

llb

N 12-405

nov 8<sup>o</sup>

2 sep H-A  
7  
5

Sala	e
Gab.	
Est.	4
Tab.	10
N.º	

TO

00

H-A  
7  
5

Sala	e
Gab.	4
Est.	11
Tab.	
N.º	

*livro a 1000*

DEFESA  
DAS  
THESES

DE  
DIREITO ENFYTEUTICO,  
QUE SE DEFENDERÃO NO ANNO DE 1789

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)*

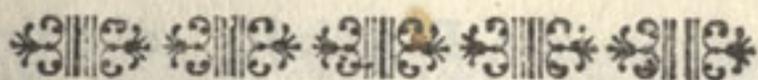
A  
7  
5

Com que se remette este papel

CAR T A

A

me tem instruido, não sendo o  
obrigar-se a expor os resultados das  
Thezes de direito Fysico-mathematico, que no  
anno proximo passado se defendeu na  
Universidade de Coimbra, e como se  
quizes se elevarem tres cartas immo-  
ladas a respeito das Thezes de direito  
Fysico-mathematico de V. m. não se conhece  
leis d'ambas, que recomende a  
no anexo se fazem thezes de direito  
no porte, porque o direito e epistola  
seu Autor, que sou eu o Doctor da  
elle nelleis, não me conhece  
ambas obrigação, V. m. que  
Estados, e pratica da Universidade  
os leaes de direito, e Fysico-mathematico  
Concluzes de direito, e de Fysico-mathematico  
prestes, e de direito, e de Fysico-mathematico  
tes, as estatutos, e de direito, e de Fysico-mathematico  
doem preterito, e de direito, e de Fysico-mathematico  
e nelleis de direito, e de Fysico-mathematico



## C A R T A

*Com que se remetteo este papel.*

**A**S 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 semelhante 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 derão, 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 proximo 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 fè , 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  
dille 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.

**D**OMINIUM 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

*ex natura sua individuum, bonæ fidei, nominatumque contractum* aliquando dici solet: nos autem ea verba, *ut ipse eam colat* a definitione rejicienda, & ex natura sua, licet morte Emphyteutæ, seu familiæ exerciscundæ judicio per aestimationem tantum dividi possit, individuum non esse ostendemus: illud vero: *bonæ fidei, nominatumque contractum*, Romanismum esse demonstrabimus.

## II.

Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum, & ad tempus an dividi possit, olim quæri poterat: hodie vero ex lege die 4. Quintilis C1210CCLXVIII. lata non recte sub hac divisione comprehenditur: omnis enim Ecclesiastica Emphyteusis hac lege perpetua est. Unde illa tacitæ nominationis regula = collaterales usque ad 4. gradum eo ordine, ac Descendentes, & Ascendentes tacite nominatos intelligi debere = in Emphyteusi Ecclesiastica locum non habet, quemadmodum á Supplicationis Senatu interpretatum fuit.

## III.

Jure Romano olim, & nostro quoque

que jure, an in prædiis cultis, ædibusque Emphyteusis constitui possit, quaeri adhuc poterat: hodie vero falsum est in iis etiam constitui posse: lege CLOCCCLXXVI. lata, licet ex Emphyteusi adjecta pacta servari debeant, locatio tantum constituitur. Unde illa regula, canonem fructus, quibus res locari solebat, exæquare non debere, rejicienda, & aliâ regula pensio mensuranda est.

## IV.

Emphyteusim contractum esse consensualem, legatoque constitui posse, Interpretum omnium sententia est, sed demonstrari minime poterit Emphyteuseos legatum á morte testatoris non cedere, Dominumque directum pro pensione tacitam hypothecam non habere, & successorem Emphyteuseos nullatenus obstringi, ut pensiones ab antecessoribus non solutas Domino præstet: æqualiter haud etiam demonstrabitur Domini directi electionem esse, cum alternative pensio sine aliqua declaratione constituitur, veluti *Huma galinha, ou hum tostão por ella*: quippe Emphyteutæ erit.

## V.

In alienatione Emphyteuseos voluntaria Domini directi consensus opus esse constans res est, sed verum non est, si in personam certam Dominus consentiat, ipsi tantum Emphyteutam jus suum tradere posse: quemadmodum verum non est, inconsulto Domino, Emphyteuseos nominationis donationem fieri, dotemque constitui posse, & ex venditione vi pacti de retro vendendo facta laudemium non deberi.

## VI.

Si in Emphyteusi seculari renovationis pactum adjectum non est, vel ex contrahentium verbis non deducitur, ibi tantum tacite inesse, ubi regionis consuetudo id suaserit, notum est; sed in Emphyteusi Ecclesiastica ex lege lata die 12. Maii CIOCCCLXIX. hæc regula jure merito non admittitur; intra enim annum, & diem a Domino directo semper est renovanda. Unde necessarium non est, ut intra annum petatur Emphyteuseos renovatio; quippe si est Ecclesiastica, sub confiscationis pæna Do-

Dominus tenetur; si vero secularis, & renovatio debetur, jus, quod ex pacto, five expresso, five tacito oritur, nostris legibus nulla anni præscriptione amittitur.

## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Leis,*

Por

*Manoel Correa da Fonseca.*

*A 23 de Junho.*

### I.

**J**ure Romano olim, nuperque nostrò etiam Jure, an in prædiis cultis, ædificiisque Emphyteusis constitui possit, dubitari poterat: hodie verò ex L. Josephi I. lata IV. Quintilis anno 1776. in his prædiis, ædificiis que, licet ex Emphyteusi pacta conventioni adjecta servari debeant, ea tamen constitui nequit.

### II.

Rei culturam ad Emphyteuseos contractus essentiam pertinere vulgo ex legi-

gi-

gibus nostris novissimè colligunt : sed de hac re nihil in eis statutum est, ut olim, & hodie ad hujus contractus essentiam rei cultura minime pertinet.

## III.

Inter alios modos, quibus Emphyteusis constitui potest, legatum etiam numerandum esse confitemur, sed cum hoc modo constituitur, a morte testatoris legatum non cedere falsum esse judicamus.

## IV.

Solent aliquando alternativam pensionem Domini directi petere in hunc modum, *hum alqueire de trigo, ou tres tostões* : hoc, ubi contigerit, Emphyteutæ, non Domini directi, electio erit.

## V.

Emphyteusi constituta, ad Emphyteutam omnis rei utilitas pertinet : igitur metalli-fodinas jure non inhibitas, vel lapidicinas lapidum haud renascentium ipse aperire poterit, licet Dominus directus ipsas antea non instituisset.

## VI.

## VI.

In Emphyteuseos voluntaria alienatione hujus Regni leges Domini directi consensum necessarium esse declarant: sed hinc quæri potest, si in personam certam ipse consentiat, an huic tantum Emphyteuta jus suum tradere possit? At veró cum Domini tantum sit eas personas, quæ illi aliquod detrimentum afferre possunt, excludere, eligere minime poterit, cui alienatio fieri debeat.

THESES

*Defendidas na Faculdade de Leis,*

*Por*

*Manoel Jozé Vaz Leitão*

*A 2. de Julho.*

I.

**S**I rei Emphyteuticæ venditioni tale fuerit pactum adjectum, ut prætio oblato intra certum tempus res iterum vendatur, quia hic ( si oblatum fuerit ) duæ sunt venditiones, bis laudemium deberi judicamus. VIII.

II.

Cum vero ita partes conveniunt, ut intra certum tempus, prætio oblato, nulla sit venditio, unum tantum laudemium deberi dicimus. IX.

## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Cânones.*

## §. I.

**J**untarão-se nos §§. deste Artigo Thefes diferentes entre si; mas eu as devo separar, e tratallas do mesmo modo. Neste se affirma que alguns dizem: a Enfyteuse he *Dominium utile rei alicui in perpetuum, vel ad tempus non modicum traditum ea lege, ut ipse eam colat, canonemque in recognitionem domini præstet*, he *ex natura sua individua*, e o contracto enfyteutico contracto nominado, e de boa fé. E promette-se mostrar 1<sup>o</sup>. que da definição da enfyteuse, que elles dão, se devem excluir aquellas palavras: *ut ipse eam colat*, 2<sup>o</sup>. que a enfyteuse não he *ex natura sua individua*, 3<sup>o</sup>. que commetterão hum Romanismo, os que chamarão ao contracto enfyteutico contracto nominado, e de boa fé.

Que alguns deste modo definem a enfyteuse, o mesmo A. o confessa, e tambem dá a entender, (a) que

B

são

---

(a) L. 18.

são muitos os que entre nós dizem , que a enfyteuse he *ex natura sua individua* : e como se não pôde negar , que tem sido muitos os que tem dito , que o contracto enfyteutico he de boa fé , e nominado , sem fazer differença do direito Romano ao nosso , será desnecessario provar o affirmado no §. , devo passar ao que se prometteo mostrar.

## T H E S. I.

I. **A** Quellas palavras , *ut ipse eam colat* , devem ser excluidas da definição , não só negando-se que o enfyteuta he obrigado a cultivar , e melhorar a enfyteuse , mas tambem querendo-se afirmar isto mesmo. Attendendo ao que o A. com muitos escreve nos Elementos , (b) fica isto mostrado ; porque neste lugar elle não inclue na substancia do contracto enfyteutico a obrigação de cultivar , e melhorar : eis-aqui suas palavras , *illius ( patet ) substantiam exigere , ut dominium utile promi-*

*mittatur pro annuo canone in recognitionem domini præstando* : e como da substancia da enfyteuse não he, o que não he da substancia do contracto enfyteutico , pelo mesmo axioma do A. se deve dizer , que da substancia da enfyteuse não he a obrigação de cultivar , e melhorar : e consequentemente não se devem incluir na definição della aquellas palavras : *ut ipse eam colat* , que significação aquella obrigação ; porque segundo as regras da Filosofia Racional não se deve fazer a definição , senão pelas notas essenciaes da cousa definida.

2. Nem se poderá dizer , que se define á maneira dos Jurisconsultos , que o mais das vezes definem pelas relações essenciaes do definido ; porque estas definições são verdadeiras descrições , e o A. até agora não quiz dar á sua semelhante nome. Tambem não póde valer a necessidade allegada de usar daquellas palavras , e incluir na definição o fim que elle suppõe na enfyteuse , para deduzir da mesma definição as obrigações , a que tambem suppôz

o enfyteuta obrigado : por quanto o fim das cousas conhece-se pelas relações essenciaes dellas : e por conseguinte deve manifestar-se por huma deducção feita depois de declarada a essencia da cousa na definição. O mesmo A. tinha a quem imittasse : e de outra maneira se não achou na enfyteuse huma nota essencial , que tivesse relação com o fim que elle suppôz , devia só dizer que tinha feito huma descripção.

3. Tambem pela regra , que exclue da definição as palavras duvidosas , devem estas : *ut ipse eam colat* , ser excluidas : porque as palavras *cultivar* , e *melhorar* , que correspondem a palavra *colere* , tem huma significação incerta , e indefinida , e pôdem-se tomar , ou por hum melhoramento continuo , de sorte que o enfyteuta seja obrigado a cultivar , e melhorar sempre cada vez mais , ou por hum melhoramento indefenido , em que o enfyteuta pôde satisfazer com hum melhoramento insignificante ; ou em fim se pôdem tomar por hum melhoramento , e cultura com termo certo : por exemplo o melhoramento , e a cultura do costume do districto ,  
ou

ou o que for determinado a arbitrio de bom Varão : e como pódem ter todas estas accepções , he evidente que precisão de nova declaração , o que he contra as regras de definir.

4. Nas cartas o A. , fallando da enfyteuse dos predios cultos , parece entendellas a respeito do melhoramento continuo; pois diz: *porque da natureza destes he melhorarem-se , e fazerem-se cada vez mais cultos.* Porém quem havia de dizer que o A. admittia nos predios , e propriedades o melhoramento continuo ! E que fazia objecto de hum contracto a obrigação de melhorar continuamente , e de cultivar sempre cada vez mais , quando este melhoramento continuo vem a ser huma cousa infinita , que não pode ser objecto de huma obrigação ! Tomando-as no sentido que he mais natural ao modo , com que estão escritas : a saber , significando huma cultura , e melhoramento indeterminado , e indefinido , tambem não podem ser objecto de obrigação: porque vem a ser huma obrigação semelhante á do genero , e o enfyteuta poderia satisfazer com huma cultura , e melhoramento insignificante ,

e igual a nada ; pois já cultiva , e melhora aquelle , que faz mudar o estado , e fórma da cousa o valor de hum feitel , ou ainda menos. Tomando-as significando hum melhoramento determinado , tambem he evidente que he necessaria nova declaração , para se saber , se se falla do melhoramento do costume , ou se do que ha de ser determinado a arbitrio de bom Varão. E não he necessario considerar mais , para se mostrar que a definição do A. precisa de segunda , para se determinar , e esclarecer o sentido das palavras , que ella contem : *ut ipse eam colat.*

5. Em quanto ao que o mesmo A. diz , que os melhores Juristas assim tem definido a enfyteuse , não he preciso responder : porque não se deve definir segundo o exemplo , e autoridade dos outros : mas tão somente pelas regras da boa Logica , depois de hum exame rigoroso sobre a natureza da cousa , que se ha de definir. Esses mesmos Escriitores , ainda ue parecem fazer huma definição , com tudo da sua mente não foi , senão fazer huma descripção.

O A. autoriza-se com a definição de Cujacio a L. 1. D. de *Aquarum vel ammitt. poss.*; mas devia lembrar-se, que elle he inconstante no modo de definir a enfyteuse. A duvida, em que elle estava a este respeito, vê-se Tom. 6. C. 1020. Ed. de Nap. Aqui fallando ao Liv. 3. Decret. tit. 13., *Emphyteusis* (diz elle) *est contractus, quo dominus fundi deserti, & squalidi, & non admodum fructuosi, usum, & usumfructum alteri concedit, quem sua industria percipere poterat, inserendo, plantando, arando polliendo ea lege, ut pro eo pendat vectigal certum, e logo diz, vel sic, emphyteusis est contractus, quo fructus fundi, quem quis excolit, conceduntur a domino ea lege, ut, si eum nondum excoluit, excolat, praestito quotannis certo canone.* Estas definições tem entre si a differença a respeito da cultura, que he manifesta. A mesma referida pelo A. á primeira face parece que impõe esta obrigação ao enfyteuta; mas reflectindo-se nella, mais parece que Cujacio de similhante obrigação se não lembrou: eis-aqui suas palavras, *Jus emphyteuticum, est jus quoddam condi-*  
*etio-*

*Etionis , quo fit , ut non dominus a domino praedium habeat , & colat sub vestigali certo.* Cujacio põe debaixo da palavra *a domino* o direito do enfyteuta , e a obrigação do senhorio , e pelo contrario debaixo da particula *sub* a obrigação essencial do enfyteuta , e o direito do senhorio : mas debaixo da palavra *a domino* estão as palavras , *ut praedium habeat , & colat* : logo não diz que he da obrigação do enfyteuta , o que ellas significam ; mas sim o direito que lhe pertence : e consequentemente quer dizer que ao enfyteuta pertence o ser senhor do predio , e de o cultivar , e que isto he o senhorio obrigado a conceder-lhe. E como debaixo da particula *sub* tão somente se achão as palavras *vestigali certo* , vem Cujacio a dizer , que o enfyteuta somente está obrigado ao canon , ou pensão. Em fim eu penso , que todas as palavras de Cujacio se podem muito bem assim traduzir = O direito enfyteutico he hum certo direito de condição , pelo qual se faz que aquelle , que não he senhor , tenha do que he senhor a faculdade de ter , e cultivar o predio com obri-

obrigação de certa pensão. Porém se o A não quizer isto, seja como elle quizer, que como já disse as definições não se devem fazer por autoridade; mas sim, como mandão as regras da boa Dialectica: e assim fica demonstrado que independente-mente da questão, se o enfyteuta he obrigado a cultivar, ou não, se devem excluir da definição aquellas palavras, e o Repetente não teria obrigação de responder a ella; mas eu não duvido tratalla.

6. O A. porque nos Elementos es-D.Nat. tabeleceo entre os axiomas, que ahi refere, que o enfyteuta era obrigado a cultivar, e melhorar a enfyteuse, para mostrar a evidencia do seu axioma recorre 1<sup>o</sup>. á authoridade dos Escri-tores de direito Natural: 2<sup>o</sup>. a ori-gem da enfyteuse entre os Romanos 3<sup>o</sup>. a L. 2. , e 3. C. de *Jur. Em-phyt.*, 4<sup>o</sup>. á Lei de 4. de Julho de 1776.: 5<sup>o</sup>. aos sentimentos communs, que manda procurar entre os senho-rios: e a isto accrescenta varias per-guntas, admirações, e exclamações. Eu devo confessar que se a questão se houvesse de decidir por votos, e estes se houvessem de numerar, sem se  
po-

ponderarem , se não podia duvidar do axioma do A. : porem como desta materia tem tractado tanta gente , he de desconfiar , que isto não tenha a evidencia de axioma. Por tanto eu a considerarei primeiramente por direito Natural , e depois observarei , se as leis Romanas e as nossas seguiram o mesmo , e tambem responderei aos fundamentos do A.

