

TO

00

H-A
7
5

Sala	e
Gab.	4
Est.	1
Tab.	1
N.º	1

obra em

DEFESA
DAS
THESES

DE
DIREITO ENFYTEUTICO,
QUE SE DEFENDERÃO NO ANNO DE 1789

A
7
5

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESCRITA

POR

BERNARDO TEIXEIRA

COUTINHO ALVARES DE CARVALHO.

Doutor em Leis.



LISBOA

NA OFFICINA DE ANTONIO GOMES.

M. D. CC. LXXXIX. FACULDADE DE DIREITO

Com licença da Real Meza da Comissão
Geral sobre o Exame, e Censura dos
Livros.

BIBLIOTECA

N.º 7694

(Fda Silva)



C A R T A

Com que se remetteo este papel.

AS razões, com que duas vezes me tem instado, meu Amigo, não me obrigarião a expôr os fundamentos das Theses de direito Enfyteutico, que no anno proxime passado se defenderão na Universidade de Coimbra, e contra as quaes se escreverão tres cartas intituladas *Analyse das Theses de direito Enfyteutico*, se V.m. não recorresse ás leis d'amifade, que recommendão que ao amigo se fação finessas ainda de outro porte. Porque o dizer, e espalhar seu Autor, que sou eu o Doutor de quem elle nellas falla, não me constitue em similhante obrigação, visto que pelos Estatutos, e prática da Universidade os Lentes de Prima, e Presidentes das Conclusões magnas, antes que os Repetentes dem á censura as suas Theses, as examinão, e observão, se lhes devem presidir, e se poderão na falta delles sustentallas. Tambem as Con-

gregações das Faculdades respectivas as censurão , não com huma censura simples ; mas investigação , se são dignas de seus discipulos , e se são coherentes com as instrucções , que lhes derao , as quaes elles vão repetir no acto que fazem , e que nos Estatutos por isso mesmo se chama acto de Repetição.

O empenho , que no fim da segunda carta o A. descobre , de ver sustentadas as Theses não he sincero ; porque estando elle em Coimbra todo o anno lectivo , como diz no principio da primeira carta , (*) podia sem ter grande demora ouvir os Repetentes expôr os fundamentos das suas Theses , e elle mesmo podia argumentar aos da sua Faculdade , e então veria , como elles , e seus Presidentes as sustentavão. Disto V. m. mais se ha de persuadir , lembrando-se do que todos , os que na dita Cidade então estavamos , fomos testemunhas , que elle demorando-se até chegarem as Theses a correr , depois que as leo , he que se ausentou para Melres , e sómente nesta Villa achou o lugar accommodado para escrever as
pri-

(*) Pag. 9.

primeiras duas cartas. Accrescendo mais , que tendo elle , ou o amigo , a quem remetteo as cartas , tirado a licença para as imprimir a 17 do mez de Agosto , e imprimindo-as no mesmo anno de 1789. , ainda agora se não achão nas logeas dos Negociantes , e tão sómente as tem espalhado pelas mãos de seus amigos , dos quaes mesmo as não confiarão , antes de passar Fevereiro proxime passado , mez em que eu fui obrigado a sahir de Coimbra , e a fazer esta minha jornada : pois até muito depois d'elle as guardarão , ou as mostrarão só a pessoa de segredo incomparavel.

Para satisfazer porém não ao desejo do A. , que não he de quem quer entrar em huma disputa literaria ; mas á vontade de V.m. , e á utilidade pública , que resulta do exame de qualquer questão , expuz humas proposições , huma doutrina , que eu não posso dizer minha ; pois primeiro as pozerão em público os Repetentes , e os Lentes de Prima , Presidentes seus. E ainda que o A. das cartas affirma que eu fizera as Theses , e as fizera defender (*) :
es-

(*) Cart. 1. p. 7. Cart. 1. p. 9.

estou bem certo segundo o odio que nas cartas se descobre, que se elle advertira no verdadeiro sentido de suas palavras, as não escrevia. Porque o dizer que eu fiz defender aquellas Theses, he inculcar que eu tinha huma ascendencia, e autoridade tal sobre os Presidentes, e Faculdades Juridicas, que os fazia estar promptos para defender, e reconhecer humas proposições simples sem demonstração junta, como he estylo escreverem-se as Theses: em huma palayra he dizer que bastava eu dizer, para que na Universidade se não duvidasse do que eu dizia em materias de Direito.

Insiste o mesmo A. em que eu fiz as Theses para o satirizar, e castigar. Porém elle reconhece que não basta ter lido aquelle seu compendio das regras de hum só contracto, para lembrarem as proposições, que nelle ha contrarias ás mesmas Theses; pois ao seu mesmo amigo, de quem não podia esperar que o não tivesse lido, aponta miudamente todos os lugares, que delle a ellas achou contrarios: elle não acha em todas ellas huma só palavra que offenda sua pessoa: agora veja V. m. que satyra, e castigo será aquelle, em

em que se não vê a pessoa castigada ,
nen a cousa fatirifada , e a quem com-
pete o nome de sátira verdadeiramente ,
se ás Theses , se ás mesmas cartas ?
Quer elle persuadir ao seu amigo , que
a definição da Enfyteuse foi posta em
letra grifa , e mais outras palavras do
§. 1. das Theses de Jeronimo Jozé Ro-
drigues só para se conhecer , que erão
suas : mas repare V. m. , como elle ao
seu nesmo amigo engana. Neste §. se
achão aquellas palavras : *aliquando dici
jolet* , que manifestamente mostrão que
a letra grifa está posta em respeito del-
las , e o A. , conhecendo isto , e dis-
farçando o erro da edição , escreve-as
tambem em letra grifa. Este disfarce ,
ou engano do A. a todos se manifesta ,
lendo-se a pag. 18. das mesmas cartas :
porque elle aqui confessa que aquella
definição não he sua ; mas que assim ti-
nhão definido muitos Juristas , o que
as ditas palavras tambem dão claramen-
te a entender , e elle não poderá ne-
gar que estes mesmos Juristas , a que
elle se refere , digão tambem que o
contracto da Enfyteuse he contracto de
bõa fê , e nominado.

