar não consiste só na medição, confrontação e demarcação do terreno, como alguns querem, afferrados á letra da Provisão, que se concede ao senhor do Tombo, mas que esta abrange também a descripção e reconhecimento dos Direitos e encargos dos Emphyteutas, porque estes são os bens incorporeos, que restão ao Senhorio depois da divisão do dominio em pleno e menos pleno, directo e util, dos quaes os segundos passarão para os inquilinos. E com effeito de que serviria, ou em que utilizava o Senhorio na factura do Tombo, e nas graves despesas, que elle traz com sigo, se o seu direito se limitasse a medições e demarcações, a saber o terreno que era seu, sem que ao mesmo tempo tirasse as utilidades provenientes do seu dominio? Não seria isto abraçar a nuvem em lugar de Juno? Sem dúvida aquellas faculdades são cousas connexas, e que vem em consequencia, e por isso concedida pela Provisão Regia a auctoridade para avivar os limites do terreno, he bem visto, que nella se comprehende virtualmente a faculdade de avivar também os direitos, que competem ao senhorio por meio de novos reconhecimentos dos inquilinos; e neste sentido se pôde também chamar a esta acção de tomar *mixta*, porque abrange ambas as cousas.

§. 71. Mas (dizem os adversarios) esta renovação dos Direitos não he necessaria, porque a obrigação de se pagarem não se contrahe pelo reconhecimento, mas sim pelo Foral e titulo da investidura; este lá existe, e por conseguinte he desnecessario o reconhecimento, porque não podendo neste alterar-se cousa alguma além do titulo originario e primordial, unico que deve regular a percepção desses Direitos, para que he preciso repetir estes reconhecimentos, gravar as partes com despesas, quando há uma regra e medida certa, por onde se regule a cobrança dos mesmos? *Elementos de Practica Formularia do Doutor JOSÉ IGNACIO DA ROCHA PENIZ Divisão 2.^a tit. 11. §. 154: O reconhecimento do senhor util no tomo do senhor directo refere-se indispensavelmente á Escripura*

Pública do contracto, lavrada em as Notas do Tabellião, e não em o Tombo do senhor directo. §. 157; Se o Donatario não tem Foral, mas sómente Regia Doação confirmada, não he permittido mais do que o expresso no seu titulo, e de nenhuma sorte augmentar os encargos, ou imposições.

§. 72. Eu estou pela regra, de que o Tombo deve ser acompanhado do Foral, da Doação, e do Titulo primordial do emprazamento, etc., que os mesmos reconhecimentos devem ser feitos á face daquelles; mas nem por isso me posso persuadir, que a Jurisdicção do Juiz do Tombo se limite a medições e demarcações, e que não comprehenda tambem os reconhecimentos, e a descripção dos Direitos, que pertencem ao Senhorio; pois podendo estes pelo decurso do tempo admittir alterações, como os limites do terreno, se devem da mesma sorte aviventar pelos novos reconhecimentos e gerações, que se vão succedendo umas ás outras, que formando uma cadêa não interrompida, vão todas tocar no seu primeiro anel, nos primeiros pactuantes, no titulo primordial, e da originaria investidura.

§. 73. Com melhor razão pois definio o Tombo o Desembargador MANOEL FERNANDES THOMAZ nas suas *Observações sobre o Discurso, que escreveo MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA em favor dos Direitos Dominicaes P. 2.ª §. 123*, quando disse, que o Tombo era: *Uma descripção de bens, e direitos; daquelles se declara a medida e confrontação, d'estes a natureza e origem.* Eis aqui por tanto mais bem declaradas as duas partes do Tombo, a saber 1.ª medição e demarcação do terreno, 2.ª descripção dos direitos do Senhorio e obrigações dos emphyteutas. Estas mesmas duas partes do Tombo reconhece o Desembargador ALBERTO CARLOS DE MENEZES na sua *Practica dos Tombos* no lugar já citado no §. 8., no Cap. 3.º §§. 2.º e 37., e na sua nota 25 ao *Regimento do Juizo do Tombo de Santarém* ibi: *O Tombo tem duas partes, huma he dos reconhecimentos dos titulos, e proprietades, outra he a marcação; e esta he a practica de todos os Tombos,*

ainda os da R. Coroa, em que além das descripções dos terrenos, se procede á enumeração dos direitos, com que se achão onerados os mesmos terrenos, obrigando-se os foreiros e inquilinos a apresentarem os seus titulos, e segundo elles fazerem os seus reconhecimentos, como he expresso nos Capp. 1, 6, 7, 8, 10 e 13 do *Regimento do Juizo do Tombo dos Bens da Coroa da Villa de Santarém e sua Contadoria* do 1.º de Outubro de 1586, e nas Provisões do Conselho da R. Fazenda, dirigidas ao Juiz do Tombo da Prebenda de Coimbra, de 3 de Março e 18 de Setembro de 1800, e 28 de Agosto de 1806, as quaes se podem vêr no Cartorio do Escrivão do mesmo Tombo, sendo sobre todas bem frizante a de 18 de Junho de 1800 nas palavras: *To-cando-vos fazer medir, confrontar, e demarcar as Terras, e Propriedades já afforadas dos ditos Reguengos, com declaração das pessoas, que as empraçarão, sua quantidade, e qualidade, e do que devem pagar de foro, além dos outavos; praticando o mesmo com as que howerem de afforar-se de futuro.*

§. 74. Deve porém o Tombo para se dizer Juridico ser acompanhado 1.º do Foral, ou titulo primordial do dominio do Senhorio, que este deve fazer copiar no frontispicio do Tombo, ou pelo menos nos lugares intermedios entre o Auto d'abertura do Tombo e dito reconhecimento; e com razão pelo que diz o Doutor JOSÉ IGNACIO DA ROCHA PENIZ loc. cit. §. 153: *O predio reputa-se livre como o homem, em quanto se não mostra ser servido; e esta servidão só póde provir de titulo, em que se achem exarados os direitos, que se devem pagar, sendo por isso a copia do titulo original um requisito essencial dos Tombos, aliás são estes nullos, quando não vem ingeridos nelles os titulos primordiaes das acquisições dos Senhorios, como he expresso em toda a Legislação antiga e moderna do Reino.*

§. 75. Tal he o Regimento do Senhor Rei D. MANOEL de 27 de Setembro de 1514. Tit. 25, *Synops. Chronolog.* Tom. 1. pag. 181. e 182., Alv. do Senhor Rei D. SEBASTIÃO de 5 de Fev. de 1578, relativo aos Tombos dos

dos Concelhos, o que foi confirmado pelo Senhor Rei D. João V. pelo Alv. de 15 de Julho de 1744 e pelo Senhor D. José no Alv. de 23 de Julho de 1766, e ultimamente pela Senhora D. MARIA I. pelo Alv. do 1.º de Junho de 1787. Cap. 25. in fin. E a respeito dos Tombos das Igrejas, Mosteiros e Corporações Religiosas he bem terminante a Constituição deste Bispado de Coimbra Tit. 22. Const. 2.ª, que fallando dos Tombos das ditas Corporações, manda que no principio se copiem os titulos primordiaes, o que he conforme ao que diz LETÃO *Fin. reg.* Cap. 10. n. 10. e Cap. 13. n. 53.