7. Cultivar , e melhorar as propriedades todos concordão , que não he outra cousa mais que dar-lhes huma nova forma que as faça uteis : em huma palavra que he hum meio de tirar dellas a maior utilidade , e ninguem duvida desta significação. Igualmente todos convem que por direito Natural mesmo he da essencia do contracto enfiteutico o ser do enfiteuta , e pertencer-lhe o dominio util da cousa afforada , e que só por via de huma nova convenção lhe pode ser restricto , ou dividido , e que nunca lhe pode ser tirado de todo ; porque seria isto mudar de contracto : mas como o dominio util consiste principalmente no direito , e faculdade de perceber toda a utilidade da cousa afforada , vem a ser huma consequencia legitima destes principios , que o direito de receber toda a utilidade da enfyteu-  
se

se he todo do enfyteuta, e que sómente lhe pode ser restricto, ou dividido por huma convenção adjecta; mas que nunca lhe pode ser de todo tirado, sem se mudar a natureza do contracto. Tambem todos confessão, que como qualquer he senhor do fim, o he tambem dos meios para elle necessarios, e que são iguaes entre si o direito do fim, e o dos meios: por tanto assim como concordão, que o cultivar, e melhorar as propriedades he o meio de procurar a sua maior utilidade, tambem devem confessar que o direito, e faculdade de cultivar, e melhorar as cousas affectadas he por virtude do contracto enfyteutico todo do enfyteuta. E porque, obrigando-se o enfyteuta ao senhorio a cultivar, e melhorar a enfyteuse, perde este direito, e cede da liberdade que compete ao senhor, tambem devem dizer que da natureza do contracto enfyteutico não he, que o enfyteuta fique obrigado a cultivar, e melhorar sem novo ajuste.

8. De mais, a obrigação de cultivar, e melhorar, como consiste *in faciendo*, he huma obrigação *facti*: mas como he da natureza destas obrigações por direito Natural mesmo, que o estipulan-

te possa ceder do seu direito, excluir o promittente, e fazer, ou mandar fazer a mesma cousa a outrem, e só he obrigado a pagar o interesse, que o promittente tinha em fazer o que ajustou, o senhorio poderá ir por si mesmo cultivar, e melhorar a cousa afforada, ou mandar fazer isto a outrem, e excluir o enfyteuta, se quizer, e sómente será obrigado a pagar-lhe o interesse, que elle tinha em fer elle mesmo o cultivador, e melhorador. Porém isto nem o A. o poderá conceder, visto o que escreve nos Elementos §. 57. aonde diz que o senhorio não pode impedir o enfyteuta do uio do seu direito, e no §. 34. diz que he obrigado a entregar-lhe a cousa afforada: por consequencia deve tambem confessar, que da natureza do contracto enfyteutico não he, que o enfyteuta fique obrigado a cultivar, e melhorar; mas que he necessario para isto outra convenção. Não menos he notorio, que por isso que o cultivar, e melhorar consiste *in faciendo* esta obrigação he huma obrigação de obras: mas estas obrigações são objecto do contracto da locação, e da locação diferente da das cousas, isto he, de hum contracto muito differente, e de outra

na-

natureza diversa do contracto enfyτευtico : conseguintemente não se pode dizer , que feito este contracto se julga contrahida a obrigação de cultivar ; porque só em cada contracto se pode julgar contrahido aquillo que he de sua materia , e não o que he da materia de outro contracto differente , e só se poderá dizer , que se contrahio esta obrigação , quando houver alguma declaração a este respeito.

9. Ultimamente, todos conhecem que os modos de adquirir não forão inventados, senão para procurar, e haver o interesse, e as obrigações não podem ter outro fim, senão o interesse, e utilidade daquelle, para quem ellas se contrahem; ou daquelle, em cuja utilidade o estipulante tambem he interessado. Mas agora pergunto eu, que interesse terá o senhorio, em que o enfyτευta cultive, em quanto dura o contracto, que não he restricto? O mesmo A. ha de dizer que nenhum; porque nos Elementos escreve, que toda a utilidade da cousa afforada pertence ao enfyτευta, (c) no que unanimamente todos convem: pois senão tem interesse, he evidente que não pode subsistir similhan-

te

te obrigação , em quanto dura o contracto ; porque nenhuma pode subsistir sem o seu fim. E como da natureza do contracto enfyteutico he o ser perpetuo , tambem devemos dizer que da natureza deste contracto he , que o enfyteuta perpetuamente não fique obrigado a cultivar , e melhorar , se não houver huma declaração , e ajuste a este respeito. Lembrão alguns que a cultura aumenta os laudemios : porém ainda que os senhorios possão receber esta utilidade , comtudo como a não recebem , se não em consequência da venda , e a esta não he obrigado o enfyteuta , não pode nascer daqui a obrigação de cultivar , e melhorar ; pois de outra maneira haveria obrigação para o consequente , sem a haver para o antecedente.

10. Não obsta o que dizem , que os senhorios , quando concedem o dominio util por tão pequena quantia , qual he a de pensão enfyteutica , não podem ter outro designio , senão que a cousa se cultive , e melhore : por quanto alem delles não serem tão parcós a este respeito , como se suppõe , não se pode tal considerar ; mas antes  
de-

devemos dizer, que se a naõ poseraõ maior foi, porque o enfyteuta a naõ quiz de outra maneira aceitar, ou que hum, ou outro quiz ser mais liberal. Porque dizer-se que o senhorio fez a pensão pequena em attenção aos gastos da cultura, e melhoramento da cousa, he o mesmo que dizer que elle considerou, e representou na sua mente a cousa culta, e melhorada, e que calculou a pensãõ, que lhe correspondia neste estado culto, ou ao seu rendimento, e que desta pensãõ diminuiu o correspondente ao necessario para a despeza, que o melhoramento pedia: por exemplo vio elle, que á cousa melhorada correspondia, e pôdia bem soffrer neste estado, ou em razão de seu rendimento, ou em razão della mesmo a pensão de cem mil reis; mas que para ella chegar a este estado, era preciso gastarem-se quatro mil cruzados, descontou oitenta, que correspondem aos quatro mil cruzados, e pôz a pensão de vinte. Porém como estes vinte, porisso que são o resto daquelles cem, são postos ao mesmo que elles foram, esta pequena pensão vem a ser posta em correspondencia, ou da cousa mesmo,

ou

ou do seu rendimento : e por conseguinte quando se diz que o senhorio fez a pensão pequena em attenção aos gastos da cultura , e melhoramento , vem a dizer-se , que se não fez hum contracto enfyteutico ; porque neste a pensão não he em attenção a cousa mesmo , nem ao seu rendimento ; mas tão sómente em reconhecimento do dominio directo , que fica ao senhorio. Donde fica sem duvida , que no contracto enfyteutico nunca o senhorio faz a pensão pequena por este respeito ; mas tão sómente porque a não pode achar maior , ou a não quer procurar , e não se pode concluir outra cousa deste argumento : pois huma vez que se provar, que a pensão se fez pequena para descontar os gastos da cultura , e melhoramento , já o contracto muda de natureza , e não he enfyteuse ; mas sim locação , ou censo.

II. Nem se diga tambem que o senhorio não quer a cousa cultivada , em quanto o enfyteuta a possuiue ; mas que quer que ella , quando voltar para a sua mão , venha culta , e melhorada , que esta foi a sua mente , e que a isto se deve julgar obrigado o enfyteuta. Por quanto além de por este ar-

gu.

gumento se confessar que o enfyteuta ; em quanto possue a couza afforada , não he obrigado a cultivar contra o axioma do A., tambem se não pode dizer que o senhorio teve este designio : porque se segundo a natureza do contracto o intento do senhorio não he , como no argumento se diz , que o enfyteuta , ou seus successores cultivem a couza afforada , em quanto a possuem , tambem o não he , que a cultivem em tempo algum ; pois elle no contracto claramente mostra que o seu intento he , que o enfyteuta , e seus successores a possuão perpetuamente , e até estipula que nunca poderão largar a enfyteuse contra sua vontade , e a isto fica o enfyteuta obrigado Em huma palavra como da natureza deste contracto he o ser perpetuo , da natureza delle tambem he que o enfyteuta possua perpetuamente: e se elle em quanto tem direito de possuir , não he obrigado a cultivar , como no argumento se confessa , não he obrigado a cultivar perpetuamente , que he o mesmo que dizer , que nunca he obrigado a cultivar , e melhorar. He sim da natureza do mesmo contracto que o enfyteuta não peca a enfyteuse , se não pela pena do commissso ; mas he evidente que desta pe-

na não pode deduzir esta obrigação : porque ella não faz mais que tirar ao enfyteuta os seus direiros activos , e elle para satisfazer a ella , lhe basta não impedir o senhorio no seu direito , e não he obrigado a prestar mais. Sei mais que este contracto de perpetuo se pode fazer temporario por tres vidas por exemplo , por quatro , ou por mais , segundo se ajustar , e declarar-se que acabadas ellas volte para o senhorio a cousa afforada : porém isto não se faz , senão por via de huma declaração , ou pacto , e d'elle não se deduz esta obrigação de cultivar ; porque se não pode extender a mais do que elle declara , por ser huma excepção , ou limitação do direito do enfyteuta ; e de mais seria dizer que para esta obrigação era necessario haver huma declaração , assim como para haver esta limitação he preciso havella.

12. Tambem não pode obstar, o que se costuma dizer que he precito que o enfyteuta cultive o prazo ; porque as propriedades , se se não cultivão , se deterioraõ : argumento de que parece usa o A. por elcrever aquelles verios referidos por Heinecio. (1)

Affi-

---

(1) Obser. T. P. ad Pand. p. 3. §. 332.

*Affiduo si non tellus renovetur aratro,  
Nil nisi cum spinis gramen habebit ager.*

Sepola persuadio-se deste argumento:  
(1) mas já Aurelio Corboio respondeo  
(2), que sómente podia ter lugar, e ve-  
riñicar-se isto na enfyteuse das cousas cul-  
tas; porque o enfyteuta he obrigado a  
conservar a cousa afforada no estado, em  
que a recebe: e eu digo que de simi-  
lhante argumento se não pode concluir  
mais, que ser obrigado o enfyteuta a  
não deteriorar: mas esta não he a questão  
que tratamos, porque se trata do me-  
lhoramento, e nunca se duvidou que se  
for precisa alguma cultura para conser-  
var a cousa no mesmo estado, em  
que o enfyteuta a recebeo, seja elle a  
esta obrigado; porque a não deve deixar  
deteriorar. Em quanto ao argumento que  
o A. tira da authoridade dos Escriitores  
de direito Natural, citando Carlos Mar-  
tini, que põe a obrigação da cultura a  
pár com a da pensão, ( 3 ) eu confesso  
C ii que

---

(1) Conf. 25. n. 11. (2) De Cauf. ex  
quib. emphyt. jur. suo privatur. f. 5. (3) Pos.  
J. N. §. 512.

que me não podia lembrar A. de direito Natural, que eu mais respeite: seu livro foi o primeiro, que li nesta materia, e tive o trabalho de o decorar: porém eu faltaria ás instrucções deste mesmo Escriitor, se na Juritprudencia Natural fizesse caso de argumentos de authoridade humana.

13. Se os Romanos deraõ, ou não ao contracto enfyteutico huma forma, que por ella ficassem os enfyteutas obri-dos a cultivar, e melhorar os predios enfyteuticos, cuja utilidade, e lucro os senhorios directos lhes davaõ toda, como tambem todo o melhoramento, que lhes fizessem, rezervando só para si a substancia da cousa, he huma questão verdadeiramente de facto, e porisso nós para a examinar-mos devemos ouvir os mesmos Romanos, e na falta de seus testemunhos devemos ver, se elles receberiaõ este contracto de alguma das Nações anteriores, ou vizinhas para saber-mos a fórma, em que estas d'elle usaraõ. Este segundo exame porém pouco nos pode aproveitar: pois são muito escassos os indicios, que se achaõ deste contrato os outros Povos. Nem serve a determinação de Jozé entre os Egypcios Gen. Cap. 47.

ver.

verso 24. , a que para provar o contrario se recorre : porque Jozé fazendo pagar aos Egypcios a pensão neste cap. mencionada, em certo modo nenhum contracto fez ; pois elle era concebido em nome de Faraó , de quem eraõ então escravos os Egypcios , como se lê no vers. 20 , e 21 do mesmo capitulo , e entre o senhor , e o escravo não pode haver contracto. E ainda que se queira dizer , contra o que se lê no dito cap. , que os Egypcios então não eraõ escravos , ainda assim mesmo não era esta convenção hum contracto enfyuteutico : porque Faraó , ficando com o quinto , que se determinou, ficava interessado no rendimento dos predios , e não tinha huma pensão certa , o que tudo he alheio deste contracto. Jozepho nas antiguidades Judaicas Liv. 1. cap. 4. refere esta mesma determinação de Jozé a respeito dos Egypcios : porém pelo que respeita aos Judeos, não dá noticia que usassem deste contracto , nem a lei do anno do Jubileo soffria huma alienação perpetua como a do contracto enfyuteutico. Aristoteles no Economico Liv. 1. conta , que os Bizantinos na falta de dinheiro davaõ *in perpetuum* os predios incultos por certa mérce , e os cultos *ad tempus* : porém

rém estas convenções verdadeiramente  
 erão locações como já tem advertido  
 muitos, e as palavras porque Aristoteles  
 se explica, bem mostram, que elles não  
 alienavão parte alguma do dominio.  
 D'outros Povos não ha noticia: por tan-  
 to só nos resta ouvir os mesmos Roma-  
 nos.

D.R. 14. He commum procurar a origem  
 deste contrato na divisão, que o Povo  
 Romano fazia das terras, que se toma-  
 vão aos inimigos: allega-se para isto o  
 testemunho de Appiano no Liv. 1. de  
*Bello Civili*, como lugar mais expref-  
 so, aonde elle para dizer a causa da  
 fedição contra Graco, refere a divi-  
 são, que os Romanos na Italia fizeram  
 das terras captivadas. Eu por elle prin-  
 cipiarei, e por não ter o original, trans-  
 creverei, o que me lembra da traduc-  
 ção do P. Candido impressa em Ve-  
 neza, em 13. de Novembro de 1525  
*Romani* ( diz elle ) *Italiam bello vin-*  
*dicantes telluris portiones inter se di-*  
*viserant, in iisque, vel condiderant*  
*urbes, vel ubi conditæ prius fuerant,*  
*ibi Colonos sorte deduxerant, et has*  
*quidem praesidiorum caussa munierant.*  
*Agros vero, quos quisque adeptus es-*  
*set, earum habitatoribus colendos de-*  
 de-

*derant, vel praetio illis attribuerant, vel mercedis causa contulerant. Si qua autem tellus, ingruentibus bellis, inculta remansisset, quo multitudine impleretur, neutiquam per negligentiam sordescere passi, in hunc modum proclamari jusserant: Volentibus interim agros colere, annua vectigalia publico esse pendenda, seminum partem decimam, arborum vero quintam, eorum, quos praecipissent, fructuum, adhibitus etiam pecoribus vectigalis exigendi modus, maiorum, minorumque, et armentorum, quae vicissim eis venundabant...*

15. Os Romanos ( diz o Historiador ) conquistando por partes a Italia, e dividindo em porções esta conquista, venderão parte dos predios cultos, e derão parte aos antigos habitantes, parte a colonias para ali conduzidas por sorte, e arrendarão outra parte: e a respeito das terras incultas, mandarão publicar, que quem quizesse cultivar, havia de pagar a quinta parte dos fructos das arvores, e dos outros a decima, e dos gados, e animaes huma certa quota, a qual elle não declara. Por esta publicação feita a respeito das terras incultas vemos nós,

nós , que cada hum podia apossar-se de quanta terra quizesse cultivar , e que aquelle , que tomava conta della , fazia huma tacita convenção com a Republica de lhe pagar aquella pensão , ou vectigal : porém como esta pensão era posta aos fructos , e estes segundo os differentes annos podião ser mais , ou menos , por esta convenção a Republica , não só ficava interessada no rendimento destas terras , mas podia em huns annos receber maior pensão que em outros , o que tudo he alheio do contracto enfytheutico. Porque neste contracto a pensão deve ser certa , e não deve ser posta ao rendimento , nem em attenção a elle , nem o senhorio ha de ficar interessado no lucro ; pois da natureza delle he , como he notorio , que a pensão seja certa , e sómente em reconhecimento do dominio directo , e que toda a utilidade , e augmento da cousa afforada pertença para o enfyteuta. De mais , da natureza da enfyteuse he que o enfyteuta fique com o dominio util , e segundo o que refere Appiano , nem os mesmos Italianos se persuadirão , que a Republica lhes dava dominio algum naquellas terras ; pois diz , que elles esperavão ficar del-

dellas senhores pela diuturnidade do tempo: estas são as suas palavras, *Nam divites ( idest Italiae ) telluris indivisae portionem sibi magnam vindicantes a nemine ob diuturnitatem temporis auferri posse confisi.* No tempo de Tiberio Graco ainda os Italianos não poderão provar, que tinham dominio nestas terras, e o Senado reconheceo a primeira proposição da falla, que este grande homem fez perante elle, para defender a lei Agraria. Principia elle, *Num justum foret, quae communia sunt, communiter dividere?* Esta pergunta suppõe que as terras, de cuja repartição mais se tratava, eraõ commuas, isto he, que eraõ da Republica, e estas segundo a causa, que a esta lei procurou Appiano (a saber a liberdade, que se tinha dado na Italia de cada hum tomar a terra inculta que quizesse) eraõ as terras incultas, de que os Italianos se tinhaõ feito possuidores, e que tinhaõ cultivado: Os ricos da Italia não se atreveraõ a negar a proposição incluída na dita pergunta, e não tiveraõ contra Graco outros meios, se não os da intriga, os quaes elle não pode vencer. Por tanto devemos

mos assentar que elles eraõ verdadeiramente colonos, e naõ enfyteutas ainda neste tempo, e que naõ he nesta convençaõ, que se fazia com o publico a respeito das terras incultas da Italia, que nós devemos procurar a origem, e natureza do contracto enfyteutico; mas sim em outras convenções.