Quer V. m. mais , que lhe decla-
re o juizo , que faço de todo o compen-
dio

dio do A. , se nelle se guardão as regras do methodo , que se propôz , se exaurio a sua materia , se se escolhe-
rão bem as opiniões , ou se se trasla-
dou sem exame , o que se achou escri-
to , se se fez a devida distincção daci-
llo , que dos censos , e dos feudos os
DD. tem misturado nos prazos , se se
notou bem , o que só tem vigor pelos
costumes , ou não : mas isto meu Ami-
go , não o faço , assim porque estou
de jornada , como porque eu devo in-
terpretar a sua rogativa , pela que sei
lhe fizerão. (*) E cumprindo con esta
disse os fundamentos das Theses ,
e respondi aos fundamentos das pro-
posições a ellas contrarias , que nas
cartas se escreverão , e tambem aquel-
les que se omittirão , e amim melem-
brarão , que se tem escrito , cu vul-
garmente se dizem juntamente com os
que nas cartas se pozerão. E porque
nellas primeiro se trata das Theses de-
fendidas na Faculdade de Canones por
estas principio. Leia V. m. , e conti-
nue-me o favor de seus preceitos.

Lisboa 2. de Julho de 1790.

THE-

(*) V. o fim da carta 2.



DEFESA
DAS THESES
DO DIREITO ENFITEUTICO
DO ANNO DE M. DCCLXXXIX.

THESES
Defendidas na Faculdade de Canones,
Por
Feronimo Jozé Rodrigues.
A 16. de Junho.

I.

DOMINIUM utile rei alicui
in perpetuum, vel ad tem-
pus non modicum traditum
ea lege, ut ipse eam colat,
canonemque in recognitiouem domi-
nii præstet, Emphyteusim esse, &
ex

outros, se podia seguir em Roma, que o enfyteuta estava obrigado a cultivar, ou melhorar só por virtude do contracto.

29. O Imperador Zeno (1) para tirar a duvida, que havia entre os Jurisconsultos a respeito da especie do contracto, declarou que fosse hum contracto reputado sobre si, e de differente especie da venda, e locação: porém as obrigações, que dantes se contrahiaõ pela natureza da convenção, que se fazia, ficaraõ sempre as mesmas, e Zeno só declarou que fosse hum contracto de differente especie, e nome, e que lhe podessem ajuntar as convenções, e pactos que se ajustassem; mas não declarou que se julgasse incluída neste contracto a obrigação de cultivar, e melhorar, sem haver declaração a este respeito. O Imperador Justiniano, (2) quando escreve este contracto, não o decreve de outra maneira; mas diz, que he hum contracto a respeito dos predios, *que perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quandiu pensio, si-ve redditus pro his domino præstetur, neque ipsi conduçtor, neque hæredi ejus,*
cui-

(1) D. §. 3. Inst. de locat. &c. L. 1. C. de Jur. emph. (2) D. §. 3.

cuive conductor, hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat, da qual descripção se vê, que o enfyteuta não he obrigado a prestar mais ao senhorio do que a sua pensão, e dominicaes, e não se diz que seja obrigado a prestar obras algumas, as quaes elle ficava obrigado a prestar, se se obrigasse por este contracto a cultivar, e melhorar; pois sem ellas, isto se não póde fazer. Tambem diz que neste contracto se dá ao enfyteuta o direito de gozar da coula perpetuamente: mas do direito de gozar he, que aquelle, que d'elle goza, não seja obrigado a melhorar, mas só seja obrigado a não deteriorar: (1) por conseguinte tambem o enfyteuta ha de gozar do mesmo direito, e ha de ser livre da obrigação de melhorar pela natureza deste contracto. Os argumentos, com que mostrei que por direito Natural não era o enfyteuta obrigado a cultivar, e melhorar, todos se podem applicar para esta questão por direito Romano; porque nelle se não acha huma disposição em contrario, e del-

(1) L. 13. §. 4. D. de Usufr. & quimad.

delle he tambem que por huma convenção , ou contracto de huma especie se não julguem contrahidos os direitos , ou obrigações de outra especie de contracto. Tambem por elle a obrigação de obras era de huma locação differente da das cousas , e differente do contracto enfyteutico : e por consequencia por se ter contrahido este contracto não se devia julgar, que o enfyteuta se tinha obrigado a melhorar ; porque esta obrigação era obrigação da locação de obras , e para se julgar contrahida não era bastante fazer-se o dito contracto enfyteutico , por ser de natureza differentissima ; assim como tambem ella se não julgava incluída na locação das cousas , como já está dito.