§. 76. Deste mesmo parecer he o Desembargador MANOEL FERNANDES THOMAZ nas cit. *Observações* P. 2. §§. 176. e 177. *ibi*: Quanto á fórma dos Tombos. Não achámos ainda monumento mais antigo, que a prescreva, do que o cit. *Regimento de 27 de Setembro de 1514, feito para os das Capellas e Lugares Pios; devendo por isso entender-se, que todos os outros Alvarás citados na These 17., não dando outra fórma, e recommendando a factura de Tombos, quizerão renovar a antiga principalmente se se attender a que as Provisões dirigidas aos Juizes do Tombo não dizem o contrario, antes precisamente querem isto mesmo, entendendo-se não só literalmente, mas conforme seu espirito; pois mandando ellas ver, e examinar os Documentos e titulos, que há, mandão por isso mesmo, e em consequencia, juntallos, ou na sua falta, os traslados authenticos: porque quando os Tombos forem o resultado de um processo, que se faz, não podemos persuadir-nos que deixem de ficar nelle todas as provas de testemunhas e Escripturas, que o Juiz, de seu officio, e a requerimento de parte mandou produzir. Além de que, (continúa o mesmo Desembargador) e para mostrar que a opinião do A. he não só contraria ao *Regimento do Senhor D. Manoel, porém ás Leis posteriores, que nos governarão, e governão, basta ler a Ord. Liv. 1. tit. 16. §. 2. aonde se mandão lançar as demarcações, e medições em Tombo com o TRASLADO DOS TITULOS DAS DITAS PROPRIEDADES. E note-se que esta Ord. he tirada do Alv. de 18 de Dezembro de 1565. em Duarte Nunes de Leão P. 1. Tit. 14. L. 1. §. 4., e que em consequencia o Se-**

nhor D. Sebastião seguio, e renovou a fórma dada pelo Senhor D. Manoel; o que ainda mais se prova pela disposição da Ord. Liv. 1. tit. 50. §. 2., que he tirada do Reg. de 6. de Dezembro de 1564. em Leão P. I. tit. 15. §. 3., aonde se diz: e farão lançar os ditos bens e propriedades em Livro de Tombo COM OS TRASLADOS DAS INSTITUIÇÕES, etc.

§. 77. O segundo requisito essencial he a citação dos Confinantes e Inquilinos, sobre o que deve haver todo o escrupulo. Nos Tombos da Coroa toda a citação he Edictal, cit. Regimento cap. 1.º, 2.º e 3.º Todavia para evitar questões se fazem muitas vezes citações pessoaes, maxime quando a citação he para algum acto particular, de que as partes não podem ter noticia. Nos Tombos particulares são sempre necessarias as citações pessoaes; estas as faz o Juiz ás Corporações e Confinantes de distincção por Cartas officiosas, que depois são ingeridas no Tombo com as respostas, ou o Escrivão dá a sua fé, reportando-se a ellas: os Inquilinos são citados pelo Escrivão, ou por qualquer Official de Justiça por ordem, ou mandado do Juiz, cujas fés se juntão aos autos do Tombo, sendo comprehendidas nas citações as mulheres dos que forem casados, por versarem os reconhecimentos sobre bens de raiz, ou Direitos incorporeos, que lhes são equiparados, sobre o que devem ser ouvidas as mulheres, Ord. Liv. 3. tit. 47. §. 1. Além destas citações pessoaes, há tambem a geral por Edictos para os ausentes, de que não há noticia, devendo sobre este artigo haver todo o cuidado e circumspecção, a fim de que as citações se não fação atropelladamente e de montão, como de ordinario acontece, visto que a citação he a base e a parte essencial da defesa e do processo natural, como adiante se mostrará. MELLO FREIRE Liv. 4. tit. 9. §§. 2. e 3.

§. 78. O terceiro requisito essencial he a nomeação de Curador aos menores e ausentes, a qual he feita por termo com juramento e assignatura do mesmo Curador, para que os ditos não vão indefesos, nem possam arguir nullidades para o futuro. Praticados estes requisitos es-

senciaes, previos ao reconhecimento, nenhuma dúvida, ou embaraço me faz, de que o mesmo reconhecimento venha então a constituir a favor do Senhorio uma prova plena, porque essa confissão já he feita com conhecimento de causa, e não se póde chamar erronea, ou extorquida por medo, coacção e ignorancia, nem que a divida cairia *in conditione sine causa*, como lhe chama o Doutor JOSÉ IGNACIO DA ROCHA PENIZ loc. cit. §. 154.

§. 79. Na Alemanha, aonde há muitos Senhorios de terras, assentão todos os Doutores da Nação, que os Livros Censuaes destes Senhorios fazem prova de seus Direitos dominicaes, quando são feitos por Escrivão, ou pessoa pública, quando são lidos aos foreiros, e estes confissão e reconhecem os respectivos direitos, STRYCKIO *Us. mod.* L. 50. tit. 15. §. 1.; com maior razão os reconhecimentos feitos pelos foreiros perante o Juiz do Tombo devem fazer prova, por serem umas confissões Judiciaes, em que os confitentes ficão condemnados como de preceito a concorrer e pagar de futuro aos Senhorios os Direitos dominicaes confessados; sendo certo que a confissão da parte he reputada em Direito a melhor prova, CYRIACO *Controv.* 453. n. 45, CARDOSO in *Praxi* verb. *Confessio* n. 15.; e a rainha das provas, GUERREIRO *Tractado 4. de Rationibus Reddend.* L. 3. cap. 6. n. 9. Vid. ALMEIDA E SOUSA *Tractado dos Prazos* §. 1219.

