TRACTADO

PRATICO E CRITICO

DE TODO

O DIREITO EMPHYTEUTICO.

TRACTADO

PRATICO E CRITICO

DE TODO

O DIREITO EMPHITEUTICO

CONFORME A LEGISLAÇÃO E COSTUMES D'ESTE REINO
E USO ACTUAL DAS NAÇÕES.

POR

MANUEL DE ALMEIDA SOUSA.

TOMO I.

LISBOA

IMPRENSA NACIONAL

1857.

Nec enim necessarium est, ut nova semper proponatur materia. Plus artis est illa, quæ per errorem hactenus irrepsere aggredi, verumque à falso separare, nec vel in hanc, nec in illam partem à Justitiæ regulis deflectere.

Stryk. Vol. 14. Programma = de Favore Testamentorum non favorabili = in fine.

Considerantes enim multitudinem librorum, et difficultatem volentibus aggredi . . . propter multitudinem rerum.

Curavimus volentibus quidem legere, ut esset animi oblectatio: Studiosis verò, ut facilius possint memoriæ commendare: omnibus autem legentibus utilitas conferatur.

Et nobis quidem ipsis, qui hoc opus breviandi causa suscepimus, non facilem laborem, immo vero negotium plenum vigiliarum et sudoris assumpsimus. Sicut hi qui preparant convivium, et quærunt aliorum voluntati parere propter multorum gratiam, libenter laborem sustinemus.

Veritatem quidem de singulis, auctoribus concedentes, ipsi autem secundum datam formam brevitati studentes.

Machabæor. Lib. 2. Cap. 2. ℣. 26. 27. 28. 29.

Utile est plures à pluribus libros fieri, non diversa fide, etiam de quæstionibus eisdem, ut ad plurimos res ipsa perveniat: ad alios sic, ad alios autem sic.

D. Augustin. Lib. 1. de Trinit. Cap. 3. pag. 87. Tom. 3.

Sic omnino ad legalium capitum compositionem nos accommodari oportebit, ut quantum usus aliquis sit, qui bono quopiam Rempublicam beet, hæ necessario, et ferantur, et honorentur. *Novell. Leon. 46.*

INDICE

DOS CAPITULOS QUE SE CONTEM NESTE PRIMEIRO TOMO.

I. PARTE.

ESSENCIA DOS EMPRAZAMENTOS COM TODAS AS SUAS CIRCUMSTANCIAS

CAPITULO I. Origem dos Prazos: Sua natureza essencial, ou accidental, sua Definição real, e exposição della..... § 1

CAP. II. Quaes Pessoas fysicas ou moraes possão dar de Emprazamento seus bens: Que especie de bens possão emphyteuticar-se: com quaes solemnidades..... 11

CAP. III. Quaes Pessoas são capazes de receber de outras bens por Emprazamento..... 47

CAP. IV. União de consentimentos livres do Senhorio e Emphyteuta sobre os bens emprazados, sobre a pensão, e mais clausulas substanciaes: E quando he necessaria a Escriptura publica para substancia ou só para prova. Translação de dominio util ao Emphyteuta..... 52

CAP. V. Regras da Interpretração do Contracto Emphyteutico em geral: em especial, quando pelo perplexo das suas clausulas se duvida, se he arrendamento, se censo, se compra..... 72

CAP. VI. Em que se assemelhão ou differem os Contractos, Emphyteutico, Compra e venda, Locação e condução, Censo, Superficie..... 85

CAP. VII. Diversas divisões e especies de Prazos: Diversas naturezas: Diversas formulas das suas Investiduras: Consectarios de cada especie, e de cada formula, etc..... 96

CAP. VIII. Em falta de Escriptura publica, como possão provar o Emphyteuse, ou Subemphyteuse pela presumpção ou prescripção..... § 108
CAP. IX. De que natureza: se emphyteuticas, se censuarias, se colonicas se devão presumir as pensões, que se pagão sem duvida por posse antiga, e de que não apparece Titulo expresso... 119
Secç. I. Circumstancias pelas quaes se deve presumir a natureza Emphyteutica: E presumida esta, de que especie se deva presumir o Prazo, se de vidas e Nomeação, se fateosim..... 120
Secç. II. Circumstancias para se conjecturar censuaria a pensão, de que não apparece Titulo: e se se deve presumir perpetuo, ou remivel o censo..... 125
Secç. III. Circumstancias para se presumir colonica a Pensão, de cujo Titulo não consta 127

II. PARTE.

SUCCESSÕES NO DIREITO EMPHYTEUTICO

1.° *Pelo facto da Lei, isto he, Successão* ab intestato:
2.° *Pelo facto do Homem, isto he, por Disposição de ultima vontade e Actos entre vivos.*

SECÇÃO I.

CAP. I. Ordem de Successão nos Prazos *ab intestato* pela disposição das Leis.—Analyze da Ord. L. 4. T. 36. §. 2. e 4..... § 134
I. Ordem.—Secç. I. Filhos Legitimos..... 143
Secç II. Filhos Naturaes: Espurios legitimados..... 159
Secç III. Netos..... 177
II. Ordem: Successão dos Ascendentes..... 187
III. Ordem: Successão dos Collateraes..... 194

SECÇÃO II.

CAP. II. Successão dos Prazos pela Disposição do Homem em Testamento, quando he hum só herdeiro, etc.—Analyse da Ord. L. 4. T. 36. no princ. e T. 37. §. 4. Razão intrinseca da dita Ord. contra as quimericas que exhibirão alguns DD ..... § 206

Questão Incidente: « *Utrum Emphyteusis venit in restitutione fideicommissi universalis?* » 228

CAP. III. Successão dos Prazos pela Disposição do Homem em Testamento, quando nelle são instituidos muitos herdeiros.—Analyse da Ord. L. 4. T. 36. §. 1 273

SECÇÃO III.

SUCCESSÃO DOS PRAZOS PELA DISPOSIÇÃO DO HOMEM, E POR ACTOS ENTRE VIVOS: ANALYSE DA ORD. L. 4. T. 37.

CAP. IV. Que he entre nós Nomeação ao sentido da nossa Ord. L. 4. T. 37. Como se define: Sua natureza: Formulas com que o poder de nomear se concede: Consectarios dellas ..... § 283

CAP. V. Por quaes palavras expressas, enunciativas, dispositivas, indicios, etc. ou por quaes factos se possa dizer nomeado em alguma Pessoa o Prazo, sem expressa Nomeação 288

CAP. VI. Se o Emphyteuta nomeando o Prazo exercita com o nomeado liberalidade; se lhe confere beneficio; se lhe dá alguma cousa que he propria do Nomeante.—Mostra-se inapplicavel as Nomeações dos Prazos a L. 67. §. 1. ff. de Legat. 2 301

CAP. VII. Quaes Pessoas tem capacidade legal para fazerem Nomeações dos seus Prazos 309

CAP. VIII. Quaes Pessoas tem incapacidade legal para poderem ser nomeadas nos Prazos por Disposição entre vivos..... § 339
CAP. IX. Quaes Pessoas podem ou não ser nomeadas, segundo a permissão ou repugnancia das Investiduras..... 351
CAP. X. Em que casos he ou não preciso o consentimento do Senhorio para se nomear o Prazo 365
CAP. XI. Por quaes modos se póde fazer e celebrar, e depois provar a Nomeação do Prazo..... 369
CAP. XII. Quando, e em quaes casos póde o Emphyteuta Nomeante impôr condições, ou gravar com Encargos a Nomeação..... 379
CAP. XIII. Se quem tem poder de nomear póde, nomeando, fazer muitos gráos de substituição, chamando e substituindo outros depois da morte do Nomeado..... 392
CAP. XIV. Se a Nomeação dos Prazos precisa de Insinuação..... 396
CAP. XV. Que Nomeação he revogavel por natureza propria, e se transforma irrevogavel *ex accidenti?* Que Nomeação he irrevogavel por natureza, e se transforma revogavel *ex accidenti?* E porque accidentes?
Art. I. Que nomeação he revogavel por natureza propria 413
Art. II. Que Nomeação se transforma, (sendo aliás revogavel *ex natura*) irrevogavel *ex accidenti*; e por quaes accidentes e circumstancias 416
Questão Incidente: Se aquelle a quem he concedida a faculdade de nomear até a sua morte huma Pessoa certa de certas, ou incerta de certas, póde prevenindo o tempo da morte, nomear irrevogavelmente huma dessas Pessoas, em prejuizo das que existirem ao tempo da sua morte?..... 428
Art. III. Que Nomeação he irrevogavel por natureza 435

Questão Incidente: Se *ex eo* que esta Ord. faz irrevogavel a Nomeação, fica logo *ipso jure*, e *ex ipsa Lege* transferido o dominio util ao Emphyteuta nomeado? ..... § 437

Art. IV. Que nomeação irrevogavel por natureza se transforma revogavel por accidentes? E porque causas e accidentes? 448

CAP. XVI. Em que casos caduca por si mesma a Nomeação, se o Nomeado morre antes que o Nomeante?—Analyse da Ord. L. 4. T. 37. §. 5. 458

Questão Incidente. Se o Nomeante e Nomeado morrem ambos em algum incendio, naufragio, ruina, guerra, etc. qual se presuma fallecer primeiro, para se julgar caduca ou não a Nomeação? 470

CAP. XVII. Porque modos e factos se revoga, ou subintende revogada a Nomeação revogavel. 471

CAP. XVIII. Porque modos se deva neste Reino provar a revogação da Nomeação aliás revogavel 484

CAP. XIX. Que commodos e interesses resultão ao Nomeante revogando em sua vida a nomeação revogavel, ou por natureza, ou *ex accidentibus*. 492

CAP. XX. Quando entrão em Collisão duas Nomeações feitas a diversas Pessoas, qual deva preferir. 498

CAP. XXI. Quando na geral obrigação, renuncia, cessão, venda, legado universal do usofructo, de todos os bens, ou herança se comprehendão os Emphyteuticos 506

III. PARTE.

ENCARGOS E OBRIGAÇÕES DO EMPHYTEUTA, OU RELATIVAMENTE A TERCEIROS, OU RELATIVAMENTE AO SENHORIO TANTO POR FORÇA DOS PACTOS, COMO PELAS DISPOSIÇÕES DO DIREITO

CAP. I. Primeira obrigação do Successor do Prazo: Conferir a seus Irmãos a Estimação do Prazo.

ou das Bemfeitorias delles: Em que casos?— Analyse da Ord. L. 4. T. 96. §. 23. e 24. e T. 97. §. 22. 23. 24. e 25 ..... § 515

Questão Incidente. Como se deva fazer o Encabeçamento nos Prazos fateozins? 523

CAP. II. Segunda obrigação: Encargos reaes ou pessoaes de Tributos, a que o Emphyteuta, além da obrigação da pensão relativa ao Senhorio, he obrigado á Coroa ou a Terceiro *ratione rei possessæ* 593

CAP. III. Terceira obrigação de bemfeitorisar os bens emprazados, ou seja por força da convenção, ou seja pelo Direito. Damnificações causadas pelo Emphyteuta; responsabilidade por ellas á pena de Commisso, e ao interesse do Senhorio: Reparações a que he obrigado:

Art. I. Bemfeitorias que o Emphyteuta he obrigado fazer por força do Pacto 604

Art. II. Quaes Bemfeitorias se reputão modicas, quaes as que o Emphyteuta he obrigado *ex necessitate juris* 610

Art. III Damnificações causadas pelo Emphyteuta: Variações da cultura dos predios: Commissos e responsabilidades por estas causas... 614

CAP. IV. Quarta obrigação: Pagamento das Pensões ao Senhorio: Diversas especies de Pensões neste Reino, que pelos contractos ou posses pagão os Emphyteutas aos Senhorios 646

Art. I. Pensão consistente em quota de fructos: vulgo reção 647

Art. II. Outras obrigações especiaes dos Foreiros, que pagão certas quotas de fructos: Partilha delles entre o Senhorio e o Emphyteuta: Penas em que incorrem os que não chamão os Senhorios á Partilha: Escusas destas penas 664

Art. III. Pensão de medidas certas e de certos fructos: Obrigação de se pagar em especie capaz de receber: Obrigação do interesse ao Se-

nhorio no caso da mora do pagamento: Quando por força de prescripção possa subrogar-se huma especie em logar de outra, ou dinheiro em lugar de especie; pagar-se menor ou maior foro que o estipulado no Prazo ..... § 676

Art. IV. Pensão consistente em aves, marrans, corazis, caças, carneiros, dinheiro, geiras, luctuosas 704

CAP. V. Outras obrigações do Foreiro: Em que tempo, em que lugar, a risco de quem, e porque medida se devão pagar ao Senhorio as pensões de grãos e liquidos 714

CAP. VI. Outras obrigações dos Co-emphyteutas: Divididos os predios do Prazo entre muitos consortes, elles tem obrigação eleger entre si hum Cabeça, que contribua a totalidade do foro ao Senhorio: Quando se escusem desta obrigação: Convencidos, como devão ratear entre si o foro, á proporção do que cada hum possue, etc 726

CAP. VII. Quando o Emphyteuta, para se exonerar dos foros preteritos e futuros, possa ou não dimittir o Prazo ao Senhorio 734

CAP. VIII. Quando o Emphyteuta possa pertender remissão, ou rebate do foro por causa de ruinas, ou esterilidades

Art. I. Quando por causa de ruinas 741

Art. II. Quando por causa de esterilidades.—Analyse da Ord. L. 4. T. 27 754

CAP. IX. Em geral: Quando pela falta do pagamento da pensão em 1, 2, ou 3. annos em todo, ou só em parte incorre o Emphyteuta em commisso: Quaes Pessoas, ainda sem causa, são geralmente exculpaveis: Quaes causas excusão desta pena a toda a pessoa: Quando para elle se evitar se possa purgar a mora: Quando cessa a sua accusação.—Analyse da Ord. L. 4. T. 39.

Art. I. Em geral: Quando pela falta do pagamento da pensão se incorre em Commisso.... 762

Art. II. Quaes Pessoas, ainda sem causa, podem ser exculpaveis desta pena..... § 770
Art. III. Casos em que pela duvida de serem ou não de Prazo os bens se evita esta pena... 774
Art. IV. Causas que excusão desta pena aos Emphyteutas..... 777
Art. V. Casos em que cessa a accusação de Commisso, ou pela purgação da mora, ou por outros fundamentos, além dos já expostos..... 789

PRIMEIRA PARTE.

CAPITULO I.

Origem dos Prazos: sua natureza essencial, ou accidental: sua Definição real, e exposição della.

§. 1.

Origem das Nações.

O curioso de saber a origem do Emphyteuze nas Nações, pode consultar Henrique Coccey Vol. 1. Disp. 41., Leizer. Jus Georg. L. 1. Cap. 15., Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 1. n. 8., Fulgin de Jur. Emphyt. in Prælud. Q. 4., e os nossos Sabios Modernos Mell. Freir. Inst Jur. Civil. L. 3. Tit. 11. na Not. ao §. 2., Cardos. da Cost. Elem. Jur Emphyt. a §. 9. ad 13., Altimar de Nullit. Contract. Q. 18 a n. 25., e melhor com Plutarc. e Appian. Stryk Vol. 4. Disp. 2. Cap. 6. n. 5. e 6.

§. 2.

Origem dos Prazos neste Reino.

Quanto ao nosso Reino: He digno de alguma censura o citado Mello, em quanto no fim da dita Nota diz: « Hoc « jus, sive a Romanis, sive a Wisigothis, sive aliunde de- « rivetur, apud nos frequentari præsertim cœpit tempore « Joannis I, quo regnante Jus Justinianeum magnam in « foro auctoritatem obtinuit, ex eoque, paucis quibusdam « exceptis, digesti fuerunt Tit 77. 78. e 79., L. 4. in « Cod. Alph. 63. 64. e 65., Emm., Filipp. 37. 38. « 39. e 40. » He, digo, digno de censura nesta parte, ou ao menos de melhor exposição.

§. 3.

Pois que, já no meio do Seculo X. havio neste Reino Prazos essencialmente taes, que se chamavão *Encomunhas*, ou *Incomunhas*, como refere Fr. Joaquim de Sancta Rosa de Viterbo no Elucidario Verbo Encomunhas ibi: « As- « sim chamavão aos foros, e rendas, que dos Casaes, Quin- « tas, e outras quaesquer fazendas de raiz se recebião. Es- « tas erão communs entre os Colonos, e o Direito Senhorio,

« mediante o Emphyteuze; de sorte que o Emphyteuta, ou « Colono as não podia vender, ou por qualquer modo alie- « nar, ou mal parar; mas antes as devia melhorar cada « vez mais e mais. Daqui se disse Incomunicare: Alte- « rum possesionis suæ socium, et participem facere. Destes « possuião não poucos D. Muma Dona, e seu filho D. Gon- « çalo Mendes. A Mãi no Testamento, ou larga Doação, « que fez ao seu Mosteiro no anno de 959 diz etc... Na « Doação do filho em 983, se lê etc... Acha-se em Pen- « durada hum Contracto de 1112, pelo qual se obrigão « os Contrahentes pagar ao Mosteiro a 6.ª parte do fructo « de certas herdades, e accrescentão: Si incomuniamus « vobis medietate in tota, quæ sedeat semper post parte « vestra, quæ non sedeamus ausados ad alia parte vendere, « nec dotare etc. Sobpena de as perderem. Era pois In- « communhar o mesmo que emprazar, ou mais propria- « mente afforar, e Encomunhas, ou Incomuniados os foros, « ou pensões, que dos Prazos se pagavão. »

§. 4.

Dos Seculos 12., e 13. tenho visto muitas Cartas de Povoação, e Foraes, em que os Mosteiros, e os Grandes do Reino dimittião a Povoadores tractos de terras para as cultivarem, reservando para si certas quotas de fructos, ou certos foros, direitos, e direituras, parte dos preços das vendas que fizessem, etc., o que essencialmente era Emphyteuze, muito antes dos tempos d'El-Rei D. João I., e antes de introduzido neste Reino o Direito Romano: Havia porem, entre o *Emprazamento*, e o *Afforamento*, a differença, que expõem o citado Elucidar. Verb. Empra- zamento ibi:

Que era azamento. afforamento s antigos empos

« Emprazamento. Todo, e qualquer Contracto. Docum. « de Pendurada de 1292. De Prazo, que significava Con- « tracto, se disse Emprazamento na mesma significação. « Porém, segundo o espirito das nossas Leis antigas, en- « tão se dizia Emprazamento, quando o Senhor do terreno « dava uma parte delle a quem o cultivasse, recebendo « certo premio, ou renda annual; transferindo porem o « dominio directo desta porção assim emprazada no Cul-

« tivador, ou Emphyteuta, que pelo tal Contracto, Prazo, « ou Emprazamento a fazia inteiramente sua. Pelo con- « trario o Foro significando primeiramente liberdade, si- « gnificou depois a remuneração, ou premio dado por essa « liberdade de cultivar a terra alhêa. E daqui Affora- « mento, que era quando o Senhor do terreno mandava « fabricar de 3.°, 4.°, ou 5.° dos fructos, retendo sempre « o dominio directo. Estes Afforamentos principiárão por « hum anno, depois por vida do Colono, e finalmente por « tres vidas, como se evidencia pelos nossos antigos Do- « cumentos. El-Rei D. João I. declarou, que as terras, « que se lavravão a 3.°, 4.°, ou 5.°, podião gozar da isem- « pção da Jugada; isto fez, que muitas terras empruzadas « se mudassem para afforadas. » (Esta original differença de Emprazamentos, e Afforamentos se nota da Ord. L. 2. Tit. 35. §. 7. na dicção =ou=.)

§. 5.

No Seculo XIII. (antes d'El-Rei D. João I.) e no Seculo XIV., vemos convencionados Laudemios (caracteristicos do Emphyteuze); como se vê no mesmo Elucidario, verbo *Terradego*, ibi: « Esta palavra na significação de Lau- « demio se introduzio nos Prazos de Coimbra depois de « 1503; pois antes deste anno se não acha tomada pela « parte da venda, ou preço, que se devia dar ao Direito « Senhorio. Em um Prazo de S. Christovão de Coimbra de 1290 se determina, que querendo o Emphyteuta vender o « Casal, *de venda, quam feceritis detis dictæ Ecclesiæ nos- « træ, sicut alii nostri homines de Bruscos.* Em muitos « Prazos do Seculo XIII. e XIV. se impõem o Laudemio « já da 4.ª, já da 5.ª, já da 6.ª, já da 7.ª parte do preço, « por que se vendia o feitio ou bemfeitoria, que agora « dizemos o dominio util. »

§. 6.

O licito deste Contracto na essencia.

Presupposto o dominio pleno de alguns bens, nada ha que natural, ou civilmente obste a que o Proprietario possa dispôr delle; quando especial Lei lhe não resiste: Em consequencia pode dividir esté dominio, ficando com uma parte, e a mais plena, dimittindo a Terceiro a menos plena:

Aqui tem fundamento o Direito Emphyteutico, em que o Senhorio de hum predio, ficando com o dominio mais pleno, chamado vulgarmente *direito*. cede ao Emphyteuta o dominio menos pleno, chamado *util*, impondo-lhe o onus da pensão, e de outros Direitos Dominicaes, que bem lhe parecem, e em que conformão seus consentimentos, Heynecc. Elem. J. N. L. 1. §. 279. 280. e 281. Formey Extrait de Wolph. L. 6. Cap. 1., Coccey Jurispr. Natur. et Roman. nov. System. §. 248. 249. 311. e 312., Cardos. Elem. Jur. Emphyt. §. 1. até 5., Genuens. Offic. L. 1. Cap 13. §. 9. ibi: «Jam dominium rerum «nostrarum transferre in alium possumus, vel integrum, «vel ex parte tantum: id scilicet est proprium naturalis «cujusque libertatis, et juris utendi fruendi. Præclare cu- «jus Lege 18. de pactis: in traditionibus rerum quodcum- «que pactum sit (modo ne sit improbum) id valere mani- «festissimum est. Hinc nascitur dominii partitio in plenum, «et minus plenum, in directum, et utile. Dominium ejus, «qui transfert, sed non integre, directum dicitur: hinc «constituta, quæ dicuntur feuda: ejus vero, qui accipit, «utile. Cum qui transfert dominium, sibi quodvis reservare «possit, seu utilitatis suæ causa, seu veteris juris memoria; «inde existunt plura dominii minus pleni genera. Si Ca- «nonem, ut aiunt, annuum sibi reservet, constituitur jus «emphyteuticum, si solarium pro superficie, jus superficiei: «si jus transiunde, aut animalia ducendi, aut derivandi «aquam, etc., nascuntur servitutes, ut vocantur, viæ, actus, «aquæductus, etc Hæc omnia cum jure suo quisque con- «stituat, nisi aliunde iniqua, servanda sunt. Quod in contra- «hendo exceptum fuerit, id servari debet, ut ait Juriscon- «sultus Lege 13. f. de pactis.»

§ 7.

Convenção das Partes Lei deste ntracto, não rindo a sua ubstancia.

Por isto he que o Imperador Zenão (o primeiro que deu a forma, e natureza a este Contracto, e que lhe deu o nome distinguindo-o de outros, com que os Juris-Consultos o confundião; vejão-se Stryk Vol. 9 disp. 18. Cap. 1. n° 8 , Leizer. Jus Georg. L. 1. Cap. 15. n. 5., Fulgin de Jur. Emphyt. in prælud. Q., 4. e os mais

referidos no §. 1.) Zenão, digo, na L. 1. Cod. de Jur. Emphyt. disse. « Jus emphyteuticarium neque conductionis « neque alienationis esse titulis adijciendum, sed hoc jus « tertium esse constituimus ab utriusque memoratorum « Contractuum Societate, seu similitudine separatum: Con- « ceptionem item definitionemque habere propriam, et « justum esse, validumque contractum: in quo cuncta « quæ inter utrasque contrahentium partes. Super omni- « bus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura « interveniente, habitis, placuerint, firma, illibataque per- « petua stabilitate modis omnibus debeant custodiri. » Conformou-se Justiniano na L. 2. Cod. eod. Tit., dizendo: « In Emphyteuticariis Contractibus sancimus, si quidem « aliquæ pactiones in emphyteuticis Instrumentis fuerint « conscriptæ; easdem et in omnibus aliis Capitulis obser- « vari » etc. E na L. 3. Cod. eod. tit. verb. *Sancimus* ibi: « Sancimus, si quidem emphyteuticum Instrumentum « super hoc aliquas pactiones habeat, eas observari. » Este systema das Leis Romanas adoptou a Ord. L. 2. Tit. 35. §. 7., quando disse « E quanto ás cousas dos bens affo- « rados, ou emprazados mandou, que se guardasse a fórma « dos Contractos, sobre os taes bens, e couzas feitas. » E no L. 4. Tit. 38. §. 4. ibi: =Se cumprirá o accordo, e concerto etc., e Tit. 36. §. 5. ibi: =Segundo á forma do Contracto etc. Nestas Leis Romanas, e Patrias tem prova a Conclusão dos DD., com os quaes Mello L. 3. Tit. 11. §. 3. na Nota, ut. ibi: « Propria emphyteuzis, « et essentia, et natura est. quam paciscentes illi impo- « nunt, adeo, ut magis ex pactis, et contrahentium volun- « tate dignoscantur, quam ex puris verbis, et denomina- « tione contractus: ipsaque pacta non ut in aliis contracti- « bus extrinsecus operantur, sed propriam emphyteseos « naturam constituunt, ut servari, omnino debeant qua- « liacumque ea fuerint » etc. Confirão-se Lim. á Ord. L. 4. Tit. 36. na rubr. n. 13., Rocc. Select. Cap. 65. a n. 8., Cald. de Renovat. Q. 8. n. 9, Peg. 2. for. Cap. 9. n. 41., e no Tom. 10. á Ord. Cap. 39. n. 28.. Fragoz. de Regim. Reip. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 11.,

Altim. de Nullit. Contr. Tom. 4. Q. 17. n. 29. Que pode conceder-se ao Emphyteuta a faculdade de remir, vid. a §. 80.