30. E não póde obstar a isto o que o A. diz , que Justiniano chama a enfyteuse melhoramento nas citadas duas leis 2., e 3. *C. de Fur. Emphyt* : porque para se ver que o Imperador aqui trata o melhoramento , e bemfeitorias , como cousas differentes da enfyteuse , e que faz differença do direito enfyteutico ao direito de melhoramento , e bemfeitorias , não he preciso mais do que ler o seu contexto : Valasco (1), e antes del-

(1) *Jur. emphyth.* p. 1. q. 1. n. 19.

delle outros já advertiraõ isto mesmo. Na 2a. manda Justiniano que no caso do commisso não possa o enfyteuta reter a cousa afforada a titulo das bemfeitorias, e do melhoramento, *nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis*, são suas palavras, das quaes se vê que elle tanta differença faz de huma a outra cousa, que diz que por causa de huma se não retenha a outra. Na 3a. continúa fazendo a mesma differença: pois estabelecendo a liberdade de vender a enfyteuse, e os requisitos para isto necessarios, diz que o enfyteuta poderá vender, ou o direito enfyteutico, ou as bemfeitorias, qual quizer, e a particula *vel*, de que se serve o Imperador, claramente mostra isto: porque segundo a sua força, e uso põe-se entre cousas differentes, e diversas entre si, como o mesmo Valasco bem adverte.

31. A authentica *Qui rem C. de Sac. Eccles.*, a que não recorre o A., mas de que se lembrou Heinecio, (1) e antes delle muitos, para provar que o enfyteuta he obrigado a melhorar, sómente prova que Heinecio a não leo. Estas

(1) Recit. L. 3. t. 25. §. 935.

tas as suas palavras , *Qui rem hujusmodi conduclam , vel qui emphyteusim acceptam fecerit deteriore , aut emphyteuticum canonem per biennium non solverit , hac lege repelli potest , ut tamen solvat totius temporis pensionem , & id , in quo rem lesit , resarciat , non repetiturus , si quid impenderit , nomine meliorationis :* falla do commisso da enfyteuse ecclesiastica , e diz que não pagando o enfyteuta a pensão por dous annos , ou fazendo a cousa aforada deterior , a perca , e que pague as pênsoes que dever , e resarça tudo aquillo que tiver deteriorado , e não diz que cultive , e melhore tudo aquillo que não tiver cultivado , e melhorado ; antes sómente diz que se por acaso tiver melhorado , perca , o que nisto gastasse , sem o obrigar a melhorar , ou cultivar , ainda que elle tenha inculta a cousa que lhe foi entregue. Aquellas palavras *si quid impenderit* manifestamente mostraõ , que o melhoramento , e bemfeitorias ficaõ ao arbitrio do enfyteuta ; porque a particula condicional *si* mostra que ellas só pertencem ao senhorio , se acaso o enfyteuta as tiver feito. E reparando-se nas Novellas de que esta Authentica foi tirada , se acha o mesmo que

que tenho dito: porque se nellas se trata do contracto enfyteutico, do que ainda fallaremos, na 74. C. 3. §. 2. não obriga o Imperador o enfyteuta a melhorar, na 120. C. 1. inf. tanto o não manda tambem, que determina que aquelle, que afforar as casas ruinozas, se quizer logo no principio do contracto obrigar-se a refazellas, ou a fazellas de novo, e se quizer fazer este pacto, e ajuste no contracto, pague sómente ametade da pensão, que elle taixou a estes afforamentos: do que se vê que para o foreiro pelo contracto ficar obrigado ao melhoramento das casas, he preciso que se obrigue expressamente; pois para o fazer se lhe dá aquelle premio da deminuição da pensão. Quanto mais, que ainda que nestes afforamentos o foreiro ficasse obrigado, seria isto por hum pacto presumido em virtude da lei, mandado em beneficio dos bens da Igreja, e seria huma excepção introduzida para se não deixar fazer aos administradores dos bens Ecclesiasticos a alienação delles de outro modo: pois se vê que nestas Novellas a mente da lei he regular as alienações, que estes administradores pódem fazer destes bens: porém nem nelles o Imperador quiz que o foreiro ficasse com a obrigação de melhorar, sem

fem elle querer especialmente obrigar-se, como temos visto. Resta ver se as nossas leis tem feito alguma mudança, que as Romanas nunca fizeraõ mais do que está dito; mas primeiro responderemos ao argumento de autoridade, que se allegou.

32. Em quanto a autoridade dos Juristas, por quem o A. quer dizer que examinou a natureza da enfyteuse, por isso que diz que por elles a definio, bastaria responder que elles não foraõ Legisladores, nem Jurisconsultos em Roma; mas de tempos muito posteriores, e que por elles não he, que nos devemos guiar, mas tão sómente pelos textos, e testemunhos dos Romanos, observando os direitos, com que na enfyteuse (segundo as leis) ficava o senhorio, e o enfyteuta: porém para que melhor se veja a origem, que teve a opinião do melhoramento entre os interpretes, eu a refiro. Antes d' Accursio se derivava a palavra *emphyteusis* de *en*, e *fiscos*, *quasi in fidem data esset res in emphyteusim data*: e daqui deduziaõ, entendendo a dita authentica *qui rem* contra a mesma mente de Irnerio, que no contracto enfyteutico se entregava a cousa á fé do enfyteuta,

pa-

para a melhorar. Accurcio homem de raro engenho, e escritor digno de outro seculo, que tambem ignorava a lingua Grega, quiz emendar a derivação da palavra, e disse, que se derivava da palavra *emponema* (1): e como esta significa o melhoramento, concluiu que o contracto enfyteutico era aquelle, em que se contratava o melhoramento. (2) Alciato que mostrou, aonde estava a luz, com que Cujacio adquirio no caminho da jurisprudencia Romana huma gloria, que nem Heinecio com methodo axiomatico lhe pôde tirar, emendou o erro da derivação da palavra *emphytheusis*, (3) e disse que se derivava do verbo *ἐμψυθεω*, que significa semear, e plantar, e no sentido figurado cultivar, e melhorar, como advertio Cocceus, (4) e para emendar tambem a consequencia, que Accurcio tinha tirado daquelle engano da derivação, disse, que o direito enfyteuto era hum direito, assim como o direito *ἐμβατευτικόν*, do qual falla Ulpia-

(1) Glos. ad. Nov. 7. C. 3. §. 2.