16. Como na conquista da Italia, assim nas conquistas posteriores as terras captivas aos inimigos se fazião pelo direito da guerra da Republica, e ellas segundo as differentes formas, ou da voluntaria entrega, ou da conquista se dividião de differentes modos: humas vezes se davão algumas aos Povos conquistados, outres vezes se repartião por leis Agrarias tambem, impondo em hum caso, e outro certo vectigal, ou pensão para o publico, e tambem se davão algumas aos Municipios, para os encargos, e ornato dos edificios, e lugares publicos, como com Pedro Burmano refere Heinecio (1). Aquellas terras porém, que os Romanos não davaõ de alguns dos referidos modos, ficavaõ ple-

---

(1) Ant. Rom. ad Inst. Lib. 3. tit. 23. §. 9. n. b.

plenamente do publico, assim cultas, como incultas, e destas as que se podiaõ vender, vendiaõ-se, e as outras se tinhaõ forma para se arrendarem, conservava-se-lhes, e se a naõ tinhaõ, dava-se-lhes. E para melhor se conservarem huns, e outros predios, se ornavaõ de colonos adscriticios, servos, e livres; pois de huns, e outros havia, como se vê no tit. *C. de Agric. et censitis*. Acurcio á rubrica deste tit. refere as differentes especies delles. Nisto naõ fazia o publico mais que os particulares: porque a convençaõ colonaria era approvada pelas leis: hum homem livre mesmo se podia obrigar a cultura dos predios, e depois do ajuste ficava, ainda que livre, adscriticio (1), até aquelle, que por trinta annos cultivava hum predio alheio sem reclamar, ficava delle adscriticio, (2), e segundo o que se collige, do que diz Appiano no dito liv. 1. *de Bello Civili* a respeito dos que se querião subtrahir á guerra, este pacto colonario he muito antigo entre os Romanos. Estas propriedades, e campos, com que a Republica ficava,

---

(1) L. 20. 21. Cod. de Agric., et censit.  
 (2) L. 18. Cod. eod.

va, chamavão-se vectigaes, assim como os que se davão aos vencidos, ou se repartião por leis Agrarias, ainda que não tão propriamente, como adverte Heinecio (1): mas depois pelo uso da lingua Grega se chamarão todas estas terras enfyteuticas, e com bem propriedade: porque segundo a verdadeira significação desta palavra, toda a terra, que se semêa, e em que se planta, seja pelo titulo que for, se pode chamar enfyteutica. No tempo de Macer parece ser isto o mais usado: pois elle na l. 15. §. 1. D. *Qui satis dare coguntur*, diz: *qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet.*

17. Aquella liberdade, que a Republica estabeleceo na Italia de cada hum cultivar a porção da terra inculta que quizesse, como no tempo de Graco se conheceo que não era util, e deu occasião ás guerras da Italia, que depois da morte deste grande homem pertubarão a Republica, parece não foi continuada nas conquistas posteriores: pois assim as terras cultas, como tambem as incultas, forão incum-  
bi-

---

(1) D. n. b.

bidas aos Decuriões , e elles erão obrigados a procurar , quem quizesse as incultas , e a fazer os ajustes a este respeito de baixo da pena de pagarem do seu pelas terras desertas , e incultas , que não arrendassem. (1) Porém como estes erão só administradores , não podião alienar dominio algum , nem por conseguinte fazer os ajustes enfyteuticos. Donde a enfyteuse não póde ter origem na divisão , que os Romanos fazião das terras conquistadas : porque tendo principiado nas terras incultas , a não teve na divisão das da Italia , como fica mostrado , e a obrigação , que nas divisões posteriores se punha os Decuriões , não nos deixa lugar a conjecturar , que nellas se tratasse de alienações enfyteuticas.

18. O não haver quem quizesse as terras incultas de outra maneira , foi sem duvida a causa , ou da introducção do contracto enfyteutico , ou da sua frequencia : por tanto nós devemos observar , quaes eraõ os ajustes , que o publico fazia das suas terras antes del-  
le , para acharmos a causa , porque se  
não

---

(1) L. 1. 6. Cod. de Omn. ar. gdisert.

naõ queriaõ aceitar estas terras. A Republica fazia os seus arrendamentos, ou locações perpetuamente, ou por tempo certo, segundo diz Paulo, (1) e para isto se punhaõ editos para se ajuntarem, os que quizessem arrendar, e o predio se dava, a quem mais desse, (2) e só por equidade se concedeo, que preferissem tanto pelo tanto os antigos colonos, (3) e aquelle, a quem se mandava entregar o lanço, dava a caução de indemnidade (4). E ainda que a Republica fazia locações, ou arrendamentos temporaes, como fica dito, comtudo, como pelos arrendamentos perpetuos segurava mais o seu rendimento, estes foraõ os mais usados, principalmente nas terras mais apartadas de Roma: e por isso devemos procurar nestes a causa, porque se desejou a enfyteuse, visto que ella teve principio nos contractos do publico.

19. Como o tempo mais, ou menos diuturno naõ muda a natureza dos contractos, o colono que fazia huma  
lo-

---

(1) L. 1. D. Si ager. Vect. pet. (2) L. 3. C. de Locat. præd. Civil. (3) L. 4. C. cod. (4) L. 1. Cod. eod.

locação perpetua não obtinha dominio algum no predio, (1) o perigo delle, affim como o augmento pertencia ao publico, e elle era só obrigado a não o deixar deteriorar por dolo, culpa lata, ou leve, (2) visto que no ajuste a Republica tambem tinha interesse. Se a cousa porém sem causa sua se damnificasse; ou se houvesse alguma esterilidade, ou por outro qualquer motivo, que não fosse hum vicio natural, produzisse menos, elle podia pedir que se lhe diminuísse a pensão, e lhe fizessem compensação. (3) Tambem não era obrigado nem ás obras necessarias, antes as podia pedir para poder tirar o lucro do uso da cousa (4). Mas como por outra parte todo o augmento da cousa por virtude do contracto da locação, ou procedesse das obras, ou fosse natural, pertencia para o publico, a pensão tambem se podia mudar por causa delle, como igualmente, se a Republica alie-

na-

---

(1) L. 39. D. Locati. (2) L. 23. D. de R. J. L. 13. §. 1. L. 19. §. 1. L. 25. §. 3. 4. D. Locati. (3) L. 15. §. 4. eod. L. 8. Cod. de eod. L. 4. C. de Censib. & Censit. (4) Arg. L. 15. por toda L. 19. §. 1. 2. 5. D. Locati,

nasse esta propriedade, o que se fizesse della senhor, não era obrigado a sustentat o ajuste, e podia excluir o perpetuario, e só este podia haver da Republica o seu interesse. (1) Este interesse que a Republica tinha em poder augmentar a pensão, como tinha annexo o onus de concorrer com as despesas necessarias para as obras, querendo ella incitar os perpetuarios a fazel-las, e prevenindo deste modo a sua despezza, deu-lhes o privilegio de se lhes não augmentar a pensão por todo o augmento, que a cousa tivesse, e que delles fossem as bemfeitorias, e o augmento. (2) E porque parece não ter sido isto ainda suficiente para os incitar a fazer bemfeitorias, por temerem ficar sem os predios, quando a Republica os alienasse, concedeo-se-lhes outro privilegio, de que as propriedades nunca se lhes podessem tirar, e que quando a Republica as alheasse, esta alienação se reputasse só feita a respeito

---

(1) Arg. d. L. 25. §. 1. D. locati. (2) L. 3. C. de Alluv. & palud. & pasc. L. 2. C. de præd. & omn. reb. navic. L. 2. C. de Fund. rei privat.

to da pensão L. ult. Cod. *Le Locat. præd. Civ.*

20. Estes dous privilegios de nunca se augmentar a pensão ao perpetuario, e de não se lhe poder tirar o predio, faziaõ as locações perpetuas muito interessantes; mas como ainda assim os perpetuarios não eraõ senhores do predio conservavaõ os Decuriões o direito da inspecção, e elles podião em nome do publico dirigir as obras necessarias, ou uteis, que nelle se houvessem de fazer, e até no caso de o perpetuario as ter feito, e ter bemfeitorizado o predio, o Decurião, não se agradando dellas, podia ordenar outras: se o perpetuario quizesse fazer da vinha huma seara, não podia (1): emfim como não era senhor, estava sujeito aos Decuriões a respeito da mesma propriedade, e nem podia mudar a face ao predio, se o Decurião se oppo- fesse, ainda que julgasse que isto lhe era mais interessante. O desejo pois desta liberdade foi, o que levou os Romanos perante os Imperadores a pedir-lhes o dominio nas terras do publico, e nenhuma outra cousa depois de privile-

D gia-

---

(1) Arg. L. 2, C. de Censib., & Censit.

giadas as locações perpetuas do modo, que vimos, os podia incitar a isto; porque o vectigal, ou pensão, que por jugadas, geiras, ou outro modo estava determinado, e imposto aos terrenos, não se costumava diminuir; e elles já podião sem o dominio mesmo deixar a propriedade a seus herdeiros, doalla, ou vendella, se lhes parecesse.

(1) Nenhuma outra cousa, como já disse, podia motivar a supplica dos Romanos, a qual sendo deferida, ou era pelos Imperadores concedido aos requerentes o dominio pleno, ou o menos pleno, de cujos dous modos de conceder o dominio nas terras do publico, se achão indicios manifestos na L. 3. *Cod. de Fund. rei privat*, e na L. 3. 7., e 10. *Cod. de Fund. patrimon. & Salticens.*, e póde ver-se Gothofredo a esta lei 10. n. 16.

21. Quando isto principiou, deixo eu ás conjecturas de Schilter; (2) mas fosse em qualquer tempo que fosse, os Imperadores Romanos que não impunhão a obrigação da cultura, quando davão o dominio pleno, lembrar-se

---

(1) D. L. ult. *Cod. de Locat. præd.*

(2) *Exercitat.* 16. *Th.* 77.

se-íão de a pôr , quando davão o menos pleno ? Ou temeríão elles , que o Enfyteuta largasse a propriedade antes do que o censuario ? Não , os Imperadores sabíão que fazião huma mercê menor ao Enfyteuta , e que elle ficava obrigado pelo contracto a satisfazer sempre ao publico. Sahiria da sua patria hum Provinciano para ir pedir isto ao Imperador , ou Magistrado , a quem elle desse esta autoridade (1), porque não podesse obter dos seus Decuriões huma terra deserta , e inculta pelo contracto da locação ? Não , os Decuriões se viraõ muitas vezes obrigados a pagar do seu pelos predios incultos , por não haver quem os quizesse , e para os aliviar se chegou a obrigar aos que tinham terras fertilizadas a receber as incultas : (2) nem nós podemos suppôr que este homem , podendo obter todos os commodos , que do predio lhe podião provir por huma locação que lhe offerecião , e em que elle fazia obras , e bemfeitorias se queria , fosse sujeitar-se a ser obrigado a ellas pelos Decuriões ; pois elle se havia de lembrar ,

D ii

que

---

(1) V. L. 2. Cod. de Fund. rei privatae.

(2) L. 5. 6. Cod. de Omn. agr. desert.

que vinha a ficar mais sujeito do que pela locação já estava; porque por esta se quizesse fazer bemfeitorias, podia escolher o tempo mais commodo, e em que melhor occasião tivesse, e só podia ser embaraçado no modo, que elle escolhesse de as fazer; e então elle podia ser obrigado pelos Decuriões a fazellas, quando elles julgassem que era necessario, tivesse, ou não occasião para isso. Pela locação ficava na sua escolha bemfeitorizar o terreno, quanto lhe parecesse, e agora ficava isto dependente do Decurião, e até se o successor deste não achasse que era sufficiente, quanto o antecessor tinha mandado fazer, este homem era obrigado a fazer nova despeza: e assim ainda que extraordinariamente obtivesse a mercê de se lhe diminuir a jugada, ou o imposto ao campo, elle ficaria obrigado a maior despeza, ficando com a obrigação da cultura, e melhoramento; e quando pensava livrar-se dos Decuriões, mais ainda se lhes sujeitava. Pelo que nós não podemos suppôr, que este homem cuidasse em obter de similhante modo o dominio util, sem o suppormos demente, e incapaz de fazer o contracto que pretendia: e tambem ainda sendo o contracto

Éto enfiteutico anterior ao tempo , em que as locações perpetuas assim ficarão privilegiadas , elle se teria antiquado , e teria cahido em desuso , se elle fora instituido com similhante obrigação ; porque as locações perpetuas , ou de longo tempo de annos eraõ mais uteis.

22. Conhecerão isto bem os Imperadores Romanos. Constantino determinou , que se alguem comprasse as propriedades cultas , e fructíferas ao enfiteuta , ficando elle com as incultas , ou estereis , fosse o comprador tambem obrigado a pagar pelo vendedor , se elle fosse pobre , e não pudesse procurar o lucro das terras com que ficava ; mas nem lhas tirou , nem o obrigou a cultivallas. (1) Valentiniano , e Valente declararão que a titulo de estarem as propriedades incultas , e desertas , não podessem os enfiteutas desobrigar-te da pensão : mas tambem declaraõ que por este titulo se lhes não podessem tirar. (2) Os mesmos Imperadores declaraõ que o que obtivesse os fundos da Caza ficaria obrigado ao onus , e a fór-

---

(1) L. 2. Cod. de omn. agr. desert.

(2) L. 3. C. de fund. patrimo.

fórma que elles tinhão, quando os recebesse, e fallando a respeito das bemfeitorias, explicaõ-se desta maneira: *Si quid adjecerit sumptus cura, vel solertia*, (1) a qual fórma de fallar, como se vê da particula *si*, mostra evidentemente, que elles deixavaõ as bemfeitorias ao arbitrio, e curiozidade do enfyteuta. Estes mesmos Imperadores com Graciano, fallando da cultura, e melhoramento por occasiaõ da determinaçaõ que faziaõ a respeito das pensões, explicaõ-se deste modo, *Cultus hodiernus, qui per industriam hominis animosi accessit*: (2) donde nós vemos que elles tinhaõ o melhoramento, e cultura, como acçaõ da industria de hum homem animozo, mas não obrigado. Honorio, e Theodozio determinaraõ que nenhum possuidor fosse obrigado assim pelas dividas alheas, como pelas destruições: saõ suas palavras, *pro alienis debitis, vel destitutionibus*: (3) pois he evidente que se o enfyteuta fosse obrigado a cultivar, e melhorar, quando tomasse conta da proprie-

---

(1) L. 2: C. de Fund rei privat.

(2) L. 2. Cod. de præd. & omn. reb. nav.

(3) L. 12. Cod. de omn. agr. desert.

priedade destruída, elle a deveria melhorar, como se a recebesse inculta, e agreste. Ultimamente, as cauções que se pedem na l. 3. Cod. de Omn. agro desert., e 7. Cod. de Fund. patrimon. são sómente de *damno evitando*, e iguaes á caução, que se acha pedida para as locações perpetuas na l. 1. Cod. de *Locatione praediorum civilium*. Do que tudo claramente se vê, que se não obrigava o enfyteuta a cultura, e melhoramento, nem a obras, ou bemfeitorias algumas, como nas locações. Não ha duvida que as palavras *Jus emphyteuticum*, porque se explicaõ os Imperadores nas referidas leis, como tambem as palavras *emphyteutarius*, *emphyteusis* pela introdução, e uso da lingua Grega entre os Romanos, se podem entender assim dos colonos, como dos enfyteutas, e censuarios, como eu já adverti: (1) mas como ellas tambem se podem entender a respeito dos enfyteutas, nós tambem a respeito delles as devemos entender, por isso mesmo, que as leis não fazem distincão, e porque se não achão outras disposições no Codigo a este respeito, senão estas assim geraes. Por quanto, ou havemos de dizer, que

o

---

(1) N. 16.

o publico não usava do contracto enfiteutico, ou as havemos de entender a respeito dos enfiteutas: e como he certo que o publico usava deste contracto tambem o he que as ditas disposições a elle dizem respeito.

23. Nem se queira deduzir a obrigação de melhorar, e fazer bemfeitorias daquelle indulto, de que faz menção Eustachio (1), pelo qual o publico concedia a immuniidade da pensão por dous annos, aos que recebiaõ as terras incultas, e desertas; porque foi isto concedido geralmente aos que as recebessem, sem fazer differença de titulo, ou contracto porque as recebiaõ; e o mesmo Eustachio não faz differença entre os Enfiteutas, censuarios, e colonos: por tanto assim como todos reconhecem que os censuarios, e os colonos nunca estiveraõ obrigados só por virtude do contracto ás bemfeitorias, e que era necessario haver além do contracto huma declaração, e ajuste a respeito dellas, tambem devem reconhecer, e dizer o mesmo a respeito dos enfiteutas. Quanto mais, que da lei

---

(1) Lib. 1. de Tempor. Cap. de Bienio.

lei 1. *Cod. de Omn. agro deserto* se vê, que esta immuniidade foi directamente concedida em beneficio dos Decuriões, e só indirectamente em beneficio dos que recebiaõ estas terras; pois desta lei se manifesta que este indulto foi concedido para incitar, e mover os particulares a quererem as terras incultas, e ficarem os Decuriões desonerados de pagarem por ellas, ao que eraõ obrigados, naõ havendo quem as quizesse. Naõ menos mostra a mesma lei que o indulto no principio foi concedido por tres annos, aos que recebiaõ as ditas terras pelos ajustes feitos com os Decuriões; e como estes naõ eraõ senaõ de locaçãõ, evidentemente se conhece que a causa, porque se concedia, naõ era para que ficassem obrigados ao melhoramento, e bemfeitorias por virtude do contracto; porque nas locações sempre foi regra constante, ser preciso hum novo pacto para haver esta obrigaçãõ. Tambem das leis 2. 8., e 11. do mesmo titulo se vê, que os que recebiaõ estas terras, huma vez que pagassem a pensaõ, a nada mais eraõ obrigados, e que quando mesmo se ausentassem, e naõ pagassem a pensaõ, era preciso serem citados por editos

tos para perderem o direito das ditas terras, ainda que as tivessem incultas, a qual citação que se fazia, não era se não para ou pagar, ou ceder das terras, e não era para as melhorar: pois da l. 7. vers. *illos etiam* he manifesto, que podiaõ conservar as terras incultas huma vez que pagassem, do que tambem já fizemos menção.