§. 8.

«Toto Cœlo (diz ao proposito Stryk. Vol. 9. Disp. «18. Cap. 1. n. 8.) juridica acceptione inter se sunt dis- «crepantia natura, et substantia. Substantia enim ponit «rem in quidditate, L. 72. ff. de Contr. empt. L. 5. §. «4. ff. de Præscr. verb. Natura etiam mutari potest, «re integra manente, quia pacta dant Legem Contracti- «bus, L. 1. §. 9. ff. Deposit., L. 23. ff. de reg. jur., «substantia vero non recipit mutationem absque rei inte- «ritu L. 27. ff. de reg. jur.» etc.: E geralmente Altimar. de Nullit. Contract. Tom. 3. Q. 1. Sect. 1. a n. 1.° diz: «Substantialia Contractus nihil aliud sunt, quam «ipsa dispositio Contrahentium...Vel id quod primum «res aliquid est, et ponit rem in quidditate...Vel di- «cuntur Substantialia Contractus ea, quæ sine quibus non «potest esse dispositio, et Contractus.... Et a Portibus «mutari non possunt...Hoc nomen Substantia apud Ju- «ris-Consultos in varios sensus, et significatus accipi- «tur... Interdum pro causa... interdum pro consensu... «interdum pro forma... interdum pro qualitate Sub- «stantiali... Alia propria cujuslibet Contractus, et Con- «ventionis quæ non possunt abesse sine corruptione ipsius «Contractus...» etc. Mais succintamente. Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 4. n. 10. ibi: «Quidquid est de mate- «ria, et forma Contractus est de Substantialibus: reli- «qua vero accidentalia sunt.» Veja-se melhor ao proposito Altim. Tom. 4. Q. 18. n. 30.

§. 9.

O que he Substancial, que accidental, neste Contracto.

O Senador na Deliberação transcripta por Peg. Tom. 10. á Ord. Cap. 39. debaixo do n. 29. avançou ao nosso proposito esta Proposição:=Licet talia pacta sint contra naturalia, et accidentalia contractus præcise observantur.= Concorda Altim. supra n. 38. com outros DD. Porem, e mais judiciosamente, declara Mell. na citada Nota =modo Substantia Contractus non penitus subvertatur.=

Com effeito he contra a substancia do Emphyteuze (1.°) que se não pague pensão alguma ao Senhorio, Mello supra; Altimar. de Nullit. Tom. 4. Q. 18. n. 15. e 31., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 12., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. n.° 1. (2.°) que se pague a pensão, ainda que os predios pereção inteiramente, Peg. 1. for. Cap. 3. an. 913., Cod. Freder. supra sub §. 29., Mello supra.

§. 10.

Não he porem da natureza, e substancia deste Contracto, sendo secular o Prazo, (1.°) a Escriptura publica. mas só he necessaria para prova, ex Ord. L. 3. Tit. 59. (Lei que facilmente se dispensa para se provar sem Escriptura publica) em differença do Ecclesiastico, em que a Ord. L. 4. Tit. 19. no principio, aonde Silv. n. 25. (veja-se ao diante o Cap. 4.) Não he da natureza, e substancia (2.°) ser neste Reino individuo o Prazo; porque sendo dividuo pelo Direito commum, Guerr. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 114.; as nossas Leis o fizerão individuo em favor do Senhorio, Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1., e Tit. 96. §. 23.. Lei de 6 de Março de 1669, favor, que elle pode renunciar, Guerreir. dit. Cap. n. 115., Peg. 3. for. Cap. 28. a n. 207. et 690.: Nem (3.°) repugna á substancia que o prazo se faça por breve tempo; ainda que se não faça perpetuo, ou de vidas. Cod. Freder. supra §. 11.: Nem (4.°) que nos de vidas figurem o marido, e mulher huma só vida sendo Secular o Prazo, aliter sendo Ecclesiastico, ou de Capellas, Hospitaes, Albergarias, ou de Commendas, Cald. Cons. 39. n. 28. et 53., Peg. Tom. 4. ad Ord. L. 1. Tit. 62. §. 46. sub n. 5., Ord. L. 1. tit. 62. §. 46., Estat. da Ordem de Christo P. 2. Tit. 14. §. 2., Concil. Prov. Bracharens. Act. 5. Cap. 27., Const. do Port. L. 4. Tit. 7. Const. 2. Nem. (5.°), que o Senhorio não goze do Direito da opção (quidquid dicat Mello supra) porque o póde renunciar expressa, ou ainda tacitamente. L. 2. Cod. de Jur. Emph. ibi. = Si dominus voluerit, = etc. Ord. L. 4. Tit. 38.: Nem (6.°), que o Emphyteuta nunca incorrerá em Commisso por não pagar a pensão, nem por qualquer outra causa, Altimar. supra

O accid

n. 32. et 39. et 40. Vide Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. an. 289., Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 63.: Nem (7.°), que das alienaçõcs senão pagará Laudemio; com tanto, que este pacto seja expresso, aliter sendo ommisso no Contracto, Fulgin. in Tit. de Laudem. Q. 1. n. 11. et Q. 11. n. 6., et Q. 8. n. 8., Pignatell. Tom. 10. Cons. 206. n. 8. Omitto outros pactos, que se não oppõem á substancia do Emphyteuze; e de que nos competentes lugares tratarei. Confira-se sobre tudo isto Gam. Decis. 323., Jul. Capon. Contr. For. 34. an. 8.

§. 11.

Definição de Emphyteuze Contractual.

O mais frequente he constituir-se o Emphyteuze por Contracto (ainda que tambem por Testamento, e por Prescripção, da qual tratarei no Cap. 8.) Sobre a definição do Contractual varião notavelmente os DD. Só Altim. de Nullit. Tom. 4. Q. 17. a n. 1., refere cinco diversas definições, que não exponho, nem a de Mello, Pinheir., Fulgin, Valasc., Struv., e outros. De todas (deixada a nominal) as definições reaes, a que me parece mais adequada, e completa, he a de Perez. in Cod. de Jur. Emphyt. n. 2., que segue Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 1. n. 4. ibi: « *Contractus nominatus, Consensualis, bonæ fidei,* « *Juris Gentium,* quo Dominus prædii, dominio directo « sibi retento, possessionem, utilitatemque seu utile do- « minium transfert in alium perpetuo, vel ad certum tem- « pus utendum ac fruendum, ac Lege, ut prædium reddatur « melius et cultius, certaque pro eo quotannis præstetur « pensio. » Concordão nesta Definição Henriq. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 1. §. 7., e o Cod. Frederic. acima citado §. 2.: O Emphyteuze adquirido por Testamento, ou prescripção. « Jus quoddam proprietatis quod quis ha- « bet in fundo alieno, propterea que certum Canonem in « recognitionem dominii directi solvit. » Cocey supra d. § 7.

§. 12.

Expõem-se as particulas desta Definição do Contractual.

« Quod Emphyteusis sit *Contractus* justus et validus « (Conf. §. 6.) luculenter apparet ex L. 1. et 2. Cod de « Jur. Emphyt.; hodieque reliquis omnibus Zenonis con- « stitutione distinctus est, §. 3 Inst. de Locat. L. 3. §.

« fin, Cod de Jur. Emph.; qui propria vi, et virtute pro-« ducit obligationem, quod sibi Contractus pro proprio vin-« dicant » etc. Stryk. supra n. 5., Coccey supra Cap. 1. §. 9. no fim.

§. 13.

« *Nominatum* appellamus, quia certum, elegans et « specificum nomen habet ab aliis Contractibus distinctum; « proindeque, et actionem nominatam inducit. » Coccey supra §. 11. Se bem que hoje pelo uso hodierno das Nações estão abrogadas as subtis differenças dos Consultos Romanos entre os Contratos Nominados, e Innominados, e entre os bonæ fidei, et Stricti Juris, Mell. L. 1. Tit 8. §. 9., et L. 4. Tit. 2. §. 4., Stryk. Vol. 12. Disp. 2. Cap 1. a n. 25., Boehmer. ad Jus ff. L. 44. Tit. 7. n. 19., Heinec. ad Pand. L. 2. Tit. 14. §. 365., Coccey. Vol. 2. Disp. 34. Sect. 3. 4. et 5, Stryk. Us. Modern. L. 19. Tit. 5. §. 2., Groenesewegen. de Legib. abrogat. ad L. 10. et 28. Cod. de Pact.

§. 14.

« *Consensualem* hunc esse Contractum nemo inficiabi-« tur, cum adeo olim ante Zenonis Constitutionem hæsi-« taverint Jurisconsulti, ut Emphyteusim ab emptione, « venditione, vel locatione discriminare haud valuerint, « §. 3. Inst. de Locat.; hi autem Contractus sunt con sen-« suales, qui ad sui perfectionem, sive substantiam neque « rei traditionem, neque scripturam requirunt. » Ita Stryk. supra sub n. 5.: E consequentemente, só podem convencionar o Emprazamento os que não tem prohibição ou incapacidade para alienar seus bens, como os menores, os prodigos, etc. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 5., do que mais largamente se tratará no Cap. 2.

§. 15.

« His conciliatis satis dispalescit Emphyteusim quoque « esse Contractum *bonæ fidei* cum omnes Contractus Con-« sensuales bonæ fidei annumerentur, et alter alteri obli-« getur in id, quod alterum alteri ex æquo, et bono « præstare oportet. » Stryk. supra n. 7., Coccey supra Cap. 1 §. 12, Luz. Jus Georg. L. 1. Cap. 15. E aqui se vê

quanto grosseiramente errárão Valasc, Molin. e outros, com os quaes Pinheir. de Emphyt. Disp. 1. Sect. 1. n. 11., Cordeir. Dub. 23. n. 25. et Dub. 29. n. 30., Altim. Tom. 4. Q. 17. n. 24., e outros que diserão ser strictí juris este Contracto: Se bem tal differença de Contractos está abr gada universalmente (§. 13).

§. 16.

Juris Gentium: Assim o demonstra Stryk. suprà Cap. 1. a n. 8.: E isto ou se tome aqui o Direito das Gentes na accepção de Grot. de Jur. B. et. P. L. 1. Cap. 1. §. 1.; em razão de ser este Contracto praticado de antigo, e pelas Gentes (§. 1.); ou na accepção do Direito Natural Universal, ex Heinec. ad Grot. supra; Visto que tem fundamento no mesmo Direito (§. 6.). Quanto porém á fórma, certeza, etc. he hum Contracto do Direito Civil, Stryk. supra, Fulgin. de Jur. Emphyt. in Prælud. Q. 4.

As mais particulas da Definição se exporão em seus competentes lugares no decurso desta obra.

CAPITULO II.

Quaes pessoas físicas, ou moraes possão dar de Emprazamento seus bens? Que especies de bens possão emphyteuticar-se? Com quaes Solemnidades?

§. 17.

Requesitos para a validade de todo o acto

Vontade, poder, e solemnidade são geralmente os caracteres de hum Contracto valido: Não basta hum delles sem o simultaneo concurso dos mais, Castilh. L. 4. Controv. Cap. 5. em todo: No Emphyteuze he necessario; além daquelles requisitos geraes em toda a Disposição do homem; poder, e capacidade naquelle, que dá os bens por Emprazamento, Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 5.; materia, quaes os bens em que o Prazo póde constituir-se, Coccey Cap. 3.; e fórma, em que se paccionem as clauzulas, e condições (que sejão licitas, ut §. 7.), Coccey, Cap. 4., Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 2. ad omnia.

E dos Emprazamentos em especial.

§. 18.

Suppostos estes dois Principios: São na materia sujeita duas regras geraes: 1.ª « Jus Emphyteuticum con- « stituere in suis prædiis possunt domini; et quidem illi « dumtaxat, quibus rerum suarum alienatio interdicta « non est. Et nihil, refert sint personæ Ecclesiasticæ, « sivè Laici, imo æquè privatus homo, atque Princeps « Emphyteusim concedere potest, modo in prædio, vel « re plenum habeat Jus, et id libere exercere, nec natura, « nec Lege prohibeatur.» Coccey supra Cap. 5. §. 1., Stryk. supra Disp. 18. Cap. 2.: Mas póde emprazar o Procurador em especial mandato; e na falta deste a solução, e recepção de foro pelo Senhorio equivale, como ratificação vid. Rocc. Select. Cap. 68. n. 1. e 2. conf. Peg. 3. For. Cap. 28. n. 814., Rocc. supra n. 27. 28.

1.ª Regra. Capacidade do concedente, e liberdade de dispor dos bens.

§. 19.

2.ª « Conceduntur in Emphyteusim res immobiles quæ- « cumque, ut agri, fundi etc. Coccey supra Cap. 3. §. 1., « Stryk. Cap. 2. n. 2. ibi. Materia hujos Emphyteusis « sunt agri, prædia etc. Olim (continúa Stryk.) tantum « sterilia concedebantur, ut accipientes ea excolerent, et « redderent fertilia meliora, et inde quot annis pensionem « in recognitionem dominii solverent. Hodie vero non tan- « tum steriles, sed et fertiles agri emphyteuticantur. Initio « tantum rustica prædia, postea etiam urbana concedi so- « lita sunt.» Conf. Coccey supra Cap. 3. §. 2. (Porém hoje no nosso Reyno ha entre os Prazos feitos em terras cultivadas, casas edificadas, e os feitos nas incultas, e terrenos para edificar, as differenças que se verão a §. 40.) Confira-se Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 60., Valasc. Q. 1. n. 4. sub n. 1.

2.ª Regra Capacidade dos bens, que não se Emphyteuticar-se.

§ 20.

Da restricção da 1.ª Regra (§. 18.) Segue-se 1.ª, que « Nec furiosi, nec mentecapti, nec infantes, quia non in- « telligunt quid agant, et nullum consensum habent, nec « impuberes, nec minores, nec prodigi Emphyteusim con- « stituere queant, nec filius familias excepto peculio Cas- « trensi, et quasi Castrensi in quibus patris consensu quam-

Consectarios da 1.ª parte da 1.ª Regra. 1.º Que pessoas por falta de juizo e prudencia não podem dar de Emprazamento.

« tumvis non interveniente recte Emphyteusim constituunt: « Nec non in adventitio extraordinario pleno jure ad filium « familias spectante. » Coccey supra Cap. 5. §. 2., Stryk. d. Dissert. 18. Cap. 2 sub n. 1.

§. 21.

Solemnidades necessarias quanto aos Prazos dos bens destas Pessoas.

Póde porém constituir-se Prazo nos bens do menor intervindo os devidos requisitos, quaes a auctoridade do Tutor, e Curador, necessidade e utilidade do menor, e auctoridade do Juiz com conhecimento de causa, Coccey d. Cap. 5. §. 4., Stryk. d. n. 1.: Porque a Emphyteuticação he especie de alienação, que sendo em bens de orfãos, deve fazer-se com as solemnidades commuas, e necessarias para as alienações dos bens delles. Peg. Tom. 7. ad Ord. L. 1. Tit 87. §. 26. a n. 1. et 14., plene Guerreir. Tr. 3. L. 7. Cap. 11. et 12.

§. 22

2.° Prodigos.

Similhantemente: Se aos Prodigos está já prohibida a administração de seus bens, não podem elles da-llos por Emprazamento; e para se emprazarem são necessarias as mesmas solemnidades, que para a alienação dos bens dos menores. Coccey supra §. 6. Stryk. supra Cap. 2. sub. n. 1.: Mas só lhes fica prohibida a administração de seus bens depois de praticados os requisitos que expõem Moraes de Execut. L. 2. Cap. 20. a n. 33, Altimar. de Nullit. Tom. 2. Rubr. 11. Q. 9. O Furioso que tem diluecidos intervallos, e he regido por Curador, cessando o furor (o que deve provar-se) póde emprazar seus bens sem essas solemnidades, Coccey supra §. 7. e celebrar quaesquer contractos, Moraes supra a n. 4.: Quando o surdo, e o mudo; Coccey supra §. 8., Moraes a n. 44.

3.° Furiosos.

4.° Mudos, e Surdos.

§. 23.

Consectarios da 2.ª parte da 1.ª Regra. 1.° Marido sem consentimento da mulher

Da restricção da 1.ª Regra (§. 18.) segue-se 2.ª, que como a Emphyteuticação he especie de alienação (§ 21.), e o marido não póde alienar bens de raiz sem consentimento da mulher, Ord. L. 4. Tit. 48.; tambem não emphyteutica-los, Guerreir. Tr. 2. L. 6 Cap. 2. a n. 19: Se bem que denegando a mulher rracionavelmente o seu consentimento ha aquelle recurso ao Juiz, que permitte

a Ord. L. 3. Tit. 47, §. 5., aonde com outros DD. Silv. a n. 5.: E se a mulher sabendo-o se porta com taciturnidade por 10 annos se prezume o seu consentimento, Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 59. in. pr. n. 18., Stryk. Us. Mod. L. 23. Tit. 5. §. 3. in fine: Veja-se porem Pereir. Dec. 122.

§. 24.

E como não basta ter a capacidade pessoal para dar de emprazamento os bens; mas pela restricção da mesma 1.ª Regra (§. 18.) he necessario que o Concedente do Prazo tenha um pleno direito nos bens, e liberdade de dispor delles, sem que a natureza, ou a Ley o cohiba: segue-se 1.º, que como o Administrador do Morgado não póde sem Regia Auctoridade alienar os bens delle, tambem não emphyteutica-los, como largamente demonstrei no meu Tractado dos Morgados Cap. 14. desde o §. 36. até o §. 44., aonde juntamente exponho sete casos, em que a regra se limita, e subsistem os Emprazamentos: Só accrescento o Alvará (que sobreveio depois de escripto aquelle Tractado) de 27 de Novembro de 1804., que no §. 10. permitte emprazar sem Regia Faculdade os bens de Morgados incultos, que não excederem dez geiras de terra. Tambem o Clerigo não póde emprazar sem auctoridade do Bispo os bens do seu patrimonio, Luc. Ferraris Verbo. Ordo Art. 2. n. 95., Monacell. Formul. Patric. For. Eccles. Tom. 2. Tit. 13. Formul. 3. n. 19.

O Administrador do Morgado

O Clerigo os bens do Patrimonio.

§. 25.

Tambem não pela incapacidade das Pessoas, mas pela natureza dos bens inalienaveis: segue-se 2.º, que os Commendadores não podião de tempo antigo pela prohibição dos Estatutos da Ordem de Christo, Segunda Part. Tit. 14., fazer Emprazamentos dos bens das suas Commendas, sem as Faculdades e Solemnidades ahi requeridas; confira-se Barbos. á Ord. no fim do L. 4., e Cald. de Renov. Q. 16. n. 15.: E a Lei de 7 de Fevereiro, de 1772, pondo fim ás desordens, e controversias, que se movêrão sobre a auctoridade de fazer, e confirmar os Prazos das Ordens Militares, só permittio aos Commendadores renovarem os Prazos antigos, ou os devolutos por Commisso, e por qual-

Commendadores quanto aos bens das Commendas.

quer cauza consolidados; mas prohibio-lhes conceder de novo Emprazamentos de bens nunca emprazados, sem Faculdade Real, em consulta da Meza da Consciencia e Ordens: Conf. Mell. L. 3. Tit. 11. §. 9. na Nota. O Alvar. de 27 de Novembro de 1804, §. 10. limitou esta Lei, e permittio sem Regia Faculdade os Emprazamentos dos bens das Ordens incultos, que não excederem dez geiras. Em todo o caso lhes he absolutamente prohibido na Ord. L. 4. Tit. 41. receberem dinheiro pelas Concessões, e Renovações, sob pena de nullidade, e outras que comina a dita Ord.

§. 26.

3.° Mosteiros e Igrejas.

Segue-se 3.°, que os Bens da Dotação, e fundação das Igrejas, e Mosteiros, ou justamente possuidos por Faculdades Regias, ou sem ellas adquiridos até o anno de 1447, tolerados pela Ord. L. 2. Tit. 18. §. 3., não podem pelos Prelados, ou Parocos emprazar-se de novo, sem as solemnidades do direito Canonico, Luc. Ferrar. Ubi Alienatio Art. 2., Pinheir. de Emph. Disp. 2. Sect. 2. a n. 7., Barbos. de Jur. Eccles. L. 3. Cap. 30. a n. 11., Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 780 ad 783, et n. 811., e Tom. 6. For. Cap. 134. a n. 2. (aonde por falta daquellas solemnidades se julgou nullo o Afforamento de agoas para edificar Moinhos). Veja-se Silv. e Arauj. depois do Tractado de Perfeito Advocato, Decis. 1. Estas solemnidades fez precizas neste Reino o Alvar. de 25 de Junho de 1631, em todas as Alienações dos Bens das Igrejas.

§. 27.

Passaes das Igrejas

Com mais especialidade os Passaes das Igrejas, tão privilegiados na Ord. L. 2. Tit. 22, não podem emprazar-se sem Indulto Apostolico; porque, quanto a elles (quidquid quanto aos mais bens das Igrejas) foi recebida neste Reino a Extravag. Ambitiosæ de Reb. Eccles. non alien., Cald. de Renov. Q. 15. n. 15. e 16., Phæb. Dec. 82. n. 17., Pereir. de Man. Reg., Barbos. et Fragos. apud Repertor. sub verb. = Foreiro do Prazo da Coroa =, Pereir. Dec. 22. n. 8., Gam. Dec. ult., Concil. Prov. Bracharens. Act. 5. Cap. 29., Const. do Port. L. 4.

Tit. 7. Const. 3. Vers. 2.: E só huma prescripção immemorial, segundo alguns DD. (repugnando outros) póde ser forçosa para pela presumpção do Indulto Apostolico se sustentar a sua alienação, como tudo se vê julgado em Peg. 2. For. Cap. 9. n. 172., e Tom. 8. ad Ord. pag. 665.

A citada Ord. L. 2. Tit. 22. intende por Passaes «os Assentos das Igrejas, e os Passaes conjunctos a ellas, não sendo mais terra, que aquella que hum Lavrador commummente em hum anno no tempo da lavoura póde lavrar com huma junta de bois para sua lavoura.» De fórma, que como se vê julgada em Peg. Tom. 11. á Ord. Cap. 127. n. 11. (ainda que era da Coroa o Padroado dessa Igreja) não se reputão Passaes della, (em que se verifica a referida prohibição, e não possão prescrever-se) quando 1.°, se não prova concludentemente, que o sejão algumas terras; ainda que 2.°, assim se chamem Passaes por estarem perto da Igreja; maxime 3.°, não estando as controversas terras encravadas nos verdadeiros Passaes, não obstante estarem conjunctas a elles, nem pagar-se dellas pensão; et maxime 4.°, quando os Parocos se tem decentemente tractado com o resto dos Passaes, que possuião, etc. O Manso, hoje vulgarmente Passal, principiou a assignar-se em Dote ás Igrejas, livre de todo o serviço, e tributo: A sua quantidade pelas Leis dos Longobardos erão 12 Arpens, e cada hum era huma medida de terra de 100 varas em quadro (tal he o significado de Arpens): Veja-se Van Esp. de Jur. Eccles. P. 2. Sect. 4. Tit 4. Cap. 1. a §. 21. Conf. Pereir. Decis. 22.

§. 28.

Quid, nos Passaes das Igrejas unidas?

Porém os Passaes das Igrejas unidas a Commendas e a outros Beneficios não tem essa natureza, nem para a sua emphyteuticação dependem de Indulto Apostolico, Peg. Tom. 7. For. Cap. 235. a n. 35., Pereir. de Man. Reg. P. 2. Cap. 27. n. 36., et Decis. 22. n. 8., Repertor. debaixo da Conclusão. = Foreiro do Prazo da Coroa =

etc.: E só se devem emprazar com os requisitos expostos no §. 25.

§. 29

Quid, quanto aos bens das Igrejas illegitimamente adquiridos.

Os bens, que as Igrejas tem illegitimamente adquiridos contra a prohibição das Leis de Amortização, e que não sejão alguns dos especialisados no §. 6.: Estes, por ser coacta, e necessaria a sua alienação podem alienar-se sem essas solemnidades do Direito Canonico, Peg. Tom. 8. ad Ord L. 2. Tit. 18. § 1. n. 29 Barbos., ibidem, n. 4., Cowadin. de Jur. Prælationis Dec. 26. et 27., Luc. de Alienation. Disc. 1. a n. 120., Luc. Ferrar. Verbo Alienatio Art. 3. n. 5. optime Jul. Capon. Controv. For. 1. a n. 54.

Nota: Á excepção da alienação ou Emphyteuticação dos Passaes das Igrejas não unidas; quanto á dos mais Bens Ecclesiasticos, não forão recebidas neste Reino a Estravagante Ambitiosæ de Paulo V., e a Bulla de Urbano VIII. n. 157. do Bullario novo, Phæb. Dec. 82. n. 33., Sylv. e Arauj. de Perfeit. Advocat. post. Tract. Dec. 1.: E quanto aos Passaes Cald. de Renov. Q. 15. a n. 15., Pereir. Dec. 22. n. 8., Fragos. P. 3. L. 7. Disp. 14. §. 6. n. 8., Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 630.: E por tanto, á excepção dos Passaes, podem neste Reino emprazar-se sem Indulto Apostolico quaesquer outros Bens das Igrejas, só com as regulares solemnidades do Direito Canonico (§. 26)

§. 30.