(2) Glos. §. 3. Inst. de locat. et. cond.

(3) Lib. 1. Parerg. C. 36. 37.

(4) Exerc. 41.

piano na referida l. 3. §. 4. D. de
Reb. eorum.

33. Disto que Alciato explicou, e que até elle era ignorado, ficava o erro tirado, porque sendo o direito enfyteutico o direito de semear, e plantar, ou cultivar, e melhorar, e sendo hum direito activo do enfyteuta que elle tem no predio do senhorio, como da dita lei se vê, segue-se que o enfyteuta he senhor, e não obrigado a cultivar: pois de outra maneira o direito enfyteutico seria hum direito, ou obrigação passiva do enfyteuta, e não activo, como diz a lei. Porém como Alciato disse isto nos seus Dictos breves, e depois de o dizer, disse tambem que a enfyteuse principiára nos predios incultos, pareceo tanto a Corneu, que Alciato fazia essencial do contracto enfyteutico a obrigação de cultivar, que se resolveo a mostrar que esta obrigação não era essencial a este contracto, (1) quando pelo que tinha dito Alciato não era isto necessario; porque por elle dizer
que

(1) V. tom. 2. conf. 24. n. 2.

que só nos predios incultos se fazia o contracto enfyteutico, não se seguia que dissesse, que o enfyteuta ficava obrigado a cultivar, e melhorar; antes se devia entender, que dizia que nelle ficava o enfyteuta com direito de cultivar, e melhorar; pois elle tinha apontado, que o direito enfyteutico he hum direito activo do enfyteuta. Se o Autor assim entendera as Theses, quando dizem, que hoje entre nós só se póde constituir a enfyteuse nos predios incultos, observaria logo o que ellas queriaõ dizer. Esta opinião de Corneu, como servia para provar que a enfyteuse podia consistir nas cousas cultas, foi seguida, e os que a abraçaraõ disseraõ que a enfyteuse ainda que principiara nas terras incultas, se admittira depois nas cousas cultas: mas conservando sempre alguns a opinião da Glosa, diziaõ que estas se davaõ para o enfyteuta ser obrigado a melhorallas ainda mais do que ellas estavaõ, quando as recebia (1). Porém todos estes se esqueceraõ de que o direito enfyteutico, sendo hum direito activo, nas mes-

mas

(1) V. Hein. Obs. ad Pand. p. 3. §. 532.

cousa afforada, ou pela consolidação : o primeiro modo porque se extingue he manifesto ; pois extinguindo-se a cousa totalmente , nem pode haver dominio pleno , nem menos pleno : o segundo modo se verifica , huma vez que o enfyteuta por qualquer dos modos de adquerir adquira o dominio directo , ou o senhorio o dominio util ; porque então se extingue a divisão do dominio directo , e util , que he requisito necessario para existir a enfyteuse.

2. Tratando pois da nossa questão , e deixando a historia das leis da amortização , que principiarão a promulgar-se neste Reino , segundo diz a mesma lei , no tempo do Senhor Dom Affonso II. , a qual he hoje bem notoria , e até della ha funestas reliquias nas mesmas Decretaes , (1) na Ord. liv. 2. t. 18. pr. se estabeleceo que as Igrejas , e Ordens não podessem adquirir bens de raiz , nem a posse delles sem Real licença , á qual regra sómente se pozerão as excepções que da mesma Ordenação constão : porém como entre estas excepções se não acha a consolidação , e ella , como fica dito , vem a ser hum modo ,
ou-

(1) C. Grande de Supplend. neglig. Plalat

ou titulo de adquirir bens de raiz, he sem duvida que por esta regra os prazos Ecclesiasticos nunca podião consolidar-se ; porque seus senhorios não podião adquirir dominio util : e como se não consolidavão , erão perpetuos ; pois o dominio util existia sempre separado do dominio directo. Em consequencia disto , chegando o caso , em que a enfyteuse se devesse consolidar por via das regras do direito enfyteutico , devia-se a enfyteuse reputar , e observar a respeito della o que diremos , ficando sempre as Igrejas só com o dominio directo. Nestes termos se devia entender a Ord. liv. 2. t. 1. §. 6. , devendo-se só dizer que a consolidação , de que aqui se faz menção , era sómente aquella que fosse feita com licença Regia , a qual por isso que era feita por huma mercê , ou privilegio , não tirava a regra de serem perpetuos os prazos Ecclesiasticos ; por ser o privilegio huma excepção , e muito mais sendo excepção extraordinaria. As Cappellas , Albergarias , Confrarias , e Hospitaes ; como estão na mesma razão que as Igrejas , e Mosteiros , por serem igualmente Corpos de mão morta , também não podião consolidar o dominio util

util com o directo : e assim os prazos das heranças , de que falla a Ordenação liv. I. t. 62. §. 46. vers. *E as*, contém outra excepção da dita regra geral , a que se deduz do mandando da lei , que ahi se lê , como veremos.