24. Não se lembre tambem, que na dita l. 7. pr. se diz, que se dava o direito enfyteutico áquelle, que fizesse idoneo o predio inculto, estabelecendo-se quasi outra vez aquella liberdade, que foi funesta na Italia, ainda que por outro genero de convenção. Por quanto deste principio da lei mais se conclue que se dava o direito censuario antes que o enfyteutico, e com tudo ninguem diz, nem póde dizer, que o censuario ficasse por virtude do contracto obrigado ao melhoramento. Mas embora fosse o direito enfyteutico, o que se dava a quem fizesse os predios idoneos, e ferteis, ainda daqui se não póde deduzir, que no contracto enfyteutico havia sem novo ajuste a obrigação de cultivar, e melhorar, porque este homem, que cultivava a terra inculta, só contrahia a obrigação  
en-

enfyteutica depois que a terra estivesse idonea, e o contracto sómente então principiava: pois como a lei lhe não dava o direito enfyteutico, senão depois da cousa estar idonea, só então podia principiar o contracto; e de outra maneira deveríamos dizer, que hum contracto se verifica, e aperfeiçoa antes do accitante ter direito algum, o que implica com as regras dos contractos; porque quando estes se verificão, então começaõ os direitos, e obrigações que delles nascem: e assim já semelhante obrigação daqui não podia nascer. Que os Romanos assim o entenderão, se vê da mesma lei 7. dito *vl. illos etiam*, no qual os Imperadores determinaõ que, os que receberem as terras incultas, passados dous annos haõ de pagar a pensão, ainda que as não tenhaõ todas, ou de todo idoneas, determinaçaõ, que manifesta o que tenho dito; pois veio obviar que acontecesse estar algum disfructando parte da propriedade que tivesse culta, sem pagar a pensão ao publico por se lhe não poder pedir, não havendo esta declaraçaõ da lei, antes de ella estar toda idonea, tempo em que principiava o exercicio do direito

en-

enfyteutico , e se verificava este contracto. As mesmas palavras da lei mostraõ isto : ellas saõ , *Post bienium decretum canonem solvendum esse meminerrint* , e não se pôde duvidar que a força da palavra *meminerrint* mostra , que o intento da lei foi fazer , que se não podesse allegar , que não havia obrigação de pagar a pensãõ antes do predio estar idoneo de todo : e he evidente , que o fundamento desta allegaçãõ obviada era o não se ter verificado o contracto antes do predio estar todo idoneo. Em quanto á obrigação de cultivar , deste mesmo verso da lei se vê , que os não obrigavaõ a mais que a pensãõ , e que lhe deixavaõ em seu poder , o que estava ainda inculto , sem os obrigar a cultivallo , como temos observado.

25. A authoridade de Appiano , (1) que nas cartas se allega (2), naquellas palavras : *illis , qui colere vellent , vectigali imposto , addicebant* , menos pôde obstar ; pois do traslado que deixo n. 14. se vê , que ellas não saõ de Appiano. Mas fosse[m] embora , daqui não se podia deduzir hum argumento certo

---

(1) L. 1. de bell. civ. (2) Cart. 1. p. 13.

to para mostrar a obrigação de cultivar, e melhorar incluída no contracto enfiteutico ; porque as locações, e arrendamentos tambem se fazem áquelles, que querem cultivar : do tit. do D. *Locati* se vê, que o arrendatario, ou conductor dos predios tambem se chamava *colonus*, e com tudo o arrendatario não he obrigado a fazer bemfeitorias, nem a melhorar, sem que expressamente se obrigue. (1) De mais, se aquelles, a quem se adjudicavaõ as terras, eraõ os que queriaõ cultivar, a cultura era o fim destes ; e como ninguem se póde obrigar a si mesmo, porque elles queriaõ cultivar, e melhorar, não se póde dizer que ficavaõ obrigados á cultura, e melhoramento. Pelo que era melhor fazer fallar Appiano com Ulpiano na L. 3. §. 4. D. de *Reb. eor*, o qual aqui falla do direito enfiteutico, como direito activo do pupilo : e como este direito segundo a significação da palavra *ἐμφυτευτικόν*, de que usa Ulpiano ; he o direito activo de cultivar, vem Ulpiano a dizer, que o enfiteuta tem o direito, e não a obrigação de cultivar ; pois de

ou-

---

(1) N. 12,

outra maneira elle não referiria este direito entre os seus direitos activos.

26. Por isto que Ulpiano nesta lei nos ensina, vemos nós que os Imperadores Romanos não podião deixar de fazer as ditas disposições a respeito dos enfyteutas, nem lhes podia lembrar obrigarlos a cultivar, e melhorar; por quanto sendo, como o Jurisconsulto diz, o direito enfyteutico hum direito de cultivar, semear, e plantar no predio alheio, assim como o direito ἐμφυτευτικόν, he o direito de entrar no predio alheio, erão os predios enfyteuticos, os que servião aos enfyteutas, e lhes estavam sujeitos; e pelo contrario se os Imperadores quizessem, que os enfyteutas ficassem obrigados a semear, plantar, e cultivar os predios publicos, virião os enfyteutas a ser os que servião aos predios, e não os predios a elles: em huma palavra o enfyteuta viria a estar na mesma razão, que o colono adscripticio, o qual segundo o que dissemos já (1), era aquelle, que por hum pacto tacito, ou expresso se sujeitava á cultura de hum predio alheio. Se de tal se lembrassem, só a plebe abjecta fe-  
rião

---

(1) N. 16.

rião os enfyteutas dos predios publicos , e em lugar de attrahirem os ricos a tomar conta de seus predios , elles os afastarião. Nem impede isto , o que o publico fazia a beneficio dos predios publicos (1) : pois já vimos , que elle os ornavia de adscripticios , assim servos como livres , os quaes eraõ os que contrahião a obrigação de cultivar e melhorar os predios pelo ajuste , e convenção colonaria que fazião , ou tatica , ou exprellamente , e deste modo ornavados dava o publico tambem os seus predios , assim em locação , como em enfyteuse , e censo ; (2) segundo os Imperadores querião dar , ou mandar dar , e quem os recebia ficava senhor , e com o direito de obrigar estes adscripticios á cultura das terras , o que não aconteceria aos enfyteutas , se elles tambem fossem obrigados ; porque serião correos da mesma obrigação.

27. Não se entenda porém que eu quero dizer que a Republica se descuidava da Agricultura ; porque eu me lem-

---

(1) V. n. 16. (2) arg. L. 1. 2. 3. C. de Manc. & colon. L. 12. C. de Fund. Patrimon.

lembro das intrucções que Numa lhe deixou a este respeito, as quaes foraõ sempre veneradas nella, á excepção de hum tempo, ou outro, ao que ou as guerras, ou outras causas naõ menos funestas davaõ occasiaõ, e eu sei que a Republica conheceo sempre este poder do Summo Imperio: porém isto naõ o fazia a Republica, nem depois della os Imperadores, por meio do contracto enfyteutico, em que elles tomavaõ as vezes de huma pessoa particular, para fazerem o ajuste, mas antes o faziaõ por leis, a que propriamente convem o nome de Agrariãs, pelas quaes obrigavaõ a todos os proprietarios das terras, e que nellas tinhaõ o dominio pleno, ou o menos pleno, á agricultura, e melhoramento dellas. De Elio Pertinaz nos reffere Herodiano, que era taõ zelozo a este respeito, que tirava as terras aos senhores dellas, que as naõ cultivavaõ, (1) e oxalá que este Principe fora sempre imitado, como tanto foi entre nós pelo Senhor Rei D. Fernando, (2) e depois delle por tantos.

(1) Liv. 2.

(2) V. Cod, Afons, liv. 4. t, 80. Man



questionavel, que haviaõ de negar que o enfyteuta ficasse obrigado por via do contracto a cultivar, e melhorar, sem que expressamente a isto se obrigasse; porque da natureza deste contracto he que o arrendatario, ou conductor não fique obrigado a obras necessarias, nem uteis, sem que expressamente se obligue, (1) e só he obrigado a não deteriorar por dolo, culpa lata, ou leve: os que diziaõ que era compra, e venda, tambem haviaõ de dizer o mesmo; porque o comprador huma vez que a cousa lhe foi entregue, e della ficou senhor, a póde cultivar, ou deixar de cultivar como quizer, por isso que he senhor. De mais, nunca Jurisconsulto algum Romano nem por sonho se lembrou, que na compra, e venda podesse consistir o preço em obras (2), nem tambem que na locação, e conducção a merce podesse nellas consistir: pois quando ellas se estipulassem, como merce, já o

---

(1) N. 19. (2) §. 2. Inst. de Empt. & vend.

contracto mudava de natureza (1) : logo he certo que os Jurisconsultos Romanos , em quanto durou a duvida entre elles , se o contracto enfyteutico era locação , ou compra , nunca se lembraraõ que da natureza deste contracto fosse , que o enfyteuta ficasse obrigado a cultivar , e melhorar , sem que por huma convenção expressa se obrigasse. Por quanto se disto se lembrassem , haviaõ de provar , os que seguissem que era compra , e venda , que o preço della podia consistir em obras ; pois o que dava o enfyteuta pela cousa era a pensão , e as obras ; porém os da opinião contraria diriaõ que elles eraõ ignorantes , e que não sabiaõ no que consistia a differença da compra , e venda , á convenção *dó*, *ut facias* : e os que seguissem que era locação , e conducção , tambem haviaõ de provar que na mérce podiaõ entrar as obras ; mas entáo os outros lhes retorquiriaõ , que elles tambem não sabiaõ a differença da dita convenção , de cuja ignorancia elles os arguiaõ. E eis-aqui como nem por huns , nem por

E ii ou-

---

(1) V. Heinec. Recit. in elem. Jur. civ. l. 3, tit. 25, §. 222.

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 delle 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 Jur. 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. emphyt.* 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 laesit , 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 pênções 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,

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 *ἐμποιεῖν*, 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 Ulpianus

---

(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.

mas cousas cultas ficava o enfyteuta com esse direito de as melhorar do estado, em que as recebia, e não com a obrigação de o fazer; porque ficando obrigado, o direito enfyteutico, como já disse, ficava sendo direito passivo contra a dita lei, e esqueceraõ-se que esta obrigação de melhorar, não tinha outro fundamento, senão na Glofa, e que esta o tinha deduzido de hum erro de derivação, o que era sufficiente para se dever conhecer, que era outro erro o dizer, que o enfyteuta tinha esta obrigação: porque sempre foi a consequencia igual ao principio, donde he tirada. Accurcio teve desculpa no seu engano: mas principalmente depois de Alciato nenhuma teremos, se seguirmos, que por direito Romano o enfyteuta fica pelo contracto obrigado a cultivar, e melhorar no caso, em que se não declarou isto no contracto; porque sabemos que Justiniano na descripção, que faz deste contracto, diz, que em quanto o enfyteuta pagar a pensão, o senhorio não poderá contender com elle, e só manda que não deteriore a cousa, (1) que

---

(1) D. §. 3. Intt. de locat. et. cond. l. auth. qui rem.

que vem a ser o mesmo que Ulpiano diz na dita lei, quando diz que o direito enfyteutico he hum direito activo do enfyteuta, e não hum direito passivo, e eu tenho mostrado que segundo os principios da jurisprudencia Romana, e disposições dos Imperadores a respeito dos predios publicos, se mostra isto mesmo. Vejamos agora se as nossas leis mudaraõ a natureza deste direito, e o quizeraõ fazer hum direito passivo a respeito do enfyteuta.

D. P. 34. Pela nossa jurisprudencia tambem ao enfyteuta pertence toda a utilidade da cousa afforada, e ao mesmo pertence todo o augmento, modo, e accidentes della; porque o senhorio sómente fica senhor da substancia da enfyteuse: e por consequencia tambem elle he o senhor de cultivar, e melhorar, que são os meios necessarios para promover a utilidade, e os accidentes da cousa. Além disto o enfyteuta cultivando, e melhorando, não augmenta a substancia da cousa afforada de que o senhorio he senhor, porque a substancia das cousas não admite mudança, e alteração; mas tão sómente

os accidentes , modo , e utilidade della , isto he , tão sómente augmenta aquillo que pela natureza do contracto he seu , não havendo declaração que lho restrinja : porém como ninguem pôde ser obrigado a adquirir para si , e augmentar o seu patrimonio , nem ainda mesmo pelos seus credores , (1) tambem o enfyteuta , segundo a natureza deste contracto , não pôde ser obrigado a cultivar , e melhorar a enfyteuse ; mas he preciso que haja para isto huma declaração , pela qual os seus direitos se restrinjam.

35. Os nossos costumes concordão com isto mesmo. Entre nós nunca se concedeo ao senhorio acção para fazer cultivar a couza afforada , nem tambem pela falta da cultura teve lugar o commisso sem no contracto haver declaração : e tanto se entendeo sempre que pela natureza do contracto o enfyteuta não estava obrigado a cultivar , e melhorar , que em 3 de Julho de 1588 se decidio por huma resolução a respeito dos prazos da Coróa , que o direito de re-

---

(1) L. 6. pr. §. 1. D. Quæ in fraud. cred. L. 134. D. de R. J.

renovação tinha lugar, ainda que o enfyteuta morresse sem ter feito bemfeitorias algumas, o que se não decidiria, se então se julgasse, que a obrigação de melhorar era essencial ao contracto; porque não podia deixar a seus herdeiros direito algum na enfyteuse aquelle, que tivesse faltado ao fim essencial do contracto; pois nenhum contracto subsiste sem o seu fim. A Ordenação liv. 4. tit. 97. §. 22. concorda com isto mesmo. Ella fallando das bemfeitorias, e despezas que hão de vir á collação, diz desta maneira: *Esto não se entenderá em algumas bemfeitorias, e despezas pequenas, nem em algumas outras, que o nomeante de necessidade, e conforme a direito, sem outra convenção das partes, nem condicção posta no contracto enfyteutico he abrigado a fazer.* Destas palavras nós vemos que a Ordenação declara que o enfyteuta, não havendo declaração no contracto, não he obrigado a todas as bemfeitorias que manda vir á collação. Não requer para a collação as despezas pequenas, e as que por direito sao postas aos enfyteutas: resta pois saber quaes são as despezas, a que por direito o enfyteuta he obriga-

F do,

do , e quaes são as despezas pequenas. As despezas , a que por direito he obrigado , são a refacção dos caminhos publicos , todos os onus reaes , e os tributos que se impõe aos enfyteutas como senhores , e possuidores da enfyteuse. Todos estes onus explica bem Pinheiro part. 2. de *Emphyt. Disp. 4. S. 11. §. un.* : e eu só acrescentarei as necessarias para a reparação das destruições , que elle fizer , e de que for causa , *Auth. qui rem Cod. de SS. Eccl.* , se isto se pode ajuntar a esta classe de despezas. Quaes sejam as despezas pequenas explica Valasco , (1) segundo o que diz Paulo a respeito das que o marido faz com as cousas dotaes (2) ; mas eu julgo que não he menos proprio para aqui , o que diz Ulpiano segundo os sentimentos de Celso a respeito do usufructuario (3) ; porque os direitos do enfyteuta são do mesmo genero , e não tem differença dos deste , se não em serem mais , e perpetuos

e

---

(1) Jur. Emphyt. p. 1. q. 25. n. 14.

(2) L. 12. D. de Impens. in res dot. fact.

(3) L. 7. §. 2. D. de Usufr., et quemadmod.

e o mesmo Imperador Justiniano explicando este contracto usa da palavra *fruendum*: e assim como o usufructuario, que tem o direito de gozar das cousas sem pagar ao proprietario, não tem obrigação de despendar com os reparos da cousa para a conservar, quando elle não dá causa á damnificação, senão até huma modica despesa, muito mais o enfyteuta, que ainda que goza da cousa emprazada, com tudo paga certa pensão ao senhorio, em consequencia do que ainda deve ser obrigado a menos.