4.° Bens da Coroa E em poder de Donatarios.

Os Bens Vacantes, e devolutos á Coroa, em quanto não estão incorporados nos Proprios, na fórma da Ord. L. 2. Tit. 35. §. 22., e Tit. 36., que expõem Peg. Tom. 10. á Ord. Cap. 4. a n. 7. ad 20 , e Cap. 95., e Tom. 11. á Ord. Cap. 252., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 43., não são propriamente Bens da Coroa, mas do particular Patrimonio do Rei, que os póde livremente alienar, segundo o Alv. de 9 de Dezembro de 1652. Veja-se o notavel Aresto em Peg. Tom. 10. á Ord. Cap. 94. n. 2.:

Mas os incorporados não podem com pretexto algum dar-se de emprazamento, Alv. de 23 de Maio de 1775, §. 19.

§. 31.

Em quanto os bens da Coroa estão em poder do Donatario, póde este empraza-los sem Auctoridade Regia; mas não intervindo esta, nem o Emprazamento prejudica á Coroa no caso da Devolução, nem ao Donatario Successor: E intervindo para a Emphyteuticação Regia Auctoridade, subsiste valido perpetuamente o Prazo, ou os bens da Coroa se devolvão a ella, ou ao Donatario Successor: Esta Auctoridade Regia se presume por tempo immemorial: Veja-se sobre tudo isto Peg. Tom. 10. á Ord. Cap. 21. a n. 79., e Tom. 11. Cap. 269. et a n. 35. et 38.

O Donatario da Coroa, que tem Auctoridade Regia para emprazar, se recebe dinheiro pela entrada he nullo o Prazo, mesmo em sua vida, Ord. L. 4. Tit. 41., Peg. Tom. 11. á Ord. Cap. 269. n. 13.: Se sem Regia Auctoridade empraza bens da Coroa, e recebe entrada sempre o Prazo vale em sua vida: mas o Successor o póde fazer anullar, Peg. supra a n. 14. ad 35., Repertor. sub verbo. = Foreiro do Prazo da Coroa. = Hoje pelo Alv. de 27 de Novembro de 1804 §. 10. he permittido sem Auctoridade Regia emprazar terrenos incultos, que não excedão dez geiras de terra.

§. 32.

5.º Bens de Capellas, Hospitaes, e Confrarias.

Se os bens destas Corporações são illegitimamente adquiridos, podem antes de denunciados á Coroa emprazar-se sem solemnidades (§. 29.): Sendo legitimamente adquiridos, e nunca antes emprazados, havendo de se emprazar de novo, devem observar-se as solemnidades da Ord. L. 1. Tit. 62. §. 45. e 46.: Menos, sendo incultos, e não excedendo 10 geiras de terra, Alv. de 27 de Novembro de 1804, §. 10. Nestas solemnidades devem concorrer todos os Mordomos, ou Vogaes do Governo, e faltando hum delles he nullo o Afforamento, Peg. ao mesmo §. 45. sub n. 11. Confira-se o mesmo Peg. 2 For.

Cap. 11. desde pag. 926 até 930: De tal fórma, que fazendo-se sem concurso de todos o Afforamento, não perde a Confraria a posse, e póde recupera-la pelos remedios possessorios, Peg. supra: O tempo não póde supprir o defeito da solemnidade, que determina o dito § 46., e como solemnidade precisamente intrinseca, senão se copiou o Capitulo no Afforamento, Peg. Tom. 2. á Ord. pag. 264. n. 82., Valler. de Transact. Tit. 4. Q. 2. n. 77., Lim. de Gabell. ad Regim. Incapit. Cap. 20. n. 45.

§. 33.

6.° Bens proprios dos Concelhos Baldios, e Maninhos

Ha nos Concelhos bens, que são proprios, cujos rendimentos se applicão para as despezas communs dos Concelhos, Valeron. de Transact. Tit. 4. Q. 3 a n. 1., Ferreir. de Nov. Oper. L. 3. Disc. 1. n. 40 ; e ha bens publicos, e communs, como baldios, maninhos, etc., Mell. Freir. L. 3. Tit. 1. §. 9. O Alvará de 23 de Julho de 1766, prohibio geralmente, que os Vereadores os possão emprazar; ainda que para esse fim tivessem Provisões: determinando, que os Pretendentes recorrão pela Meza do Desembargo do Paço, a qual depois de mandar ouvir a Camera, Nobreza, e Povo, e depois de se porem a lanços os terrenos emprazados, e com informação dos Provedores das Comarcas, possa concede-los, e mandar expedir Provisões Annulla os Afforamentos, que desde o anno de 1745, se acharem feitos pelas Camaras, sem Provisões da dita Meza, ou Regias Confirmações. Determina em fim, que os Provedores das Comarcas, achando pela simples inspecção dos titulos dos ditos Afforamentos, que não intervio para elles a Regia Auctoridade, fação logo restituir de plano, e sem mais figura de juizo aos respectivos Concelhos os bens alienados, ou afforados.

Nota. Se hum fizer o requerimento, obtiver Provisão, e diligenciar a execução, mas depois for vencido em lanço, deve ser indemnizado das precedentes despezas, Ferrar. Ubi oblation. 42.

§. 34.

Declarou-se por Provisão do Desembargo do Paço de 22 de Dezembro de 1767, dirigida aos Provedores das Comarcas, em beneficio da Povoação, que elles, sem necessidade das referidas solemnidades, possão afforar sólos, e terrenos publicos nas Cidades, Villas, e Logares, para se edificarem, ou ampliarem casas com fóros arbitrados por Louvados; e que destes Afforamentos assim feitos, se remettão copias ás Camaras, para que com a união de outros muitos similhantes se possa requerer a confirmação de todos juntamente, debaixo de huma Provisão: Assim se está praticando, não só em beneficio da Povoação, mas pela equidade, conforme a qual por coisas minimas, e de que a despeza excederia o valor, não he necessario recurso á Magestade, em taes casos, Peg. Tom. 6. ad Ord. L. 1. Tit. 68. §. 26. n. 5., Ferreir. de Nov. Oper. L. 2. Disc. 1. n. 48.

Quid, quanto aos sólos para edificar casas?

Em outro tempo. estas graças de Afforamentos dos Maninhos, quando não embargadas, como ob. e subrepticias nas suas execuções, nos termos do Alv. de 30 de Outubro de 1751, se podião accusar ob, e subrepticias por acções ordinarias em qualquer Juizo, ainda que não fosse o Tribunal Palatino, como se vê em Peg. 3. For. Cap. 3. a n. 42., e no Tom. 10. á Ord. Cap. 9. n. 23. e 24.: Porém está declarado por Provisão de 29 de Abril de 1780, que o conhecimento da ob, e subrepção das Provisões de quaesquer Tribunaes pertence aos mesmos, ou esta se trate, e intente por Embargos, ou por Libello.

§. 35.

Supposto que os Habitantes de qualquer Termo tem a sua intenção fundada nos montes, e maninhos, comprehendidos nos limites dos seus Territorios para os usos dos pastos, lenhas, e estrumes, pela geral Concessão dos primeiros Reis, attestada na Ord. L. 4. Tit. 43. §. 9. 12. e 15., a menos, que não conste que forão expressamente

7.° Maninhos, que tem Senhorios particulares.

reservados de fórma, que nunca sem uma clara expressão se subintendem comprehendidos em qualquer Doação de Terras, que os Reis fizessem a algum Donatario, como com os mais Reinicolas, Portug. de Donat. L. 3. Cap. 43. a n. 81.; Comtudo he possivel, e eu tenho muitas vezes visto, comprehenderem-se em Regias Doações os Maninhos, e baldios; e a mesma Ord. §. 15. suppondo-o, ainda de mais a mais permitte, que por outros Titulos se possa provar o dominio dos Maninhos (o que foi accrescento dos Compiladores da Filippina). Eu podéra referir aqui muitos exemplos: Basta-me o que se vê em Ferreir. de Nov. Oper L. 6. Disc. 13. sub n. 52.; e a Dissertação sobre os Maninhos depois do Discurso Juridico Economico, etc. pelo, Doutor Domingos Nunes de Oliveira: Veja-se o meu Tratado dos Direitos Dominicaes a §. 8.

§. 36.

Estes Donatarios poissim podem afforar os Maninhos de que se mostrão Senhorios por Doações Regias, ou outros Titulos; mas sempre nos Foraes, em que se dizem Senhorios delles, se declara que os aforem ouvida a Camara, e conforme a Lei das Sesmarias: Assim he que se julgou no Aresto transcripto pelo citado Ferreira em favor do Marquez de Fontes: O essencial consiste em que feitos pelos Donatarios esses Afforamentos de alguma parte de Maninhos, reste aos Opidanos de Maninhos, e baldios o necessario para pastos, lenhas, e abiguarias, como se vê julgado em Solan. na Alleg. de Barbacen. sub n. 210., Luc. de Servitut. Disc. 36. n. 11.: De outro modo não podem afforar-se a particulares com prejuizo do commum dos Póvos: Não devendo perder-se de vista o §. 9. da dita Ord. para equilibrar os interesses particulares, e os prejuizospublicos.

Nota: Parece, que quando assim nos Foraes, ou Doações se declara o Senhorio da Terra Senhor tambem dos Maninhos, e com liberdade de os afforar ouvida a Camara, e regulando-se pelas Leis das Ses-

marias, não he necessaria para estes Afforamentos outra auctoridade Regia, porque já nos Foraes está concedida; com tanto, que a fórma dos Foraes a este respeito se cumpra.

§. 37.

Como só he permittido emphyteuticar por aquellas pessoas, a que não he prohibida a alienação (§. 18.); e como ella o he aos Emphyteutas, ex Ord. L. 4. Tit. 38.; e todos os DD. concordão, em que a Subemphyteuticação he especie de alienação: Por isso muitos assentão, que o Emphyteuta não póde subemphyteuticar sem licença do Senhor, e fazendo-o incorre em commisso, Valasc. de J. E. Q. 13. n. 11., Q. 38 n. 7, Fragos. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 3. n. 24., Pinheir. de Emphyt. Disp. 2. Sect. 4. n. 51. et Disp. 4. Sect 6. n. 106., citando outros, Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 91. 457. 461. 469. et pag. 605., et 3. For. Cap. 28. n. 123. et a n. 437. = Repertor. sub verbo. = Foreiro não póde vender, escambar etc., Mell. L. 3. Tit. 11. §. 15., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Contract. Q. 10.

8.° O Emphyteuta, que não póde alienar, se pó le constituir Subemphyteuze?

As razões desta opinião consistem: 1.°, que a Subemphyteuticação he especie de alienação, pela qual o Emphyteuta transfere ao Subemphyteuta o dominio util; e como a alienação delle fica comprehendida na generalidade da L. fin. Cod. de Jur. emphyt., e da Ord. L. 4. Tit. 38.; o fica tambem a Subemphyteuticação: 2.°, ne novus emphyteuta Domino contra illius voluntatem obtrudatur: 3.°, ut eidem Domino de Laudemiis satis sit cautum, Mell. supra §. 15.: 4.°, ut Dominus agere possit pro pensione sibi solvenda adversus emptorem emphyteusis, vel quemlibet alium, in quem translata fuerit: 5.°, ut Dominus possit impedire ne emphyteusis alienetur in aliquam personam, quæ pensionem non solvat, vel post emphyteusim finitam non possit extrahi ab ejus manu, vel alia simili causa: 6.°, ut Dominus possit offerre idem pretium, si ipse emere voluerit: Eis-aqui todas as razões reca-

pituladas dos mais DD. pelo citado Mello, e melhor pelo Repertor. debaixo da Conclusão. = Foreiro não póde vender, escambar = etc.: Logo as veremos futeis relativamente á Subemphyteuticação.

§. 38.

Limita-se esta regra pelos DD.

Admittem porém os mesmos DD. que feita a Subemphyteuticação pelo Emphyteuta se presume pelo lapso de 30, ou 40 annos, como solemnidade extrinseca, o preciso consentimento do Senhorio, Cald. de Renov. Q. 15. n. 38., Gam. Dec. 329., Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 334, et a n. 742. 749. 885. 886. 887.: E ainda mesmo admittem Subemphyteuze prezumido, e prezumido juntamente o consentimento do Senhorio, quando o Emphyteuta recebe do presuppostо Subemphyteuta (que se allega tal) huma uniforme pensão por 30, ou 40 annos, Peg. 3. For. Cap. 23. a n. 108., et Cap. 28. n. 749. et a n. 336., Gam. Dec. 127. 244. 336.: Se bem que sendo Ecclesiastico o Prazo contendem outros DD. que nunca pode prezumir-se tal subemphyteuticação: Vejão-se Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 605. et 606., Barbos. na L. 2. Cod. de Præscript. a n. 356. E o meu Tratado dos Direitos Dominicaes.

Nota: Estabelecido este systema (§. 37) suscitão os DD. a questão: Se feita com consentimento expresso, ou tacito do Senhorio a Subemphyteuticação, fica ou não o Emphyteuta conservando o seu dominio util, ou só a sombra delle? Que só a sombra, e o nú, e simples direito de exigir do Subemphyteuta a pensão, seguirão com outros DD. Pinheir. de Emphyt. Disp. 2. Sect. 4. §. 1. n. 54., Fulgin. de Jur. emphyt. in Tit. de Contract. Q. 10. n. 4., Pacion. de Locat. Cap. 31. no fim., Peg. 2. For. pag. 878. 879. 880.: Pelo contrario; e que o Emphyteuta fica conservando o util dominio, estão Valasc., Cald., e Fragos. referidos por Pinheir. n. 55., que vacilante no meio destas opiniões, conclue no n. 58., que a

2.ª he mais provavel, mas que a 1.ª he mais commua. e digna de se seguir na praxe. Fragoso P. 3. L. 6, Disp. 9. §. 3. a n. 19., tenta concilia-las, dizendo, que a 1.ª só procede quando o Emphyteuta transfere expressamente no Subemphyteuta todo o seu dominio util; a 2.ª quando só simplesmente faz a Subemphyteuticação. Quid quid sit; o certo he no systema dos mesmos DD, e com resultado da 1.ª opinião; que na praxe se seguem estas resoluções hoje sem hesitação:

1.ª Que querendo o Subemphyteuta vender o Prazo deve impetrar, e obter licença do primeiro Senhorio directo, Gam. Dec. 244. n. 7. et 8., Valasc. Q. 13. n. 11., Cald. de Renov. Q. 13. a n 14., Pinheir. de Emphyt. Disp. 2. Sect. 4. n. 64., Corradin. de Jur. Prælation. Q. 31. n. 65., Fulgin. de Jur. Emphyt. Tit. de Contract. Q. 10. n. 10., et de Laudem. Q. 23. n. 4.

2.ª Que da venda do Subemphyteuze se deve o Laudemio ao Senhorio directo, e não ao Emphyteuta, Cald. supra n. 19., et de Extinct. Cap. 16. n. 34. et 39., Gam. Dec. 244. n. 7. et 8., et Dec. 329. n. 5., Pinheir. supra n. 64., et Disp. 4. Sect. 4. n. 42., Fulgin. Tit. de Contract. Q. 10. n. 9., et de Laudem. Q. 23. a n. 1., Rot. ad Luc. L. 4. de Emphyt. Decis. 20. n. 5.

3.ª Se o Subemphyteuta vende algumas propriedades compete o direito da opção, e prelação ao Senhorio, e não ao Emphyteuta, Cald. de Renov. Q. 13. n. 51., Pinheir. Disp. 2. Sect. 4. n. 66., Corradin. de Jur. Prælation. Q. 31. n. 62.

4.ª Se o Subemphyteuta incorre em commisso perde o Prazo, não para o Emphyteuta, mas para o Senhorio directo, Gam. Dec. 147. n. 2, Dec. 244. n. 8., Dec. 329. n. 5., Pinheir. de Emphyt. Disp. 2. Sect. 4. n. 66.

5.ª Se o Subemphyteuta não paga a pensão ao Emphyteuta, e este accusa o commisso, se perde o

Subemphyteuze para o Senhorio, e não para o Emphyteuta, Gam. et Pinheir. supra: Limita-se porém tudo o exposto, se o Senhorio quando concedeo ao Emphyteuta licença para Subemphyteuticar, lhe facultou juntamente (o que he rarissimo) que o Emphyteuta reservasse para si os Direitos Dominicaes dos Laudemios, Commissos, Devoluções, Opções, etc., Pinheir. Disp. 2. Sect. 4. n. 53., Gam Dec. 323. n. 3. et 5., Cald. de Renovat. Q. 13. n. 44. in. fin., Jul. Capon. Contr. For. 34. a n. 8. et 10.

§. 39.

Systema contrario ao dos DD. citados no §. 37.

Porém, e em contrario do exposto (§. 37.) que o Emphyteuta póde Subemphyteuticar livremente sem consentimento do Senhorio, e sem temor da pena do commisso defendem Nigr. de Laudem. Tom. 1. Q. 10. Art. 1., e com outras Decisões o seguio a Rota nas Collectas depois do Tractado de Fulgin. de Jur. Emphyt. Decis. 14. n. 1.; maxime quando o Emphyteuta não transfere expressamente o dominio util ao Subemphyteuta, e salva ao Senhorio os seus Direitos Dominicaes, Zoez. ad Tit. Si ager Vectig. n. 107., Muler ad Struv. Exerc. 11. Thes. 70.; Eu seguiria esta 2.ª opinião pelas seguintes razões.

Fundamentos desta opinião

1.ª Porque não sendo a Subemphyteuticação, feita ad instar do Subfeudo, nem este conhecidos nos Romanos, não passou pela idéa de Justinianno na L. fin. Cod. de Jur. Emphyt. (fonte da Ord. L. 4. Tit. 38.) comprehender na prohibição da alienação a subemphyteuticação: Antes o mesmo Direito Romano, (que tratava promiscuamente a Locação e o Emphyteuze no Tit. Instit. de Locat.) permitte ao Subconductor sublocar durante o tempo da sua conducção, L. 6 Cod. Locat. L. 7. 8. 24. §. 1., L. 30. ff. Locat., modo ad eundem usum locet, ad quem ipse conduxit, atque idoneo; æqua sint omnia, et ut non fiat Sublocatio aliis Legibus quam per quas Locatori primo omnia integra sint, Brunneman. in d. L. 6. Cod. Locat., Pacion. de Locat. Cap. 32., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 23 §. 3. a n. 35. Ora, se o Emphyteuta faz o Subemphyteuse ad eundem usum (ad colendum et melio-

randum) ad quem ipse in emphyteusim recepit; atque idoneo Subemphiteutæ: se ao Senhorio æqua sunt omnia jura dominicalia post Subemphyteuticationem (§. 38. na Nota): Se o Subemphyteuze, em que se salvão ao Senhorio os seus Direitos Dominicaes non fit aliis Legibus, quam per quas domino directa omnia integra sunt; Que rasão de differença póde haver para que seja permittido sublocar durante o tempo da Locação, e não subemprazar durante as vidas do Emprazamento? Sim porque o Subemphyteuze expresso, ou presumido só tem duração em quanto durão as vidas do Emphyteuze, (assim como a sublocação só em quanto dura o tempo da Locação, e Conducção), Valasc. Cons. 71. a n. 1.. Peg. 2. For. Cap. 11. pag. 880. Col. 2., e pag. 605, vers. quid autem; et a n. 453,, Pinheir. de Emphyt. Disp. 2. Sect. 4. n. 52., Florez ad Gam. Decis. 270.

2.°. Em que se prejudica o Senhorio pela Subemphyteuticação? Não lhe ficão salvos todos os seus Direitos Dominicaes? Já o vimos na Nota ao §. 38. Pelo contrario o interesse do Senhorio he manifesto: Porque (a) multiplicados os Emphyteutas ha mais occasiões de vendas e consequentes Laudemios, ut in simili Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 10.; Porque (b) se o Senhorio antecedentemente tinha só sujeito ao pagamento do seu foro o Emphyteuta; depois do Subemphyteuze ficão simultaneamente obrigados ao Senhorio o Emphyteuta, e Subemphyteuta, e mais segura a cobrança do foro, Fulgin. in Tit. de Contract. Q. 10. n. 5.; Bem como o Locador póde exigir a pensão do 1.° Conductor, ou do Subconductor subsidiariamente, ex Ord. L. 4. Tit. 23. §. 3. ubi Silv. n. 53. Pacion de Locat. Cap. 31. n. 50.; Porque (C) se o Emphyteuta primeiro não paga ao Senhorio, tão bem pela culpa delle perde o Subemphyteuze (bem como quando o Prazo se extingue pelo lapso do tempo, a que foi concedido, ut §. 39).

Nota: Estas razões fundamentárão a Provisão de 26 de Outubro de 1807, que obteve Jeronymo Pe-

reira Leite, Negociante do Porto, para subemprazar em porções, os terrenos de um casal de que he Senhorio o Cabido de Cedofeita da dita Cidade, apezar de novos gravames (repellidos na Provisão) com que só condicionalmente lhe facultava o Cabido a licença.

3.ª, Porque a Subemphyteuticação prezumida prejudica ao Senhorio (§. 38.): Havendo-a prezumida, póde depois o Emphyteuta faze-la expressa ao Subemphyteuta, independente do Senhorio, porque he interessante a este, Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 743.: E que razão de differença?

4.ª, Porque o mesmo Pinheir. de Emphyt. Disp. 2. Sect. 4. sub n. 51. com Valasc., Cald., e Molin. concedeu que o Feudatario póde Subinfeudar sem consentimento do Senhor; Conf. Stryk. Vol. 4. Disp. 12. Cap. 2. a n. 46., e Volum. 7. Disp. 3. Cap. 3. n. 30: Vale o argumento do Feudo para o Emphyteuze, Barbos. et Tabor L. 1. Cap. 137. axiom. 61.: Ergo etiam, etc. A razão de differença, que assigna Pinheir. não só he inadequada, mas as razões, em que se funda para dizer ser permittida a Subemphyteuticação no Feudo, se verificão hoje no Subemphyteuze: Pois que os Subemphyteutas podem melhorar os predios com tanta industria como os Emphyteutas, maximè quando estes commummente são Fidalgos, Nobres, ricos, que não cultivão por si as fazendas. O Emphyteuta Subemphyteuticando rezerva para o Senhorio todos os seus Direitos (§. 38. na Nota,) e os interesses do Senhorio se multiplicão (razão 2.ª). O Emphyteuta estipulando do Subemphyteuta maior foro que o que paga, fica mais solvavel. As razões pois do Subfeudo, que excogitou Pinheiro, tão longe está de serem diversas, que antes *aptatis aptandis* se identificão; e as expostas (§. 37. na Nota) fundamentaes da prohibição da Subemphyteuticação cedem a estas.

5.ª Porque: Comparemos como parallelas na prohibição sem auctoridade do Senhorio a venda, e a Subemphyteuticação. Se ao Senhorio se propõem huma venda

do Prazo; ou o Senhorio ha de usar do direito da opção e prelação, e comprar o dominio util pelo preço, que outro comprador offerece: ou *velit nolit* ha de prestar seu consentimento a menos, que não allegue e prove justa razão da denegação de seu consentimento, Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 63.: Ora supponhamos hum Emphyteuta querendo, e ajustando Subemphyteuticar (e por este modo alienar no systema dos DD. citados §. 37.): Elle offerece ao Senhorio o Subemphyteuze tanto pelo tanto que outro dá de pensão: O Senhorio pois ou ha de aceitar e ser Subemphyteuta do seu Emphyteuta, ou ha de consentir aliás o Julgador supre o seu consentimento, sendo irracionavel o seu dissenso, ex Peg. supra: Logo, usando (o que he facil) o Emphyteuta desta cautela evita toda a duvida de opiniões, e illude o Senhorio, ao passo que com a Subemphyteuticação promove os interesses communs de ambos (2.ª razão).

> Nota «Si adsit pactum de non sublocando (aut «Subemphyteuticando) sine Consensu Domini, non po- «terit Dominus sine causa Consensum denegare, et «si eum deneget supplebit Judex, quia dum Sublo- «catio est permissa a jure (como nos Prazos a alie- «nação consentindo o Senhorio), et nullum ex ea «potest Domino inferri projudicium (razão 2.ª) intrat «regula, quod tibi non nocet, et alteri prodest dene- «gari non debet, et si denegetur fit injuria; et Ju- «dex potest eum compellere, vel supplere declarando «consensum haberi pro præstito.» Pacion. de Locat. Cap. 32. n. 4.

6.ª, Porque pelo menos o Emphyteuta que faz a Subemphyteuticação apoiado na Opinião referida (§. 39.), e nas precedentes razões; evita a pena de Commisso; e se frustra ao Senhorio a tentativa de obter a Devolução por esta causa, Fulgin. de Jur. Emphyt., post Tract. Dec. 14., e conduzem as doutrinas do mesmo Fulgin. de Alienat. Q. 1. n. 36., aonde firma que huma opinião

favoravel ao Emphyteuta basta para o livrar da pena de Commisso; e as doutrinas dos DD. com os quaes Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 5. n. 87. Com tanto porém que salve ao Senhorio os seus Direitos Dominicaes (§. 38. na Nota); e não empraze os bens como seus livres, negando o dominio directo do Senhorio; porque só por essa causa incorreria em Commisso, sendo dolosa esta negação. Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 787. ad 793.: etc. §. 838.