3. Porém o zelo a favor dos bens das Igrejas , ou antes a opinião do tempo , não obstante tantas leis que a respeito da aquisição das Igrejas , e Mosteiros se havião promulgado , e não obstante a dita Ordenação , e os Alvarás de 1611. , e 1613. , que pelo beneficio que concedião , confirmavão a mesma Ordenação , (1) fez excogitar razões , para que os prazos Ecclesiasticos se podessem consolidar. O Senhor Dom Jozé nesta lei diz que os Jezuitas forão os que inventarão estas razões ; e que assim consta de papeis originaes , que se achão na Torre do Tombo , as quaes eu não refiro por me não ser livre vellos : porém como Pinheiro foi hum delles , talvez a razão , que elle dá , será huma dellas ; e porque a pôz em publico , he sem duvida ser a que julgou mais forte. Não allegarão elles as palavras da

(1) Colec. 1, e 2. ao d. tit. 18. n. 1.

lei que trasladou o A. : porque elles bem sabião, que assim como não sabe a lei, quem sabe sómente suas palavras sem saber a sua força, (1) tambem nada vale o argumento daquelle que só oppõe as palavras della : mas diziaõ, as Igrejas, e Mosteiros não precisaõ de licença Regia para adquirir o dominio util, quando saõ senhores directos, *quia*, saõ palavras de Pinheiro (2), *per hoc Ecclesia non acquirit simpliciter illam rem, sed solum perficit suum dominium, reducendo illud ad suum pristinum, & naturalem statum* : vem a dizer nisto, que as Igrejas, e Mosteiros, sendo senhores, quando adquirem dominio util, não adquirem *simpliciter*; mas adquirem *secundum quid*. E nestes termos tinhaõ elles, como Pinheiro dá a entender, que a Ordenação liv. 2. tit. 18. se devia entender *simpliciter*; e que assim se não oppunha aos §§. da Ord., que o A. fielmente trasladou; porque estes se deviaõ entender *secundum quid*, ou da aquisição *secundum quid*. Não ha du-
vi-

(1) L. 17. D. de Ll. (2) P. 2. de Emph. disp. 4. sect. 10. n. 202.

vida que entendida a Ordenação desta maneira, antes da lei do Senhor Dom Jozé a enfyteuse Ecclesiastica se podia dividir em perpetua, e temporaria, e que nestes termos não podia haver questaõ a este respeito, e era erro dizer o contrario, como o A. diz. (1) Esta razão, como era fundada naquella distincão *simpliciter*, & *secundum quid* daquelle systema muito venerado naquelles tempos, foi tida por indubitavel entre os Escriptores, os quaes não duvidaraõ de que os prazos Ecclesiasticos podessem ser, ou perpetuos, ou temporaes, e assim foraõ reputados pelo uso, e costume.

4. Chegou porém o tempo do Senhor Dom Jozé I., e os Sectarios da solida Filosofia, abatido o systema já mencionado, poderaõ com mais liberdade expôr os seus sentimentos, e differaõ que a Ord. do Liv. 2. tit. 18. se devia entender no sentido natural, e que mostrava a historia das leis da amortisação, e que segundo a mesma Ordenação não podia obstar a isto o uso, e costume introduzido em contrario pela opiniaõ dos D.D. (2) Mas
co-

(1) Cart. pag. 17. (2) L. 4. t. 79.

corao ainda havia alguns do outro systema, de que fiz menção, clamaraõ estes, que os Corpos de mão morta deviaõ consolidar; porque adquirindo o dominio util nos seus prazos, adquiriam *secundum quid*: e dizendo que a dita Ord. se devia entender da aquisição *simpliciter*, concluiaõ, que os prazos Ecclesiasticos podiaõ ser temporaes por poderem consolidar *secundum quid*. Eis-aqui a nossa materia reduzida a questaõ, pertendendo os de hum systema, que os prazos Ecclesiasticos fossem todos perpetuos, e os de outro que não: e isto he o mesmo que diz a These naquellas palavras: *emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum, et ad tempus, an dividi possit, olim quæri poterat*. O Senhor Dom Jozé I., vendo que a questaõ era entre pessoas de dous differentes partidos, prevenindo o que poderia acontecer, e conformando-se com o parecer dos sabios Ministros do seu Conselho, a fez terminar, mandando publicar a tua Lei; mas isto pertence á These, que se segue.

T H E S. II.

I. **N**Esta se affirma que depois da lei de 4. de Julho de 1768. todos os prazos Ecclesiasticos são perpetuos. No preambulo desta lei não só se faz o argumento, pelo qual se mostra que segundo a Ord. os prazos Ecclesiasticos não podem consolidar-se, repetindo-se para isto aquellas suas palavras: *ou por qualquer outro titulo*, na generalidade das quaes se comprehende tambem a prohibiçaõ da consolidaçaõ, por ella ser verdadeiramente hum dos modos de adquirir bens de raiz; mas tambem, como já disse, se referem os autores daquella opiniaõ, pela qual se introduzio o costume de se consolidarem os prazos Ecclesiasticos: no §. , que principia *Declaro*, manda que não tenhaõ effeito, e se hajam por nullas, e abusivas todas as consolidações preteritas, e futuras *nos prazos*, são palavras da mesma lei, *pertencentes ás Igrejas, Ordens, e Mosteiros, e quaesquer outros Corpos de mão morta*: por tanto não só por esta lei fica estabelecida a regra, que a enfyteuse Ecclesiastica nunca pode con-