36. Mas eu não disputo isto a Valasco, sejam embora as despesas pequenas, de que falla a Ord., as mesmas que Paulo diz na dita lei, que o marido não pode pedir: como elle ensina que estas despesas pequenas se não contemplão ao marido, porque de outra maneira ieria elle *negotiorum gestor*, isto he, fallashia por huma convenção presumida pelas leis, mais se confirma, e mostra a mente da ordenação, a saber que o enfyteuta não está por virtude do contracto enfyteutico, ou direito, que se derive de alguma convenção, obrigado a despesas algumas, assim como Paulo diz a respeito do marido.

rido. Porém nem isto he necessario , o espirito da ordenação bem se descobre , e manifestamente se conhece , que ella contempla o enfyteuta obrigado só aos encargos que as leis lhe empõe , e que ás bemfeitorias o não considera obrigado por virtude do contracto enfyteutico sem nelle haver huma declaração a este respeito , e que das bemfeitorias pequenas não manda fazer attenção em juizo , *quia de minimis non curat Prætor.*

37. Veremos agora se foi da mente do Senhor D. Jozé I. fazer do direito enfyteutico hum direito passivo , e se quiz firmar a opinião dos Glosadores , que se achava destituida de fundamento , por esta lei de 4. de Julho 1776. , a que o A. recore , para dizer que o enfyteuta estava obrigado a cultivar , e melhorar. Eu ponho aqui as mesmas palavras , que elle trasladou , accrescentando sómente algumas mais , que julgo necessarias , para bem se conhecer a mente da mesma lei , e são as seguintes.

„ Eu fui informado de que hum  
 „ grande numero de enfyteutas , que  
 „ tendo afforado casas , quintas , ou  
 „ terras , humas vezes pelo valor dos  
 „ interesses respectivos das vendas ,

„ ou-

„ outras pelos preços , *ou quasi equi-*  
 „ *valentes* , ou iguaes ás rendas das so-  
 „ breditas propriedades , quando se vi-  
 „ rão obrigados ao pagamento das pen-  
 „ sões enyteuticas , tendo agitado o fo-  
 „ ro para se eximirem , recorrendo ao  
 „ meio de propôrem embargos de le-  
 „ são enormissima pedindo nellas a  
 „ reducção das mesmas pensões ao ar-  
 „ bitrio de bom Varão , chegando a  
 „ alcançar sentenças de reducção funda-  
 „ das nas doutrinas de differentes D.D.  
 „ Praxistas , que para as excogitar im-  
 „ proprião textos excogitados no di-  
 „ reito Civil . . . . . confundindo-se pa-  
 „ ra assim pertender , e julgar a na-  
 „ tureza do contracto enyteutico , que  
 „ essencialmente consiste em afforar ,  
 „ ou terrenos para edeficar casas , ou  
 „ terras incultas para abrir com outra  
 „ differente natureza do contracto de  
 „ locação de longo tempo de annos ,  
 „ ou de vidas , que consiste em afforar  
 „ casas , quintas , e terras fructíferas  
 „ pela mesma renda em que costumão  
 „ andar arrendadas , sem necessidade  
 „ de nellas se fazer bemfeitoria algu-  
 „ ma para produzirem as sobreditas  
 „ rendas , em que são afforadas , e in-  
 „ firindo-se assim a todos os senhorios  
 „ di-

„ directos dos prazos , e até os bens  
 „ de Morgado confirmados com autho-  
 „ ridade minha , o intoleravel preju-  
 „ zo de verem reduzidos os seus foros  
 „ a pequenas porções da quinta , ou  
 „ sexta parte.....  
 declaração.

„ Para cessar de huma vez a dita  
 „ confusaõ declaro , e estabeleço , (1),  
 „ que todos aquelles contractos , nos  
 „ quaes se emprazaraõ , e emprazarem  
 „ terrenos para edificarem casas ,  
 „ ou terras , e matos incultos para  
 „ abrir , e melhorar com os fins de  
 „ lavoura , foraõ , e saõ verdadei-  
 „ ros contractos enfyteuticos , os quaes  
 „ se devem julgar pelas regras dos pra-  
 „ zos : (2) Que todos os outros con-  
 „ tractos , nos quaes se afforaraõ , e af-  
 „ forarem casas ja feitas , quintas ha-  
 „ bitaveis pela mesma renda , em que  
 „ costumavaõ andar , contiverão , e con-  
 „ têm pela sua natureza contractos de  
 „ locaçãõ de longo tempo de annos ,  
 „ e de vidas , ou colonias perpetuas ,  
 „ para serem julgados pelas outras dif-  
 „ ferentes regras ; porque se costumãõ  
 „ ducidir as convenções entre os Ren-  
 „ deiros , ou Colonos , e os seus res-  
 „ pectivos senhorios sem outra diffe-  
 „ ren-

» rença que não seja a de serem obri-  
 » gados os colonos desta nova especie.  
 depois.

» Estabeleço , e mando , que o fo-  
 » brecio se observe , restituindo-se os  
 » contractos á sua origem. ....

Daquella palavra *declaro* , e destas  
*restituindo-se os contractos á sua*  
*origem* evidentemente se vê , que es-  
 ta Lei não quer estabelecer huma cou-  
 fa nova ; mas taõ sómente declarar a-  
 quillo que estava estabelecido , e que  
 se devia ter praticado ; e daquella re-  
 prehençaõ , que se dá aos Ministros  
 que deraõ aquellas sentenças , por te-  
 rem confundido a natureza do contra-  
 cto enfyteutico com o da locação  
 perpetua contra o espirito das leis do  
 Reino , tambem se observa que a con-  
 fusão , que o senhor D. Jozé tirou por  
 esta lei , na sua mente não provinha  
 de serem duvidosas as leis do Reino  
 a este respeito ; mas sómente da fal-  
 sa intelligencia , que os D.D. Pra-  
 xistas lhe tinhaõ dado , interpretando-  
 as pelo systema , que elles para si ti-  
 nhaõ feito pela fallã intelligencia , que  
 davaõ as leis , e textos do direito Ci-  
 vil dos Romanos : pois reprehende  
 aquelles Ministros , porque tinhaõ segui-  
 do

do , contra o que deviaõ , os D.D. Praxistas a respeito da natureza destes contractos. Por tanto como da natureza das leis declarativas não he revogar as leis anteriores , e nesta lei não se declara , nem especifica alguma em particular que fique revogada , além do exposto temos , que as Ordenações que dizem respeito á natureza destes dous contractos ficaõ em seu vigor ; e em segundo lugar , porque tambem se reprehendem aquelles Julgadores por seguirem as doutrinas dos D.D. Praxistas a respeito da natureza destes contractos , no systema delles não he que devemos procurar a natureza do contracto enfyteutico ; mas devemos entender esta lei seguindo hum systema differente.

38. Como pois a respeito da natureza , que o contracto enfyteutico sempre teve e tem , esta lei segue hum systema que não seguiraõ os Praxistas , e estes addidos á Glosa tem seguido que o enfyteuta he obrigado a cultivar , como deixo notado n. 32. e 33. , já se deixa ver que da sua mente não ñe estabelecer esta obrigação. Tambem como esta lei he declaratoria , para se provar que o enfyteuta he obrigado a cul-

cultivar, e melhorar pela natureza do contracto, ainda que não haia declaração a este respeito, he preciso procurar algum lugar na Ordenação, que o diga, ainda que seja obscuramente, ou alguma lei Romana como subsidiaria, e depois deve-se illustrar esta prova com esta declaração; porque não pode haver lei declarativa, sem haver outra anterior, que se declare. Porém isto he, o que se não pôde fazer; porque, se tem recorrido sómente ás palavras simples desta lei, entendendo-as no sistema dos melhoradores, e eu já mostrei abundantemente, que por direito Romano sempre o enfyteuta foi o senhor da cultura, e melhoramento, e que o direito enfyteutico, ou o direito de cultivar, e melhorar sempre foi hum direito activo do enfyteuta, e não hum direito passivo, qual ficava, se elle ficasse obrigado a cultivar, e melhorar; e mostrei que segundo os principios da nossa Jurisprudencia se mostra o mesmo: e por conseguinte devemos dizer que da mente desta lei não he declarar, que o enfyteuta fique obrigado a cultivar, e melhorar; porque assim fazemos-lhe dizer o contrario do que diz a dita Ordenação, o contrario do que mos-

mostraõ as palavras, e mente dos textos de direito Civil; fazemos-lhe dizer que o direito enfyteutico de hum direito passivo contra a sua natureza: em huma palavra fazemo-lhes dizer o mesmo, que os Glosadores tem dito, a quem seguiraõ os Praxistas, de cujos sentimentos a mesma lei se apartou a respeito da natureza deste contracto, e direitos que d'elle nascem.

39. Quando a lei diz que sãõ contractos enfyteuticos aquelles, em que se daõ terrenos para se edificarem casas, terras, e matos incultos para abrir, as palavras *para edificarem casas, e para abrir*, podem-se tomar, ou neste sentido, para que os enfyteutas possaõ, e tenhaõ o direito de edificar casas, de abrir as terras; ou neste, para que sejaõ obrigados, e tenhaõ obrigação de edificar casas, e abrir as terras. Se nós olhamos para aquella palavra *edificarem*, nós achamos este verbo *edificar* daquelle maneira, e segundo a natureza deste modo do verbo o sentido, que lhe convem, e he mais natural, he o primeiro. Mas deixando a interpretação Grammatica, tomando-se aquellas palavras no primeiro sentido, a lei fica sendo,

do, como he, huma lei declarativa, e fica a dita Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22. mais declarada; pois ainda que deste §. he evidente que o enfyteuta não he obrigado a fazer bemfeitorias, sem se obrigar a ellas por huma convenção adjecta ao contracto, e se conhece tambem que o enfyteuta he senhor de cultivar, e melhorar, e de fazer as casas, e que isto he hum direito seu, e não huma obrigação, com tudo agora por esta lei fica isto mais claro, tomando as ditas palavras *para abrir, para melhorar, e para edificarem casas, &c.* no sentido activo; porque naquelle §. era isto conhecido por dedução, e por ser esta a sua mente, e agora nesta lei do Senhor Dom Jozé acha-se isto mesmo no seu contexto: tomando as neste sentido fica o direito enfyteutico hum direito activo da parte do enfyteuta, e fica a cousa afforada servindo ao enfyteuta, como da natureza deste direito sempre foi, segundo tenho mostrado, e vem a ser esta lei declarativa da natureza, que o direito enfyteutico teve na sua origem, á qual ella diz que o quer restituir, nas palavras *restituindo-se os contractos á sua origem.* Pelo contrario tomando-as

no segundo sentido, em que o A. as tomou, a dita Ord. fica revogada, porque já não he necessaria huma condição posta no contracto para o enfyteuta fazer as bemfeitorias, e não he entãõ esta lei huma lei declarativa; mas huma lei nova, e fica a natureza deste contracto da mesma forma, que os Glosadores a tinhaõ proposto pelo erro da derivação segundo dissemos, e do modo que os Praxistas a tinhaõ explicado por se não terem apartado da Glosa, ficando assim o direito enfyteutico, isto he o direito de cultivar, e melhorar hum direito passivo da parte do enfyteuta, e este servindo ao predio, contra o que disse Ulpiano, e consequentemente contra o que foi na sua origem. Porém nós temos visto que esta lei he declarativa, e que nella reprehende o Legislador os Ministros por terem confundido, e não conhecerem a natureza deste contracto e deste direito, deixando-se enganar pelas doutrinas dos Praxistas; temos visto que elle restituiu o contracto, e direito enfyteutico á sua origem, e não lhe quiz dar huma natureza nova, mas quiz-lhe conservar, a que sempre teve pelas nossas leis, e Ordenação: lo-

logo este segundo sentido não he o da mente do Legislador, mas he o primeiro; pois deste modo fica a lei toda coherente entre si, fica a ordenação em seu vigor, fica a natureza deste direito, e contracto, segundo Ulpiano diz, que ella foi entre os Romanos, e fica desfeito, e de huma vez abatido o systema dos Glosadores, e o enfyteuta similhante a respeito de melhoramento ao usufructuario, ao qual he tambem prohibido o deteriorar; mas não he obrigado a melhorar, antes isto he direito, e cousa que fica a seu arbitrio: (1) similhança que vem da descripção, que da enfyteuse faz Justiniano (2), se deduz, e tem sido tão reconhecida, que pelos seus direitos se tem demonstrado os do enfyteuta. (3)

40. De mais, ficando o enfyteuta obrigado a fazer as casas, ou abrir as terras, e fazer as bemfeitorias, como A. quer, ou nós havemos de conceder que elle as faz, e abre as terras para si, ou que faz isto para o senhorio,

---

(1) L. 13. §. 4. de Usufruct.

(2) d. §. 3. Inst de Locat.

(3) v. até os mesmos Elem. do A. §. 55.

ou que o faz parte para si, parte para o senhorio: se faz as casas, e abrimento das terras para si, como foi sempre da natureza do contracto anfyteutico, (1) entaõ he evidente que o enfyteuta naõ fica obrigado; porque ninguem se póde obrigar para si mesmo, nem da mente da lei foi mudar esta regra: se faz as casas, e abrimento das terras para o senhorio, entaõ elle naõ deve pagar as bemfeitorias ao enfyteuta pelo seu valor, mas taõ sómente lhe deve pagar as despezas; e por consequencia nós temos necessidade de procurar para isto huma nova regra; por quanto segundo as regras do contracto enfyteutico anteriores a esta lei o senhorio, quando a enfyteuse volta, deve pagar as bemfeitorias, e melhoramento pelo que ellas valem, e naõ aquella quantia que nellas se despendeo, segundo se deduz da dita lei 2., e 3. Cod. de *Jur. emphyt*, que sempre teve uo entre nós; e se o enfyteuta quizer vender as bemfeitorias, o senhorio naõ tem aqui o direito da opçaõ; porque já he senhor dellas; e assim temos neces-

si-

---

(1) L. 1. 3. C. de Jur. emph. d. Ord. Liv. 4. §. 97. §. 22.

sidade de outra nova regra a respeito das vendas das bemfeitorias, que fizer o enfyteuta: se o enfyteuta faz as bemfeitorias parte para si, parte para o senhorio, tambem he evidente que são necessarias novas regras a respeito do modo, com que o senhorio as ha de pagar ao enfyteuta, quando a enfyteuse voltar; porque a respeito da parte, que dellas he sua, ha de pagar só a despesa, e não ha de pagar o vallor, e quando o enfyteuta quizer vender, ha de ter o direito de opção só da parte que não he sua; porque a parte que já o he, não póde o enfyteuta vender, e poderá só pedir as despesas della. Porém a lei naquellas palavras *para se regularem pelas regras dos prazos* diz que o contracto enfyteutico se regule pelas mesmas regras que sempre teve, e não estabelece, nem manda procurar outras: logo o sentido que o A. dá ás ditas palavras não he o da mente da lei; mas pelo contrario he que o enfyteuta fique sendo senhor, e com o direito de fazer as casas, e abrir as terras.

41. Ultimamente, se nós consideramos que as bemfeitorias que se fazem nas terras incultas, e que as casas, que se edificação nos terrenos, são para

o fenhorio, então o que fica sendo materia do contracto he a terra culta, e as casas feitas, e disto tudo junto só he que o fenhorio dá a utilidade, e rendimento ao enfyteuta: e conseguintemente vem esta lei a dizer que os terrenos, e terras incultas não são materia do contracto enfyteutico; mas tão sómente as terras cultas, e os terrenos com as casas feitas, o que he contrario não só á mente, mas tambem ao contexto da lei; porque he sem questão, que ella contempla os terrenos, e terras incultas como materia deste contracto. E ainda que se diga que o fenhorio não pede em troco das cousas que dá, senão as obras, e não as casas, e cultura que com ellas o enfyteuta ha de fazer (isto he o que vem a dizer, os que dizem com Justiniano, que as bemfeitorias são do enfyteuta, e com os Glosadores que elle fica obrigado ás bemfeitorias) não deixaria este contracto da ficar sendo mixto de locação de obras contra a mente da lei, que quiz reduzillo á simplicidade que sempre teve; pois como temos dito, ainda que Zeno lhe deu o nome de enfyteuse, não o tirou da simplicidade, que tinha, assim na opiniaõ dos que queriaõ, que  
 fos-

fosse venda, como daquelles que que-  
rião que fosse locação. Tambem se ain-  
da dissermos que as bemfeitorias são do  
enfyteuta, e do senhorio, como este na  
enfyteuse não he senhor senão da sub-  
stancia, e aquelle do modo, e acci-  
dentes, devemos dizer o mesmo nas  
bemfeitorias, isto he, devemos dizer  
que nellas a substancia he do senho-  
rio, e o modo, e accidentes do enfy-  
teuta; mas como as bemfeitorias, que  
se fazem nas cousas, não são senão mo-  
dos, e accidentes, viremos nós a ad-  
mittir no modo, e nos accidentes tam-  
bem substancia: porém como isto he  
hum paradoxo Filosofico, devemos  
dizer, que se não póde considerar,  
que fosse da mente da lei dizer, que  
o enfyteuta ficasse obrigado a fazer  
as casas, e abrir as terras; e devemos  
assentar que o seu verdadeiro senti-  
do he que o enfyteuta fique com esse  
direito, e com esta liberdade, como  
senhor do dominio util das terras,  
que se lhe dão. Restão as perguntas,  
que se mandarão fazer aos senhori-  
os.