§. 40.

Consectarios da 2.ª Regra prenotada no §. 19.

Como a materia dos Emprazamentos são os bens, que se emprazão (§. 17.). E como só podem emprazar-se bens immoveis incultos ou cultos (§. 19.); he certo, que podem emprazar-se aquelles, e casas ou de pedra, ou barracas de madeira; os moinhos, ou sejão aquaticos, Pneumaticos, ou Navaes (de que os calabres, cabos, e ancoras se fixão, e firmão em terra); minas de metaes, arvoredos existentes, e que se subroguem as arvores cortadas por outras plantadas, ou nascidas, Henriq. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 3., Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 2. n. 2., Valasc. Q. 12., Mell. L. 3. Tit. 11. §. 9.

Nota: Emprazado qualquer predio se comprehendem os fructos pendentes; tudo o que sendo aliás movel, está affixo ao predio, e para elle destinado, Mul. ad Struv. Exercit. 11. Thes. 60. Let. B. Confira-se o Cod. Civ. dos Francezes Art. 511., e seguintes, Pacion. de Locat. Cap. 23.

§. 41.

Não se podem emprazar dizimos Ecclesiasticos.

Não se podem porêm emprazar 1.°, Dizimos Ecclesiasticos a Pessoas Seculares, Gonzall. ad Cap. Prohibemus de Decim., et ibi Barbos. n. 4., Constit. do Bispado do Port. L. 4. Tit. 7. Const. 3.; declarando juntamente que nem das terras, e propriedades das Igrejas se faça prazo, em que se confunda a pensão com o dizimo, nem o dizimo com a pensão, ou foro.

§. 42.

Nem redditos annuos.

Nem 2.°, redditos annuos certos, ou incertos, como rações, ou quotas de frutos, Valasc. Q. 12. n. 8., Pinheir.

de Emphyt. Disp. 2. Sect. 1. n. 5., Zoez. ad Tit. ff. Locat. n. 60.» Licet enim suo modo pro immobilibus pro« pter durationem, et jus perpetuum exigendi, reputentur: « tamen nec solo cohærent, nec in hunc finem, ut melio« res fiant, et excolantur, conceduntur.» Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes 60., Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. n. 7., Ferreir. Cardos. Elem. Jur. Emphyt. §. 23., Mell. L. 3., Tit. 11. §. 9.

Nota: A Constituição do Bispado do Porto L. 4. Tit. 7. Const. 3. Vers. 1., permitte, quanto aos bens Ecclesiasticos, emprazar aquelles redditos annuos certos, ou incertos, se os taes foros estiverem tão afastados das Igrejas, que a cobrança lhes faça tanta ou maior despeza do que os ditos foros importarem: Conf. Valasc. Q. 12. n. 8. no fim.

§. 43.

Porém, huma vez admittida a possibilidade de se em- O contrario
prazarem bens cultivados (§. 19.), em que cessa o fim, ut meliores fiant, não ha razão diversa essencial, para que não possão emprazar-se redditos annuos. Cum nulla videatur subesse congrua ratio, quæ id prohibiat, como bem discorre o Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 69. n. 7., e de Feud. Disc. 42. sub n. 5. (Eu tenho visto alguns): Maiormente quando in redditu pecuniario ex re immobili, feudum consistere potest, Luc. de Feud. Disc 42. n. 5., valendo o argumento do Feudo para o Emphyteuze (§. 39. Not. raz. 4.): E ainda que Valasco, e Pinheiro citados no §. 42. dizem que não vale este argumento onde ha repugnancia de direito; porque o Feudo senão concede ad meliorandum, como o Emphyteuze, segundo a sua primeira natureza; comtudo admitida a Emphyteuticação de predios cultivados, e cazas edificadas (§. 19.) já não ha diversa razão para que se não possão emprazar, como podem infeudar, redditos annuos.

§. 44.

Por outra parte: Tambem a cobrança desses redditos

annuos, de que o Emphyteuta se toma o cargo, não traz pequenos trabalhos, despezas, e riscos; muito mais quando os foros são rateados, e pagos por muitos colonos; sacrificando-se aliás o Emphyteuta para com o Senhorio a huma somma certa, inalteravel, e exigivel. Taes trabalhos, e despezas da cobrança são tão respeitaveis, que assentão os DD. ser licito sem usura comprar taes reddidos por preços menores dos communs, Phæb. Dec. 7. et 201., Moraes L. 6. Cap. 13. n. 70. no fim, Olea de Cess. Jur. Tit. 6. Q. 10. a n. 5. Portanto, apezar da opinião (§. 42.) podem sustentar-se taes prazos. Temos hum exemplo em Valasc. Q. 12. n. 8.; e ainda que diz non esse veram emphyteuzim, essa razão cessa á vista do uso hodierno (§. 19.) e da L. de 4 de Julho de 1776.

§. 45.

Direitos e acções

Não podem emprazar-se 3.°, Direitos e acções, segundo os DD. referidos (§. 42); Porém judicioamente limita essa resolução Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 12. n. 10. dizendo. «Non negaverim, si ita contractus celebretur «cum Titio, ut se ego, lite mota, et perducta, rem «illi vindicavero, maneat mihi emphyteuticata (ut quotidie «accidit) recte fieri posse, quia in hac specie non cele«bratus emphyteuzis super juribus, et actionibus, sed super «re ipsa soli jam vindicata, et ad verum dominum re«versa.... Nec dixeris hoc esse pactum de quota litis «reprobatum, etc., etc.»

§. 46.

Bens moveis.

Não podem emprazar-se 4.°, segundo os mesmos DD. (§. 42.) os bens moveis, e a razão que todos assignão he, quia res mobiles non recipiunt meliorationem similemve culturam, contra a premitiva natureza do Emphyteuze; Conf. Voet. supra, n. 7., Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 60.; E supposto, que Valasc. Q. 12. n. 11. no fim tentou persuadir, que os moveis podem emprazar-se, e durar o Prazo saltem pro tempore quo mobilia extent, providenceando-se o Senhorio com cauçar quanto ao capital do valor, extinctos os bens; comtudo elle, seguido pelo citado Muler, assenta na commua opinião pela dita

razão, quia in rebus mobilibus non datur cultura et melioratio, quarum causa specialiter inducta est emphyteuzis: Conf. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 3. §. 1., Conf. Jul. Capon. Contr. For. 34. n. 22.

Nota: Póde porém o uso dos moveis arrendar-se, Pacion. de Locat. Cap. 11. a n. 1.: De tal fórma, que póde arrendar-se huma Botica, hum Botequim, etc., com todos os medicamentos, vasos, moveis, etc., e pelo preço salvo, em que forem estimados, sem aqui haver usura, Jul. Capon. Inst. Canon. Tom. 2. L. 3. Tit. 3. pag. (mihi) 78. Vers. = Dico decimo = Card. de Luc. de Usur. Disc. 2. n. 12., Coccey., supra, ex L. 48. §. 1. ff. Locat. Jul. Capon. d. Contr. 34.

Quando casas, ou terrenos para edificar por pensão que não seja a dinheiro ou aves, Vid. §. 616.

CAPITULO III.

Quaes Pessoas são capazes de receber de outras bens por Emprazamento.

§. 47.

Em geral: que pessoas podem adquirir dominios?

Não basta, como temos visto no Cap. 2., a capacidade e o poder com solemnidade nos Concedentes dos Prazos: «Sed et ii, in quos alienamus, tam natura, quam «lege civili capaces esse debent accipiendi. Ac jure qui«dem naturæ omnes homines, qui uti, fruique possunt «vitæ subsidiis, dominii capaces sunt. Quin jure Ci«vili minores impuberesque, qui alienare nequeunt sine «auctoritate tutoris, vel Curatoris, possunt tamen adqui«rere iis saltem modis, quibus necesse non est se obli«gare. Interim plures aut Pactis, aut Legibus Civilibus «possunt in parte saltem, jure acquirendi, possidendique «facultate privari: ea enim conditione in urbes coivimus. «In parte dixi, nam in totum nequeunt, nisi, quibus aqua «et igne jure interdictum est. Ita qui plenam pauperta-

« tem Deo voverunt, ejus voti vi incapaces sunt domi-
« niorum, præterquam earum rerum, quibus vita susten-
« tatur. Hostes publici, et in quibusdam Rebus publicis
« peregrini vetantur immobilia possidere. In pluribus Eu-
« ropæ Regnis vetitum est Monachis, cæterisque Eccle-
« siasticis amplius adquirere dominium, etc. Genuens. de
« Offic. L. 1. Cap. 13. §. 8.; Ad rem Coccey d. Disp.
« 41. Cap. 5. §. 10. »

§. 48.

Especialmente quanto aos Emprazamentos.

Em conseqnencia « Accipere, et acquirere possunt « emphyteuzim omnes, quibus non est interdictum rerum « commercium » Struv. Exerc. 11. Thes. 59., aonde Muller expõe, ut ibi: « Sivé sint masculi, sivé fœminæ, sivé « sint majores, sivé minores, ita tamen, ut non tantum « infantes, sed etiam pupilli, atque puberes tutorum et « Curatorum adhibeant auctoritatem; (*) Cujuscumque « enim sint conditionis et qualitatis, non solum Laici, sed « Clerici, (**) furiosi, et prodigi, muti, surdi, et cæci em- « phyteuzim accipere possunt, ita tamen ut furiosus non « nisi per Curatorem acquirire possit, cum ipse nullum « habeat animi judicium: prodigus vero etiam sine eo, « cum in acquirendo non sit prodigus: » Conf. Ferreir. Cardoz. Elem. Jur. Emphyt.; §. 28.: Ao que accrescento, que supposto o marido não póde dar bens de raiz por emprazamento sem consentimento da mulher (§. 23.) póde recebe-los das mãos do Senhorio sem necessidade desse consentimento, Peg. 5. For. Cap. 98. n. 151. Gam. Dec. 257. n. 4., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 35 sub n. 5.

(*) Não deixa de ser duvidoso, se o Pupillo e Menor sem auctoridade do Tutor, e Curador, e Decreto judicial póde receber hum novo Emprazamento? Harpprect. no §. 3. Instit. de Locat. an. 134. defende que não: Porém em contrario estão os nossos Cald. na L. Si Curatorem verb. Contractum fecisti, sub n. 3, Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 35. n. 4. et 5. « Etenim, cum causa sit lucrativa, nihil obstat, quo-

« minus minor in emphyteuzim prædium accipere pos-« sit sine decreto; quamvis non inficiabor (diz Cald. « supra) si læsus sit, possit restitui; in quam partem « inclinat doctissimus Valascus Q. 35. n. 4. et 5., « quam sententiam ipse lubens amplector. » (Confira-se o mesmo Valasc.)

(**) Os Clerigos neste Reyno não tem prohibição de adquirir por compras, testamentos, e abintestato, Ord. L. 2. Tit. 18. a §. 5.: Elles portanto são habeis para receberem bens de Emprazamento (e mesmo para as successões delles, como se verá em seu lugar na P. 2.ª). Só entra em disputa, se isto he negociação prohibida (mas valido o contracto). Vid. Pacion. de Locat. Cap. 10. a n 66.

§. 49.

São porém incapazes de receber Emprazamentos neste Reino: 1.°, as Igrejas, Mosteiros, e mais Corpos de Mão morta; segundo a dita Ord. L. 2. Tit. 18., e antigas Leis de Amortisação, que refere Mello Histor. Jur. Civil. sub. §. 55.: 2.°, os Religiosos professos, L. de 9 de Setembro de 1769 §. 10.; sendo só capazes de Tenças pelo Decreto de 17 de Julho de 1778: Entre os Religiosos professos se comprehendem os Maltezes pelas Leis de 25 de Julho de 1777, e de 12 de Maio de 1778; que só lhe permittirão a successão no usufructo: Confira-se Phæb. Decis. 170 a n. 18.

Pessoas moraes e fisicas incapazes de receberem Emprazamentos. 1.° Igrejas, Mosteiros, etc. 2.° Religiosos professos.

Nota 1.ª: Ainda que hum Religioso professo se secularize por algumas causas, sempre fica com essa incapacidade, porque he adstricto aos votos; e só fica capacitado se a Profissão se annulla na sua raiz; Demat Loix Civil. pag. 271. §. 19., pag. 272. §. 24., pag. 276. §. 32. Ainda mesmo que os Religiosos professos passem a ser Bispos, ficão com a mesma incapacidade; Van Esp. de Jur. Eccles P. 1. Tit. 29. Cap. 2. §. 10.

Nota 2.ª: Pro intellectu, notandum Manum mortuam in hac materia appellari Ecclesiam, Collegium,

sivè illud quodcumque Corpus, vel Ecclesiasticum, vel Seculare, quod bonorum capax est. Ideo vero Manus mortua hujusmodi corpus appellatur, quod, quemadmodum (ait Pekius de Amortizat. Cap. 2.) morientis hominis manus id quod comprehendit firmissime conclusum tenet, neque facile remittit: Sic etiam quidquid Ecclesia seu corpus hujusmodi semel acquirit, et in manum, hoc est potestatem suam semel accipit, non nisi magna cum difficultate, et solemnitate in commune hominum commercium deinde remittit, sed cummulando conservat. Ut ergo aliquid censeatur relictum Manuimortuæ debet illud esse relictum, corpori, ut corpori: nam si singulis de corpore sit relictum, non censetur relictum Manuimortuæ, etc. Veja-se o citado Van-Esp. Cap. 3. a §. 23.

Nota 3.ª: Hesitou Mell. L. 3. Tit. 5. §. 31. na Nota; se estas corporações de Mão morta tem huma absoluta incapacidade para adquirir, ou se só para reter passado o anno: O Assento de 29 de Março de 1770 na Coll. n. 252. parece que se inclina para que a incapacidade seja absoluta de adquirir *ab initio*. Se eu me propozesse analysar todas as Leis de amortisação, e a Ord. L. 2. Tit. 18.; e se me propozesse chamar os exemplos de outras Nações aonde ha similhantes Leis, me seria facil demonstrar, que a incapacidade não he absoluta para adquirir, mas só para reter (a menos que não sejão bens vinculados, ou inalienaveis) passado o anno; podendo dentro delle aliena-los: Porém seria extensa essa demonstração, e alhea do meu projecto: Só sim me parece que hoje tem cessado geralmente as razões das ditas Leis, porque os bens dessas corporações estão como secularizados sujeitos a todo o encargo publico, etc.

§. 50.

Outros incapazes.

São incapazes de adquirir Emprazamentos 3.°, os incapazes, quaes os desnaturalizados, os herejes, e apostatas da Religião, etc. Mul. ad Struv. Exercit. 11. Thes. 59.;

confirão-se (sobre a absoluta incapacidade destes e similhantes) Mell. L. 3. Tit. 5. §. 31., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 29. e 30., Domat. a pag. 267, Furgol. Traité des Testamens Tom. 1. Cap. 6. Sect. 1. 2. e 3., Mul. ad Struv. Exerc. 33. Thes. 3.

Nota: Nada ha que obste, a que qualquer Advogado possa receber hum Emprazamento da mão de seu Cliente, assim como póde aliás receber delle huma doação liberal, como ex professo defendeu Furgol. Tom. 6. Q. 32.; aliter no Medico por diversas razões, Furgol. supra a n. 57.: O Espurio, que he incapaz de receber doações de seu Pai, póde receber hum Emprazamento dentro dos limites de huns competentes alimentos, sem excesso notavel, segundo as doutrinas de Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit 26. §. 23., et in Opusc. de Spur. Cap. 3., Bagn. Cap.9. n. 151., 152. et a n. 124.: A concubina he incapaz de receber liberalidades do concubinario, como geralmente mostrei em huma Dissertação: Ou pois o Emphiteuze he contracto lucrativo ou he oneroso? Geralmente he oneroso; e só he lucrativo quando se estipula huma muito modica pensão, Guzman. de Evict. Q. 36. a n. 3: Com esta distincção se deve decidir a validade ou nullidade do Prazo feito á concubina na certeza de que ella póde receber bens do concubinario por titulo oneroso, Portug. L. 1. Prælud. 2. §. 7. n. 11.

§. 51.

Quid nos membros de Justiça.

Póde ser como solemnidade preciza que por lanços em praça publica se fação Emprazamentos; ou de Bens de Orfãos (§. 20., 21.); ou de Morgado, e Capella (§ 24.); ou dos Concelhos (§. 33.). Nestes casos assim como não podem lançar por si, nem por interpostas pessoas os Officiaes de Justiça, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 1. in Rubr. Art. 5. a n. 38., Cod. Civ. dos Francezes Art. 1603. e 1604.; nem as mais pessoas que refere Silv. d. Art. 5.; tambem não podem afforar os Bens nos lanços, que fazem em praça por pessoas interpostas.

CAPITULO IV.

União de consentimentos livres do Senhorio, e Emphyteuta sobre os bens emprazados, sobre a pensão, e mais clausulas substanciaes, ou accidentaes: E quando he necessaria a Escriptura publica para substancia, ou só para prova.

Translação do dominio util ao Emphyteuta.

§. 52.

O que exclue o consentimento: 1.° o Erro.

Temos visto no §. 12., e seguintes, que o Emphyteuze he hum Contracto Consensual: Não ha pois consentimento valido se o consentimento tem sido dado por erro, ou extorquido por violencia, ou surprendido por dolo: O erro não he huma causa de nullidade da convenção senão quando ella recahe sobre a substancia mesma da cousa, que he o objecto: Elle não he huma causa de nullidade quando não recahe mais, que sobre a pessoa, com a qual se tem intenção de contractar, a menos que a consideração desta pessoa não seja a causa principal da convenção, Cod. Civ. dos Francezes L. 3. Tit. 2. Cap. 1. Sect. 1. Confirão-se Altim. de Nullit. Tom. 3. Q. 9. per tot.: Sabell. §. Error: E em similhante Pacion. de Locat. Cap. 16. a n. 14.

§. 53.

2.° a Violencia.

A violencia exercitada contra aquelle, que tem contrahido a obrigação, he huma causa de nullidade, ainda que tenha sido exercitada por hum terceiro, que não seja aquelle, em proveito do qual a convenção tem sido feita. Então ha violencia quando ella he de natureza de fazer impressão sobre huma pessoa racionavel, e que póde inspirar-lhe o temor de expor a sua pessoa, ou a sua fortuna a um mal consideravel, e presente. Nesta materia tem-se respeito á idade, ao sexo, á condição das pessoas. A violencia he huma causa de nullidade do Contracto, não sómente quando ella he exercitada sobre a parte contra-

ctante, mas ainda quando sobre o marido, ou a mulher, seus descendentes, ou ascendentes. Hum contracto não póde mais ser atacado por causa de violencia, se depois que a violencia tem cessado o contracto tem sido approvado ou expressa, ou tacitamente, etc. Cod. Civ. dos Francezes d. Sect. 1. Confira-se Altimar. de Nullit. Tom. 3. Q. 13. Sect. 3., Sabell., et Begnudell. verbo Metus, Moraes de Execut. L. 2. Cap. 21. a n. 3., e melhor que todos Boehmer. ad Pand. Exercit. 93.

§. 54.

O dolo he huma causa de nullidade da convenção, quando as manobras praticadas por huma das partes são taes, que he evidente, que sem estas manobras a outra parte não teria contractado, Cod. dos Francezes supra. Vejão-se Moraes de Execut. L. 2. Cap. 21. a n. 12., e non plus ultra Altimar. de Nullit. Tom. 3. Q. 11., Sabell. §. Dolus. 3.° o Dolo.

Nota: Já vimos Cap. 2., e 3. a capacidade necessaria dos sujeitos Concedente, e Recipiente dos bens por Emprazamento. Já vimos no Cap. 2. quaes, e quantos bens podem ser o objecto, e sujeito do Emphyteuze; condições geralmente essenciaes para a validade da convenção; bem como na Locação, e Conducção he necessario o consentimento livre do Locador, e Conductor; capacidade de hum e outro para contrahirem a Locação e Conducção; e cousa que se dê, e seja objecto deste contracto, Pacion. de Locat. Cap. 6. 10. 11. 16. e 17.

§. 55.

Não basta convirem as Partes em celebrarem com livre consentimento este contracto; he necessario, que os bens sujeitos sejão certos: Esta he a regra geral do objecto, e materia dos contractos. = He preciso que a obrigação tenha por objecto huma causa determinada quanto a sua especie: A sua quotidade póde ser incerta, comtanto que ella possa ser determinada. = Cod. Civ. dos Devem emprazar-se bens certos.

Francezess upra Sect. 3.: Bem como a compra e venda deve ser de cousa certa, L. 8., L. 9. ff. de Contrab. emphyt., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 1. in Rubr. Art. 1. n. 20. A Locação, e Conducção, Pacion. de Locat. Cap. 16. et 17., Altim. Tom. 3. Q. 8. a n. 304. (Quando a total incerteza vicia o contracto? Veja-se o citado Altim. d. Q 8. tot, Moraes. L. 3. Cap. 3. a n. 24.)

Como se certifica.

Nota: Para em todo o tempo se certificarem os bens dados de Emprazamento, he costume fazer-se huma Vedoria, que se incorpora na Escriptura. Esta Vedoria he de preceito nos Prazos das Ordens Militares pelos Estatut. da Ordem de Christo P. 2. Tit. 14. sub. §. 7.; nos Prazos Ecclesiasticos pelas Constituições dos Bispados, Cald. de Renov. Q. 20. n. 2., Constit. do Port. L. 4. Tit. 7. Constit. 1.; E geralmente se pratica em todos os Emprazamentos. He util para em todo o tempo se apurar a identidade dos bens emprazados; descrevendo-se, e confrontando-se na fórma pratica, que se póde ver em Leit. Fin. Regund. Cap. 13. n. 22. e na L. 4. ff. de Censib.: Quando a Vedoria e reconhecimento dos bens como emphyteuticos faça prova dos dominios directo, e util, exporei quando tractar na ultima parte das acções competentes ao Senhorio, e ao Emphyteuta.

§. 56.

Estipulação da pensão

Assim como na compra, e venda deve ser certo o preço; L. 8. L. 9. ff. de Contr. empt. Ord. L. 4. Tit. 1.; E na Locação, e conducção, Pacion. de Locat. Cap. 16. 17.; tambem no Emphyteuze deve ser certa a pensão, Cod. Freder, P. 2. L. 3. Tit. 3. 12., Struv. et Mul. Exerc. 11. Thes. 56., Altim. Tom. 4. Q. 18. §. 15. (Conf. supra §. 9.). Fulgin. de J. Emphyt. in Tit. de Var. Caduc. Q. 1. n. 2., et Renovat. Q. 16. n. 1.

§. 57.

Em que póde consistir a pensão.

A Pensão do Emphyteuze póde consistir ou 1.°, em dinheiro, ou 2.°, em quotas de todos os fructos que as

terras produzirem, em geral, ou só em quotas de certas especies delles: ou 3.°, em certa quantidade de trigo, centeyo, cevada, milho, linho, etc.; ou 4.°, em aves, caças geiras, etc. Muler. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 56., Valasc., de Jur Emphyt. Q. 30. n. 3., Q. 1. n. 17., et Q. 11., Pinheir., de Emphyt. Disp. 4. Sect. 11. n. 2., Cod. Freder. supra §. 12.; e se deduz da Ord. L. 2. Tit. 33. §. 9. e seguintes; e L. 4. Tit. 39. no pr., e Tit. 44. §. 2.

Nota: A obrigação de bemfeitorisar, sem que nos casos do Commisso, ou Devolução se devão pagar pelo Senhorio as bemfeitorias, tambem se computa em parte de pensão para regular o justo della, e para o dito fim, Britt. de Locat. in Rubr. P. 2. §. 3. n. 58., Valasc. Q. 25. n. 18., Peg. 1. For. Cap. 5. pag. 390. Col. 1., Pinheir. de Emphyt. Disp. 13. Sect. 1. n. 7. et 11., Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 2 sub n. 15.: Deve porém isto entender-se com as declarações que judiciosamente faz o Card. de Luc. de Emphit. Disc. 72. n. 8., reduzindo-se aos termos da justiça, e da equidade: Veja-se a §. 601.

§. 58.

Se póde o Emphyteuze consistir sem constituição de pensão certa? propõem Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 11. n. 5. e distingue estes casos: 1. « Si contrahentes Em- « phyteusim referant se ad certum locum, puta dicendo, « quod tanta sit constituta pensio, quanta solvitur in tali « loco, vel quanta solebat solvi in tali anno, vel tempore; « et tunc sine dubio valet emphyteusis, quia relatio ad « locum, vel tempus facit certam constitutionem, vulgo « enim dicitur quod relatum est in referente cum omni- « bus suis qualitatibus ... Hoc autem, quod de certa rela- « tione dico, intelligas quamvis relatum sit nullum (puta « si dicatur concessa emphiteusis pro illo pretio, vel illis « redditibus, quos Titius solebat solvere tali tempore, vel « loco, et fuerit judicatum illam pensionem fuisse injustam

Se póde subsistir com pensão incerta?

« vel Contractum fuisse nullum) adhuc etenim valebit « ista altera constitutio emphyteusis quousque anullettur... « Si relatum sit nullum de jure non desinet valere relati- « vum, secus vero si totaliter deficiat relatum. » Conf. Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. n. 6., Altim. Tom. 3. Q. 8. a n. 357.