§. 80. E que tal seja o resultado dos Tombos bem processados, se vê dos Foraes do Senhor Rei D. MANOEL, nos quaes se mandão pagar á Coroa os foros e mais Direitos, conforme o conteúdo e expressado nos Tombos, conferindo a estes a authenticidade de titulos de cobrança, como se vê do Foral desta Cidade de Coimbra, e de Avelans de Cima, Famelição e Pereyro, de que fallámos no §. 16., e seprehende tambem da Ord. do Liv. 1: tit. 16. §. 2., que manda fazer o Tombo dos bens pertencentes ao Hospital de todos os Santos da Cidade de Lisboa, e isto para se cumprirem os tres fins do Tombo, a saber demarcar as terras, examinar os direitos, que pagão os foreiros, e ficarem os mesmos Tombos servindo de titulo aos senhorios

para a cobrança dos referidos direitos; o que igualmente se incumbem aos Provedores das Capellas e Residuos da Cidade de Lisboa, relativamente aos bens das Capellas, Hospitaes, Albergarias e Confrarias de dita Cidade e seu termo pela Ord. do mesmo Liv. tit. 50. §§. 2. e 3., fazendo lançar os ditos bens e propriedades em livro do Tombo com os *traslados das instituições*. Vid. §§. 17. e 76.

§. 81. Na Collecção 1.^a á Ord. do Liv. 1. tit. 66. n. 14. se lê o Regimento de 17 de Maio de 1612, em que Sua Magestade determinou mandar pelo Reino certas pessoas para proverem nas cousas dos Concelhos, dando-lhes a norma, por onde se havião de regular, attendendo ás occupações dos Corregedores, Provedores, Juizes de Fóra, etc., especialmente sobre a fórma, com que devião tomar as contas dos bens e rendas dos Concelhos; e no §. 1.^o se acha disposto o seguinte: *Tanto que cada huma das ditas pessoas chegar a cada huma destas Cidades, Villas e Lugares, e Concelhos de meus Reinos mandarão vir perante si os Juizes, e Vereadores, Procuradores, ou Thesourciros dos Concelhos, e Escrivaens das Camaras; aos quaes obrigaráo que lhes mostrem todos os Tombos, e Cartorios dos ditos Concelhos, e assi os Foraes; livros de acordo, receita, e despesa dos annos atraz, escripturas, e autos de arrendamentos, e todos os mais papeis, que lhes parecerem necessarios, e constrangeráo com penas aos Officiaes, em cujos poderes estiverem, para que lhos deem.* §. 5.^o E farão Tombo dos bens dos Concelhos aonde os não houver, e mandarão aos Officiaes das Camaras, que fação Jurados, e Escrivaens das achadas, e Livros d'ellas, não os achando feitos, conforme ás Provisoens, que são passadas. Vid. §. 17.; e a Lei de 26 de Outubro de 1745 na coll. 1. á Ord. Liv. 1. tit. 62. n. 12. sobre os Tombos dos bens dos referidos Concelhos.

§. 82. Para aquelles mesmos fins manda o Alv. de 21 de Março de 1746 revalidar o Tombo dos bens da Patriarchal, o Alv. de 23 de Julho de 1766 no §. 6.^o fazer o Tombo dos bens dos Concelhos aos Juizes de Fó-

ra, que reputa Juizes natos dos Tombos dos ditos Concelhos, bem como os Provedores das Comarcas o são dos bens da Represalia pelo Alv. de 10 de Junho de 1775. §§.º 3. e 5. ibi: *Se nomeará . . . um Escrivão privativo, o qual ao mesmo passo que os Emphyteutas e Censuarios se forem qualificando, vá lançando em hum Livro os assentos d'elles, com declaração dos seus nomes, dos reconhecimentos que fizerem, do foro que pagão, da natureza delles, e dos bens que forem a elles obrigados com as respectivas situaçoens, e confrontaçoens de todos, e de cada hum delles Logo que o dito Livro for completo e findo, será remettido ao Juizo do Tombo da Represalia, para nelle ficar servindo de titulo authenticico dos sobre-ditos censos, e foros, e dos mais bens livres, para se poderem arrecadar os justos rendimentos. Vid. §§. 16, 17 e 18. No Alv. de 15 de Julho de 1779. §. 2.º se diz o seguinte: *Hei outrosim por bem, que na mesma Junta se admittão para prova da existencia dos ditos Censos, e foros a de Certidões de Tombos, verbas de testamentos, e a da posse immemorial de cobrar. No Alv. de 12 de Junho de 1800. §. 10. relativamente aos Provedores se lê o seguinte: Determino, que em todas as Comarcas se renove o Livro do Tombo da Minha Fazenda, não sómente dos bens, e rendas actualmente cobraveis para a Fazenda Real, mas tambem dos que se achão doados, declarando-se o estado actual d'essas Doaçõens: E que delle se extraia huma relação summaria dos mesmo rendimentos, cuja copia authenticica se conservará nas Contadorias respectivas, para por ellas se regular a relação das referidas contas, e balanços, que annualmente se devem prestar. E com esta disposição combina a da Provisão do Conselho da Fazenda de 3 de Março de 1800. ibi: Remettereis logo ao mesmo Conselho hum extracto summario, semelhante ao que deve ficar no Cartorio do mesmo Almozarifado, em que declarareis o total da sua Renda em Pensões de Foros, Contribuiçoens certas, quotas de fructos, e Direitos Reaes, E depois de completo o Tombo remettereis hum Extracto geral da somma capital da sua Renda. Vid. a Provisão de 18 de Junho do mesmo anno ao §. 73.**

§. 83. E que semelhantes confissões e reconhecimentos nos Tombos fação prova legal do dominio, e prejudiquem os confitentes e seus successores, o referem PEGAS 3.º For. Cap. 28. n. 9. e VALASCO de Jur. Emphyt. Q. 9. n. 18. ibi: *Tertio adhuc praedicta limitabis, nisi interveniat expressa recognitio domini in instrumento: ea enim sola sufficet ad probationem domini directi, ubi est casus secundum Bald. ibi Cod. de Donat. . . . Attamen ea est in praxi magis recepta opinio, ut ex sola, et simplici recognitione probetur dominium adversus recognoscentem, et judicetur commissum non solum adversus ipsum, sed etiam adversus tertium possessorem, et ita servat stylus, et consuetudo Curiarum, teste Guidon. ubi supra col. ultim., qui asseverat, quod tempore suo vidit ultra centum sententias, quibus fuit ita judicatum.* Concorda SYLVA á Ord. do Liv. 3. tit. 59. in princ. n. 103. e 104. ibi: *Limitatur 2.º ut non procedat, si interveniat expressa recognitio domini in instrumento investiturae, vel alio; ea enim sola sufficet ad probationem domini directi non solum adversus recognoscentem, sed etiam adversus tertium, si sciens rem esse suam, recognoscit alium dominum recognitio vero hujusmodi solum praejudicat recognoscenti, et ejus haeredibus, ac successoribus ab illo causam habentibus.* E até sería contradictorio permittirem-se e mandarem-se fazer os Tombos pelas Ord. do Liv. 1. tit. 16. §. 2., tit. 50. §§. 2. e 3., tit. 62. §§. 50, 51, 62 e 64, e Regimento do Desembargo do Paço §§. 39. e 41. se elles nada valessem contra os confitentes e seus successores.