so-

solidar-se ; mas tambem fica estabelecido que toda a Enfyteuse Ecclesiastica he perpetua ; porque a enfyteuse que nunca se pode consolidar, existe sempre, e o que existe sempre he perpetuo. E como esta lei naõ só prohibio para o futuro a consolidaçaõ dos ditos prazos ; mas tambem declarou que esta prohibiçaõ se devia entender já estabelecida na Ordenaçaõ , a qual a mesma lei explica , e declara no preambulo, deduzindo para isto a historia das leis da amortisaçaõ , e referindo aquelles que excogitaraõ as razões , que fizeram obscurecer a mente , e verdadeiro espirito da dita Ord. liv. 2. t. 18. , tambem devemos dizer que esta lei naõ faz huma determinaçaõ nova ; mas que taõ sómente foi huma lei declarativa da mesma Ord. A lei de 12. de Maio de 1769. , como do seu contexto manifestamente consta , naõ teve outro fim , do que tirar as duvidas que ainda depois da d. lei de 4. de Julho de 1768. se excitaraõ a respeito da declaraçaõ , que se fez na mesma lei á dita Ord. : e assim tambem esta lei he declarativa da mesma Ordenaçaõ. Donde á face destas leis devemos dizer, como na These se diz , que

to-

toda a enfyteufe Ecclesiastica hoje he perpetua ; porque cada huma destas leis não fez mais que declarar a Ordenação , na qual , lem que se possa duvidar , principalmente depois da explicação que se faz na dita de 4. de Julho de 1768 , se prohibe a consolidação ás Igrejas , e Corpos de mão morta : pois as leis declarativas nunca revogão as leis anteriores ; porque huma vez que huma lei revoga outra , já não he lei declarativa ; mas he huma lei nova. No Assento de 16. de Fevereiro 1786. se contemplou estar ainda em seu vigor esta mesma prohibição , pois se faz delle expressa menção de pessoas , e corporações que não pôdem consolidar : por tanto devemos ficar sem duvida que os prazos Ecclesiasticos não pôdem consolidar , e que são perpetuos por isso mesmo. O A. não obstante isto que se acha expresso na Ord. , e nas ditas leis , ainda em suas cartas propugna pela dita opinião , que o Senhor Dom Jozé I. quiz extinguir , a qual teimava , que as Igrejas , e Corpos de mão morta podião consolidar , e adquirir dominio util , e diz que não só antes da lei de 4. de Junho de 1768 ; mas tambem ao depois

K

del-

la as Igrejas , e Mosteiros pódem consolidar , e adquirir o dominio util das suas enfyteuses. Porém antes que eu responda aos seus argumentos , devo dizer os effeitos , que antes da dita lei devia ter produzido nos prazos Ecclesiasticos a prohibição da Ord. , depois os mostrarei declarados nestas leis , que a illustráo , para melhor se conhecer , que ellas a não alteráo.

2. A Ordenação prohibia sim ás Igrejas , e Corpos de mão morta a consolidação ; mas não lhes determinava a fórma , em que deviaõ fazer os emprazamentos : e como a liberdade fica sempre , aonde a lei a não restringe , podiaõ elles fazer prazos hereditarios , familiares , ou em vidas : porém em nenhum caso estes prazos se podiaõ consolidar ; porque a lei não fazia excepção de qualidade alguma de prazos , e aonde a lei não faz excepção , ninguém a deve fazer. Tambem a mesma Ord. não declarou , que os enfyteutas ficassem livres do commisso , e por isso elles nelle deviaõ incorrer do mesmo modo , que incorreriaõ , se as Igrejas podessem consolidar ; porque esta prohibição da consolidação era hum direito particular , de que a favor de ter-

ceis

as casas já feitas, quintas habitaveis, e terras cultivadas, estas cousas são na mente da lei, as que fazem o objecto da locação perpetua, e os contractos feitos a respeito dellas são os contractos de locação perpetua, e os que se devem regular pelas regras das locações temporaes, assim como sempre se regularão, a excepção dos privilegios que se lhe concederão, de que nós já fizemos menção. (1) Deste modo ficam as locações perpetuas reduzidas á sua origem, como a lei diz que as reduz, e assim se ficam conhecendo facilmente no Foro; porque pelas vedorias, e testemunhas, que assistirão ao contracto, se póde conhecer a qualidade da cousa sobre que elle se fez, assim como já disse a respeito da enfyteuse: e aquelle que o não poder mostrar, impute a si o não ter mandado fazer as vedorias, ou não declarar no contracto a qualidade das cousas que deu; porque a lei não favorece os negligentes. E não se pode dizer, que a lei quer sómente, que sejam contractos de locação perpetua aquelles, que forem feitos sobre cousas cultas pela mesma renda, em que estas costumavaõ andar allugadas,

(1) D. §. 1. Thef. 1. n. 19. 20.

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

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

te-

(1) Comp. §. 44. 2.