2. « Si emphyteusis sit constituta pro ea pensione, « seu redditibus, quos Titius, vel Seyus arbitrati fuerint, « valet, cum idem in venditione, ubi certitudo pretii « nuncupatim requiritur, receptissimum sit valere venditio- « nem pretio collato in arbitrium certæ personæ, illo ar- « bitrante, Ord. L. 4. Tit. 1. §. 1.; et idipsum in Loca- « tione constitutum est L. 28. ff. Locat... Quod si Ter- « tius, in cujus arbitrium certitudo, seu definitio pensionis « committitur, noluerit pretium definire, vel non potuerit, « quia tunc ante arbitrium moriatur, evanescet emphyteu- « ticus contractus, Ord. L. 4. Tit. 1. §. 1... » etc. Confira-se Pacion. de Locat. Cap. 17. a n. 51., aonde se póde ver o que aqui falta, e em Silv. á Ord. L. 4. Tit. 1. §. 1., em Altim. de Nullit. Tom. 3. Q. 6. a n. 315., e Tom. 4. Q. 17.

3. « Si nemine nominatim expresso, qui justam pen- « sionem arbitretur, concedatur emphyteusis pro ea pen- « sione, quam ipsi contrahentes declarabunt, et si discor- « daverint eligant Tertium, qui eos ad concordiam reducat, « videtur non valere talis emphyteusis. Verum licet istæ « traditiones bene defendantur in contractu venditionis et « Locationis, tentavi aliquando ad Emphyteusim non recte « trahi, quia emphyteusis proprius est contractus, et se- « paratam habet naturam ab emptione, et Locatione, et « non video eam certitudinem constituendæ pensionis re- « quiri in ea, sicuti requiritur in prædictis contractibus. « Præterea pensio emphyteutica non habet principaliter « rationem mercedis, sed præcipue fit, et constituitur pro « recognitione dominii directi: Unde videtur, quod si in « virum bonum in genere æstimaturum justam pensionem « partes referant, vel si ad Tertium, qui Contrahentes ad « concordiam in pensione reducat, sustineri debet contra-

« ctus: Ita olim disputabam, nisi me cœquatio Locationis « et Emphyteusis, et rursus Locationis cum venditione in « hoc ipso proposito Justa d. L. fin. in fin. retraherent. »

4 « Si celebretur emphyteusis pro ea pensione, quam « dixerit aliquis Tertius ab uno ex Contrahentibus eligen- « dus, non valet emphyteusis, nam et venditio, ac l catio « non valet in ea specie. » Vide Pacion. de Locat. Cap. 18. a n. 51.

5. « Si constituatur pensio emphyteusis simpliciter « quanti æstimabitur, non dicendo a Titio, vel Sempronio, « tunc inutilis erit Conventio, cum et in Locatione idem sit « responsum. L. si merces ff. Locat. » Conf. Pacion. supra n. 50.

6. « Similiter idem dicendum si emphyteusis consti- « tuatur dicendo pro justa pensione, sine aliqua alia cer- « titudine ipsius, nam eo casu non valebit » Conf. Pacion. de Locat. Cap. 18. a n. 41. Pelo contrario Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Contract. Q. 47. contra Valasc. neste lugar sustenta a validade pela equidade, sujeitando-se ao arbitrio do Juiz a justa pensão, citando Menoch., Afflict., e Caroc de Locat.: Accrescenta Valasc. sub n. 14., que ainda que o Senhorio passe a fazer tradição do Prazo concedido *pro justa pensione*, nem ainda esta subsequente tradição suppre o defeito da substancia do Contracto, qual a certeza da pensão: E o segue Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. sub n. 7.: Porém em contrario, que seguida a tradição do Prazo assim estipulado, elle se sustenta, e pela equidade compete a acção Præscriptis verbis, Pacion. de Locat. Cap. 18. a n. 64.

7. Por mais que se não exprima a pensão certa; se antes os bens costumavão andar emprazados por certa pensão; se subintendem em falta de outra expressão emprazados pela costumada, Valasc. supra n. 15., Pacion. de Locat. Cap. 18. a n. 6. Conf. Moraes de Execut. L. 2. Cap. 16. sub n. 21., Altim. Tom. 4. Q. 17. n. 13.

§. 59.

Póde a pensão emphyteutica consistir em hum real, em hum ovo, em cousa minima, Coccey Vol. 1. Disp. 41. Quanta possa ou deva ser esta pensão

Cap. 4. §. 2., Fulgin de Jur. Emphyt. in Prælud. Q 15. n. 4., et de Solut. Canon. Q. 1 n. 127, Altim Tom. 4. Q. 18 n. 16., Valasc. Q. 1. n. 8., Pinheir Disp. 4. Sect. 1. n. 3.: Porém, como temos a Ord. L. 4. Tit. 13. e a L. de 4 de Julho de 1776. que sujeitão á Lesão o Contracto Emphyteutico; e este remedio he commum tanto ao Senhorio, como ao Emphyteuta pela generalidade do dito §. 6. junto o principio do dito Tit. 13. signanter Fulgin. de Jur. Emphyteut. in Tit. de Contract. Q. 28. sub n. 2, Valasc de Jur. Emphyt. Q. 11. sub n. 19. verb =Sed quamvis= e verb =Quia retenta=.

Nota: Nos termos do Direito Romano, se não tivessemos Lei tão clara, não seria facil dizer-se o Senhorio eso, Leizer ad Pand. Specim. 103 Medit. 10.

§. 60.

Qual deva ser a justa pensão

He por tanto necessario indagar qual seja a justa pensão no Emphyteuse; qual a injusta relativamente ao Senhorio, ou ao Emphyteuta para hum ou outro se poderem queixar lesos: Pois que, como diz o citado Fulgin.: «Dominus directus potest allegare se læsum, quia recognoscitur pro pensione injusta, et insolita dari pro re «simili; similiter Emphyteuta poterit allegare Læsionem, «quia recognoscit Dominum pro pensione excedente di- «midiam justæ pensionis solitæ pro eadem re dari» Valasc. supra ibi: «Cum possit Dominus directus allegare «Læsionem, quia recognoscitur pro pensione injusta, et «insolita dari pro re simili; similiter Emphyteuta pote- «rit allegare Læsionem, quia recognoscit Dominum pro «pensione excedente dimidiam justæ pensionis solitæ pro «eadem re dari.»

§. 61.

Como se deva regular a lesão da pensão.

Ora: Propondo Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1 n. 4. esta Questão. «Quanta possit imponi pensio salva «justitia Contractus; seu quæ censenda sit justa pensio?» Resolve assim. «Aliqui hanc regulam tradiderunt, ut «justa pensio sit illa, quæ viginti annis collecta valorem «fructuum rei emphyteuticæ adæquet.» Fulgin de Jur.

Emphyt. in fit. de Contract Q 28. n. 3. ibi: « Pensio « justa est illa, quæ collecta in 20 annos continet rei æs- « timationem; et sic si excedat in 20. annis valorem prædii « emphyteutici erit injusta. » Rot Roman. in Collect ad Card. de Luc. L. 4 Dec 21. a n. 2., Jul. Capon Controv. For. 5. n. 21., et Controv 6. n. 5.

§. 62.

Porém o mesmo Pinheiro com Pinello, Covarruvias, Valasco e Molina postergada aquella opinião. diz: « Stan- « dum in hac re esse consuetudini Locorum, ut scilicet « illa habeatur justa pensio, quæ pro aliis rebus similibus « ejusdem regionis dari consuevit. » O Addicionador de Gam Decis 257., segundo por Silv. ad Ord L. 4. Tit 13. §. 6. diz: « Quod in consideranda Læsione in « Emphyteusi debet considerari pensio solita in similibus « contractibus, et pro similibus rebus: Et si consuetudo « non adsit, pensio justa debet esse sexta parte, vel alia « arbitrio judicis minor quam daretur in Locatione tem- « porali. » Conf. Jul. Capon. Contr. For. 6 a n. 1.

Nota: Tal he a theoria dos DD. nesta Questão: Sobre a pratica e applicação. *hoc opus hic labor.* Pinell. na L. 2. Cod. de Rescind P. 1. Cap. 3. no fim diz, que nunca vira na praxe tratado este remedio, e menos pelo Senhorio, entre o qual, e o Emphyteuta, quanto á justiça da pensão ha diversa razão. Tambem para na Locação e Conducção se regular a justiça da pensão faz Pacion. de Locat. Cap. 19. n. 29. com muitos DD. esse calculo de 20 annos. Ora o Emphyteuse he mais gravozo ao Emphyteuta, que a Locação; porque não póde allegar esterilidades, etc. E por isso o arbitrio do Addicionador de Gama, quanto ao rebate da 6.ª parte menos que seria a justa pensão de hum arrendamento, ainda he muito diminuto. Hum Senhorio, sobre a sua pensão, ainda que modica, póde contar com os mais pactos a elle favoraveis, como o de commisso, da devolução, do Laudemio, etc., que augmentão o valor do seu dominio directo,

Thesaur. Dec. 120. n. 2., Rot. Roman. in Collect. ad Card. de Luc. L. 4. Dec. 21. n. 2 ; mas tudo isto he eventual e difficil de estimar (ainda segundo as normas que exponho no meu tratado das Avaliações); e usando da opção e prelação, ha de ser o preço maior, sendo modica a pensão; e então (não havendo bemfeitorias que tivessem augmentado o valor dos predios) viria o Senhorio a pagar ao Emphyteuta o mesmo que lhe deu por pensão modica, e que por isso mesmo o Emphyteuta vende por maior preço: Quanto a mim: O tempo do Contracto he o que se respeita para regular a Lesão: Assim se deve entender o §. 6. da Ord. L. 4. Tit. 13. com o preambulo da mesma Ordenação: Quanto pois ao Senhorio: Se elle deu por pensão modica bens incultos, ou terrenos para edificar Casas, se deve julgar a justiça do Foro pelo tempo do Contracto, isto he, o por quanto nesse tempo se poderião dar de emprazamento por huma justa pensão esses terrenos no estado em que estavão, e com respeito á aptidão de fructificarem, com muita ou pouca despeza; sem se olhar o que depois vierão a produzir pelos trabalhos e despezas do Emphyteuta; que assim como não devem respeitar-se para augmento da pensão na renovação, (como se verá no Cap. III. da P. VI.) tambem não para que o Senhorio se diga Leso: Veja-se Jul. Capon. Contr. For. 6. n. 5. Quanto ao Emphyteuta no mesmo supposto de receber terras incultas, se deve considerar o mesmo que a respeito do Senhorio: bem que quanto ao Emphyteuta já o caso varia; porque, como se deliberou na dita Decisão da Rota n. 13.: « Pro dimetienda Læsione in Contractibus emphyteu-« ticis non sit simpliciter habenda ratio valoris, ac red-« ditus contemporanei Concessionibus, sed etiam, fru-« ctuum deinceps per Emphyteutas perceptorum, qui « licet proveniant ex meliorationibus factis eorum im-« pensis, non ideo tamen minus, et principaliter pro-« venire desinunt ex fundo proprietariorum. » (Bem

que o contrario diz Capon. 1. Contr. 5. n. 15.) E quanto aos bens cultivados ao tempo, que se emprazão: Eu diria leso o Senhorio enormemente, se emprazou por 10, o predio que commummente podia emprazar-se por mais de 20, ainda com todos os encargos inherentes aos Prazos que carregão sobre os Emphyteutas: e diria lesos estes, quando recebem por pensão de 10, o que commummente, attentos os mesmos encargos, não podia emprazar-se nem ainda por 5. Julgaria só justa a pensão, quando, v. g., hum predio, que produz 40 medidas, tirada a metade para a cultura, que são 20, se emprazasse por 10; para assim ficarem compensados aos Emphyteutas as esterilidades e casos fortuitos, a que ficão expostos em differença dos Arrendatarios: Veja-se o §. 1191.: Ou, e mais brevemente, diria Leso o Emphyteuta: quando, deduzida a cultura, o resto dos fructos não chega a ametade da pensão, Jul. Capon. Contr For. 5. n. 8, adde Cost. de Rat. Q. 10. n. 5.

§. 63.

Não basta só o tratado de emprazar sem o complemento do Contracto.

Sendo assim preciso hum consentimento livre, e deliberado (§. 52. e 54) de emprazar predios certos (§. 55.) por pensão certa, ou certificanda (§. 56. 58. 59.); não basta para se dizer perfeito este contracto o simples tratado de o celebrar de futuro; porque «aliud est tractatus, «aliud contractus, aliud intentio, aliud conclusio; quandiu «negotium adhuc tractatur deficit consensus duorum in «idem placitum, et multa tractantur, quæ non perficiuntur,» Mell. Freir. L. 4. Tit. 2. §. 7., Barbos. Thesaur. Loc. Commun. L. 18. Cap. 26., Pacion. de Locat. Cap. 20. a n. 3., Urceol. de Transact. Q. 59. a n. 15.: De forma que, como continúa Pacion. n. 5. «Si Testes deponant «simpliciter de tractatu facto inter partes de locando, et «conducendo, non probant, quod fuerit effectuatus ipse «tractatus, et facta locatio et conductio, et probatio re«manet irrelevans.»

Nota: Por quaes palavras se indusa o tractado, por quaes o Contracto; como deva provar-se o reciproco consentimento por testemunhas, quando o tractado se presuma executado effectivamente, como, v. g., seguindo-se a tradição da cousa, que se tratou emprazar, e subseguindo-se huma posse de 10, 20, ou 30 annos com solução de huma uniforme pensão, etc.: Veja-se Pacion. de Locat Cap. 20. a n. 10

§. 64

Se basta, ou quando a promessa de emprazar.

Supposto que seja controverso: se a promessa de vender, doar, emprazar, etc. se deve reputar effe tiva Venda, Doação, e Emprazamento, etc., comtudo, se qualquer prometter e emprazar a outro certos predios, por certa pensão, em vidas, ou fateozim; esta promessa, que em si contem o substancial do Contracto, sendo aceita, obriga; e se ha o Contracto por perfeito: Nesta distincção concordão os DD. com os quaes Peg. de Mayor. Cap. 5. n. 13., Olea de Cess. Jur. Tit. 1. Q 6. a n. 47., Altimar. de Nullit. Tom. 3. Q. 1. Sect. 2. a n. 56., omnino videndus Pacion. de Locat. Cap. 22. a n. 77., Urceol. de Transact. Q. 10. a n. 14., et Q. 59. n. 30.: Conduz o Cod Civ. dos Francezes Art. 1596. ibi: «A promessa de venda vale «venda, quando ha consentimento reciproco das duas partes «sobre a cousa, e o preço.» E mais sem dúvida, quando o Senhorio depois da promessa de emprazar passasse a fazer tradição ao Emphyteuta; ou sendo elle Arrendatario o conservásse findo o tempo do Arrendamento, Pacion. de Locat. Cap. 22. n. 82., e conduz Altimar. Tom. 3. Q. 1. a n. 481.

§. 65.

Necessidade de Escriptura pública.

Huma cousa he o Instrumento que contem escripta a formalidade do Contracto; outra cousa he o acto, ou Contracto escripto no Instrumento; de forma, que aonde a Escriptura não he necessaria para a substancia do Contracto, mas só para prova; ainda que o Instrumento se annulle por defeito de solemnidade, subsiste o Contracto, podendo de outro modo provar-se; ut latissimè Bagn.

Cap. 3. a n 128. ad n 142. Póde a escriptura ser precisa *pro substancia* por natureza do Contracto, ou por vontade das Partes, que intencionão não querer obrigar-se sem Escriptura, ou só para prova do Contracto; distincção que bem se nota na Ord. L. 4. Tit. 19 juncta a do L. 3. Tit 59. com a exposição de Silva Nos Prazos Ecclesiasticos requer a mesma Ord. escriptura *pro substantia;* nos Seculares só he precisa para prova, a menos que não conste legitimamente, que as Partes exigirão a Escriptura para substancia, e perfeição do Contracto. Esta distincção he commum nos DD. com os quaes Pinheir. de Emphyteus. Disp. 1. Sect. 2., Silv ad Ord. L 3. Tit. 59. in pr. a n. 80. ad 85 et L 4. Tit. 19. in pr a n 25.

§. 66.

Se o Emprazamento secular se celebra entre o Senhorio, e Emphyteuta intervindo os referidos requezitos, consentimento bilateral, predio, e pensão certos, ou certificandos; he provavel por testemunhas, havendo dispensa da Ord. L. 3. Tit 59. que facilmente se costuma conceder. Se porém o Senhorio e Emphyteuta intencionarão, que a Escriptura fosse precisa *pro substantia*, então não se dispensa a dita Ord.; e podem arrepender-se antes de celebrada a Escriptura, por estar sem ella imperfeito o Contracto, Ord. L. 4. Tit. 19. § 1., ubi Silva, Pinheiro supra n. 18., Altimar. infra n. 279.

Nota: Em que circumstancias se deve julgar, que as partes houverão o Contracto por perfeito, e só mencionarão Escriptura para servir de prova; ou intencionarão não ser de outro modo perfeito sem Escriptura; veja-se com os mais DD. que cita Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 1. in Rubr Art. 1. a n. 33., L. 4. Tit 19. ad princ. n. 4. et a n. 8. Signanter Altim. de Nullit. Tom. 4. Q. 18. a n. 266., optimè Stryk. Vol. 13. in Additament. ad Tractat. de Cautell. Contract. pag. 209.

§. 67

Quando nullo o Emprazamento de bens da Igreja já feito por Escrivães do Juizo Ecclesiastico.

Se o Emprazamento he de bens Ecclesiasticos, em que a Escriptura pública he necessaria *pro substancia* (§. 65.) nem ainda se suppre pela confissão da Parte, Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 59. in pr. n. 85., et L. 4. Tit. 19. n. 25. Nem basta para prova huma Escriptura feita por Notarios Apostolicos, nem Escrivães dos Juizos Ecclesiasticos, como he expressa a Ord L. 2. Tit. 20., que exornão Mell. L 4 Tit. 8 §. 6, Moraes de Execut. L. 4. Cap. 3. a n. 8, Pereir. de Man. Reg. Cap. 66.: E fallando de simulhantes Leis de outras Nações Altimar. ad Rovit. L. 2. Obs. 66., Scop. ad Gratian. Dec. 28.

Nota: He muito frequente, seguindo-se cegamente a letra da dita Ordenação, julgarem-se nullos os Emprazamentos feitos dos bens da Igreja pelo Juizo Ecclesiastico, ou por Membros dos Cabidos: porém 1.°, os Prazos no Juizo Ecclesiastico se processão como em fórma contenciosa, e por Sentença, que se extrahe, e que fica servindo de Prazo, como já do seu tempo attestou Barbosa á mesma Ord. n. 3, conforme ao qual se vê julgado em Maced. Dec. 45 a n. 10. Se bem que Pereir. de Man. Reg. Cap. 66. sub n. 10. diz que por este modo se frauda a dita Ordenação: 2.°, o mesmo Pereira, fundado na Ord. L. 2. Tit. 9 §. 1. admitte aqui huma posse immemorial; porque sendo isto concessivel por Privilegio do Principe, a dita Ord. se não oppõe á Immemorial, que faz presumir esse Privilegio. Lagunez de Fructib. P. 1. Cap. 15. §. 4. n 81., Coccey. Vol. 1. Disp. 39. de Præscript. immemorial. Cap. 6. n. 3. Ora he facil, pelo que tenho visto, verificar-se: 3.° A mesma Ord. só annulla a Escriptura, e não o Contracto, como bem adverte Moraes supra n. 15., e ainda que a Escriptura seja da substancia do Emphyteuze Ecclesiastico, nada obsta, que se não possa (ainda que a Escriptura se annulle, subsistindo o Contracto, ut §. 65.) provar pela prescripção, e presumpção do Direito;

como ao proposito discorrem o mesmo Maced. Dec. 45. a n. 6., Arouc. All. 50. a n. 16 (quid quid in contrarium dicat cum aliis Barbos. et Tabor. L. 5. Cap. 15. Axiom. 9., bem que limita onde ha costume). Se pois huns bens foreiros a Mitra, ao Cabido, a qualquer Igreja sempre se possuirão como emphyteuticos, pagando-se delles a pensão aos taes Senhorios; esta posse, esta prescripção, esta presumpção basta para prova dessa natureza, e desse Contracto independente de outra Escriptura. (Confira-se o Cap. VIII.) Porque a prescripção maxime immemorial equivale ao melhor Titulo do Mundo (Lagunez, Coccey supra et passim DD.). De outro modo, e a não se admittir esta prescripção e presumpção, como limitação da dita Ordenação; que absurdos se não seguirião? Que prejuizos de outro modo irremediaveis não resultarião aos Senhorios e aos Emphyteutas? Os Senhorios se não tivessem outro meio de provar os seus dominios, mais que essas nullas Sentenças, ou Escripturas, os perderião eternamente, sem acção para jámais demandarem aos Emphyteutas por Foros. Todos os rendimentos (á excepção dos Dizimos) das Igrejas, e Mosteiros estavão perdidos. Que absurdo? Os Emphyteutas ficarião privados das acções de reivindicar o todo, ou partes dos mesmos Prazos, que lhes pertencessem, só porque (inculpavelmente) não junctassem Escripturas de Emprazamento feitas por Tabellião Secular. E que absurdo? Hum filho, e Successor de hum tal Prazo, seria obrigado conferir aos irmãos os bens delle como allodiaes, só porque não junta Prazo feito por Tabellião Secular: E que absurdo? Que confusão? Que desordem? A não se admittir ao menos a prescripção, e presumpção do Direito, lá acabão todos os dominios directos das Igrejas, por mais que legitimamente adquiridos; lá se prejudica a Coroa para o caso da reversão, ou da extincção dos Mosteiros, etc.: E que absurdo? Isto não pensavão os que cegamente pela letra da Ord. não attendêrão para fim algum taes Emprazamentos.

§. 68.

Que são, ou tem força de Escriptura neste Reino

Connumerão-se neste Reino como Escripturas públicas: 1.°, as feitas por Tabelliães de Notas; comtanto que (a), sejão solemnisadas com os requisitos das Leis Patrias, que estofárão Moraes L. 4. Cap. 1., Bagn. Cap. 13.: (b), que sejão escriptas pelos Tabelliães dentro dos limites dos Territorios para que são destinadas; porque aliás, sendo escriptas fóra dos seus Territorios são nullas, Moraes L. 4. Cap. 3. n. 4., Cardos. verbo = Tabellio = n. 21. et ibi addentes, Peg. Tom. 4. ad Ord. pag 646. n 68., valendo só como Escripturas particulares, Peg. 2. For. Cap. 20. pag. 1181: (c), Por Tabelliães, que tenhão Provimento, ou Carta; não bastando o erro commum, aonde falta o Titulo: Vejão-se Moraes L. 4. Cap. 3. a n. 19., Conciol. All. 67. a n. 5., Brunneman. na L. 3 ff. de Offic. Prætor., e na L. 2. Cod. de Sentent. et Interloquotor. omn. jud., Altimar. Tom. 1. Rubr. 9. Q. 5.: 2.° Connumerão-se entre Escripturas públicas os termos, e autos judiciaes, Ord. L. 1. Tit. 79. §. 14., L. 4, Tit. 96. §. 18., Cald. de Emphyt. Cap. 1. n. 22., Valasc. Q. 7. n. 17., Mell. L. 4. Tit. 18. §. 3., Moraes L. 4 Cap. 6. n. 7.; comtanto que (a), esses actos sejão escriptos por Escrivão legitimo, por ser nullo tudo o que algum escreve sem distribuição, L. de 23 de Abril de 1723 (á excepção das Escripturas públicas em Notas, como se declarou por D. João V. em Resolução de 15 de Fevereiro de 1749, e se tem julgado): (b), hum Escrivão não escreva em Processo distribuido a outro, porque he nullo ainda que as Partes consintão, Guerreir. Tract. 1. L. 2. Cap. 5. a n. 43.: E assim em huma judicial Transacção se póde celebrar hum Emprazamento ainda Ecclesiastico, ex Cald. de Emphyt. Cap. 19. n. 15., o que bem se prova da Ord. L. 1. Tit. 24. §. 19. 20. e 21.: Connumerão-se 3.°, os escriptos das Pessoas relatadas na Ord. L. 3. Tit. 59. §. 15; comtanto que se não trate da sua prova contra terceiros, veja-se Silv. á mesma Ord.: Quaes outras se reputem Escripturas públicas, veja-se Mell. L. 4. Tit. 18., Moraes de Exec. L. 4., etc. Quando sejão acreditaveis as

copias, veja-se o meu Tratado dos Morgados Cap. 8. a §. 5.

§. 69.

Translação do dominio util ao Emphyteuta por força deste Contracto.

Pelo Contracto Emphyteutico se transfere ao Emphyteuta, e pela sua aceitação a seus successores o dominio util dos bens emprazados, Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 774. et 829., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1. a n. 20.; comtanto que da parte do Senhorio intervenha tradição da posse real, ou fictamente e por acto symbolico, Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 2., Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 6. a §. 10., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 775.: E então se reputa a tradição symbolica (além das regras geraes, que expõe Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 1. in Rubr. Art. 1. a n. 11., que podem applicar-se). « (1.) Si fundus « emphyteuticus jam ante sit apud emphyteutam, vel ex « alio Capite, vel hic nullo planè Titulo, sed pro possessore « possideat, et subsequente Contractu verus dominus velit, « ut is jure emphyteutico fundum possideat. (2.) Siquis « rem demonstret, et dicat, se illam in Emphyteusim dare « ac possessionem ejus tradere. (3.) Quando signum tra- « ditur pro re signata, utpote si dominus claves ædificii, « quod in Emphyteusim concedit in re præsenti Emphy- « teutæ tradiderit: (4.) Si Dominus jubeat, ut quis tan- « quam Emphyteuta possessionem apprehendat. » Coccey supra §. 11.