§. 84. He verdade que muitos AA. de boa critica tem declamado contra os Tombos, porque sendo estes de ordinario feitos por Juizes mercenarios e assalariados dos grandes proprietarios, que os escolhem a seu belprazer, não de aquelles propender sempre a beneficio destes, contra a isenção dos povos e prosperidade da agricultura. Além disto encarregando os ditos Juizes todo o trabalho a louvados ignorantes, sem irem repetidas vezes inspecionar o terreno, ha de haver muitos erros e enganos contra os Lavradores; inconvenientes que apontou o Desembargador LUIZ GONZAGA DE CABVALHO E BRITO na

sua *Memoria sobre o modo de fazer Tombos* a pag. 5. ibi: *Huma das principaes origens da insufficiencia da maior parte dos Tombos antigos, he a opinião geralmente introduzida, de que tanto que alguem era nomeado Juiz do Tombo, se punha n'hum lugar de ocio, e descanso: reduzia-se o seu trabalho a assignar em sua casa o que fazião inhabeis Officiaes. Todas as vezes que as cousas são feitas por aquelles, a quem não toca, e que não tem responsabilidade, he de necessidade sahir a obra mal feita: Nos Tombos porém alem desta razão geral havia outros motivos para serem insufficientes e ineptos. Primeiramente porque até agora ninguem tinha cuidado no modo de fazer Tombos methodicos, e perfeitos em todas as suas partes: em segundo lugar porque os Officiaes escolhidos para estas diligencias sempre erão homens mercenarios, sem luzes, nem zelo, e como não tinham a responsabilidade, por isso necessariamente venaes; 3.^a porque a obra de sua natureza pede muito trabalho, muito exame no campo, e em casa, de que o Juiz não pôde dispensar-se.*

§. 85. Estes mesmos inconvenientes notou o citado Desembargador MANOEL FERNANDES THOMAZ, e descubriu outros; taes a falta de um Regimento, norma e regulamento para o Tombo, que marque os passos, que deve dar o processo, que indique os dias das audiencias, que faça conhecidos os Officiaes das diligencias, a falta de responsabilidade dos Juizes e Officiaes do Tombo, que não estão sujeitos a residencia, e de que apenas há o recurso para as Relações do Districto: *Meio de ordinario dispendioso, e que não evita certos males, que podem acompanhar a administração da justiça, quando os funcionarios públicos deixão de ser responsaveis por sua conducta*, loc. cit. §§. 110, 111 e 112. Mas fóra destas hypotheses, encarregadas estas diligencias a Juizes imparciaes, vigilantes e observadores dos terrenos, e empregadas todas as formulas essenciaes do processo, declarados os dias das audiencias, e feitas as competentes notificações, em modo que os interessados não vão indefesos, tiradas as cartas topograficas dos terrenos, para que nunca se possam confundir os seus limites, não vejo razão alguma, por que se não considerem legitimos os Tombos, e fação uma prova legal do dominio.

§. 86. Nestas circumstancias diz ALMEIDA E SOUSA no seu *Tractado dos Direitos Dominicães* §. 166.: *Eu supponho que apparece hum Tombo feito com as solemnidades, que requerem os Prazistas e na supposiçãõ de se fazer hum Tombo solemne, he que vou a expor a prova, que elle constitue dos Direitos dominicães, e convencer as Theses contrarias do Papel Sedicioso; advertindo porém que nos Tombos antigos de 1500, e 1600 ainda se não praticavão essas solemnidades, hoje praticadas depois que escreverão os cit. DD. (§. 167.) Reconheço que a Jurisdicção do Juiz do Tombo (quando se não concede ordinaria) he stricta para descrever e demarcar o em que não houver dúvida, e não se estende a julgar o em que a houver, nem a determinar ragoens, que se neguem (§. 168.). Porém as Provisõens, que se passão pelos Formularios, que estão escriptos no Prefacio de Leitão Fin. regund., e nos Estatutos da Ordem de Christo 2. P. T. 22. pag. 101., não só mandão fazer descripçoens das terras sujeitas ao tal Senhorio, com as declaraçoens, mediçoens, confrontaçoens, de que foi original norma a L. 4. D. de Censib. . . . Mas, e juntamente mandão, que se faça demarcação, medição, e Tombo dos bens, e propriedades, censos, rendas e foros, que pertencem ao Senhorio naquellas cousas, em que não houver dúvida, e em que as partes forem contentes; e no que a houver, mandão que determinará o Juiz o que for justiça. Ao mesmo tempo mandão que o Juiz tome informação, assim por Tombos, e Escripturas, se asahi houver, como por testemunhas antigas dignas de fé, e que veja os Tombos, e as Escripturas dos bens, e das Partes, se as houver, etc.*

§. 87. Continúa o mesmo A. no §. 174. ibi: *Feito, e solemnizado assim o processo do Tombo, e confirmado por Sentença geral e final (além das incidentes, que em particular confirmão cada hum dos reconhecimentos, ou hão por confessos os contumazes), fica o Tombo fazendo prova como hum acto judicial no todo, e em cada huma das suas partes; e isto tanto nõ que respeita nos predios sujeitos ao dominio directo do Senhorio, como no que respeita aos foros e Direitos dominicães, confessados, e reconhecidos, ou expressa, ou contumacialmente; e tudo*

como por huma Sentença decisiva. Este he o commum sentimento dos nossos Reunicolas. E no §. 176. conclue em a nota: *Se estes não fossem os fins de ficarem os Tombos fazendo eterna prova dos dominios, e Direitos dominicaes, será crível que tantas Leis os authenticassem? Será crível que tantas Leis mandassem fazer Tombos inúteis? Muito forcejou Solano na Allegação de Barbacena desde on. 79 contra hum Tombo do Senhorio d'aquella terra, em que os Foreiros havião feito confissoens, arguindo-lhe nullidades bem notaveis; e com tudo no Acordão, que transcreve pag. 57, as confissoens adminiculadas se attendêrão, e as taes nullidades se abandonárão. Longe de mim aucto- rizar hum Tombo tal como aquelle, que se desprezou no Aresto transcripto por Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 226. Omitto o simile dos Cadastros públicos das mais Naçoens, de que tratão Posth. de Manut. Obs. 27.; Altim. ad Ro- vit. in Pragmat. de Appretio, de Luc. de Judic. Disc. 30. n. 26. Não posso porem deixar de lembrar, que muitos Foraes do Reino já fazem relação a Tombos, mandando que os Foreiros paguem os Foros conteúdos nelles; como Titulos authenticos, quaes os Foraes de Besteiros, Sabu- goza, Tavares, ou outros, que tenho visto.*