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

13. Donde a pensão na enfyteuse ainda hoje não tem termo certo, ou cota de-
 ter-

terminada pela lei, da qual não deva passar, mas depende do ajuste dos contrahentes, e sómente pelas regras geraes da enfyteuse se deve examinar, se he lesiva, ou não; pois esta lei do Senhor Dom Jozé I. expressamente manda que o contracto enfyteutico se regule por estas regras: e o mesmo se deve dizer a respeito da pensão nas locações perpetuas, a saber que ella depende do ajuste; e se houver duvida, se he, ou não lesiva, esta se deve tirar pelas regras da locação, segundo manda a mesma lei, que são regras de diferente natureza das da enfyteuse, assim como tambem, os contractos são de diferente natureza, do que depois do Imperador Zeno se não pode duvidar; podemos ver outro §.

T H E S E S

Defendidas na Faculdade de Canones.

§ 4.

DEpois de se dizer neste §. que a enfyteuse he hum contracto consensual, e que tambem se pode cons-

O

ti-

tituir por hum legado , deixando-se a
alguem o dominio util de huma cousa,
que possa ser objecto da enfyteuse , no
que não pode haver duvida , affirma-se
1^o. que o legado da enfyteute cede
logo depois da morte do testador ;
2^o. que os senhorios tem pela nossa
Jurisprudencia tacita hypotheca na en-
fyteuse para a segurança das suas pen-
sões ; 3^o. que os successores da enfy-
teute estão obrigados ás pensões que
ficarão devendo seus antecessores ; 4^o.
que a escolha he do enfyteuta , quan-
do no prazo estiver constituida a pen-
saõ alternativamente sem haver decla-
ração alguma a respeito della : por ex-
emplo , se a pensaõ estiver constitui-
da desta maneira : *pagará huma gali-
nha , ou seis vinteis por ella* , o en-
fyteuta poderá escolher , e pagar qual
destas cousas quizer.

T H E S. I.

1. **P**Ara se provar , que se não
poderá mostrar , que o le-
gado da enfyteuse não cede logo de-
pois da morte do testador , segundo se
diz nesta These , será sufficiente mos-
trar que este legado não he condicio-
nal ;

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

2. Papiniano tratando das condições, que provem da natureza da coula, e não da determinaçaõ do testador, ou

O ii

do

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

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

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

ros do mesmo legatario; porque mais he isto huma demora, que huma condiçãõ posta ao legatario: estas saõ as suas palavras, *si rem dotalem maritus legaverit extero, & uxori aliquam pro dotali re pecuniam: deinde, deliberante uxore de electione dotis, decesserit legatarius, atque legatum elegerit mulier, ad heredem transire legatum dictum est, idque, & Julianus respondit: magis enim mora, quam conditio legato injecta videtur.* (1)

Este legado da cousa dotal he contingente, e dependente da escolha desta mulher, de ella querer aceitar a quantia de dinheiro, que o marido lhe deixou, e com tudo naõ he condicional, por isso que esta condiçãõ he da natureza da cousa; e provem da liberdade que a mulher tem de querer, ou naõ aceitar aquella quantia: do mesmo modo pois devemos dizer a respeito do legado da enfyteuse; porque aquella condiçãõ, *se o legatario quizer aceitar a obrigaçãõ da pensãõ*, provem da natureza da cousa; pois naõ pode subsistir a enfyteuse sem ella. Mas ainda

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

da que não fosse da natureza da enfy-
teuse a necessidade de se pagar certa
penção em reconhecimento do dominio
directo, assim mesmo o legado da en-
fyteuse não seria condicional, por isso
sómente que o testador neste legado
impozesse a obrigação ao legatario de
pagar certa penção, se elle não possesse
este onus por modo de condição, assim
como não são condicionaes os legados
que são deixados com certo modo, os
quaes cedem logo depois da morte do
testador, (1) não obstante terem a taci-
ta condição, *se o legatario se quizer
obrigar*, e ser o legatario obrigado a
dar caução de satisfazer ao modo, se
houver quem tenha interesse, em que
elle o satisfaça. (2) Tambem quando
ao legatario se manda pagar outro le-
gado, ou fideicommisso, este legado
involve a condição tacita, *se o legata-
rio quizer obrigar-se a pagar o lega-
do, ou fideicommisso*, que lhe he im-
posto, e com tudo nenhum J. C., ou
Jurista disse já mais, que similhante
legado era condicional, e que não ce-
dia

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

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

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

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

(1) Cart. p. 44.

poder continuar as minas , não he necessario recorrer a conjecturas : porque o senhorio , quando lhe dá a enfyteuse , dá-lhe todos os produções do predio , e tudo quanto nelle se fórma , e lhe accresce , e até os mesmos thesouros , que são accessorios , que nem nascem , nem são formados nelle : e como os metaes , e pedras , ainda que não renasçam , são cousas formadas no predio (o que na mesma hypothese da questão se diz) he evidente que o senhorio lhe deu estas pedras , e metaes , por isso mesmo que lhe deu a enfyteuse : e conseguintemente ou o senhorio tenha aberto as minas , ou as conserve sem as abrir , o enfyteuta as póde continuar , ou instituir de novo , se as não houver , e extrahir a pedra , ou os metaes ; porque extraher , o que o senhorio lhe deu pelo contracto. Em quanto ao que diz , que o senhorio , quando abriu as minas , e tirou as pedras que não renascem , fez consistir nellas huma das utilidades do predio , he outra hypothese contra a mesma hypothese da questão : por quanto dizendo-se , que para os metaes , e pedras , que não renascem , serem utilidade , que o predio produza , he necessario que o senhorio nellas faça con-

fistir a utilidade delle , nega-se que ellas nasçaõ no predio ; porque tudo o que nasce de alguma cousa , se tem valor , e estimaçaõ , he a utilidade , que ella produz , e na hypothese da questaõ confessa-se , que ellas nascem do predio , por isso mesmo que se diz , pedras que naõ renascem.