§. 70.

Consectarios do dominio assim transferido

O Emphyteuta que assim obtem a tradição real, ou symbolica dos bens emphyteuticados, em virtude desta tradição do dominio, vem a participar da propriedade do Senhorio (Conf. §. 6.); elle vem a perceber todo o commodo e incremento dos bens, todos os redditos delles, quaesquer que sejão (e o Senhorio não exceptue,) as minas, mineraes, thesouros, que se achem nos bens emprazados; e acção Emphyteuticaria real para reivindicar os bens da mão do Senhorio, ou qualquer terceiro possuidor, Coccey supra §. 3. 5. 6., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 15.

§. 71.

Se não houve tradição real, ou symbolica, e o Senhorio não cumpre a efficaz obrigação; sempre pelo Emphyteuse adquire o Emphyteuta huma acção pessoal chamada Emphyteuticaria, pela qual elle póde accionar o Senhorio, para lhe entregar os bens emprazados em conformidade da promessa que lhe fez, Cod. Freder. supra, Coccey. supra §. 6., Boehmer. de Act. Sect. 2. Cap. 8. §. 118., Stryk. de Action. For. Sect. 1. Membr. 6. §. 56: mas não contra terceiro em quanto não tem adquirido o dominio por tradição real ou symbolica.

Nota: Por Direito natural não he necessaria tradição real, ou symbolica para adquisição do dominio, que se transfere logo que ha o mutuo consentimento, Mell. L. 3. Tit. 3. §. 10., e muitos mais que omitto. Esta Jurisprudencia natural, abandonada a dos Romanos, que fazião dependente da tradição a adquisição do dominio, adoptou o Cod. Civ. dos Francezes Art. 1590.; e seguida esta Jurisprudencia póde o Emphyteuta, sem outra tradição, exercitar suas acções reaes contra qualquer terceiro possuidor. Destas acções e seus requisitos se tractará mais largamente no competente lugar.

CAPITULO V.

Regras da Interpretação do Contracto Emphyteutico em geral; em especial, quando, pelo perplexo das suas clausulas, se duvida, se he arrendamento, se censo, se compra.

§. 72.

Regras geraes da Interpretação dos Contractos.

Os Estatutos da Universidade L. 2. Tit. 6. Cap. 6. §. 16. e 17. recommendão ao Professor que «Na «exposição das regras da Interpretação, nem seguirá ce- «gamente as que derão os Juris-Consultos Romanos... «nem as tomará todas geralmente, antes as examinará

« com muito cuidado; averiguando bem os Textos, de que « foram deduzidas, e observando com muita advertencia « a natureza da materia, em que ellas forão estabelecidas. « Da mesma sorte não adoptará sem exame o grande nu- « mero das que dão os Doutores: Formando differentes « Regras em cada materia: Estabelecendo humas para « os Contractos, outras para os Testamentos » etc. As geraes para a interpretação dos Contractos são a meu ver as quinze, que nos expoz Domat. Loix Civil. L. 1. des Conventions en gener. Tit. 1 Sect. 2. §. 10. e seguintes; e o moderno Cod. Civil dos Francezes L. 3. Tit. 2. Cap. 2. Sect. 4.: As especiaes da interpretação do duvidoso do Contracto Emphyteutico (além dos mais que logo referirei) expoz largamente o Cardeal Mantic. de Tacit. et ambig. Conventionib. L. 22 tot., não me satisfazendo de remetter os Leitores a estas Regras especialissimas para discernir no duvidoso, qual he realmente o Contracto convencionado, qual a sua natureza.

§. 73.

Regras para discernir o Emphyteuse da Locação.

Primeira Regra para distinguir o Emphyteuse da Locação: Esta Regra expõe o Card. de Luc. de Emphyteus. Disc. 39. n. 2. nestes termos: « Cum verba Con- « cessionis essent æquivoca, pernecesse non concludentia « unam vel alteram speciem Contractus, dum dicitur in « Emphyteusim, et ad Livellum, ac in altera parte dici- « tur Locatio, atque agendo de annua prestatione promis- « cue nuncupatur pensio, et Canon; exinde sequitur, quod « pro regulanda Contractus natura nullum fundamentum « in verbis constituendum est, sed ex factis, aliisque cir- « cumstantiis dicta natura regulari debet, metiendo potius « rei substantiam. » Fulgin. de Jur. Emphyt. in Prælud. Q. 15. n. 25. ibi: « Si in aliquo Contractu sit facta men- « tio promiscue de emphyteusi, locatione, Censu, et du- « bitetur qui Contractus appellari debeat; consideranda « sunt pacta in Contractu apposita, et secundum illa ju- « dicari debet in quam especiem Contractus cadat; illa « enim denominatio nihil facit, sed potius attenditur effe- « ctus rei » etc.

Nota: O nome, com que se figura o Contracto não se respeita, se as Clausulas, e a substancia indicão Contracto diverso, ou propendem mais para elle sendo improprias, ou extranhas, ou contrarias da natureza do que se denomina, ut apposite Tondut. Civil. Cap. 79. a n. 8., Cabed. Dec. 153. a n. 2., Fulgin. in Prælud. Q. 15. a n. 2., Pacion. de Locat. Cap. 3., Em dúvida porém pervalesce ser o contracto, qual o denominado, quando concorrem as circumstancias, que expõe o mesmo Pacion a n. 6. ad 17. ibi: « Et quatenus « vere dubitetur, an unus, vel alius Contractus celebra- « tus sit, in tali dubio statu denominationi partium « ita ut si denominaverint Contractum Locationis, Lo- « catio consebitur contracta, si denominaverint Em- « phyteusim, pari modo reputanda erit contracta em- « phyteusis. Idque multo magis si talis denominatio « non simpliciter enuntiative, sed dispositive fuerit « concepta. At non proinde sperni debent enuntiativæ, « nam non solum emissæ in ipso instrumento Conces- « sionis, sed etiam alibi, maxime probant in hoc pro- « posito. Et hoc procedit etiamsi adsint aliquæ præ- « sumptiones, quod Contractus non sit is, quem par- « tes denominarunt, quia adhuc reputari debet talis; « sed hoc non item quoad pacta, quia ea magis atten- « duntur ad dignoscendum quid actum, quam deno- « minatio. Intelligendo tamen de pactis, quæ versan- « tur circa substantiam. et naturam Contractus, non « de iis, quæ solum circa accidentalia ejusdem ver- « sentur. Ratio enim Conclusionis est, quia verba « deserviunt naturæ Contractus, et non natura verbis, « et ideo non denominatio, sed pacta substantialia at- « tendi debent. Dummodo tamen non adsint pacta « hinc inde, partim videlicet convenientia Locationi, « et partim convenientia Emphyteusi, quia tunc stan- « dum erit denominationi prout e contra si partes « promiscue usæ fuerint verbo Locationis, et Emphy- « teusis, magis attendi debebunt pacta: magis tamen « urgebit, quod partes dixerint velle contrahere em-

« phyteusim, quam quod si dixerint velle locare; ma-
« gisque proptere aurgentes conjecturæ requirentur,
« ut a tali denominatione Emphyteusis recedatur, quam
« ut recedatur à simplici denominatione Locationis,
« idque non solum quia Locationis nomen non repu-
« gnat Contractui emphyteutico, sed illum comprehen-
« dit saltem sub sua lata significatione, sed etiam
« quia Emphyteusis admittit quæcumque pacta, et
« non habet propriam naturam, sed est veluti mate-
« ria informis recipiens formam a placito Contra-
« hentium: unde difficilius operari poterunt pacta, ut
« a denominatione recedatur. » Conf. Rocc. Select. Cap. 67. a n. 1.

§. 74.

As circumstancias mais commuas para distinguir o Contracto do Emphyteuse do da Locação se reduzem a estas: Se a quantidade da pensão he grande, proporcionada, e correspondente aos fructos se interpreta Locação; se pequena, emphyteuse Outros DD. distinguem: que se a pensão grande se estipula como em reconhecimento do dominio do Senhorio, indica Prazo, ainda que a pensão corresponda aos fructos; e não havendo aquelle expresso reconhecimento, indica Locação, Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 39. n. 3., Fulgin. in Prælud. Q. 15. a n. 5. et 10., Altim. Tom. 4. Q. 18. a n. 306. Veja-se Reinos. Observ. 59. tot. Porém isto não excede huma conjectura, sendo grande a pensão, ainda que se denomine Prazo, Fulg. supra n. 24, Rein. supra, Surd. Dec. 198., Antonell de Temp. Legal. L. 2. Cap. 55. a n. 47. E só tem força de conjectura para equilibrar com outras, Surd. supra 24.: Veja-se Jul. Capon. Contr. For. 5. a n. 14. et Contr. 6. a n. 10., et Contr. 34. n. 49., aonde que se entende deductis expensis.

§. 75.

A prohibição de alienação sem auctoridade do Senhorio; a estipulação de Laudemio; a comminação do Commisso e Devolução em qualquer caso; a rezerva do Direito da opção e prelação; serem incultas as terras em-

prazadas, etc. são outras tantas conjecturas do Emphyteuse exclusivas da Locação, Tondut. Civil. Cap. 78. a n. 1., de Tacit. L. 22. Tit. 8., Fulgin. in Prælud. Q. 15., et post Tractat. Dec. 9. a n. 4. ad 17., Altimar. ad Rovit. L. 3. Obs. 14. a n. 7. ad. 13., et de Nullit. Tom. 4. Q. 18. a n. 312. et 356., Antonnell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 5. Q. 11. Porém, muitas destas conjecturas ainda são indifferentes porque verificaveis tambem na Locação, como se póde ver no citado Pacion. Cap. 3. tot.: Portanto, e na materia sujeita o certo he o que recapitulou o Card. de Luc. de Emphyteus. in Summ. a n. 5. ad 12. ibi:

« Facti vero potius, quam juris est quæstio, certam « proinde ac uniformem non admittens regulam, sed ex « causarum singularibus circumstantiis decidenda, quando « unam, vel alteram speciem Concessio sapiat... Illud « autem primitus argumentum spectandum est, quod ex « verborum litterali, vel grammaticali significatione resul- « tat; talis enim censendus est Contractus, qualem Con- « trahentes appellant. Alterum quoque præstat efficax ar- « gumentum canonis, vel responsionis quantitas: Ubi enim « ea modica est, Domini recognitioni referibilis, emphy- « teusis censenda est; ubi vero magna, quæ fructibus res- « pondeat, eorumpue rationem habeat Locatio. Magis vero « si quantitati modus accedat, quia nempe pro pensionum « more in plures anni partes distributa sit solutio, vel ab « ipsorum bonorum mensuram eadem præstatio sub incerta « quantitate ab ipsa mensura certificanda. Neglecta devo- « lutionis conventio ob non solutos Canones; alienationis « neglecta prohibitio; Laudemii omissa conventio; Clau- « sula ad habendum, aliaque similia Locationem potius, « quam emphyteusim, cui non congruant, arguere ali- « quando judicatum est. Pro una item vel altera specie « metienda universalis Loci consuetudo, sive ejusdem Do- « mini, et Concedentis particulares usus; aliorumqne adja- « centium bonorum Concessiones, aliæve similes attendi « solent circumstantiæ. Omnia vero hæc, eorumque sin- « gula præsumptam, non autem veram inducunt probatio-

« nem : Ipsa enim verba pro loquendi usu promiscua sunt, « atque pro synonimis reputantur ; ideoque aliis in con- « trarium non urgentibus attendenda sunt, secus vero ubi « alia urgeant.

« Idemque de responsionis magna quantitate, cæteris « que insinuatis argumentis dicendum est, quoniam ut « pro consueta omnium conjecturalium natura habetur, « non omnium argumentorum, ac præsumptionem in omni- « bus casibus eadem est operatio, sed pro numero, di- « versaque qualitate locorum, personarum, bonorum, et « temporum.

« Juris præsumptionem, contraria probatione præsum- « ptiva etiam elidibilem continent enuntiati hujusmodi Con- « tractuum diversi effectus, diversæque naturæ : Quam- « vis etenim perpetua Locatio, vel Census alienandi facul- « tatem absque Domini assensu, ac laudemii solutione im- « portet, atque caducitati ob non solutam pensionem non « subjaceat, nisi positivo dolo vix in praxi verificabili ac- « cedente, atque ad hæredes quoscumque transeat, ut « temporis meta, vel linea, seu generationum finis non « intret, ut hæc omnia in Emphyteusim intrare am- « madversum est ; ex Investituræ tamen, seu Concessionis « Lege, in utraque respectiva specie, contrarium dari non « implicat, ut emphyteuticum contractum Partibus facere « expresse profitentibus, ad quoscumque hæredes in per- « petuum transitus detur, atque alienandi facultas compe- « tat : Et e converso, ut in perpetua Locatione, vel censu, « temporis taxa, seu generationum, vel sanguinis hæredum « detur limitatio cum caducitatis pactis, aliisve restrictio- « nibus, vel prohibitionibus, ideoque unam vel alteram « Contractus naturam, vel speciem statui, præsumptionis « effectum inducit, ut intentionem ejus, cui assistit fir- « mando, probationis onus in contrarium transferat, qui « contrarium autumet. » Confira-se Tondut. Civ. 79. a n. 1.

§. 76.

E quando contrabalanceadas as Conjecturas indicativas de Prazo, com as de Locação, seja igual o pezo, e a força, na dúvida, se deve julgar Locação, e não Prazo.

Pacion. de Locat. Cap. 3. n. 63.; Em fim o Cod. Freder. P. 2. L. 3. T. 3. §. 5. se expedia facilmente deste barulho, dizendo: « Em cazo duvidoso huma Convenção será « reputada Locação, a menos, que ahi se não tivesse ex- « primido a palavra Emphyteuze, no qual caso seria hum « verdadeiro Contracto Emphyteutico; ainda quando se ti- « vesse estipulado, que a renda annual seria paga á pro- « porção dos fructos, ou que a Convenção não tivesse sido « feita, mais que por pouco tempo. » Os diversos effeitos de ser arrendamento, ou Prazo se verão no Cap. seguinte.

§. 77.

Distincção do Emphyteuze, e do Censo.

Segunda regra, ou regras para distinguir o Contracto Emphyteutico do Censuario: Eisaqui huma hypothese, que com Cabed. P. 1. Dec. 153., com Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 3. n. 12., e com Fulgin. de Jur. Emphyt. in Prælud. Q. 8. n. 24., figura Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 59. « in pr. n. 111. ibi: « Ex Constitutione certæ pensionis per « verbum *Foro* simpliciter non censetur Contractus Emphy- « teuticus, eo non addito, quod fundus alienari non possit « domino irrequisito, et absque solutione Laudemii; tunc « enim dicitur Censualis. » Mas o citado Fulgin. d. Q. 8. a n. 15. ad. 25. melhor o expõe ut ibi: « Licet in dubio « potius censeatur censualis, quam Emphyteuticus, habet « locum in dubio, et alio non probato; secus quando ex « conjecturio posset contrarium probari: ut quando bona « consessa sunt intra fines, ubi omnia alia sunt emphiteu- « tica; vel si in Provincia, et loco celebrati Contractus « frequentaretur Contractus Censualis, tunc præsumeretur « Censualis; sed si frequentaretur emphyteuticus Contractus, « tunc præsumeretur emphyteuticus ... Similiter si exhi- « betur Contractus, in quo dicatur, quod in alienatione re- « quiratur Consensus, qui solet in alienatione Emphyteusis « præstari, conseretur Emphyteuticus ... Idem si promisit « solvere Laudemium ... Et ita ego alias consului, quia in « Libro Ecclesiæ apparebat solum, quod solvebatur Canon, « seu Census, et in Libro illo erant annotata bona emphy- « teutica, et Concessiones aliæ erant in Emphyteusim; quod « illud, pro quo solvebatur Census, seu Canon esset Con-

« cessum in Emphyteusim... denominatio Census non « probat de necessitate Contractum esse Censualem; Cen- « sus enim vario modo accipitur, et promiscue utimur his « vocabulis Census, Pensio, et simile... Non est inspi- « ciendum nomen Contractus sed rerum substantia... Si « in Instrumento diceretur: Concedo tibi talem rem pro « annuo Censu in Emphyteusim: iste non est Contractus « emphyteuticus, sed censualis, et verba illa in Emphyteu- « sim stant improprie... Sed Natt. Cons. 3 dicit, quod « starent largè, quia generaliter loquendo emphyteusis con- « tinet sub se Censum... Sed si appareret affectum fuisse « solutum in recognitionem dominii, sine dubio intellige- « retur celebratus Contractus Emphyteuticus etc.»

Nota: Doutro modo, e mais ao nósso proposito Barbos. na L. 2. Cod. de Præscript. a n. 331. diz que se no Contracto o proprietario do predio transfere a outro todo o seu dominio util, e directo, com condição de que o que o recebe lhe fique pagando algum Censo, he isto propriamente Contracto Censuario. O mesmo, se qualquer no seu proprio predio constitue alguma pensão em favor de Terceiro: E no n. 335. conclue: « Unde infertur, quod si in Concessione « dicatur, quod fit concessio in Emphyteusim, et ta- « men addantur verba, ex quibus constet omnimodum « dominium transferri, dicetur potius Census, quam « Emphyteusis; attento magis effectu, quam sonitu « verborum. »

§. 78.

Eisaqui outra hypothese, que figura Altim. Tom. 4. Q. 18. n. 386: « Si in Instrumento dicatur: Concedo tibi « prædium, et omne jus quod in eo habeo, in Emphyteu- « sim pro annuo Censu: tunc præsumitur Census reserva- « tivus et non emphyteuticus, et dictio illa in emphyteu- « sim improprie pro Censu imposita censetur; ea ratione, « quia per Contractum emphyteuticum non transfertur « dominium directum, sed utile tantum: Igitur eo ipso « quod quis transfert omne jus, quod habet in prædio,

«dominium directum simul concedit, et per consequens «Contractum Censualem reservativum, non emphyteuti- «cum celebrat.» Outra hypothese figura o mesmo Altim. n. 387.: «Idem si dictum sit: Concedo tibi hoc prædium «in Emphyteusim vel Censum; nam tunc præsumitur «Contractus Censuarius, et non emphyteuticus, ea ratione, «quia ex verbis vel in Censum præsumitur recessum a «concessione emphyteutica.» Concorda Stryk. de Cautell. Contract. Sect. 2. Cap. 9. §. 42. aconselhando por Cautella, que o que quer constituir o Emphyteuze transfira só o dominio util, reservando para si o directo; porque aliás fica Censo, havendo translação de todo o dominio: He porém (para se reputar Censo) huma plena translação de todo o dominio, porque a simples do dominio se entende só do util. Jul. Capon. Disc. 132. a n. 55.

§. 79

E quando as Clausulas estejão em collisão, ou em dúvida, na dúvida mesma se deve o Contracto interpretar Censuario, e não Emphyteutico, Stryk. supra, Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 3. n. 11., Pacion. de Locat. Cap. 3. n. 64. As differenças entre o Censo, e o Emphyteuze se verão no Cap. seguinte.

§. 80.

Distincção entre a Compra, e o Emphyteuze.

Póde complicar-se a Venda com o Emphyteuze de tal fórma que fique duvidoso qual dos dois he o proprio, e principal Contracto para se regular pelo seu peculiar, e privativo Direito. Ora he compativel no Emprazamento, que o Emphyteuta poderá remir o Prazo, ou pensões delle por hum tanto; e ainda mesmo clauzula, que póde ser propria do Contracto Emphyteutico, Cyriac. Contr. 82. a n. 7. et 11.: Nisto convém todos os DD.: Card. de Luc. de Servit. Disc. 69. n. 17., et Disc. 103. n. 11., et Emphyt. Disc. 39. n. 8., et Disc. 54. n. 8., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Solut. Can. Q. 6., et de Var. Caducit. Q. 1. a n. 29., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 11. sub n. 16. vers. Ex quo.=Pacion. de Locat. Cap. 53. n. 93.=Altimar. de Nullit. Tom. 3. Q. 7. sub. Sect. 3. n. 110., et Tom. 4. Q. 18. n. 81., Sabell. §. Emphy-

Prazo com o pacto de remir.

teusis n. 21., e outros muitos, que estes referem: Tondut. Civil. Cap. 75. n. 4., Corrandin. de Jur. Prælation. Q. 15. n. 120.

§. 81

Se o Emphyteuze assim estipulado, he tal, ou Venda.

Ser essencialmente venda hum tal Prazo, quando o proprietario pleno de hum predio o dá de Emprazamento por certa pensão facultando ao Emphyteuta o poder de remir em qualquer tempo por hum tanto; he commum Conclusão dos DD., dando em razão, que não se olha o nome, mas a substancia; que a faculdade de remir concedida ao Emphyteuta, presuppõe transferido nelle todo o dominio; e que a pensão, que o Emphyteuta fica pagando, he como hum interesse recompensativo do preço, cuja solução o Senhorio emprazante espaçou até o tempo da remissão e distracte., Altim. Tom. 3. Q. 7. sub sect. n. 110., Luc. ad Tranch. Decis. 392. et 610., Idem Altim. Tom. 4. Q. 18. n. 81., et reliqui supra.

§. 82.

Consequentes de se não julgar Venda, mas Prazo.

Outros DD. não seguem absolutamente a Proposição, que o Emprazamento com este pacto se transforma em venda, sem respeito ao nome: Elles pensão de outro modo: Que um tal pacto he accidental, e não opposto á substancia do Emphyteuze (§. 7. até 10.): Que o distractar, e affrancar o Prazo he huma faculdade concedida pelo Senhorio ao Emphyteuta, de que póde, ou não usar; e que entre tanto que delle não usa, se não verifica a Venda; e o Prazo subsiste na sua essencia; o dominio directo na pessoa do Senhorio, com todos os Direitos dominicaes caracteristicos do seu dominio directo, como a opção, e prelação; e o direito do Commisso; de fórma, que essa faculdade do distracte concedida ao Emphyteuta se subentende debaixo da condição, se entre tanto que elle não distracta, não cahir em Commisso, e não houver devolução: Card. de Luc. de Servitut. Disc. 103. n. 12., et de Emphyt. Disc. 39. n. 8., Altim. Tom. 4. Q. 18. n. 81., Pacion. de Locat. supra n. 94., Cyriac. Contr. 82. n. 70., Fulgin. de Jur. Emphyt. Tit. de Solut Canon. Q. 3. et de Var. Caducit. Q. 1 n. 30. et 31.: Optimè,

et omnino videndus Jul. Capon. Tom. 3. Discept 132. a n. 27.; asssentando todos juntamente (maximè Capon) que se o Emphyteuta, que tem tal faculdade vende o Prazo, em quanto não exercita o pacto de remir, e affrancar, deve pagar-se dessa venda o Laudemio, como de verpadeiro Prazo; quidquid dicant relati per Altim. Tom. 3. Q. 7. sub Sect. 3. n. 111.

§ 83.

Quid. quando alguem vende seus bens com pacto de lhes ficarem emprazados?

He frequente (como se verá no Cap. 7. §. 105.) vender qualquer pessoa seus bens com a condição de lhe ficarem emprazados: Nestes Prazos pois, se se estipula a faculdade de remir, e affrancar, ainda que o Emphyteuta não pague a pensão, ou cabiá em Commisso, não perde por isso o Direito de remir, como no caso, em que o Senhorio empraza os seus bens proprios, e faculta ao Emphyteuta esse poder; como bem distinguem Fulgin. in Tit. de Solut. Can. Q. 5., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 39. n 8.: Este he o caso, em que se póde duvidar se das alienações de taes Prazos se deve, ou não Laudemio: Veja-se o citado Jul. Capon.

§. 84.

Entradas, que dá o Emphyteuta ao Senhorio: se são especie de venda.

Tambem he frequente dar o Emphyteuta ao Senhorio algum dinheiro, que se chama Entrada para lhe fazer o Emprazamento pela pensão, que ajustão: Aqui entra a dúvida se isto he essencialmente compra, ou propriamente Prazo? Os DD. fazem esta distincção: « Quando annua « pensio, sub qua concessus est fundus, prævalet pecuniæ, « quæ pro ingressu data est, tunc judicatur Contractus « Emphyteuticus: Sed si pecunia prævalet pensioni, erit « venditio. » Assim com outros DD. Lim. ad Art., Gabell. Cap. 1. in pr. Gloss. 3. n. 137.: Por exemplo tem hum Proprietario hum predio de valor de 3000 Cruzados; recebe do Emphyteuta por Entrada, 400$000 reis; e fica pagando huma pensão racionavel proporcionada ao resto de 800$000: E então a *pars prævalentior* faz propender o Contracto para Emphyteuse: Pelo contrario, (debaixo do mesmo exemplo) se o Emphyteuta dá de entrada acima de 600$000, e mais de ametade do valor

do predio, prevalesce venda: E debaixo desta distincção, se deve ou não Siza, Lim. supra a n. 136.: Conf. ad omnia Valasc de Jur. Emphyt. Q. 10. n. 6. 70., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. n. 10.