42. Recomenda o A. ao seu a-  
migo, que se pergunte aos senhorios,  
se quando fizerão o contracto foi, ou

não da sua intenção , que os enfyteutas ficassem obrigados ás bemfeitorias : mas como os negocios entre duas , ou mais pessoas não devem ser julgados , sem serem ouvidas as partes respectivas , eu devo ouvir tambem os enfyteutas , fizessem o que fizessem o A. , e seu amigo. Diraõ ( não duvido ) os senhorios que ainda que no contracto se não declaraõ , mais lhes agrada que a cousa afforada volte cultivada ; pois a ambição assim lho dicta. Porém responderaõ os enfyteutas : que nos deraõ elles , quando nos entregaraõ suas terras ? não disseraõ que nos davaõ a planta , a sementeira , o melhoramento dellas , e o direito , e faculdade de fazer isto ? As palavras *enfyteuse* , *direita enfiteutica* , porque se explicarão , não significão outra cousa. Não reservarão elles sómente a substancia da cousa ? Não o poderão negar. Logo devem confessar que o direito de semear , plantar , e melhorar he nosso , e não a obrigação : porque não pôdem estar em huma mesma pessoa o direito , e obrigação a respeito da mesma cousa. Nem da sua mesma reserva se deduz mais ; porque o melhoramento não pertence para a substancia da cousa , mas sómente para o modo e accidentes della. E

como he innegavel , o que os enfyteutas pódem allegar , se os senhorios se não declararão no contracto , como na sua mão esteve isto , a si o devem imputar , e não devem pertender impôr semelhante obrigação aos enfyteutas : porque o acto , que fizerão , he todo contrario á sua pertençaõ.

T H E S. II.

I. **A** Enfyteuse não he de sua natureza individua , ainda que por morte do enfyteuta seus herdeiros a não possaõ dividir no juizo *familiæ erciscundæ* , senaõ por estimaçaõ. O A. parece ter-lhe custado a entender esta proposiçaõ , que se acha nas Theses : porém em fim depois de varios tratos veio a conhecer o que ella taõ claramente diz , que eu julgo não precisar de explicaçaõ. Mas porque tinha dito que a enfyteuse era *ex natura sua* individua , e que nunca pela sua natureza admittia a divisaõ por glebas , ou porções , disse que se a questaõ fosse de direito Romano , se podia dizer muito na materia , por haver argumentos por huma , e outra parte (1). Elle ap-

G ii

pli-

---

(1) Cart. p. 21.

plicou para aqui o que vulgarmente se diz do direito Romano , que para tudo ha nelle argumentos por huma , e outra parte : eu não duvido do que vulgarmente se diz , fallando geralmente ; porque a pressa com que as Collecções do direito Romano se concluíraõ , e o modo com que foraõ feitas , deraõ lugar a isto : mas não obstante , ninguém poderá negar , que ainda se póde a verdade liquidar. Se o A. dissesse o seu parecer a respeito desta questãõ , eu por dever responder , ou confessaria a verdade , se elle com ella tivesse acertado , ou a mostraria por não ser cousa de grande trabalho : porém como elle me não quiz dar este incommodo , passemos a tratar a questãõ pela nossa jurisprudencia.

2. Para provar que a enfyteuse he individua *ex natura sua* , e que só admite a divisaõ por estimaçãõ , diz primeiro o Autor : *Quando digo, que he individua natura sua, quero dizer, que ella he individua supposta a natureza que as leis lhe derãõ, e que ha impossibilidade moral para se dividirem os prazos: (1) e depois para mostrar*

---

(1) D. C. 1. pag. 19.

trar a lei, que determinou o que adverte, cita a Ordenação Liv. 4. t. 96. §. 23. Porém se a lei deu, como o A. diz, á enfyteuse a natureza de ser individua, e estabeleceo huma impossibilidade moral de se poder dividir por *glebas*, ou porções, he evidente que nem o senhorio, e o foreiro de vontade commum a poderão dividir; poderão sim ceder cada hum delles do seu direito, e fazer com que a enfyteuse se consolide, e acabe; mas não poderão fazer huma divisão della por *glebas*, ficando cada huma destas porções sempre enfyteuticadas: porque a natureza das cousas não a póde mudar, senão o Autor della; e os ajustes, e pactos feitos contra a natureza do contracto, não tem valor algum mesmo na enfyteuse, o que todos escrevem. (1) Mas sem procurar outro §. na Ordenação, no fim do mesmo, que o A. cita, (2) nós achámos o contrario nas palavras *mandamos, que o foro seja devoluto ao senhorio, se elle o quizer*, das quaes se vê que se o senhorio quizer consentir na divisão da enfyteuse por

---

(1) V. o Comp. do A. §. 35. 6.

(2) D. Ord. L. 4. t. 96. §. 23.

por *glebas*, que os herdeiros do enfy-  
teuta queiraõ por sua morte fazer, el-  
la se póde fazer por esta lei. Ora se  
o senhorio póde consentir na divisaõ  
do prazo depois de feita, cedendo do  
commisso, como diz a lei, tambem po-  
derá consentir nella antes de se fazer:  
e conseguintemente já a enfyteuse não he  
*ex natura sua* individua; porque se o  
fosse seria nullo este ajuste feito pelos fi-  
lhos ou herdeiros do enfyteuta ccm o se-  
nhorio, ou elle fosse anterior, ou poste-  
rior á divisaõ, por ser contrario á natu-  
reza da enfyteuse, e do contracto enfy-  
teutico. Por tanto as ditas palavras desta  
Ordenação: *e porque os taes bens, se-  
gundo a natureza dos foros, não se  
hão de partir*, não fazem o sentido  
que o A. lhes dá, a saber que a en-  
fyteuse he de sua natureza individua;  
pois para isto se dizer, he necessario  
entendellas separadamente, sem as ajun-  
tar com o fim do mesmo §. Porém co-  
mo nós não podemos tirar consequen-  
cia alguma de huma lei, sem attender  
a toda ella, (1) nem interpretalla só-  
mente por algumas de suas palavras,  
devemos juntar as ditas palavras com

---

(1) L. incivile cñ 24. D. II.

o fim do paragrafo , e juntas fazem este sentido : da natureza dos prazos he que por morte do enfyteuta não possão seus filhos , ou herdeiros , nem amigavelmente , nem no juizo *familia erciscundæ* dividillos por *glebas* , ou porções sem licença do senhorio ; mas sómente os poderaõ dividir consentindo elle : o que he totalmente contrario ao que o A. diz ; mas he manifestamente a sentença deste §.

3. Isto mesmo se deduz da Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1. : porque da razão principal que nesta Ordenaçã se dá , de se prohibir a divisaõ dos prazos de nomeaçã aos herdeiros , que nelles lucedem pela nomeaçã tacitamente feita no testamento , naquellas palavras *por se não confundir a pensão delle* , evidentemente se conhece que esta prohibiçaõ foi feita em beneficio dos senhorios , para não terem o prejuizo de se confundir a pensã pelas repetidas divisões , e subdivisões della , e de chegar a porções taõ minimas , que fação le: mais util ao senhorio o perder a sua renda que procuralla : e como da natureza dos direitos estabelecidos em beneficio dos particulares he , que cada hum possa ceder de seu di-

rei-

reito , (1) he evidente que o senhorio póde ceder deste beneficio que a lei lhe faz , e consentir que a divisão do prazo se faça , ou se conserve , a que se fez sem sua licença como se acha no contexto , e mente da dita Ordenação L. 4. t. 96. §. 23. , de que temos fallado.

4. Não he contraria a isto a lei de 6. de Março de 1669 , antes nella se estabelece o mesmo. Por quanto esta lei veio pôr em uso a Ordenação , contra a qual se tinha introduzido o dividirem-se os prazos entre os filhos , ou herdeiros dos enfyteutas nos juizos *familiae exercundae* , e amigavelmente sem licença dos senhorios , de cujo costume , ou abuso se queixarão os mesmos senhorios nas Cortes de Lisboa de 1641 , de 1653 , e de 1668 , e em consequencia dessas repetidas queixas se mandou observar a sua disposição : e elle como ella he , a que temos observado , não fez esta lei individua a natureza dos prazos ; mas tão sómente mandou que sem licença dos

---

(1) L. 41. D. de Min. L. 69. D. de R. J.

senhorios se não dividissem entre os herdeiros, senão por estimação, e não prohibio que se dividissem por *glebas*, concordando elles nisso. A lei que entre nós fez os prazos indivisiveis, foi a de 9. de Julho de 1773, a qual deu huma nova fórma ao contracto enfiteutico, e se fizeraõ assim como as quintas, e na Estremadura os mesmos casaes dispersos, tambem os prazos indivisiveis: e em quanto ella esteve em seu vigor, nem com consentimento dos senhorios se podiaõ dividir; podiaõ sim o enfiteuta, e o senhorio unir o dominio util com o directo, e depois dividir as propriedades que tinhaõ sido emprazadas; mas em quanto não defizessem o contracto, e extinguissem a enfiteuse, não podiaõ dividir o prazo: porque a lei lhe tinha feito a natureza individua, e só ella, e não os particulares lha podiaõ mudar. Porém como esta lei foi revogada á excepção dos §§. 11, e 12, que não pertencem a esta materia, pelo Decreto de 17. de Julho de 1778. e sómente ficou a Ordenação em seu vigor, pódem hoje os senhorios dar licença aos herdeiros que dividão o prazo por *glebas*, e serem validos os  
ajuf-

ajustes com o senhorio a este respeito: e conseguintemente ainda que os herdeiros não possaõ entre si, ou amigavelmente, ou no juizo *familiæ erciscundæ* dividir o prazo, tenaõ por estimação, não he a enfyteuse *natura sua* individua: porque se póde dividir querendo-o assim o senhorio.

5. Eu tenho satisfeito a These: mas quero passar a outra questaõ, e deixando nella a liberdade, que cada hum tem de seguir o que melhor lhe parecer, vou ver, se poderá o enfyteuta em sua vida vender, ou alienar huma porçaõ, ou porções da enfyteuse, satisfazendo só as clausulas da Ordenaçãõ Livro 4. t. 38., quero dizer, se fora do juizo *familiæ erciscundæ*, ou divisaõ que se faz entre os herdeiros, poderá o enfyteuta vender huma porçaõ, ou porções, sendo só obrigado a dar parte ao senhorio que vende, e a offerecer-lhe se a quer tanto pelo tanto, ficando com a liberdade de vender, se elle a não quizer comprar. Se eu usasse da regra de interpretar que o A. ensina (1), segundo a qual (saõ suas formaes palavras) *a lei, que sup-*  
*põe*

---

(1) Cart. n. 51.

*põe huma cousa , deve entender-se nos termos , em que se verifique o que ella suppõe* , deveria eu concluir que não só o enfyteuta em sua vida podia dividir a enfyteuse , e alienar qualquer porção ; mas tambem que os mesmos herdeiros podiaõ no juizo *familiae eriscunde* dividilla , e que lhes não era necessario o consentimento do fenhorio , e teria a meu favor os Jurisconsultos Portuguezes , e que antes da dita lei do Senhor Dom Pedro II. fizeraõ introduzir aquelle costume que a dita lei veio tirar. Por quanto se as leis se não devem observar , quando se não virifica a supposiçaõ que ella faz , esta Ordenaçaõ do Liv. 4. t. 96. §. 23. he huma destas : porque nella se suppõe , que he da natureza dos prazos , que se não dividaõ entre os herdeiros , como mostraõ aquellas palavras *segundo a natureza dos prazos* : e como esta indivisibilidade lhe não provém , fenaõ da lei , como o A. diz nas ditas palavras *quando digo &c.* , (1) he preciso procurar outro lugar da Ordenaçaõ , ou huma lei extravagante , que mande que os prazos sejaõ individuos

por

---

(1) N. 2.

por natureza , para se verificar a dita supposição : porém como nenhuma lei extravagante ha que isto mande ; mas antes a que o mandava se achava revogada , segundo vimos já , (1) e na Ordenação L. 4. t. 36. §. 1. tambem se faz a mesma supposição a respeito da divisaõ entre os herdeiros tacitamente nomeados , devemos concluir pela regra de interpretar do A. , que a Ord. nesta parte se não deve observar , que os herdeiros poderaõ fazer a divisaõ do prazo sem licença do senhorio , e que em todo o caso os prazos são por sua natureza divisiveis. Porém eu cedo disto ; porque os argumentos *ad hominem* não tem por fim achar a verdade , a qual eu só estimo , e digo , que ainda que a supposição que faz a lei se não verificque , sempre ella se deve observar naquillo que manda : porque quando a lei manda huma cousa por huma supposição que mostra fazer , esta supposição he a razão que ella mostra do que manda , e como o legislador não he obrigado a dar a razão do que manda , e muito menos a verificalla , tambem não he obrigado a verificar a suppo-  
si-

---

(1) n. antecedente.

fição , que mostra fazer , para mandar. Quando eu fallar da These , a respeito da qual o A. usou desta regra , direi o necessario a este respeito: agora fico sem duvida , não obstante a dita regra , que os herdeiros do enfyteuta não podem sem licença do senhorio dividir a enfyteuse , senão por estimação: vamos ao que tratamos.

6. He principio constante que no todo se comprehende a parte , o qual he , como devia ser , admittido na jurisprudencia Romana (1) , e incapaz de ser excluido da nossa. Em virtude deste principio o enfyteuta tem para qualquer porção da enfyteuse a mesma liberdade , e poder , que tiver para toda , excepto no que lhe for restricta pela lei , ajuste , ou disposição do testador: destas excepções introduzidas por convenção , ou vontade do testador não devemos tratar ; porque não pertencem para esta questão , devemos sómente examinar , se a lei tem posto alguma excepção a este respeito. A liberdade de vender o todo acha-se expressa na Ordenação liv. 4. t. 38. , e aqui se diz que o enfyteuta póde vender a

cou-

---

(1) L. 21, 110. D. de R. J.

cousa afforada, huma vez que satisfaça as clausulas declaradas na lei, e em todo este titulo, que he o proprio da materia, não se declara que elle não possa vender huma parte, se a quizer vender; mas estabelece a regra geral, que lhe dá a liberdade de vender, sem se fazer excepção, nem declaração alguma, da qual conste a referida limitação: e conseguintemente por este titulo segundo aquelle principio que referi, o enfyteuta poderá vender, e alienar, assim como toda a enfyteute, huma porção, ou porções della, depois de satisfazer as clausulas aqui postas. He sómente no d. tit. 96. §. 23. deste livro 4., com o qual concorda o tit. 36. §. 1. do mesmo livro, que nós achamos huma restrição a respeito daquella liberdade de vender, da qual concluirão (1), Valasco, Molina, e outros, que a enfyteuse he entre nós individua por sua natureza, e só allegão em contrario o referido costume, que se introduzio contra a dita Ordenação, (2) o qual se acha cassado, e annullado pela dita lei do

---

(1) J. emph. q. 38. n. 11.

(2) V. Pinh. p. 2. de emph. D. 4. Sect. 5. n. 64.

do Senhor D. Pedro II. Porém nós devemos observar estes §§. da Ordenação, que eu já referi, para vermos qual he a tua mente, e disposição, e principiaremos pelo §. 23. eu traslado as palavras que para isto são precisas, e são as seguintes: „ E os afforamentos „ perpetuos, que algumas pessoas to- „ mão para si, e seus herdeiros, e „ successores, sempre se hão de par- „ tir por estimação entre os filhos, ou „ herdeiros do defunto, por cuja mor- „ te ficarão os bens afforados. E por- „ que os taes bens segundo a nature- „ za dos fóros não se hão de partir, „ e hão de andar em huma só pessoa, „ mandamos que se encabecem em hum „ dos herdeiros, em quem se todos „ ou a maior parte delles concorda- „ rem, do dia que se o foreiro finir „ até seis mezes . . . .

7. Todas estas palavras trasladadas se devem dividir em duas partes principaes, a primeira até as palavras *bens afforados* inclusive, e a segunda comprehende as palavras, que se seguem até o fim. Na primeira parte se diz, que os herdeiros, e successores do enfyteuta não poderão dividir o prazo senão por estimação: e eis-aqui temos  
nós

nós huma regra, que limita a disposição geral do t. 38. que já referi. A segunda parte, que principia, *E porque* deve dividir-se tambem em duas partes principaes, a primeira até a palavra *pessoa* inclusive, a segunda deide a palavra *mandamos* até o fim. Esta tambem se póde dividir em duas partes; mas isto não he necessario para a questão. A primeira parte, como se vê da particula *segundo*, contém a razão da disposição da lei, e a segunda, como tambem mostra a palavra *mandamos*, contém a mesma disposição da lei, a qual he, que os prazos, ou bens foreiros se encabecem em hum dos herdeiros sómente: por tanto he huma providencia feita em consequencia de se ter mandado que os herdeiros não dividão o prazo, de que são senhores por morte do enfyteuta: e assim tudo, o que se acha incluído na disposição da lei, não he senão a respeito da divisaõ entre os herdeiros; e se não estivessem nesta primeira parte aquellas palavras: *e porque segundo a natureza dos fóros não se bão de partir, e bão de andar em huma só pessoa*, não podia haver duvida, ou questão, se o enfyteuta podia alienar qualquer porção

saõ do prazo. Por quanto este §., extrahindo delle as ditas palavras, he sem duvida que naõ prohibe, se naõ a divisãõ entre os herdeiros, como mostra o seu contexto, e a rubrica do titulo em que está, a qual he *Das partilhas, que se haõ de fazer entre os herdeiros*: porque a lei que dispõe a respeito de hum caso particular, naõ destrõee a regra geral, antes mais a confirma; pois huma disposiçaõ singular naõ se pode ampliar a outros casos, (1) e nós já vimos que por virtude da Ord. liv. 4. tit. 38., e da natureza do contracto, o enfyteuta como senhor pode alienar qualquer porçaõ, e que esta he a regra geral. Logo estas palavras da primeira parte saõ as que fazem toda a duvida, e tambem saõ as que tem feito dizer, que pelas nossas leis os prazos saõ por natureza indivisiveis.