§. 88. O mesmo A. na sua moderna Obra *Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, addicionando as *Primeiras* de PEREIRA E SOUSA, desenvolve com mais extensão a natureza da prova, de que se trata, onde fallando da prova documental diz á nota 464. em o numero 16. o seguinte: *Com effeito toda a nossa Legislação, e o costume origi- nario do Reino dá fé pública aos Tombos solemnes, e força probativa plena, não só quanto á sujeição dos pre- dios ahi descriptos; mas quanto aos foros, e Direitos do- minicaes, que delles devem os Foreiros possuidores aos Se- nhorios: Assim o demonstrei com varias, e terminantes Leis, e torrente dos nossos Reunicolas nos meus Tracta- dos dos Direitos Domin. a §. 166, e Direit. Emphyt. a §. 1211: e só ahi me faltou o notavel Alv. do l. de Ju- nho de 1787., em que a Rainha N. S. dando Foral, Re- gimento, e mais providencias para o Reguengo de Ta- vira, de que he Donatario o Convento do Coração de Jesus, Mandou fazer Tombo dos bens, e Direitos domi-*

nicaes a elle pertencentes. Sendo bem notaveis os Capitulos 12, e 13, e não menos o Cap. 25, que desse Tombo mandou fazer quatro Copias. É em o N.º 17: Contra aquella minha *Obra dos Direit. Dominic.*, em que mostrei a fé pública, e força probativa plena dos Tombos, para ambos os ditos fins, appareceo huma Censura do Doutor Manoel Fernandes Thomaz, dignissimo Provedor de Coimbra, em que (alem do mais) censurou nesta parte a minha, propondo-se detrahir, ou diminuir aos Tombos aquelles legaes creditos, quanto foi possivel. A minha idade, e enfermidades actuaes não me permittem huma *Apolo-gia*, nem *Convicção de Sofismas*, de que a Censura he recheada.

§. 89. N.º 18. Só sim agora, e quanto aos Tombos; alem do dito *Alvar. de 1787*, a que não será facil responder-se; lembro, e accrescento, que quando o Senhor D. Manoel projectou, e fez executar a Reforma geral dos Foraes do Reino, encarregando essa grande *Obra a Fernando de Pinna*; das *Determinações preliminares*, huma foi a *Provisão feita em Coimbra a 12 de Outubro de 1510*, na qual alliviando á *Fernão de Pinna* de viajar por todos os Concelhos e Povos para cumprir a sua *Commissão*; Mandou, ut ibi: Porem o notificamos assi a todas as pessoas de nossos Reinos, de qualquer estado, condição que sejam, que ao tempo, e lugar que lhe pelo dito *Fernão de Pinna* foy notificado, que hajão de hir ao dito caso, ou mandem pessoas, que em seu nome hajão de ser presentes a ás ditas justificaçoens com quaesquer Tombos, Foraes, ou *Escripturas*, que á cerca dos *Direitos* no tal Lugar tiverem, e assi o farão os *Juizes, Vereadores, Procurador* de cada hum dos ditos Lugares, onde houver de tirar a dita *Inquirição*, etc.

§. 90. Continúa o mesmo A. em o N.º 19.: Outra foi a antecedente *Carta circular aos Contadores*, escripta em Evora a 22 de Novembro de 1497, na qual, sendo informado, que se exigião *Tributos sem Titulos de Foraes, Tombos, ou Escripturas*, Mandou, ut ibi: *Per-tanto queremos, e mandamos, que principalmente decla-*

rem como costumão de levar os ditas Portagees, ou passagees de cada lugar, e de que cousas as levão, e quanto por cada huma cousa, e o direito e tytolo que para isso tiverem e teem per Forall, ou Tonbo, ou qualquer outra escriptura que dise aja: e por tanto mandamos a todallas ditas Cidades, Villas, e lugares dos ditos nossos Regnos, que semelhantes Direitos se arrecadem, que logo na Camara da dita Villa com hos Officiaes, e homees bons della, que para este caso sejião pertençentes, se ajuntem, e concordem todos na maneira, e regra, e ordem perque as sobreditas cõusas hy recadam, e levam, e em todo o que concordarem faram escrever pelo Escrivão da Camara, e hum Tabaliam da Cidade, Villa, ou Lugar, presente o Alcaide, ou qualquer outra pessoa, que semelhantes Direitos per nos hy levar, e que assy autentico, e concertado per ambas as partes ho enviarees a nossa Corte aos sobreditos com todollos Foraes, Tonbos, o Escripturas, que sobre yso houver, e poderem aver, etc. E no N.º 20. Em Carta Regia de 2 de Junho de 1500 aos Juizes da Cidade do Porto se ordena, que á vista de outra, que lhe apresentará o Contador, fação concertar perante si todos os trasladados de Tombos, e Papeis, que se lhe hão de remetter; como tãobem todas as Escripturas, e Papeis, que tenham contra o dito Tombo: para em tudo lhe poder fazer justiça. Assim o incansavel Senador João Pedr. Ribeir. na Dissert. Histor. sobr. a Reform. dos Foraes no Reinado do Senhor D. Manoel Part. 1. pag. 9. Nota: Estes Diplomas erão ineditos. Devemos a sua edição ao referido, e incomparavel Senador na d. Diss. pag. 70, pag. 80, e pag. 9. Eu os ignorava quando escrevi aquellas Obras (n. 16.): Se então os não ignorasse, que argumento não faria com elles para prova das minhas Proposiçoens? Se o Senhor D. Manoel venerou tanto os Tombos antecedentes á reforma geral dos Foraes; se lhe tributou tanta fé, para prova dos antigos Direitos Dominicaes, que mandou regular por elles aquella Reforma; se os equiparou aos antigos Foraes, e Escripturas, sem differença alguma: Se isto he incontestavel; que mais me seria preciso para prova das minhas Proposiçoens e Convicção do Papel sedicioso, que ahí ataquei? Estou bem persuadido, que se Elle, e os mais meus Censores não tivessem, como eu, ignorancia destes Diplomas, não se arrojarião a censurar

a dita minha obra. Eu ainda espero, que quem empreheendo a dita Censura, arrependido della; agora se retracte (o que não lhe será indecoroso) na Obra, que está trabalhando; deduzindo de tantas Leis huma Conclusão; que os Tombos, sendo solemnes, fazem plena prova tanto dos predios sujeitos aos dominios directos, como dos forros, e mais direitos Dominicaes, suas qualidades, quantidades, etc.