Foi disputavel se no Contracto Emphyteutico he necessario pro substantia, que o Emphyteuta dê algum dinheiro de Entrada ao Senhorio; como se vê nos DD. que refere Altim de Nullit. Tom. 4. Q. 18. a n. 394.: A nossa Ord. L. 4. Tit. 41. o suppõe permittido, prohibindo-o só ás Pessoas ahi especializadas: Este Contracto com Entrada da parte do Emphyteuta he justo, com tanto que o foro, que fica pagando o Emphyteuta seja racionavel, e modico só com respeito ao valor do predio, que lhe resta, excomputado o dinheiro da Entrada, Fulgin. de Jur. Emph. in Prælud. Q. 16. a n. 5., Valasc. de Jur. Emph. Q. 10. a n. 6., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. a n. 8.

CAPITULO VI.

Em que se assemelha, ou em que differem os Contractos Emphyteutico, Compra e Venda, Locação, e Conducção, Censo, Superficie.

§. 85.

Conferem o Emphyteuze, e a Compra e Venda 1.°, em que hum e outro Contracto he Consensual, e de boa fé: 2.°, em ambos deve concorrer o mutuo e livre consentimento: 3.°, em cousa certa: 4.°, em pensão certa no Emphyteuse, e preço certo na Venda: 5.°, assim como a Venda se póde condicionar com a liberdade de remir ex Ord. L. 4. Tit. 4., tambem o Emphyteuze; como tudo fica demonstrado nos precedentes Capitulos: Mas differem 1.°, em que na Venda a parte principal do preço deve ser em dinheiro, de outro modo he permutação; e no Emphyteuse póde a pensão ser em dinheiro, em fructos certos, ou quotas, em aves, etc.: 2.°, na Venda

Em que conferem com a Compra.

Em que differem

transfere o vendedor todo o dominio; no Emphyteuse só o Senhorio transfere parte, qual o util: 3.°, o Comprador fica com livre arbitrio de alienar a quem quizer (a menos que essa liberdade se lhe não coarcte nos casos permitidos na Ord. L. 4. Tit. 11., e outros que expoz Bagn. Cap. 21.); e o Emphyteuta não póde alienar sem faculdade do Senhorio ex Ord. L. 4. Tit. 38.: Vejão-se sobre tudo isto Fulgin. in Prælud. Q. 6., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 19., tetigit Mell. L. 3. Tit. 11. §. 4.

§. 86.

Em que confere com a Locação, e Conducção.

Conferem 1.°, que hum, e outro Contracto são Consensuaes, o Emprazamento (§. 14.) a Locação, ex Pacion. de Locat. Cap. 16.: E assim como só podem, ou só com certas solemnidades, dar de Emprazamento seus bens as pessoas dinumeradas a §. 18., similhantemente, no Arrendamento, ex Pacion. de Locat. Cap. 6. et 10.

§. 87.

Conferem 2.°, em que assim como póde haver Prazo limitado a annos, a vidas, ou perpetuo (§. 10., et infra Cap. VII.); tambem póde haver Colonia limitada a annos, a vidas, ou perpetua, Ord. L. 2. Tit. 35 §. 9., e seguintes, L. de Julho de 1776, Pacion. de Locat. Cap. 1. n. 35., Cap. 3. n. 61., Cap. 4. tot.

§. 88.

Conferem 3.: Assim como o foro he da substancia, e essencia do Emphyteuze (§. 9., et a §. 56.) tambem a pensão he da substancia do Arrendamento; ou seja em dinheiro, ou certa quantidade, ou quota de fructos, Ord. L. 2. Tit. 35. §. 9. e seguintes. L. 4. Tit. 45., e 54., Pacion. de Locat. Cap. 1. a n. 11.

§. 89.

Conferem 4.°: Assim como o Senhorio póde (além da prohibição da Lei) prohibir ao Emphyteuta a alienação sem seu consentimento: Da mesma fórma o Locador póde prohibir ao Conductor alienar, ou sublocar sem sua auctoridade, Pacion. de Locat. Cap. 32. n. 3., e 4.

§. 90.

Conferem 5.°: Assim como o Senhorio do Prazo póde

estipular maior, ou menor Laudemio, Fulgin. in Tit. de Laudem. Q. 1. n. 11.; tambem nos Arrendamentos de vidas, ou quasquer outros se póde estipular Laudemio das Subconducções, Pacion. de Locat. Cap. 3. n. 55., Fulgin. in Tit. de Laudem. Q. 8. n. 51.

§. 91.

Conferem 6.°: Assim como o Emphyteuta he obrigado por natureza do Contracto, ou pacto expresso a fazer certa especie de bemfeitorias, ex Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22., que no caso do Commisso, ou devolução não he o Senhorio obrigado restituir-lhe, Fulgin. post Tract. Dec. 4. n. 18.: Tambem ao Colono se podem condicionar por pacto, Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 1. e 2.; e não he o Senhorio obrigado satisfazellas, Peg. 1. For. Cap. 5. pag. 390., Britt. de Locat. in rubr. P. 2. §. 3. n. 58.

§. 92.

Conferem 7.°, porque em hum e outro Contracto he competente o remedio da lesão, ex Ord. L. 4. Tit. 13. §. 6.: E como ella se verifica quanto ao Emphyteuze vej. §. 60. e seguintes: como nos Arrendamentos Pacion. de Locat. Cap. 18. e 19, Peg. 4. For. Cap. 41.: Omitto outras conveniencias entre hum e outro Contracto.

§. 93.

Differenças entre o Emphyteuze, e Locação.

Differem porém 1.°, que bens moveis não podem emprazar-se, mas podem arrendar-se (§. 46.). Differem 2.°, que pelo Emprazamento se transfere o Dominio util (§. 69.), não pela Locação, ainda que seja de longo tempo; porque hoje depois do Alv. de 3 de Novembro de 1757 céssa a Ord. L. 3. Tit. 47., L. 4. Tit. 48. §. 8., L. 2. Tit. 33. a §. 90. Differem 3.°, em que a pensão emphyteutica se paga em reconhecimento do dominio directo, e a colonica pela fruição da cousa arrendada, Mell. L. 3. Tit. 11. §. 4., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. § 5.: Differem 4.°, em que o Successor particular não he obrigado conservar o Colono, porque pelo arrendamento não adquire dominio algum; mas he obrigado conservar o Emphyteuta, Valasc. Q. 20. n. 19; e

vice versa o Emphyteuta não he obrigado conservar o Colono. Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 9, in pr. n. 113., e se deduz do dito Alvará.

Outras conveniencias, e differenças entre estes Contractos, se podem ver em Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 2., (aonde relata 20 differenças) em Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 20., em Fulgin. de J. E. in Prælud. Q. 15., em Altim. Tom. 4. Q. 18. a n. 46., e no Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 5., Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 4., Leizer. Jur. Georg. L. 1. Cap. 105.

§. 94.

Em que differe do Censo.

O Censuario retem o dominio pleno, o Emphyteuta só o util (§ 77., 78.): E por isso 1.°, o Censuario paga foro do predio, que he seu pleno jure; *aliter* o Emphyteuta: 2.°, o Censuario póde livremente alienar o prédio sugeito ao Censo insciente, e invicto o Senhorio, a que o paga, sem pena de Commisso; *aliter* o Emphyteuta: 3.°, o Censuario, ainda que não pague por tres annos, não perde os bens sugeitos ao Censo; *aliter* o Emphyteuta: 4.°, o Censuario não paga Laudemio; *aliter* o Emphyteuta, Mell. L. 3. Tit. 11. §. 5., Cod. Freder. supra §. 4., Fulgin. in Prælud. Q. 8., Altim. Tom. 4. Q. 17. a n. 219., Mant. de Tacit. L. 22. Tit. 3., Roderic. de Reddit. L. 2. Q. 22., Barbos. in L. 2., Cod. de Præscript. a n. 334., Leizer. Jur. Georg. L. 1. Cap. 18.

São porém ao Censo Questões opinativas: 1.°, se se póde constituir com a condição de se não alienar sem licença do Senhorio, e elle ter o direito da opção, e prelação sob pena de Commisso? 2.°, se se póde condicionar, que da venda se pague Laudemio? Ou 3.°, que não se pagando o Censo por tantos annos se perca para o Censuista o predio? 4.°, se os casos fortuitos se podem renunciar pelo Censuario, ou que o não excuzem? etc.: E se taes pactos vicião o todo, ou só se vicião a si mesmos? Vejão-se Guer-

reir. Tom. 3. L. 7. Cap. 9. a n. 80., Altimar. de Nullit. Tom. 4. Q. 23. a n. 541., e melhor o meu Tractado Manuscripto dos Censos Cap. 70.

§. 95.

Em que differe da superficie, e Precaria.

Como estes Contractos da Superficie, e Precaria não são frequentes neste Reino; basta-me referir aos DD. citados na Nota ao §. 93., e a Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 4., Leizer. Jus. Georg. L. 1. Cap. 19., et Cap. 16. O contracto Libellario he o mesmo que o Emphyteutico, ou Subemphyteutico: Vejão-se Leizer. Jus. Georg. L. 1. Cap. 16, Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 35. Mas veja-se o Supplemento á minha Dissertação sobre a materia, que ao diante tractarei no §. 101.

CAPITULO VII.

Deversas divisões, e especies de Prazos: Diversas naturezas: Diversas formulas das suas Investiduras: Consectarios de cada especie, e de cada formula, etc.

§. 96.

1.ª divisão, e differença em bens cultos, ou incultos.

Constituem-se os Prazos em predios incultos, ou já cultivados, em terrenos para edificar Casas, ou nas já edificadas (§. 19.): Porém a L. de 4 de Julho de 1776 declara, e decide: « Que todos aquelles Contractos, nos « quaes se emprazárão, ou emprazarem terrenos para edi- « ficar Casas, ou terras e matos incultos para abrir e « melhorar com os fins da Lavoura, e de plantios de vi- « nhas, e arvoredos, forão e são verdadeiramente Contra- « ctos emphyteuticos, os quaes se devem julgar pelas re- « gras dos Prazos: Que todos os outros Contractos nos « quaes se afforárão, ou afforarem Casas já feitas, Quintas « habitaveis, e terras fructiferas pela mesma renda, em « que costumavão andar, contiverão, e contém pela sua « natureza Contractos de Locação por longos tempos de « annos, e de vidas, ou Colonias perpetuas, para serem

« julgados pelas outras differentes regras por que se cos-
« tumão decidir as convenções entre os Rendeiros ou Co-
« lonos, e os seus respectivos Senhorios, sem outra diffe-
« rença que não seja a de serem obrigados os Colonos
« desta nova especie aos Direitos Dominicaes estipulados
« nos seus respectivos Contractos: Estabeleço, e Mando,
« que o sobredicto se observe e execute: Restituindo-se os
« Contractos a sua origem, não só quanto ao futuro, mas
« tambem quanto ao preterito: Havendo, como Hey
« por nullas, e de nenhum effeito todas e quaesquer Sen-
« tenças até agora dadas a favor dos referidos Colonos
« chamados Emphyteutas: Como proferidas contra Direito
« expreso, e contra o espirito das Leys Patrias, etc.

Consectarios: Se findas as Vidas dos Emprazamentos feitos em terras cultivadas, ou em Casas edificadas, tem ou não, ou em algum caso, o Senhorio obrigação de renovar aos Successores da ultima vida? Se verá no Cap. I. das Renovações: Se na renovação poderá augmentar a pensão? Se verá no Cap. III.: Se faltando o pagamento por hum só anno, tem lugar o perdimento ad instar dos Arrendamentos, e pelas regras delles: se verá no Cap. IX. P. III.: Se tem lugar a expulsão pelas mesmas causas que nos Arrendamentos durante o tempo delles? se verá nos competentes lugares, etc.

§. 97.

2.ª divisão, e differença: Ecclesiasticos, e Seculares.

Tambem os Prazos se dividem em Seculares, e Ecclesiasticos: Divisão de todos os DD. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 2. §. 1.° e 2.°, Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 1. n. 9., Pinheir. de Emphyteusi Disp. 1. Sect. 3. a n. 58.: Conferem, e se assemelhão os Seculares e Ecclesiasticos, em que 1.°, os Direitos Dominicaes tanto são devidos ao Senhorio Secular, como ao Ecclesiastico, L.

Em que conferem.

de 4. de Julho de 1768: e ainda mesmo, não o todo da Corporação Ecclesiastica, mas qualquer membro della pode optar para si o Prazo no caso da venda, Alv. de 12

de Maio de 1769: Conferem 2.°, no cazo da Confiscação, nos termosd o Regimento das Confiscações Cap. 51. juncta a Ord. L. 5. Tit. 1. §. 1. 2. 3.: Conferem 3.°, quanto ao dominio util, porque para todos os effeitos juridicos se reputa tambem secular, e profano, o dominio util dos Prazos Ecclesiasticos, Cordeir. Dub. 26. a n. 4., dub. 28. n. 39. et 44., vid. os Estat. da Universid. L. 2. Tit. 8. Cap. 2. §. 29.

§. 98.

Em que differem

Mas differem 1.°, quanto a ser nos Seculares necessaria a Escriptura só para prova, e nos Ecclesiasticos para substancia (§. 65., 66.): Differem 2.°, quanto ás Solemnidades (á §. 26.): Differem 3.°, quanto ao tempo em que se incorre o Commisso ob non solutam pensionem, e quanto á faculdade de purgar a mora, Ord. L. 4. Tit. 39.: Differem 4.°, quanto á execução pelos foros e Laudemios, como se nota na L. de 4 de Julho de 1768 §.=Permitto mais=: Differem 5.°, quanto ás devoluções segundo a dita L., e dito Alvar. de 12 de Maio: Differem 6.°, quanto ao augmento dos foros nas renovações como se verá no Cap. III. P. VI. (menos quanto aos Prazos da Universidade., das Ordens Militares, e feitos em bens da Coroa pelos Donatarios, como se dirá nos competentes Lugares).

§. 99.

3.ª divisão antigos, e novos.

Esta divizão de Prazos antigos e novos fazem Pinheir. de Emphyteus. Disp. 1. Sect. 3. n. 90., expondo quaes são huns, e outros, ut ibi: « Dividitur emphyteusis. quasi « ratione status in novam, et antiquam. Nova est, quando « denuo alicui conceditur sine respectu ad aliem priorem « concessionem. Antiqua est, quando cum prius alicui « fuisset concessa jam ad alium devenit ex vi prioris « Concessionis seu Investituræ; vel etiam quando sub « eisdem pactis renovatur, maxime si talis renovatio non « fiat ex mera gratia domini directi, sed ex obligatione. » Senator apud Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 625, Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Contract. Q. 1. n. 1. ibi: « Em« phyteusis nova est illa, quæ habet originem in persona

« ipsius emphyteutæ, et quam ipse acquisivit. Antiqua « vero est, quæ habet originem ab aliquo ascendente, etc. » Tambem he novo o Prazo, quando estando o Emphyteuta incurso em Commisso, ou devolução o Senhorio lho concede: vid. Rocc. Select. Cap. 68. a n. 50.

§. 100.

Em que conferem e differem.

O Prazo novo, e o antigo em quazi tudo se identificão: E só differem 1.°, « quod emphyteusis antiqua quando « renovatur, semper intelligitur Concessa, et renovata se- « cundum naturam, et qualitatem primi Contractus (con- « fira-se o Cap. II. P. VI.); Emphyteusis autem nova non « respicit aliquem priorem Contractum aut Investituram, « per quam regulari et exponi debet juxta formam Con- « cessionis, qua de novo conceditur. » Pinheir. supra sub n. 99.: Differem 2.°, que conforme a mais solida opinião o Prazo novo mais sem duvida póde alienar-se pelo primeiro Adquirente em prejuizo dos Filhos, ainda que chamados na Investidura; como com Cald., Barboz., Pinheir., Pereir., Britt., e outros se vê julgado em Peg. 2. Forens., Cap. 9. pag. 624., Rocc. supra a n. 16. ubi plures DD.: Veja-se o que direi no Cap. VII. P. IV. sobre as alienações dos Prazos em prejuizo dos Successores.

§. 101.

4.ª divisão bens do Senhorio, ou do Emphyteuta, vendidos com o pacto de se lhe emprazarem.

Ha mais de dois Seculos já neste Reino se praticavão, e continuarão a praticar Contractos, pelos quaes o pleno proprietario de hum, ou mais predios os vende, com a condição de o Comprador lhos emprazar por huma justa pensão: Assim se nota em Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 11. n. 18., Pinell. in L. 2. Cod. de Rescind. Vendit. P. 1. Cap. 4. n. 1., Gam. Dec. 39. et 113., Cald., na L. si curatorem, verbo=Sua facilitate=n. 82.: Este mesmo contracto ha muitos Seculos he frequente nas mais Nações; como se vê em Covarruv. L. 3. Var. Cap. 10. n. 10., Fulgin., de Jur. Emphyt. in Tit. de Contract. Q. 46., Cyriac. Controv. 68. et 259., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 39. n. 8.: Sendo nesta e nas mais Nações reputado licito (o que basta para excluir a usura, Card. de Luc. de Usur. Disc. 11. no fim); e com tal

especialidade, que o pacto de emprazar, como estipulado em favor do vendedor (que por isso constitue parte do preço, ex L. fundi partem ff. de Contr. Empt. L. si Sterilis §. si tibi fundum eod. Tit., L. 77. in pr. ff. de Reivind.), faz diminuir a 3.ª parte do justo valor dos predios, ad instar do pacto de retrovendendo. Valasc. supra n. 18., Cald. n. 82. et 83., Cyriac. Contr. 68 a n. 11., Fulgin. supra n. 2.: Com tanto porém, que excomputado o defalque, que no justo preço faz este pacto (que ainda não expresso se presume quando logo o Comprador passa a emprazar ao vendedor, Cyriac. Contr. 68. n. 7., Conf. Pacion. de Locat. Cap. 25. a n. 62., 67. 73. et 81.) se faça a primeira compra e venda por hum racionavel preço sem notavel injustiça, Gam. supra Dec. 39. vers. Quando in pretio, Cald. supra n. 83., Fulgin. supra n. 3. vers. Nisi esset magna Læsio in pretio.

§. 102.

Objecções contra este Contracto.

Costumão alguns oppor, que este Contracto contém essencialmente hum Censo simulado, e paleado com o nome de Emprazamento, em fraude das Leis, que taxão o preço dos Censos, e para com a estipulação de pensão superior á permittida nos Censos pela Lei de 23 de Maio de 1698 palearem a usura: Esta he a caramunha dos Rabulas quotidianamente: Elles (os que o sabem) podem fundar-se na doutrina de Tondut. Civil. Cap. 79. a n. 11., e do Theologo moderno Patuz. Tom. 5. P. 2. Cap. 1. Tract. 7. §. 3. aonde conclue; que supposto hum tal Contracto repugna ao do Censo, e pareça emphyteutico; com tudo não differem *in se re vera; sed in modo contrahendi:* Mas o mais decisivo Alv. de 5 de Julho de 1779 melhor declarou, que se não deve confundir o Censo com o Emphyteuze, em que he livre sem usura gravar-se a Cousa afforada com maior pensão.

§. 103.

Defende-se a Justiça deste Contracto.

Porém: A Jurisprudencia Euremática (que tem por objecto as cautellas dos Contractos, e mais Actos para se eleger o mais seguro) he permittida: Estat. da Universidad. L. 2. Tit. 6. Cap. 3. §. 51.: Não se frauda

huma Lei, quando fugindo-se della, vai buscar-se outro modo licito para contractar, Corrandin. de Jur. Prælation. Q. 15. n. 1., e bem ao nosso proposito Coccey. Jus Controv. L. 18. Tit. 1. Q. 53 : Nada ha que obste in utroque Foro, para que qualquer propondo-se por outro hum Contracto, sujeito a inconvenientes (como o Censo, em que o Censuario fica com as liberdades já referidas §. 94., e de os bens se partirem, e se confundir o Censo), não queira convir nelle, e só convenha na venda com obrigação do Emprazamento (Contracto licito nas Nações ut §. 101.), como Contracto mais proficuo e providente, Coccey supra, confirão-se Stryk. de Cautell. Contract. Sect. 2. Cap. 4. §. 25. et Sect. 1. Cap. 1. §. 11. et 12.: Este he o Contracto, diverso do Censo, em que se conformão licitamente: Este o que querem contrahir; este o que effectivamente contrahem: E que ha aqui de fraude da Lei respectiva aos Censos, quando estes propriamente se contrahem? Seria preciso que essa Lei prohibisse outra especie de Contractos: Antes o citado Alv. (§. 102. no fim.) determina que se não confundão o Contracto Censuario, e Emphyteutico.

§. 104.

O Direito natural auctorisa o nosso Contracto, porque: « Não só qualquer que tem o dominio pleno póde dimit-« tir o util ao Emphyteuta; mas o que tem o dominio « pleno póde dimittir o directo ao Senhorio, reservando « para si o util. » Formey Extrait. de Wolff. Tom 2. pag. (mihi) 280. §. 2.: Ora isto he o que faz o vendedor com o pacto de lhe ficar o dominio util emprazado, cedendo do direito ao comprador pelo preço recebido: Tambem a Ord. L. 4. Tit. 4. auctorisa a compra e venda com todo o pacto em favor do vendedor; e este he um delles: Mais propriamente a L. de 4 de Julho de 1776 no Proemio suppõe como licitos estes Emprazamentos feitos humas vezes pelo valor dos interesses respectivos aos preços das vendas: E mais decisivamente o Alvará de 15 de Julho de 1779 determinou, que se não deve confundir o Censo com o Emphyteuze, em que he

livre sem usura gravar-se a cousa afforada com maior pensão do que a 5 por cento, de fórma que só no Censo, quando se contrahe propriamente tal, se póde considerar usura (se se não regula pelas normas que nos proporerão Guerreir. Tit. 3. L. 7. Cap. 9. n. 72., Cens. de Censib. Q. 3. n. 12. et 13.); mas não no Emphyteuze, Q. á Ord. L. 4. Tit. 13. §. 6. e a dita Lei de 1776 no Proem. só sacrificão a disputa da lesão, e não a da usura.

§. 105.

Por outra parte repugna a natureza essencial do Censo, não ficar o vendedor por esse pacto pleno senhor (§. 78. et 94.); pois que pela venda transfere ao comprador o pleno dominio (e a posse só pelo pagamento da pensão que tem força de tradição, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 1. in Rubr. Art 1 n. 19., Bagn. Cap. 15. n. 215.); e depois de assim transferido, só fica recebendo do comprador o util pelo seguinte Emprazamento, e nada mais. O Contracto da compra e venda, e o subsequente do Emprazamento ficão em si diversos, e com diversa natureza: O nome de *Emprazamento* se attende não sendo contrarias e repugnantes as clausulas, com que se formalisa, Tondut. Civil. Cap. 79. a n. 1. (Conf. a §. 73): Hum e outro Contracto, pois essencialmente diversos, e em si licitos, não podem supper-se simulados em fraude da usura, e só ficão expostos a se arguirem lesivos; o da venda, quanto ao preço com rebate do que defalca o pacto (§. 101.); e o do Emprazamento com respeito á pensão estipulada, como fica exposto a §. 60; mas nunca a arguirem-se usurarios, Cyriac. Contr. 259. a n. 17. ad 20., e conduzem as doutrinas de Torr. de Pact. Dec. 168. n. 9. et 12., Leotard. de Usur. Q. 8. n. 25., Luc. de Usur. Disc. 2. n. 12., et Disc. 11. n. 4., Pacion. de Locat. Cap. 10. n. 122. et 123; Veja-se a especial Dissertação. que fiz a este respeito.

Nota 1.ª: O Concil. Brachar. Act. 4. Cap. 45. só reputa usurario paleado este Contracto; quando a venda perpetua do predio se não faz pelo commum

preço com o pacto de arrendar, mas com iniquo Censo annuo: veja-se a este respeito a minha especial Dissert.

Nota 2.ª: Já vimos (§. 83.) que nesta especie de Prazos se póde convencionar em favor do Emphyteuta o pacto de remir; e que incorrendo o Emphyteuta em Commisso não perde esta faculdade de remir; Se tal pacto se não convenciona, ou convencionado, não usa dessa faculdade, só se devolve ao Senhorio dos predios emprazados huma quantidade proporcionada ao preço da compra, e nada mais, Cyriac. Controv. 68. n. 1. et 23., Afflict. Dec. 80., Tondut. Civil. Cap. 79. n. 11.: E só nestes Prazos he que se verifica a opinião de não deverem Laudemios das alienações, Tondut. supra. Mas sempre são (só com estas differenças dos mais) propriamente Prazos, e não Censos paleados em fraude da Lei, que taxou os Censos, como com erro tem defendido e julgado alguns Advogados, e Juizes: E se o vendedor rescinde a venda que fez com o tal pacto; e o comprador suppre o justo preço, fica o Prazo sem effeito, Pinell. in L. 2. Cod. de Rescind. P. 1. Cap. 4. n. 1.

§. 106.

e outras divisões dos Prazos. Temporaes, e perpetuos, etc.