8. Na Ordenaçãõ liv. 4. tit. 36. §. 1. observa-se o mesmo que neste §. 23. Por quanto deixando as differentes partes, em que todo o §. se pode di-

H

vi-

---

(1) L. 14. D. deleg. 141. D. de R. J.

vidir, o verso *e por quanto* divide-se em duas partes, a primeira até as palavras *pensão delle*, e a segunda continúa até o fim. A primeira contem a razão da disposiçãõ que faz a lei na segunda parte, pela qual manda que os herdeiros tacitamente nomeados não dividão tambem o prazo. As palavras que se achão na primeira parte são as seguintes: *por quanto o foro não ha de ser partido entre muitos por senão confundir a pensão delle*, as quaes palavras tambem são as que tem concorrido para a questãõ da indivisibilidade da enfyteuse; pois a disposiçãõ que se acha na segunda parte tambem he particular a respeito dos herdeiros, como he a do dito §. 23., e os que tem seguido que os prazos entre nós são indivisiveis, tambem, como já disse, a ellas se referem para provar a sua affirmaçãõ. E na verdade as palavras da primeira parte de hum, e outro §. contem huma mesma sentença; pois dando-se neste §. I. a razão da prohibiçãõ, que se faz aos herdeiros, a lei diz desta maneira: *por quanto o foro não ha de ser partido entre muitos*, as quaes palavras são iguaes as que se achão no di-

dito §. 23. , a saber , e por quanto segundo a natureza dos foros não se haõ de partir , e haõ de andar em huma só pessoa , e se juntarmos as outras palavras do §. 1. que são deste theor por se não confundir a pensão delle , as quaes contém a razão da razão , que nas antecedentes se dá de se prohibir a divisaõ aos herdeiros , e tambem contém a razão da mesma prohibiçaõ , que se acha no §. 23. he certo dever-se concluir que as palavras , que se achão na primeira parte de hum , e outro §. se podem ajuntar ; pois contém huma , e a mesma sentença.

9. Tem-se deduzido , como digo ; das palavras , que se achão na primeira parte destes dous §§. , que os prazos são entre nós indivisiveis : porém como nós temos observado , e mostrão as particulas , *porquanto* , *segundo* , e *por* , o que aqui a lei diz não he , senão a razão , que ella dá , da prohibiçaõ que faz aos herdeiros , á qual ajunta a mesma lei a razão da razão que deu. Por tanto tão semente se terá deduzido bem que pelas nossas leis são os prazos indivisiveis , se da razão da lei se poder deduzir

huma regra de direito : porque nas  
 nossas leis nem de passagem se falla  
 desta materia em outra parte , e os  
 nossos costumes tem sido tanto pelo  
 contrario , que naõ obstante a Orde-  
 nação se introduzio o costume de se  
 dividirem mesmo entre os herdeiros  
 contra vontade dos senhorios , o qual  
 no tempo de Pinheiro se extendeo por  
 todo o Reino. ( 1 ) Pelo que toda es-  
 ta questãõ depende de se saber , se  
 da razãõ da lei se pode tirar huma  
 regra de direito : mas como as regras  
 de direito naõ saõ outra cousa mais ,  
 que humas summas , ou breves expo-  
 sições do direito , que pelas leis está  
 estabelecido , como bem advertio o  
 Jurisconsulto Paulo , ( 2 ) vem a ques-  
 taõ a ser , se na razãõ da lei se con-  
 têm tambem a sua disposiçãõ , isto  
 he , se a razãõ da lei he tambem hum  
 mandado da mesma lei. Porém eu jul-  
 go que me naõ será necessario mostrar  
 que na razãõ da lei se naõ cotém,  
 o que ella manda. Porquanto além da  
 zaõ

---

( 1 ) Part. 2. de emphyt. disp. 4. f.  
 5. n. 64. ( 2 ) L. 1. D. de reg. J.

razaõ da lei naõ ser a mesma lei, nem  
 nella se incluir, como bem nos dá a  
 entender Papiniano ( 1 ) fallando dos  
 legados, que entre os seus eraõ hu-  
 mas disposições feitas á maneira das  
 leis, se nós dissermos que a razaõ da  
 lei he tambem lei, e contêm huma  
 disposiçaõ do Legislador, teremos em  
 cada lei hum processo infinito de leis:  
 porque sendo a razaõ da lei tambem  
 lei, como ella he a vontade do Legis-  
 lador, e naõ ha vontade sem razaõ,  
 que a determine, para a mesma razaõ  
 he preciso procurar outra razaõ, que  
 determine a vontade, que nella he in-  
 cluida, e sendo esta tambem lei, he  
 necessario procurar outra, e para es-  
 ta outra, e assim continuaremos sem  
 poder achar termo: porque segundo a  
 hypothese sempre a razaõ achada ha  
 de ser tambem lei. Para evitar pois  
 hum paradoxo semelhante, devemos di-  
 zer que na razaõ da lei senaõ com-  
 prehende a lei, nem a sua disposiçaõ,  
 e que della senaõ pode tirar regra  
 alguma de direito. Nem a vontade  
 do

---

( 1 ) L. 72. §. 6. D. de conduct. de-  
 monstr.

do Legislador he mandar , ou dispôr alguma cousa , quando elle dá mesmo a verdadeira razão da sua lei , e lhe não lança o véo , que pedem muitas vezes as differentes circumstancias do tempo , e mostra a arte de legislar ; mas tambómente quer expôr a causa , ou motivo da sua determinação , para melhor se conhecer o fim que intenta. Por tanto da razão da lei não se póde tirar , segundo a vontade do Legislador , senão hum principio de interpretação , que só póde servir para declarar , ampliar , ou restringir as palavras , que comprehendem a sua disposição , segundo mandaõ as regras da boa Hermeneutica. Mas como da natureza da lei , que faz huma disposição particular , e limita as regras geraes de direito , he que ella se não estenda além do caso , ou casos expressos nella ( 1 ) , e tambem que sirva de mais confirmar a disposição geral , á que he contraria , ainda que a razão desta disposição particular pareça , ou seja ampla , o mesmo devemos dizer destes dous §§. da Ordenação ,  
que

---

( 1 ) L. 14. D. de leg. l. 141. D. de R. J.

que prohibem a divisaõ dos prazos aos herdeiros ; e devemos concluir que por isso mesmo que se faz esta prohibiçaõ particular , a regra geral he , que se possaõ dividir , e naõ devemos tirar da razaõ da prohibiçaõ huma regra de direito , aonde ella naõ está estãbelecida pelo Legislador.

10. Naõ só pelo que tenho dito se mostra que sómente os herdeiros naõ podem dividir os prazos por morte do enfyteuta , mas tambem pela historia da lei do Senhor Dom Pedro II. , a qual se acha referida por elle mesmo. No tempo desta lei he certo , como della , e tambem do testemunho de Pinheiro consta , ( 1 ) que a divisaõ dos prazos se praticava até mesmo nas divisões , que se faziaõ entre os herdeiros , e como o Senhor Dom Pedro II. naõ fez mençaõ , de que os senhores directos se queixassem naquellas tres referidas Cortes , fenaõ da divisaõ entre os herdeiros , he certo que os naõ quiz attender , fenaõ a respeito desta. Porque ou os senhorios se queixaraõ de todas as di-  
vi-

---

( 1 ) D. D. 4. n. 64.

visões, ou sómente destas: se se queixaraõ de todas, he certo que lhes naõ achou razaõ a respeito das outras divisões, que se faziaõ pelas alienações das porções dos prazos; pois até omittio na narraçaõ, que fez da sua queixa, esta parte: se elles se naõ queixaraõ, tambem se conhece o mesmo; porque o despacho naõ he senaõ relativo, ao que na petiçaõ se supplica. Pelo que he evidente, segundo o que nesta lei se lê, que no tempo das ditas Cortes estes dous §§. da Ordenaçãõ naõ se entendiaõ senaõ do caso especial da divisãõ feita entre os herdeiros sem licença do senhorio, e naõ se entendiaõ das outras divisões; e que da mesma sorte os entendeo o Senhor Dom Pedro II. na dita sua lei: e consequentemente nós tambem assim os devemos entender, e naõ devemos dizer que os enfyteutas naõ pódem alienar qualquer porçaõ da enfyteuse, de que saõ senhores.

II. E na verdade os senhorios naõ tinhaõ huma razaõ sufficiente, que allegassem contra as alienações, que os enfyteutas fazem de qualquer porçaõ da enfyteuse. Por quanto o enfyteuta alienando huma porçaõ do prazo, o senho-  
rio

rio não he o que faz este contracto, (1) sómente dá licença que se faça, e não tem mais, que o direito da opção nos contractos, em que ella lhe compete, e o de propugnar que o não prejudiquem nos seus direitos (2), e não pôde mais oppôr-se a liberdade do enfyteuta; quem faz o contracto he o mesmo enfyteuta, e aquelle a quem elle aliena: e como o contracto he feito entre estes, elles se fazem socios da obrigação de toda a pensão, ficando ambos obrigados *in solidum*: pois ainda que elles dividem em parte a enfyteuse, como a pensão não he posta sómente ao todo, mas he estabelecida em toda a enfyteuse, e em cada huma das suas partes, cada hum delles a deve toda, não obstante o dividirem-na entre si; porque a pensão se deve toda por cada huma das partes da enfyteuse, e ainda mesmo que não reste senão huma minima parte della, ainda assim se deve toda. (3) Tambem como a pensão não he constituida em razão da cousa enfyteuticada, ou do seu rendimento, como succede nos censos, e na locação, tambem ainda que

ca-

---

(1) Arg. L. 160. D. de R. J. (2) Ord. L. 4. t. 38. pr. (3) L. 1. C. de Jur. emphyt.

cada hum destes contrahentes fique só com huma porção da enfyteuse, e conseguintemente com huma porção do seu rendimento correspondente a ella, fica com tudo obrigado a toda a pensão *in solidum*: porque só deveria ficar obrigado *pro parte*, se ella fosse estabelecida na ração proporcionada da cousa, ou do seu rendimento. Como pois estes contrahentes ficam obrigados á pensão *in solidum*, nenhum delles pôde pedir a divisaõ della, antes o senhorio a pôde pedir toda a cada hum delles: porque o beneficio da divisaõ não compete aos devedores *in solidum*, ou *corréos debendi*, como muitos já tem mostrado contra a errada intelligencia, que deu Irnerio (1) a Nov. 99. cap. 1., o qual a devia entender sómente a respeito dos corréos, que fossem fiadores reciprocamente (2), como mostra o mesmo capitulo 1. da dita Novella e a sua rubrica, e tambem o intento do Imperador, o qual foi derogar a lei 11. D. de *Duob. reis*, em que Papiniano disse

---

( 1 ) Auth. Hoc. ita. C. de duob. reis.  
 ( 2 ) Vid. Hein. Not. ad §. 1. Inst. de duob. reis.

se que os corréos debendi , ainda que fossem fiadores reciprocos , não tinham o beneficio da divisaõ. Donde os senhorios como disse , nenhuma razão tinham que allegar nas ditas Cortes contra as divisões , que os enfyteutas faziaõ alienando qualquer porçaõ do prazo ; porque nenhum prejuizo se lhes segue dellas , mas antes lhes provêm mais commodo : pois além de se lhes facilitar assim mais o receberem laudemios repartidos , tem em lugar de huma pessoa só obrigada á pensão duas ou mais , a cada huma das quaes a podem pedir toda , e na sua mão está escolher , o que mais capaz fôr de lhe pagar , sem serem obrigados a dividilla. Os enfyteutas tambem não tem prejuizo : pois como são sócios , e se obrigaõ á pensão *in solidum* por ajuste commum , o que pagar ao senhorio póde obrigar o outro enfyteuta , a que lhe pague a parte que lhe compete , (1) segundo o lugar que na sociedade faz , isto he , segundo a parte , de que he senhor.

Pe-

---

(1) L. arg. 62. D. ad leg. falcid. l. 2. Cod. de duob. reis. L. 43. D. Pro socio.

13. Pelo contrario elles tinhaõ razão sufficiente de se queixar das divisões feitas entre os herdeiros. Porque os herdeiros quando succedem por morte do enfyteuta, o senhorio entra na convenção enfyteutica, que elles fazem acceitando o prazo; pois elle he o que no contracto os chamou, e lhes prometteo a enfyteuse, chamando ou o enfyteuta nomeado nos prazos de nomeação, ou os herdeiros nos prazos hereditarios, e elle mesmo foi, o que fez a estipulação da pensão, e os herdeiros a elle se obrigão a pagalla, e lha promettem quando aceitão o prazo: porém como para huma obrigação ser *in solidum* não he bastante que a mesma quantia seja pedida a muitos, ou que muitos a promettão; mas he preciso que elles todos se queirão assim obrigar, quando promettem, e que da mesma estipulação conste claramente que se pede a obrigação *in solidum*, e de outra sorte, quando se pede a muitos, ou muitos promettem a mesma quantia, sómente cada hum fica obrigado em parte, seu *in partem virilem*, (1) e como até na duvida nunca se

---

( 1 ) L. II. §. 1., e 2. D. de duob. reis.

se presume que os promittentes se quizerão obrigar *in solidum*, (1) os herdeiros não ficão obrigados deste modo, nem são correos debendi; mas tão sómente ficão obrigados *pro parte*, isto he, cada hum fica obrigado a parte, que fór proporcionada áquillo, que do prazo lhe competir. A razão he, porque o senhorio, quando fez o contracto enfyteutico com o enfyteuta defunto, ou seus antecessores, não declarou, nem acrescentou, que queria que os herdeiros ficassem obrigados *in solidum*, nem tambem os herdeiros, quando aceitarão o prazo, declararão que tinham animo de se obrigar *in solidum*, o que he necessario para a obrigação não ser *pro parte*: segundo temos dito, e nós inculca o Jurisconsulto Paulo. (2) De mais, pelo costume tem sido recebido entre nós, e tambem fóra desta Nação, não se julgarem obrigados *in solidum* os que promettem a mesma quantia, senão tendo sido

---

V. Hein. Elem. jur. Civ. sec. ord. Pand. p. 7. §. 20. Voet. com. ad Pand. lib. 45. t. 2. n. 2. (1) V. Wissembach. ad Pand. ad tit. de duob. reis n. 25. (2) D. L. 41. §. 1. 2.

do isto mesmo especialmente declarado no ajuste , para não succeder que algum delles contra sua vontade pague pelo outro , quando elle não fôr capaz de pagar (1) ; o que he sufficiente para devermos dizer que os herdeiros, ainda que se obriguem e prometaõ a pensão, quando aceitaõ o prazo, não ficaõ obrigados *in solidum*; mas em parte taõ sómente. Portanto se a Ordenação não prohibisse aos herdeiros a divisaõ dos prazos por *glebas*, ou em porções, a pensão se deveria dividir, por não serem a ella obrigados *in solidum*, o que a mesma Ordenação contempla naquellas palavras *por se não confundir a pensão delles*; e os senhorios viraõ a soffrer o prejuizo da pensão chegar pelas successivas divisões, e subdivisões a ser repartida em porções taõ minimas, que o trabalho, e despezas da arrecadação de cada huma dellas seria maior ainda que o lucro, e interesse de as receber. E assim justa razão tiveraõ os senhorios de se queixarem nas ditas Cortes contra o costume, que se havia introduzido de

---

( 1 ) V. Groene-Wegen. ad authent. Hoc ita C. de duob. reis. Resp. Jurisc. Holl. part. 1. Consil. 243.

de se dividirem os prazos entre os herdeiros: porque não só tinhaõ a Ordenação a seu favor, que em seu beneficio tinha prohibido aos herdeiros a divisaõ dos prazos por *glebas*; mas seguia-se-lhes o prejuizo já referido, o qual se não segue, como já vimos, das divisões, que se fazem, quando o enfyteuta aliena qualquer parte: pois ainda que se fação estas divisões, como ellas se fazem por hum contracto, a que o senhorio não dá lei alguma, e taõ sómente requer não ser prejudicado, não pôdem estes que o fizeraõ, fazello soffrer o prejuizo da divisaõ da pensão; porque se obrigaraõ entre si á pensão toda, e o que prometteraõ ao senhorio foi, que o não prejudicariaõ em cousa alguma, que he o que pelas leis elle pôde requerer nestes contractos, e se suppõe, que tem requerido.

12. Nem se poderá dizer que a Ordenação livro 4. t. 36. §. 1. naquellas palavras *por se não confundir a pensão admittio* entre os corréos *debendi* o beneficio da divisaõ, e que approvou a dita authentica *Hoc ita C. de Duob. reis*; porque seria isto dizer, que a Ordenação admittio hum erro, querendo admittir hum principio verdadeiro,

o que se não deve dizer, e he affirmar que a lei dispõe na razão, que dá da sua disposição, o que já mostramos se não pode tambem dizer, por ser alheo da mente do Legislador. O que destas palavras se deve deduzir he, que a Ordenação não julgou os herdeiros obrigados *in solidum* á pensão, que he o que eu mostrei no §. antecedente: mas não se póde deduzir que não julgasse obrigado *in solidum* aquelle, que se quiz associar, e deste modo obrigar pelo mesmo contracto, que com o enfyteuta fez, em que tacitamente prometteo de não prejudicar o senhorio; como tambem já disse.