§. 91. N.º 21. Já antes d'estas determinações do Senhor D. Manoel = Quando os Povos do Reino requererão ao Senhor D. João II. nas Cortes principiadas em Evora em 1481., e acabadas em 1482. em Vianna d'apar de Alvito nos Cap. 93., e 132. entendesse na Reforma dos Foraes, já o mesmo Senhor tinha expedido para o mesmo fim a circular de 15. de Dezembro de 1481., na qual mandando proceder a Confirmações, especialmente determinou fossem enviados até Outubro de 1483. ao Juiz dos seus Feitos os Foraes, e mais Titulos, porque se levavaõ Direitos no seo Reino para serem examinados pelo mesmo Juiz, e mais Ministros destinados para as Confirmações. = Assim o mesmo Senador na cit. Diss. §. 3. pag. 6.: Elle mesmo ahi pag. 54. transcreveo a mencionada Representação dos Povos, ut ibi = Seja Vossa merce mandar logo vyr a Vossa Corte todollos privilegios, exepsoes, liberdades, tombos, e doações, e quaesquer outras Escrituras de merce, porque se devem levar, rrecadar, e pagar as ditas portagees em quaesquer lugares de vossos regnos.... fazendo Vossa Alteza Foraes novos, etc., etc. = Nota: Tal era a veneração, com que os Povos já do anno de 1481. respeitavão a fé pública dos Tombos, quanto á prova dos devidos Tributos; e chegamos a Seculo, em que o A. do tal papel (que se tentou sustentar em parte) empenhou toda a eloquencia, e sofismas para se ludibriarem, quanto ao dito effeito, os Tombos, e se lhe detrahir, e abater o credito: Oh tempora! Oh mores!

§. 92. N.º 23. Fernando de Pinna, quando fatigado de escrever em alguns Foraes minuciosamente os forros, que devião alguns Povos, fazia remissão a Tombos anteece-

dentes: Assim no de Villacova de Tavares, no de Besteiros etc.; acreditando esses Tombos nas relações, que a elles fazia. Talvez não fossem tão exactos, e solemnes, como os hodiernos, pela singeleza d'aquella idade, como tenho observado em alguns do anno de 1500. e anteriores. N.º 23. Em fim: Perguntarei a meos Censores: Se os nossos Tombos são menos judiciaes, menos authenticos, menos obligatorios, que essas Escripturas na Alemanha, formalizadas com os requisitos referidos nesta Nota n. 10, 11, 12? E se estas, conforme os DD. ali citados, provão os Direitos dominicaes dos Senhorios; com quanta mais razão os nossos Tombos judiciaes, e solemnes? Quem ler em Mul. ad Struv. Exerc. 50. thes. 89. pag. 1265; e em João Frederic. Rhet. entre as obras de Stryck vol. 10. Disp. 16. Cap. 2. a n. 121. a fórma, e força probativa dos Livros Censuaes publicos, a que se deu em algumas Naçoens o nome de Catastros, ou Estimios; e fízer combinação com a fórma dos nossos Tombos; acabará de convencer-se da minha justiça, e da injustiça, ou erro da contraria censura.

§. 93. Coherente com estes principios o mesmo A. na sua obra novissima, e *Tractado Practico do Processo Executivo Summario* expõe iguaes sentimentos no §. 82. ibi: Tambem, e com mais razão, para a liquidação dos foros competentes á Coroa, seos Donatarios, e Senhorios outros, se devem classificar os Livros dos Tombos, que tem força probativa, não só quanto ás terras sujeitas aos Direitos dominicaes, mas quanto a estes Direitos mesmos, suas qualidades, e quantidades, como mostrei nos meos *Tractados dos Direitos Dominic.* a §. 166, e do *Direito Emfiteut.* a §. 1211: Tive *Contradictores*, que supponho convenci nas minhas *Segund. Linh. sobre o Processo Civ.* Not. 459. até 464. desde o n. 14: E se ainda se não convencem, vejão no incomparavel *Ind. Chronol. milhares de Leis*, que auctorisão os Tombos para ambos aquelles fins (N. B.), como no tomo 1. pag. 219, 315, 338, 354; e tom. 3. pag. 5, pag. 14, pag. 16, pag. 97, pag. 113, pag. 212; tom. 2. pag. 136, e tom. 4. pag. 293, etc. *Vejão o Foral de Coimbra estampado em Peg. tom. 9. á Ord. pag. 533. debaixo do titulo Volão ut*

ibi = E quanto aos dircitos do Volão; e outros do Termo da dita Cidade; por quanto soubemos, que mui particularmente estão escritos, e declarados nos Tombos de nossos Contos da dita Cidade, houvemos por escusado pollos aqui outra vez; e porem havemos por bem, que assim se faça daqui em diante, como nos ditos Tombos está declarado, que se haja de fazer. = Veja-se o mesmo A. no seu Tractado Practico e Critico de todo o Dircito Emphyt. a §. 1209 usque ad §. 1219.

§. 94. O mesmo Desembargador MANOEL FERNANDES THOMAZ, que tanto combateo a ALMEIDA E SOUSA, exclue da sua critica os Tombos da Coroa; cit. *Observ. Not.* ao §. 111. *ibi*: Nos Tombos da Coroa o negocio procede muito differentemente: porque o Juiz he sempre hum Magistrado escolhido, com graduação propria; O Escrivão hum Official de Fazenda, sujeitos ambos immediatamente ao Supremo Tribunal do Conselho da Fazenda: há hum Regimento publico, conhecido por todos, que o Juiz deve fazer observar, e o Escrivão cumprir; e logo que se dé uma falta, os interessados sabem conhecer em que, e podem usar em consequencia dos recursos competentes: mas nos Tombos particulares a cousa corre de diverso modo absolutamente, como teremos occasião de mostrar. No §. 122 diz assim: Entretanto confessamos em abono da verdade, que há, e tem havido Juizes, e Senhorios, que procederão neste negocio com toda a exactidão, que elle permite: e que em consequencia não temos senão querido inculcar aos nossos Leitores a necessidade de circumspecção, e critica, quando se tratar de julgar sobre os Tombos, ou verdadeiramente sobre as certidões extrahidas delles. No §. 139 *ibi*: Entenda-se porem . . . que não queremos estabelecer em regra hum pirrhonismo absoluto a respeito dos Tombos: que nossos principios por serem geraes não deverão considerar-se, senão debaixo deste ponto de vista: que não referimos os defeitos, e imperfeições do methodo que em muitos Tombos se segue, como querendo inculcar huma impossibilidade demonstrada de outro absolutamente melhor: que não queremos affirmar a urgencia de huma mudança, pois por huma parte reconhecemos, que isso só se faz com tempo, e occasião; e pela outra respeitamos