6. O que na These se affirma , deduzio-se do principio , que se contém nestas suas palavras : *emphyteusi constituta , ad emphyteutam omnis rei utilitas pertinet* : o A. naõ nega a verdade delle , mas diz : „ Naõ se pôdem dizer as di-
 „ tas minas utilidade do predio , quan-
 „ do nem ellas renascem , nem o fe-
 „ nhorio se servia dellas : porque en-
 „ taõ ellas saõ , as que constituem o
 „ predio , e naõ saõ sómente a utilida-
 „ de delle. Por isso o enfyteuta naõ pó-
 „ de dispôr dellas , assim como naõ pó-
 „ de dispôr da substancia da cousa. „
 Hum predio , que consiste em pedras , que afforamento ! Hum predio , cuja substancia saõ metaes , se se pozesse a lanços este foro , quem poderia ficar com este prazo ! Mas he verdade , o A. diz que o enfyteuta naõ poderá dispôr delle , nem tirar hum graõ só de metal. Os metaes (deixemos estes pra-
 zos)

zos) e as pedras são corpos , que se fórmaõ na terra : e como o que nella se fórma , não he depois de creado a mesma terra ; mas producto seu , e os productos da terra são , se elles tem estimação , e valor , fructos , e utilidade do predio , fica evidente que o principio proposto na These he sufficiente , para demonstrar , o que ella affirma : pois não se póde negar , que toda a utilidade , que provém do predio afforado pertence para o enfyteuta. Ulpiano , e os mais Jurisconsultos Romanos , porque os metaes , e as pedras são cousas , que se extrahem da terra , diziaõ que o usufructuario podia instituir novas minas , e cortar as pedras , ainda que o proprietario , ou o antigo senhor do predio nunca o tivesse feito , sem fazerem distincção de pedras , que renascem , a pedras , que não renascem , a qual elles rejeitaraõ : e como o enfyteuta tem maiores direitos , que o usufructuario , ainda que não temos noticia do que elles disseraõ a seu respeito , podemos sem duvida dizer que elle póde , como sempre se usou , tirar os metaes , e as pedras , que não renascem , ainda que o senhorio nunca o fizesse.

F I M.

TABOIA DAS ERRATAS.

Pag. Linhas	Erros.	Lea-se Emendas.
P. 10. l. 26.	Supplicationontis	Supplicationis
P. 12. l. 2.	consensus	consensum
P. 23. l. 19.	conceauntur	conceduntur
P. 26. l. 13.	uteis	mais uteis
P. 34. l. 1.	naõ pode	naõ se pode
P. 36. l. 6.	Jurisprodencia	Jurisprudencia
Ibidem l. 27.	os outros ,	entre os outros
P. 45. l. 18.	alenações	alienações
Ibid. nota (1) ar. gdisert.		agr. disert.
P. 48. l.	pen. Redublica	Républica
P. 49. l. 9.	dipreito	direito
P. 80. l. 19.	Ingar	lugar
P. 98. l. 9.	declaraõ	declararaõ
P. 105. l. 18.	defizefsem	desfizefsem
P. 132. l. 17.	convenientes	convincentes
P. 133. l. 22.	definido	definindo
P. 139. l. 4.	a que ,	a qual
P. 158. l. 23.	consolidar	considerar
P. 160. l. 4.	aquelles	naquelles
P. 163. l. 21.	on	ou
P. 168. l. 12.	tuil	util
P. 170. l. 27.	recepção	accepção
P. 179. l. 21.	entres	entre
P. 187. l. 20.	nollas	nelles
P. 190. l. 4.	terrias	terrenos.
P. 191. l. 19.	dispute	disputa
P. 193. l. 17.	de contracto	do contracto
P. 195. l. 4.	en outra	em outra
Ibid. l. 23.	á declaraçaõ	á sua declaraçaõ
P. 207. l. 8.	ficarao	ficariaõ
P. 213. l. 3.	legatario	Legado
P. 221. l. 2.	seguinte	seguintes

P.

P.230.l. 12. do foro	no Foro
P.233.l. 15. segundo	segundo
P.239. nota (2). p. 65.	63
P.250.l. 1. com regras	como regras
P.254.l. 3. declara	declarar
P.259.l. 28. e não	naõ
P.269. nota (1) D. 1.	d.
P.271.l. 4. 10. 10.	10.
Ibid. l. 18. affirma	affirma
Ibid. l. 26. licen	licença
P.272.l. 1. pore	porem
Ibid. l. 8. Jurisprudenci	Jurisprudencia
P.273.l. 25. de 1768	1786
P.282.l. 18. (1)	(1) P. 68.
P.285. nota (1) D.	disp. 4. n. 130.
P.294.l. 2. em	tem
P.295.l. 17. doar	doar, ou dotar sem licença do senhorio
P.296.l. 19. deste	destes
P.307.l. 26. lavras	palavras
Ibid. nota (1) edicto	edicto
P.316.l. 16. vender	vende
P.317.l. 5. tacimente	tacitamente
P.322.l. 4. 1789	1769.
P.325.l. 28. paracer	pertence
P.336.l. 28. emporaria	temporaria
Ibid. l. 29. em	tem
Ibid. l. 30. perpeua	perpetua

Foi taixado este Livro em papel a
quatro centos, e quarenta réis. Meza
25. de Fevereiro de 1791.

Com tres Rúbricas.

2/