13. O que tenho dito se deduz tambem dos nossos costumes. Porque entre nós se usaõ as arrematações não só de toda a enfyteuse; mas tambem das suas differentes partes, e cada hum dos arrematantes fica senhor da parte, que arremata: usaõ-se tambem as vendas, e toda as mais alienações de partes da enfyteuse, e os senhorios pediraõ sempre a pensão *in solidum* a hum, e este depois de pagar pede aos outros a parte, que lhe compete. Os encabeçamentos dos prazos, que se usaraõ sempre, e usaõ hoje, fazem tambem prova  
bas-

bastante, que se tem usado, como usão hoje as alienações de parte, ou partes da enfyteuie, que os enfytentas ficam obrigados *in solidum*, e *corréos debendi*, e que os senhorios não são obrigados a dividir a pensão. E ainda que se use fazer-se o encabeçamento, no que tem a maior parte do prazo; isto com tudo se pratica, porque os senhorios podem escolher, o que he possuidor de mais bens. E antes isto mesmo comprova, o que tenho dito; porque da natureza da obrigação correal he o poder o credor escolher o que mais conta lhe fizer. Será sufficiente a respeito desta questão, o que fica dito, vejamos a seguinte.

### T H E S. III.

**N**Esta These se diz, que he Romanismo o que alguns dizem entre nós, que o contracto enfyteutico he hum contracto de boa fé, e nominado. Que alguns dos nossos Escritores não convem, em que esteja extincta a differença dos contractos *stricti juris*, e

de boa fé, se vê de Valasco, (1) e Pinheiro, (2) e o mesmo Valasco não deixou de tratar a questão, se era a enfiteuse contracto nominado, ou innominado, ainda que diz ser esta huma questão pouco importante, (3) o que não obstante, o A. das cartas mostra ter-lhe dado grande cuidado esta These: (4) mas se ella lhe não dizia respeito, era bastante, que dissesse o sentido, em que tinha dito no compendio, que o contracto enfiteutico era de boa fé, e nominado, se assim julgasse necessario, e prevenia ao mesmo tempo a lembrança de investigar a causa de seus cuidados. Examinando pois o seu compendio, o A. estabelece no §. 35. o seguinte principio: a enfiteuse he hum contracto consensual; e delle deduz no numero 5. esta consequencia: a enfiteuse he contracto de boa fé: e desta consequencia deduz a outra: que os pactos, e convenções, que se ajuntarem á enfiteuse, se devem observar. Eis-aqui as suas palavras: *Cum hic con-*  
*tra-*

---

(1) Jur. emph. p. 1. q. 5. n. 12. 13.

(2) Part. 2. de emph d. 1. f. 1. in fin.

(3) q. 6. (4) Cart. 1. p. 23.

*tractus consensualis sit, patet esse bonæ fidei; ac ideo pacta, quæ ipsi adjiciuntur, sanctissime observanda, nisi naturæ contractus adversentur.* Nestas palavras observa-se, que o A. para concluir que a enfyteuse he hum contracto de boa fé, não se contentou com dizer sómente que era contracto; mas ajuntou tambem a qualidade de consensual: porém o que não admite a distincão de contractos de boa fé, e *stricti juris*, não procura qualidade alguma nos contractos, para conhecer, e dizer que qualquer contracto he de boa fé; mas huma vez que estabeleça que he contracto, conclue logo que he de boa fé. Mais se observa nas mesmas palavras, que elle para concluir que se devem observar, e guardar religiosamente as convenções adjectas ao contracto enfyteutico, primeiro mostrou que era contracto de boa fé: mas quem não admite a dita distincão, não deve fazer primeiro aquella demonstração, depois de ter mostrado que a enfyteuse he contracto, deve concluir logo que todas as convenções, que se lhe ajuntarem, se devem observar, não sendo contrarias á sua natureza; porque a differença de contractos *stricti*

*juris*, e de boa fé era, o que obrigava aos Romanos, e obriga aos que interpretaõ o seu Direito, a mostrarem primeiro, que o contracto he de boa fé, para poderem dizer que as convenções, que se lhe ajuntaõ, se devem obriervar, e por esta causa he que os Romanos fallavaõ segundo a ordem, e deducção que o A. falla no dito §. Agora se o A., naõ fallou, nem escreveu no dito §. segundo os sentimentos dos Romanos, e naõ cometeo hum Romanismo, fallando como elles, fazendo huma deducção como elles, e caminhando tambem pelos mesmos principios para fazer evidentes, e convenientes as proposições, que põe neste §., elle o julgue, que a mim nada disso me importa.

2. Tambem diz, que chamou ao contracto enfyteutico contracto nominado, para dar a entender que era hum contracto, que tinha nome adquirido pelo seu uso, e frequencia, ( 1 ) e que o mesmo Martini, sendo escritor de direito Natural, recommenda a differença, que o uso, e frequencia introduzio entre os contractos, de huns terem nome,

---

(1) Cart. 1. p. 25.

me, e outros não. Porém deixando Carlos Martini, que fez, e lembrou a dita differença, como, e quando devia fazella, o A. no §. 33 diz os diferentes nomes, que o contracto enfy-teutico tem obtido pelo uso, e depois de os dizer (o que era bastante para se saber, que este contrato tem nome) não se contentou com isto; mas pelo contrario depois mesmo de ter dito no fim deste §., que este contracto tambem tinha o nome *emphyteusis*, passando a definillo no principio do §. 34. diz desta maneira: *emphyteusis est 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 dominii solvat.* O Jurisconsulto Romano, ou aquelle que explica o direito dos Romanos, definido deste modo, não obstante ter já dado o nome ao contracto na palavra *emphyteusis*, não faz huma repetição digna de ser notada, pondo na definição a palavra *nominatus*: porque esta palavra entre elles era precisa para explicar a differença que elles fazião de contractos nominados, e innominados: porém o que definir

ef-

este contracto pela Jurisprudencia Portugueza , que não admite semelhante differença , não se poderá desculpar definindo assim ; porque depois de dar o nome ao contracto na palavra *emphyteusis* , he superfluo o dizer , que tem nome , que he o que significa sómente a palavra *nominatus* , para quem não admite a dita differença. E porque todos quando definem , se lembrão de não pôr palavras superfluas , o leitor , lendo o dito §. , lembra-lhe se o A. definiria o contracto por direito Romano , e vendo no mesmo §. que elle justifica a sua definição com o §. 3. *Inst de Locat , et cond.* , e com a l. 1. *C. de Jur. Emphyt.* , conclue que a definição he propria do direito Romano : e lendo nas cartas p. 18. , que a definição foi feita á imitação dos melhores Juristas , que explicarão o direito dos Romanos , então fica sem duvida alguma , que aquella palavra *nominatus* , por estar posta na definição depois de estar posta a palavra *emphyteusis* , contém hum Romanismo. Se o A. porém depois de ler as Thezes não quer que o contenha , seja como elle quizer : sómente lembro , que as restricções puramente mentaes se não devem admittir.

*Theses defendidas na Faculdade de  
Canones.*

## §. II.

**C**omprehende este §. tres proposições, ou Theses: a saber 1. que em outro tempo se podia questionar, se a enfyteuse Ecclesiastica era, ou não perpetua; 2. que depois da lei de 4. de Julho de 1768 he sem duvida, que toda a enfyteuse Ecclesiastica he perpetua; 3. que aquella regra que alguns estabelecem a respeito das nomeações tacitas dos prazos, a qual diz que na falta de descendentes, e ascendentes succedem os transverſaes até o 4.º gráo pela mesma ordem que os descendentes, e ascendentes, taõ sómente he verdadeira nos prazos seculares; porém que o não he nos Ecclesiasticos de nomeação, segundo foi interpretado pelo Supremo Senado da Supplicação. E esta ultima proposição se deduz nas Theses, do que na segunda se tem dito.

## T H E S I.

1. **D**Epois de o A. fazer hum grande estrepito por causa desta primeira These, descobrio-se-lhe o traslado de algumas palavras da Ord. liv. 1. tit. 62. §. 46., e liv. 2. t. 1. §. 6., com que quer provar que não podia haver antes daquella lei do Senhor Dom Jozé I. duvida alguma de que os prazos Ecclesiasticos podessem ser temporaes, e de que a enfyteuse Ecclesiastica se podesse dividir em perpetua, e temporaria. Do preambulo da mesma lei se manifesta bem, que não sómente podia haver duvida, mas que antes della mesmo a melhor opinião era a daquelles, que seguissem que erão perpetuos todos os prazos Ecclesiasticos entre nós. Mas não obstante constar deste preambulo, que houve duvida a este respeito, e até a causa da mesma duvida, já que o A. assim o quer, e pede, direi porque podia haver duvida e questão, e os fundamentos de huma, e outra parte. Porém primeiro devo advertir que a enfyteuse depois de constituída não se extingue, senão ou pela extinção total da  
cou-

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. 1. t. 62. §. 46. vers. *E as*, contém outra excepção da dita regra geral , a que se deduz do mandando da lei , que ahí 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 são senhores directos, *quia*, são 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 prohibiçãõ da consolidaçãõ, 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 enfyteuse Ecclesiastica hoje he perpetua ; porque cada huma destas leis não fez mais que declarar a Ordenação , na qual , sem 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 d'elle expressa menção de pessoas , e corporações que não pódem consolidar : por tanto devemos ficar sem duvida que os prazos Ecclesiasticos não pódem 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

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

ceiro, se não podia tirar consequencia alguma : (1) mas nem neste caso os prazos se podiaõ consolidar ; porque a lei o não exceptuava da dita regra. Os mais modos porque se pôde verificar a consolidaçaõ, mais manifestamente se comprehendiaõ na disposiçaõ da dita Ord. : e assim he evidente que chegando o caso, em que os prazos, se fossem seculares, se haviaõ de consolidar, a enfyteuse nunca devia voltar para as Igrejas, e Corpos de maõ morta ; mas devia ficar *nullius*, e como bens jacentes, ficando as Igrejas, e Corpos de maõ morta sómente com o dominio directo, de que eraõ senhoras. Isto que tenho dito deduz-se bem da inhabilidade, que pela Ord. as Igrejas, e Corpos de maõ morta tinhaõ para adquirirem o dominio nas suas enfyteuses. Resta sómente saber quem eraõ, os que antes da lei de 12. de Maio de 1769. teriaõ direito para se fazerem senhores desta enfyteuse jacente, e vaga, e como se haviaõ de haver as Igrejas, e Corpos de maõ morta, para terem quem lhes pagasse os fóros, e direitos dominicaes.

---

(1) Arg. §. 6. Inst. de Jur. Nat. G. & Civ.

3. A prohibiçaõ que se tinha feito da consolidaçaõ , assim como naõ podia ser favoravel a terceiro , tambem lhe naõ podia tirar direito algum , e nestes termos por ella naõ ficou alterado o direito de renovaçaõ : por isso quando nos casos de devoluçaõ alguẽm tivesse por via das regras dos prazos o direito de renovaçaõ , este que o tivesse tinha o direito de adquirir a enfyteuse jacente. Porém como ninguẽm pòde ser enfyteuta , sem que se obri- gue aos fóros , e direitos dominicaes , e naõ pòde ter o direito enfyteutico em cousa alguma sem contrahir esta obri- gaçaõ , o mesmo que pelo direito de renovaçaõ tinha direito de ser senhor daquella enfyteuse , devia , para se fazer senhor della , obrigar-se a pagar ás ditas Corporações os seus fóros , e di- reitos dominicaes , que pelo dominio directo lhes pertenciaõ ; e esta obrigaçaõ era hum requisito necessario , e sem o qual elle naõ podia fazer-se senhor da enfyteuse jacente , e *nullius* , e por is- so mesmo que era requisito essencial era tambem o titulo , porque elle a podia adquirir. E porque nos prazos Eccle- siasticos he essencial para a validade das obrigações enfyteuticas , que ellas

se

se façãõ por escritura , devia tambem este fazer escritura desta obrigaçãõ. Eis-aqui o emprazamento , que as Igrejas podiaõ fazer nos calos de renovaçãõ ; porque naõ podiaõ renovar a enfyteuse ( pois para isto era necessario que ella se consolidasse , e extinguisse , o que naõ podia ser em virtude da lei ) mas taõ sómente podiaõ renovarlhe o enfyteuta , quero dizer , podiaõ sómente pedir , que o que tinha direito a ser senhor da enfyteuse renovasse a obrigaçãõ enfyteutica , que para elle estava extintã , assim como o direito enfyteutico. Quando porẽm naõ houvesse quem tivesse o direito de renovaçãõ , ainda que por virtude da regra geral todos os bens vagos , e sem senhor certo pertencem para a Corõa , (1) com tudo como a mente da lei , quando prohibio a consolidaçãõ , e adiquisicãõ de bens de raiz ás Igrejas , e Corpos de maõ morta , naõ foi aumentar o rendimento da Corõa , antes foi o fazer que os bens de raiz fossem possuidos por pessoas seculares ( fim que tiveraõ , e tem as leis da amortizaçãõ ) esta enfyteuse , ainda que vaga , naõ pertencia para a Corõa ; mas como

---

(1) Ord. L. 2. t. 26. §. 17.

mo ninguem era senhor della , e as Igrejas , e Corpos de maõ morta não eraõ obrigados a perder os seus fóros , e direitos dominicaes , por terem o dominio directo , que a lei lhes conservou , tinhaõ estes o direito de procurar , e escolher huma pessoa , que se lhes quizesse obrigar a pagar os direitos dominicaes , e fazer a escritura necessaria , segundo já dissemos , para esta obrigação ser valida e ninguem tinha direito a fazer-se senhor da enfiteuse , senaõ quem as Igrejas escolhessem : porque ellas haviaõ de fazer a estipulaçaõ dos fóros , e direitos dominicaes , e o que faz a estipulaçaõ tem direito de escolher a quem a ha de fazer , se não he obrigado por algum ajuste a fazella á certa pessoa , bem como no caso que se faz pacto de fazer algum contracto , ou se não ha alguma lei , ou disposiçaõ de direito , que obrigue a fazella tambem a este , ou aquelle , como tambem nos casos , em que ha o direito de renovaçaõ , de que já fallamos.

4. Porém assim neste caso , como nos casos de renovaçaõ , nunca as Igrejas podiaõ alterar os fóros , e laudemios , nem a qualidade mesmo , que a enfiteu-

teuse tivesse ; mas deviaõ sómente estipular os fóros , e laudemios , que estavaõ estabelecidos sem alteraçãõ alguma , e devia a enfyteuse continuar com a mesma fórma , que tivesse antecedentemente ; porque segundo as regras dos prazos o senhorio não póde pedir maior pensãõ , e mais direitos dominicaes que os estipulados no contracto , nem mudar a fórma nelle estabelecida , em quanto a enfyteuse se não extingue , e acaba. E supposto nos prazos seculares , ajustando-se entre si o senhorio , e o enfyteuta , pódem ambos , durante ainda o contracto , e a enfyteuse , acrescentar os fóros , e direitos dominicaes , ou alterar-lhe a fórma , com tudo as Igrejas , e Corpos de mão morta nos sobreditos casos não podiaõ alterar os foros , mudar a fórma á enfyteuse , ainda que aquelle , que se lhe obrigava aos fóros , e direitos dominicaes , consentisse : por quanto a lei que prohibio a consolidaçãõ , e fez a enfyteuse Ecclesiastica perpetua , isto he a lei da amortisaçãõ , foi feita em beneficio , do publico , e os direitos que são estabelecidos em beneficio do publico , não se pódem alterar pelos ajustes dos particulares , e são nullos todos

estes ajustes (1) De mais, quando os senhorios, e os enfyteutas fazem estes ajustes, consolidaõ a enfyteuse; porque desistem por elles do contracto anterior, para fazerem estas alterações, e as Igrejas, e Corpos de mão morta nunca podem consolidar. Deste modo he que principalmente depois da Ordenaçãõ se devia contemplar a enfyteuse Ecclesiastica antes da lei do senhor D. Jozé; porque da falta da consolidaçãõ se deduz tudo, o que disse, e assim se acha contemplada nas ditas duas leis declarativas da Ordenaçãõ, o que vou a mostrar.

5. Na lei de 4. de Julho de 1768. depois de se explicar, como disse, que as Igrejas, e Corpos de mão morta não podiaõ consolidar, no §., que principia *Declaro*, todas as consolidações dos prazos Ecclesiasticos, assim futuras como preteritas, se declaraõ nullas, e de nenhum effeito, porque pela disposiçãõ da Ord. estes prazos não se podiaõ consolidar, e eraõ contra o espirito das leis do Reino, como na lei se diz, semelhantes consolidações. No §. [do primeiro *Item* a lei por piedade con-

ce-

---

(1) L. 27. D. de R. J.

cede ás Igrejas , e Corpos de maõ morta a mercê de enfyteuticarem os bens , que desde 1611. a titulo de consolidação tinhaõ em seu poder , e neste beneficio que a lei lhe faz , mais ainda confirma , e declara a regra de se naõ poderem consolidar estes prazos. Porquanto as Igrejas , e Mosteiros por isso que se apossaraõ daquelles bens , segundo a dicta Ord. do liv. 2. t. 18. pr. os perderaõ para a Corõa , e a ella pertencia o dominio delles util , e directo ; porque segundo a pena estabelecida na lei , estes bens lhe cediaõ assim como as Igrejas , e Corpos de maõ morta os possuiaõ ; e elles os possuiaõ sem reconhecerem nelles o dominio util separado do directo : e como des que estes bens principiaraõ a ser da Corõa se tinha unido o dominio util com o directo , e se tinha extinto a enfyteuse , para nestes bens a haver agora , era necessario tornar a fazella , e a enfyteuticallos. Donde a lei dizendo que por piedade concede este beneficio ás Igrejas e Corpos de maõ morta , reconhece que estes bens pertenciaõ para a Corõa ; pois de outra maneira lhes naõ fazia beneficio , e reconhecendo isto reconhece a prohibiçaõ , e a pena , que ás ditas

cor-