muito as instituições, que nascem de nossos costumes, para desejar vellas alteradas de repente: porém como em todas se tem introduzido mais ou menos abusos, julgamos que em os fazer conhecer não se nos deve attribuir outro fim, que não seja o de procurar por este meio, que o errô não tome o lugar da verdade; desejando sómente, que se não perca occasião alguma de melhorar (sendo conveniente) este ramo, em que todo o mundo conhece ser possível fazer grandes bens, ou grandes males á sociedade: que finalmente quando tratamos taes questões, nunca deixamos de ter em vista, que se os forcíros são proprietarios, os Senhorios tambem assim se considerão; e que aquelles o não serião, se estes lho não quizessem permittir; procurando nós sempre desviar-nos não só de ser, mas nem ainda de parecer inclinados antes a huns, do que a outros. E na nota ao mesmo §. ibi: *A verdade, que nos obriga a publicar os erros, faltas, e irregularidades praticadas muitas vezes nos processos, e juizos dos Tombos, obriga-nos tambem a declarar aqui, que nunca se devem suppor os Senhorios concorrendo para isso de proposito. Elles não assistem a semelhantes actos, e pela maior parte não são informados do que lá se faz; sua vontade sendo sómente de que se lhes julgue o que he seu, não merecem sem duvida imputação pelas faltas commettidas por procuradores, e agentes quasi sempre zelosos com excesso, quando os interesses de seus constituintes não chocão com os seus.*

§. 95. Aqui se offerece o lugar espinhoso de *Peg. 3. For. Cap. 28.*, que tanta bulha tem feito no foro, e servido de cruz aos interpretes, parecendo destruir a doutrina acima expendida; usando porém das regras da Hermeneutica e do parallelismo, ou confrontação dos lugares obscuros de qualquer A. por outros mais claros, em que o mesmo se expressasse com mais illustração, conseguiremos conhecer a mente do referido A. Vejamos as suas palavras ao N.º 1008. ibi: *Et secundum veriore[m] opinionem etiam contra haeredes, et habentes causam a recognoscente non probatur dominium ex recognitione, nec per solam recognitionem justificatur intentio domini directi, nec recognitio est verus titulus ad hunc effectum petendi jura dominicalia quia ex recognitionibus non probatur de-*

minium contra recognoscentem Marcus dec. 292. p. 2. ubi ait, quod per solam recognitionem generalem non justificatur intentio domini directi ad consequendum laudemium quod dominium non probatur per recognitionem. Maxime quando non ostenditur instrumentum, nec obligatio, quo casu cognitio non probat obligationem non existentem. E em o N.º 1010. ibi: Ita non possunt recognitiones probare pacta, qualitates, nec illarum naturam absque primordiali obligatione.

§. 96. Todavía este lugar, que parece bem destrutivo da auctoridade dos Tombo, ainda se pôde salvar, se attendermos 1.º á hypothese, em que falla PEGAS, e vem a ser quando o reconhecimento foi simples, e exulado de titulo, *absque primordiali obligatione*; e neste caso o reconhecimento se presume extorquido por medo, e força da parte do Senhorio, ou por erro e engano da parte do inquilino e confitente; e então já nos §§. 74, 75 e 76 dissemos, que elle não era prova do dominio, estando por isso coherentes com a citada doutrina: 2.º á regra de Critica e Hermeneutica Juridica, que manda confrontar e entender os lugares obscuros da Lei, ou de qualquer A. por outros, em que o Legislador, ou esse A. enunciasse melhor a sua opinião, e se expressasse com mais clareza. Ora pondo em practica esta regra saudavel, observa-se, que o mesmo PEGAS, e n'esse mesmo Capitulo se explica bem claramente ao n.º 9, onde refere a tenção do Senador RIBEIRO, que deo todo o peso e validade ao Tombo, e confirmou a Sentença appellada nas palavras: *Ex titulo tomi fol. 3. vers.*, qui legitimam dominii probationem inducit, *Leytão finium reg. cap. 14. num. fin. Valasc. q. 9. num. 29, et Cons. 154. num. 26. Cald. de emption. cap. 21. n. 28. Mascard. de probat. 1. tom. conclus. 394. Card. verbo Instrumentum num. 7. Ord. lib. 1. tit. 23. §. 2. Sicut etiam ex inspectione oculari fol. 55 ultra testes productos ab Actoribus, de dominio, et identitate terrularum constat, sicut etiam de possessione Reorum, quibus in terminis illa duo requisita concurrunt ad reivindicationem, dominium ex parte agentium, et possessio ex parte Reorum, et venit utraque sententia confirmanda, tam Judicis, quam Auditoris. Ulyssipone 31 Januarii 1673. Ribeiro.*

§. 97. Ainda com mais clareza se explica o mesmo A. em o n.º 670 e 672 do mesmo Cap., onde refere o julgado no feito de JOÃO PEREIRA DO LAGO com o Reitor e mais Religiosos de Santo Eloy, Escrivão DOMINGOS DIAS DO COUTO, em Lisboa no anno de 1680 ibi: *Julgo os Embargos fol. 19 recebidos por provados, para effeito de não ser o R. embargante obrigado a pagar os trinta e cinco reis e meyo por inteiro, que os AA. lhe pedem; porém quanto ao mais, julgo os Embargos por não provados, vistos os autos, pelos quaes se mostra pertencer aos AA. pelo seu titulo, e tombo fol. 8 o foro de quatro gallinhas, e desassete reis e meio todos os annos, cujo tombo, e reconhecimento se fez, citada a parte, que então possuia a fazenda foreyra, que confessou, e assignou a obrigação juntamente com sua mulher, em cujos termos pelo dito titulo tão antigo justamente pedem os AA. o dito foro nelle declarado; nem a carta da arrematação, e escriptura appensa, que são muito mais modernas, podem desfazer o dito tombo, porque os AA. não consentirão na diminuição do foro, ou forão aos ditos documentos presentes, para que prejudicar-lhes possão, e os contrahentes por si só, e seu simples dito não podião fazer diminuição contra o tombo do Convento juridicamente feyto, mudando, e diminuindo a obrigação, sem serem nisso os AA. ouvidos em cuja consideração julgo a penhora por sentença, e mando corra a execução pelo dito foro de quatro gallinhas, e desassete reis e meio, como no dito tombo se declara. Desta sentença recorrendo-se para a Casa da Supplicação, foi n'esta parte confirmada pelos Senadores SAMPAYO, ALMEIDA e LACERDA por Acordão do 1.º d'Abril de 1681 sendo a ténção deste ultimo bem frizante ao nosso intento, e que o mesmo PEGAS refere ao n.º 672 ibi: *Quoad quantitatem pensionis majus dubium vertitur, cum ex scriptura appensa, et ex subhastationis charta inveniamus somel, atque iterum repetitam pensionem in quantitate decem, et quatuor regalium, et numero trium gallinarum, et unius pulli, quum certitudo catalogi, vulgo tombo, quatuor declaret gallinas, et triginta et quinque regalia in pecunia. Ego vero in hoc dubio potius certitudini catalogi crederem, cum sit certa, pro qua stat praesumptio. L. Herenius §. 1. de evictionib. Cyriac. contr. 69. num.**

2. *Mascard. concl.* 1297, num. 35., *Gail. obs.* 144. n. 7.

§. 98. Além disto o mesmo A. em o n.º 1006 não deixa de dar pezo ás auctoridades de VALASCO, BURGIO, CANCER e outros, que são da opinião contraria, e que assentão que os reconhecimentos em Tombo prejudicão não só os confitentes, mas tambem os seus herdeiros e successores. Donde se conclue, que a censura, que merecem os Tombos mal ordenados e defeituosos se não deve estender áquelles, em que se observãõ as solemnidades de Direito, e que a praxe forense introduzio, não se devendo argumentar do abuso de alguns para excluir a authenticidade de todos; antes sim que as certidões dos Tombos bem ordenados constituem huma prova plena do dominio dos Senhorios nos prazos e direitos nelles conteúdos. Cit. Aly. de 15 de Julho de 1779, e tem a mesma força probativa, que outro qualquer documento, ou instrumento público, Ord. Liv. 1. tit. 23. §. 2.: *Os quaes Livros, e sentenças nelles registadas mandamos que fação fé, e o mesmo effeito, que o caso julgado entre as partes.*

§. 99. Vista a natureza da acção de tomar, desenvolvida a sua origem, objecto e fim, segue-se o entrarmos já na segunda parte deste Tractado a expôr o modo practico de ordenar um Tombo perfeito e solemne, tanto pelo que respeita ao judicial, como á formação das plantas e Cartas Topograficas, que o devem adornar; trabalho este tanto mais necessario e util, quanto he grande a falta de um Regimento e methodo certo e constante, que deva servir de norma para a sua organização, cuja falta reconheceo o Desembargador MANOEL FERNANDES THOMAZ nas citadas *Observações* P. 2. §. 106. ibi: *Sendô, e tendo sido muito frequente o uso dos Tombos em Portugal, he bem para nolar, que houvesse ainda tã pouco quem escrevesse nesta materia, ali's muito importante; e não podendo os AA. Estrangeiros dizer sobre ella sanção alguma coisa em geral, a falta dos nossos torna-se por isso muito mais sensivel. Confessandô que algum auxilio pôde prestar o Tractado de Leitão sobre este objecto.*

não podemos todavia deixar de notar que, entre tanta coisa inútil, que escreveu, são tão poucas, ou para melhor dizer tão raras, aquellas, de que se possa tirar proveito, que hum Juiz, a quem for encarregado hum Tombo, se não tiver para o fazer mais luzes, ou conhecimentos, do que aquelles, que lhe dá este Tractadista, não pôde certamente cumprir seu dever como convem, nem deixar de commetter mui grandes faltas. E na Nota ibi: O nosso Leitão (diz o auctor das Observações de Diplom. Portug. pag. 56) se reputa o mestre dos Juizes dos Tombos, e todavia a pezar das suas liçoens, nem sempre tem desempenhado o seu Officio. Este conceito merecia elle já ao Doutor Antonio Vanguerve Cabral na 4.^a Parte da *Practic. Judic. Cap. 20.* aonde diz: = Posto que Leitão in practico. regund. a tractou doutissimamente, foi mais no especulativo, do que no practico. =

§. 100. O mesmo VANGUERVE, posto que accrescentasse alguma cousa no ramo formulario, ainda não preencheo cabalmente todos os fins, e essas mesmas formulas se achão antiquadas. A citada *Memoria* do Desembargador LUIZ GONZAGA DE CARVALHO E BRITO, deixando a parte Judiciaria, quasi se restringio a medições trigonometricas, dando algumas regras sobre o modo de levantar as plantas, e uso da prancheta orientada para traballar tanto nos planos horizontaes, como nas montanhas e planos inclinados, usando-se para isso de um semicirculo graduado, cujo modelo se acha na Estampa 3.^a da citada *Memoria*. O Desembargador ALBERTO CARLOS DE MEZESES na sua *Practica dos Tombos* seguiu um rumo differente; disse muito sobre o Judicial, e reprovou as Cartas Topograficas, não querendo que o Juiz do Tombo fosse Engenheiro ao mesmo tempo, mas que só concluido o Tombo o Professor Engenheiro as tirasse, e se addicionassem ao Tombo. Nestes dois extremos, vendo que estes modernos Tractados não preenchião os dois fins de um Tombo perfeitamente ordenado, quaes a ordem Judicial, e a exacta medição dos terrenos por meio das Cartas, me deliberei a publicar este *Tractado Theorico e Practico sobre os Tombos*, que abrangesse aquelles dois artigos essenciaes, e que os ditos modernos AA. tinham tractado



isoladamente; resultado de alguns conhecimentos e ideas dispersas, que a practica d'este ramo me tinha suggerido sobre os diversos incidentes desta acção; trabalho este, que eu considero util a todas as Corporações Ecclesiasticas e Civis, Regulares e Seculares, Donatarios da Real Coroa, e Particulares, que vivem dos seus renditos, e houverem de tombar os seus bens, guardando-se nelle uma justa proporção e equilibrio entre a utilidade dos Senhores e dos Lavradores, ou Foreiros; e que poderá subministrar alguma luz aos Juizes, Procuradores e Escrivães encarregados de semelhantes deligencias, facilitando-lhes o bom arranjo e collocação das differentes peças de um Tombo, e formação de seus termos, o qual todavia se não saír perfeito, foi dictado pelo amor da Patria e utilidade dos meus Concidadãos:

Vitam impendere vero, et reipublicae patriae.

E d'est'arte concluido o que pertence ao especulativo d'esta acção, vou a expôr o practico, que he o que faz o objecto da Segunda Parte d'este Tractado.

FIM DA PARTE I,