Temos pela presupposição da nossa legislação (deixando hypotheses dos DD.) Prazos temporaes, e perpetuos; os temporaes de vidas; e estes de Nomeação livre, mixtos, ou familiares; aquelles, ou hereditarios puros ou hereditarios mixtos, isto he, de providencia, e familiares: Assim se nota no Alvar. de 12 de Maio de 1769, que suppõe frequentes neste Reino Prazos familiares, de livre nomeação, perpetuos, ou em vidas: O mesmo na L. de 9 de Setembro de 1767 §. 26. A Ord. L. 5. Tit. 1. §. 1. e 2. suppõe Prazos familiares, que não podem passar a extranhos. A Ord. L. 4. Tit 36. e 37. figura Prazos de Nomeação em tres vidas, em que a 1.ª nomêe a 2.ª, e esta a 3.ª: O Tit. 38. suppõe casa, vinha, ou outra possessão afforada para sempre, ou para certas pessoas, ou a tempo certo de dez annos, ou dahi para cima:

No mesmo Liv. Tit. 37. §. 6. se suppõe costumados neste Reino Afforamentos feitos para o que os toma e para sua mulher, e para hum filho, que de entre elles nascer, etc. Outra vez no Tit. 97. §. 22. se figura Prazo feito em pessoas, ou para elle e para seus filhos, ou para elle e para sua mulher, e hum filho, que de entre ambos nascer, ou o que o derradeiro delles nomear: Em fim na Ord. L. 4. Tit. 96. §. 23. se indicão Afforamentos perpetuos, que algumas pessoas tomão para si e seus herdeiros, e successores; e no §. 24. Afforamento dado para aquelle, a que foi dado, e para seus filhos, ou para seus filhos, e seus descendentes, sem se fazer menção de herdeiros, e successores, ou de herdeiros, ou successores: A estas divisões, e sub-divisões se deve reduzir tudo quanto escreverão e misturarão Pinheir. de Emphyt. Disp. 1. Sect. 3., Mell. L. 3. Tit. 11. § 7.: Eisaqui as formulas mais frequentes, com que se costumão formalisar todas estas especies de Prazos.

§. 107.

1.ª: Para elle Pedro em 1.ª vida; 2.ª hum filho ou filha, que nomear; 3.ª hum neto, ou neta que a 2.ª nomear: Ou assim = Pedro, e sua mulher (presente ou futura) em 1.ª e 2.ª vida, e para hum filho, ou filha de entre ambos em 3.ª qual o ultimo delles, que sobreviver nomear: = Eis-aqui hum Prazo de providencia temporal.

2.ª: Para elle Paulo em 1.ª vida; 2.ª filho, ou filha, que nomear; e 3.ª hum neto, ou neta, que a 2.ª nomear; e não tendo a 1.ª vida filhos, ou a 2.ª netos: então em falta de filhos ou netos nomearão em huma pessoa da familia d'onde provém o Prazo. Ou assim = Paulo e sua mulher em 1.ª e 2.ª vida, e em 3.ª hum filho, ou filha de entre ambos, e em falta de filhos nomearão huma pessoa da sua geração d'onde provém o Prazo = : Eisaqui huma Providencia familiar temporal: Ou simplesmente assim = e não tendo filhos em huma pessoa da sua geração : = Sem additamento das palavras = d'onde provém o Prazo =

3.ª: Para elle Jeronymo em 1.ª vida, e que elle poderá nomear a 2.ª em quem lhe parecer, e da mesma

forma a 2.ª nomeará a 3.ª: Eisaqui hum Prazo temporal de Nomeação livre, e absoluta.

4.ª Para elle Anselmo e sua mulher em 1.ª e 2.ª vidas, e para hum filho, ou filha em 3.ª, e não tendo filho nem filha poderá o ultimo delles nomear em quem bem lhe parecer: Eisaqui hum Prazo temporal de providencia mixto; de providencia em quanto ha filhos, mixto de nomeação em falta delles.

5.ª: Tambem he igualmente mixto, quando nos termos da primeira Formula se não dá outra providencia em falta de filhos ene tos, nem vocação da familia, nos termos da 2.ª Formula; nem poder expresso de nomear em falta de filhos; porque nesta falta se subintende o poder de nomear livremente em qualquer pessoa.

6.ª Em fateozim perpetuo para elle N. e todos os seus herdeiros e successores==: Eis-aqui hum Prazo fateozim perpetuo e hereditario.

7.ª: Em perpetuo para elle Fernando, e para seus filhos e descendentes, (sem fazer menção de herdeiros, e Successores; de herdeiros, ou successores) ou para as pessoas da sua Familia: Eis-aqui hum Prazo familiar perpetuo.

8.ª: Para elle Bernardo e para todos os seus filhos, e descendentes herdeiros, e successores (ou só huma destas duas palavras): Eis-aqui hum Prazo fateozim perpetuo hereditario, e mixto de familiar.

Confirão-se as formulas expostas debaixo do §. 287.

Quaes pessoas possão succeder pela disposição da Lei, e ab intestato em todas estas especies de Prazos; e quaes não; se tractará nos Capitulos das Successões ab intestato: Quaes pessoas possão ou não ser nomeados nelles pela disposição do homem, se tractará nos Capitulos respectivos: Quando os Prazos destas especies se possão vender por vendas voluntarias, ou pelas coactas de Execuções e Arrematações, se tractará no competente lugar: Por hora basta-me indicar as formulas, mais frequentes dos nossos Prazos.

CAPITULO VIII.

Em falta de Escriptura publica como se possa provar o Emphyteuze, ou Subemphyteuze pela prescripção, ou presumpção do Direito.

§. 108.

O Jesuita Pinheir. de Emphyteus. Disp. 1. Sect. 2. §. 2. e 3., judiciosamente tracta como diversos os dois modos de (em falta de Titulo expresso a vero domino) adquirir o Direito emphyteutico: Ou por meio de huma presumpção juridica, de que tracta no §. 3., ou de huma prescripção circumstanciada, de que tracta no §. 2 : A mesma distincção, e com melhor clareza havia antes feito o Senador Pereir. Dec. 37. n. 7.: Na verdade ha substanciaes differenças entre a presumpção de Direito, e a prescripção, Harprætr. Disp. 65. tot.: Alguns DD. na materia sujeita, omittindo o modo de adquirir o Emphyteuse pela presumpção, que outros admittem só com o lapso de 10 annos; tractárão do modo de adquirir o Direito emphyteutico pela prescripção ordinaria de 10 annos com titulo *á non domino*, e sem Titulo pela posse de 30 annos; connumerando este como hum dos modos de adquirir o Emphyteuse, em falta de Titulo (§. 11.), Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 41. Cap. 6. a §. 12. ad 15., Stryk. Vol. 4. Disp. 12. Cap. 2. a n. 21. et Vol. 9. Disp. 18. Cap. 2. n. 9., et in Examin. Jur. Feud. Cap. 11, Q. 7., Cod. Freder. P. 2. L. 3 Tit. 3. §. 10., Struv. et Mul. Exercit. 11. Thes. 64.

Prescripção, e Presumpção do Direito, são meios diversos.

§. 109.

Ainda que a Ord. L. 3. Tit. 59. exige Escriptura publica para prova do Emphyteuse, ella no §. 9. admitte a Prescripção ou Presumpção do Direito em falta de Escriptura publica: E ao nosso proposito assim o dizem Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 229. vers.=No que=Valasc. Q. 7. n. 32., Maced. Decis. 45. a n. 6., Arouc. a L. 50. a n. 16.: E he principio geral, de que Guerreir. Tr. 4.

A Prescripção, e a Presumpção supprem a Escriptura publica

L. 5. Cap. 3. n. 118.: Ainda mesmo nos Prazos Ecclesiasticos, em que a Ord. L. 4. Tit. 19. exige a Escriptura pro substantia (§. 67. na Nota). Veja-se Jul. Capon. infra.

§. 110.

O Senhorio, e o Emphyteuta a este respeito são correlativos.

O Emphyteuta, e o Senhorio são a este respeito, e em falta de Escriptura correlativos: E tanto póde hum Emphyteuta, que possue bens do Senhorio, sendo por elle accionado, dizer-se emphyteuta presumido, ou prescripto; como vice versa o Senhorio, que recebe pensão dos bens do Emphyteuta, e sem Titulo, se póde dizer seu Senhorio directo pela presumpção, ou prescripção, Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Contract. Q. 11. a n. 5., Menoch. de Præs. L. 3. Præsumpt. 108. et 111. Veja-se Jul. Capon. Contr. For. 33. a n. 3.

SECÇÃO I.

Presumpção do Emphyteuse em favor do Emphyteuta contra o Senhorio; e vice versa do Senhorio contra o Emphyteuta.

§. 111.

Presumpção do Emphyteuze em favor do Emphyteuta.

Eisaqui a Conclusão, que com Cald., Barboz., Valasc. e outros DD. firma Pinheir. de Emphyt. Disp. 1. Sect. 2. § 3. n. 44.: «Quando aliquis possedit emphy-«teusim per decem annos solvendo domino uniformem «pensionem, quam ipse dominus recepit, et non constat «de titulo, nec currit tempus sufficiens ad inducendam «præscriptionem sine titulo, potest se tueri in possessione «adversus dominum volentem rem vindicare, allegando «concessionem emphyteusis sibi legitimè factam, et pro-«bando illam ex eo quod ad titulum emphyteusis solverit per «decennium uniformem pensionem, eamque dominus re-«ceperit. His enim concurrentibus probatur concessio præ-«sumptive, neque alia probatio est necessaria, ut possessor «se tueri possit.» Concorda (alem dos citados por Pinheir.) Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Contract. Q. 11. n. 1.

et 2.: Esta commua resolução se vê seguida no nosso Foro, como se vê em Gam. Dec. 244. n. 10., Decis. 297. n. 3. et 4., Pereir. Dec. 37. n. 7., Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 229., et Tom. 3. For. Cap. 23. n. 108., 114. 115. 118., et Cap. 28. n. 334. 336. et 609.: Isto ainda quando se tracta contra a Igreja, Pinheir. n. 53.; se bem que contra a Igreja requer Fulgin. supra n. 4. o tempo de 40 annos.

§. 112.

Requisitos para proceder esta presumpção.

Porém adverte o mesmo Pinheir. n. 46., que « ut « dicta præsumptio tituli emphyteutici procedat, opus est « ut constet illas pensiones solutas esse ex certa, et spe- « cifica causa emphyteutici: alioquin sola allegatio, quod « ex tali titulo fuerint solutæ, non proderit, ut præsumatur « titulus obligans in futurum.... Ut titulus emphyteuti- « cus præsumatur ita ut dominus rei teneatur habere pro « vero emphyteuta possessorem, qui annuam pensionem « longo tempore solvit, opus est, ut constet fuisse ab eo « solutam pensionem ex causa Contractus emphyteutici, « adque ut talem a domino fuisse receptam.» Concordão Fragoz. de Regimen. Reip. P. 3. Disp. 9. §. 4. n. 6., Fulgin. in Tit. de Contract. Q. 11. sub n. 2. et 10.

§. 113.

« Dubium vero esse (Pinheir. a n. 47.), utrum quando « hujusmodi causa allegatur, et solum probatur solutas « fuisse illas præstationes, satis per hoc constet fuisse solu- « tas ex tali causa, et ita bene ipsa causa, seu titulus « præsumatur? Negat Salicet., et alii, quos citat Barbos., « Cald., etc. Hac tamen in re distinguendum est. Nam « vel præstationes, quæ probantur fuisse factæ, conveniunt « titulo allegato, vel non: Si conveniunt, ut quia allega- « tur titulus emphyteuticus, et probantur solutiones, seu « præstationes fuisse uniformes (quod est proprium Con- « tractus emphyteutici), tunc bene præsumuntur factæ ra- « tione talis tituli; nam ex qualitate solutionis colligitur « quis Contractus præcesserit... Satis est probare solu- « tionem uniformis pensionis, ut debeat præsumi fuisse « factam ratione tituli emphyteutici... Si autem præsta-

« tiones non conveniant titulo, qui allegatur, ut quia alle-« gatur titulus emphyteuticus, non autem probantur factæ « solutiones uniformes, tunc oportet probare quales fuerint, « factas fuisse ratione talis tituli. Et idem erit si constet « de initio alterius tituli, ut v. g. locationis; nam tunc « ratione illius credentur factæ, nisi probetur factas pos-« tea fuisse ratione tituli allegati. » Conf. Pereir. Dec. 37. sub n. 7.

§. 114.

Quid quanto ao Subemphyteuze.

O mesmo procede, quando qualquer se allega pela presumpção do Direito Subemphyteuta relativamente ao Emphyteuta, como dizem Gam. e os mais citados debaixo do §. 111.; maxime presuppostа a faculdade, que o Emphyteuta tem para Subemphyteuticar e consequentemente poder dar-se Subemphyteuticação presumida assim como expressa (§. 38. et §. 39.): Se bem que contra os originaes Gam. Decis 244. e 297., e Cald. de Renov. Q. 15. n. 27., que nos Prazos Ecclesiasticos admittirão a Subemphyteuticação tacita, declama altamente Pedro Barbosa na L. 2. Cod. de Præscript. a n. 356.: Porém o fundamento mais principal de Barbosa consiste em não poder o Emphyteuta Subemphyteuticar sem consentimento do Senherio; e não poderem concorrer no mesmo sujeito duas presumpções, huma do Subemphyteuze, outra do consentimento necessario para essa Subemphyteuticação, etc. Ora visto o que se expoz §. 39. he menos plausivel o principal fundamento de Barbosa. Bem que no meu Tractado dos Direitos Dominicaes a §. 207. segui a Barbosa: O Leitor escolherá das opiniões a que lhe parecer melhor.

Nota: Na pratica he difficil provar os precisos requisitos (§. 111. 112. 113.) para pela posse decennal se presumir o titulo Emphyteutico, ou Subemphyteutico, porque jámais as prestações se fazem, ou recebem com a certeza e especifica causa, que requerem os DD. e só a uniformidade, com que alguns se satisfazem, he muito indifferente pela possibilidade, bem frequente, de haver hum arrendatario verbal sem titulo, tacitamente prorogado pela mesma

pensão uniforme, e pelo tempo de dez annos: E por tanto só havendo huma prescripção de 30 annos, he a mais segura defeza do Emphyteuta contra a acção do Senhorio; e ainda pelas razões que pondera Pereir. Dec. 37. a n. 7.: Como esta presumpção se exclue, se verá no Cap. 9.

§. 115.

Sendo, como fica prenotado no §. 110., correlativos o Emphyteuta, e o Senhorio; tambem este contra aquelle pode allegar a posse de dez annos em exigir delle huma certa e uniforme pensão como seu Emphyteuta, e como possuidor de tal predio; para presumir o titulo productivo da obrigação no futuro; como da L. 6. ff. de Usur., da L. 1. §. Fin. ff. de Aq. pluv. arcend., da L. si certis annis Cod. de Pact., e da L. 20. Cod. de Agricol. et Censit. Lib. 11., deduzem commummente os DD., com os quaes Dunod. no Tract. das Præscripções P. 3. Cap. 7. pag. 304. ibi:

Vice versa o Senhorio contra o Emphyteuta

« Os Censos, e rendas são direitos incorporaes, como «o dominio: Elles podem por consequencia ser adquiridos « pela prescripção áquelle, a que se tem feito pagamento, « durante hum certo tempo, de huma somma ou de outra « cousa similhante a titulo de Censo, ou renda. Julga-se « commummente, que dez annos bastão; comtanto 1.°, que « a prestação tenha sido uniforme ou na quantidade, ou « na qualidade: 2.°, que tenha sido paga em cada anno, « ou pelo menos em muitas vezes: 3.°, que conste que « ella tem sido realmente paga, e que não se prove sim- « plesmente por presumpção, como quando do pagamento « de tres annos ultimos se induzio dos preteritos: 4.°, « que todos os pagamentos tenhão sido feitos pela mesma « causa, e como por hum titulo expresso e certo, capaz de « produzir direito do Censo, e da renda, e que não seja « combatido pelo Direito Commum, ou por alguma forte « presumpção: E ainda que este titulo não appareça, « elle he comtudo presumido nas circumstancias, que se « vêm de descrever, e elle adquire o direito depois da « posse de dez annos. » Concordão, alem dos citados por

Dunod., Brunneman. na L. 20 Cod. de Agricol. et Censit. n. 5., Menoch de Præsumpt. L. 3. Præs. 131. a n. 59. ad n. 89. (aonde explica magistralmente os ditos requisitos) Castilh. L. 8. Cap. 39. n. 2., et a n. 4., 9. et 32., Luc. ad Gratian. Cap. 208. (aonde muito melhor dilucida os mesmos requisitos), Antonell. de Tempor. Legal. L. 2. Cap. 73., Sabell. §. Dominus n. 15., Mantic. de Tacit. L. 3. Tit. 15. a n. 56.

Nota: Tambem he igualmente difficil a hum Senhorio provar todos estes requisitos para só pela posse de 10 annos poder pretender do Emphyteuta hum reconhecimento, e huma obrigação para o futuro, e por isso a prescripção de 30 annos he o meio mais seguro em falta de Titulo.

SECÇÃO II.

Prescripção do Direito Emphyteutico em favor do Emphyteuta contra o Senhorio; e vice versa deste contra aquelle.

§. 116.

Prescripção do Emphyteuta, relativamente ao Senhorio.

Podemos figurar dois diversos casos. Primeiro: Pedro que não era Senhor de alguns bens, que aliàs erão de João, os empraza a Paulo, e este os possue por esse titulo por espaço de 10 annos entre presentes, e 20 entre absentes, pagando a pensão a Pedro: Neste caso prescreve Paulo com aquelle titulo *a non domino*, e com boa fé contra João verdadeiro proprietario dos bens: De fórma que ainda que João accione, e vença a Pedro, possuidor sem titulo, ou de má fé, sempre Paulo fica com o dominio util, e só varia de Senhorio; porque ficando vencido Pedro sempre fica emphyteuta de João, Pinheir. de Emphyt. Disp. 1. Sect. 2. n. 40., Coccey. Jus Controv. L. 6. Tit. 3. Q. 5., Struv. Exercit. 11. Thes. 64.

§. 117.

Segundo (e o mais frequente): Se Febronio cultiva

terras de Mauricio por espaço de 30 annos, ou, sendo de Igreja, por 40 annos, pagando em todos sem interrupção huma sempre uniforme pensão sem alteração a esse Senhorio Secular ou Ecclesiastico; sendo depois accionado Febronio justamente se protege em qualidade de Emphyteuta com a prescripção de 30, ou 40 annos, em que a boa fé se presume; e neste caso basta allegar o Titulo Emphyteutico presumido, ainda que se não prove com as circumstancias requeridas, quando só se allega a posse de 10 annos (§. 111. et 112); porque independente de outra prova o mesmo tempo longissimo faz presumir o allegado Titulo, Altim. de Nullit. Tom. 4. Q. 18. n. 298., Parex. de Instrum. edit. Tit. 5. Resol. 12. a n. 18. Menoch. L. 3. Præs. 108., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 699., et Tom. 7. For. Cap. 235. n. 66. et 73., Stryk., Vol. 9. Disp. 18. Cap. 2. n. 9., Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 41. Cap. 6. a §. 12., Jul. Capon., Contr. For. 33. a n. 3.

Nota: Nesta prescripção devem concorrer (1.°) O tempo de 30 annos, perfeitamente provado com principio, continuação, e perfeição até o tempo da lide, Bagn. Cap. 28. a n. 100: (2.°) A boa fé, que aliás se presume na longissima prescripção, em quanto a má fé se não convence com evidencia, Dunod. Trait. des Præscriptions. P. 1. Cap. 8. pag. 43, Barbos. in Rubr. Cod. de Præscript. n. 89. et 330.: (3.°) A prestação annual pelo espaço de 30 annos deve ser uniforme sem difformidade, ou variedade, Antonell. de Temp. Leg L. 2. Cap. 72. a n. 23., Cancer. 3. Var. Cap. 1. a n. 24: As circumstancias exclusivas desta prescripção se exporão no Cap. 9.

§ 118.

Prescripção do Senhorio, relativamente ao Emphyteuta

Similhantemente hum Senhorio, que por espaço de 30 annos successivos exigiu do possuidor de alguns predios, e como de possuidor delles, huma certa, e uniforme pensão, prescreve contra elle o direito de a exigir no futuro,

independente de mostrar titulo expresso; porque o tempo o faz presumir, e sem que neste caso seja preciso provar os escrupulosos requisitos, como quando o Senhorio só recorre a posse de 10 annos (ut §. 115.), Menoch. de Præsumpt. L. 3. Præs. 131. a n. 51., Castilh. L. 8. Cap. 39. n. 8. et n. 33., Antonell. de Temp. Legal. L. 2. Cap. 73. n. 8., Domat. Loix Civil L. 3. Tit. 7. no Prefac. Sect. 4., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 10., et L. 3. Tit. 5. Art. 2. §. 37., Richer. Jurisprud. Univ. Tom. 4. §. 115., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Var. Caducit. Q. 11. n. 5., et de Contract. Q. 26. a n. 19., Barbos. in L. 2. Cod. de Præscript. n. 212. et 213., Altimar. ad Rovit. L. 3. Obs. 30. n. 6. et 7., optime Jul. Capon, Controv. For. 33. a n. 3., Card. de Luc. de Usur. Discurs. 38. n. 15., et de Censibus Discurs. 43. n. 2.

CAPITULO IX.

De que natureza, se Emphyteuticas, se Censuarias, se Colonicas se devão presumir as pensões, que se pagão sem duvida por posse antiga e de que não apparece Titulo expresso.

§. 119.

Nesta dúvida, em falta de titulo original, assentão abstractamente muitos DD. que a pensão se presume Censuaria por ser onus mais leve, e não Emphyteutica, ou de Colonia, Peg. Tom 10. ad Ord. Cap. 4. a n. 4., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 9. n. 14., et For. Q. 80. a n. 12, Idem Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 352, et a n. 1001., 1003., Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 59. in pr. n. 107., optime Altim. ad Rovit. L. 3. Obs. 14. a n. 1., Rot. in Mantiss. ad Luc. L. 4. Dec. 9. n. 1., em contrario Barbos. na L. 2. Cod. de Præscript. n. 354.: Porém a 1.ª opinião, ainda que *in abstracto*, he mais seguida; circumstancias occorrentes podem fazella cessar para se conjecturar ou Emphyteuze, ou Censo, ou Arrendamento, como passo a detalhar.

SECÇÃO I.

Circumstancias pelas quaes se deve presumir a natureza emphyteutica. E presumida esta, de que especie se deva presumir o Prazo, se de vidas e nomeação, se fateozim.

§. 120.

Conjecturas, e presumpções do emphyteuse.

Já vimos a §. 73. que no duvidoso do Contracto expresso se deve julgar emphyteutico (1.°) pela denominação de Emphyteuse; a que accrescento, Altim. ad Rovit. L. 3. Cons. 14. n. 7., Menoch. L. 3. Præs. 105 n. 1., Nigr. de Laudem. L. 1. Q. 21. Art. 1. n. 39. et 40.: (2.°) se ha convenção de Laudemios; ou em falta de convenção, e das alienações de taes predios se costumão pagar, Altim. supra n. 8., Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 3. n. 15., Luc. de Emphyt. Disc. 38. sub n. 8., Fulgin. in Prælud. Q. 8. n. 19. et 25., Roderic. de Reddit. L. 2. Q. 22. n. 59.: (3.°) quando se convencionou a prohibição da alienação, e no caso della a opção e prelação do Senhorio, Altimar. supra n. 9.; ou, em falta de Contracto, se mostra ser esse o costume de pedir para as alienações a licença do Senhorio, Luc. supra sub n. 8., Fulgin. n. 18.: (4.°) se tem havido algum reconhecimento do Emphyteuta, em que declarasse possuir por titulo de Prazo, Luc. supra: (5.°) se consta serem incultos os bens, quando se derão ao Agricultor, Altim. n. 10.: (6.°) se em falta de Titulo de Prazo, constar *aliundé*, que o Senhorio, a que se paga a pensão, ou algum seu Antecessor foi em outro tempo pleno proprietario do predio, de que elle se paga, ainda que este antigo dominio só se prove conjecturalmente, neste caso se presume emphyteutica e não censuaria essa pensão, Altimar supra n. 12.; sentit Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 32. sub n. 35., Roderic. de Annuis Redditib. L. 2. Q. 22. a n. 64., optime Barbos. na L. 2. Cod. de Præscript. n 349. et 350.

§. 121.

7.° A qualidade da pensão faz conjecturar qual foi o Contracto original constitutivo della, Barbos, supr.n a 240. 241., Peg. 2. For. Cap. 11. pag. 846 .Col. 2., Pinheir. de Emphyt. Disp. 1. Sect. 6. n. 48.; signanter Zerol. in Prax. Episcop. P. 2. verbo = Census = Leizer. Jus. Georg. L. 1. Cap. 15. n. 72.: Não se costumárão jámais neste Reino (que eu saiba) Censos de Aves, Marrans, Cabritos, etc., e similhantes foragens se notão geralmente impostas só nos Prazos, e algumas vezes nos Arrendamentos: Se pois esta especie de foragens, além do pão, ou trigo, se vem pagas pelo Foreiro de tempo antigo, he bem conjecturavel, que se pagão a Titulo de Prazo, e não de Censo.

§. 122.

8.° Se na Provincia forem mais frequentes os Contractos Emphyteuticos, e menos frequentes os Consensuarios, se presumem emphyteuticas as pensões, de que não apparece Titulo da sua constituição, Roderic. supra n. 63, Barbos. supra n. 352. 353., Valasc. Q. 32 sub n. 35. vers. = Item si in Provincia = Pacion. de Locat. Cap. 3. n. 65., Fulgin. in Prælud. Q. 8. n. 17.

§. 123.

9.° Se consta, que todas as mais pensões, que outros no mesmo Continente pagão ao Senhorio são por Titulos Emphyteuticos; da mesma natureza se presumem as de que se duvida, Fulgin. supra sub n. 16., Peg. 3. For. Cap. 28. sub n. 351., Mantic. Dec. 17., Luc. de Feud. Disc. 35. n. 6., Tondut. Civil. Cap. 181. n. 6.

Nota: O Emphyteuse foi conhecido no Direito Romano (§. 7.), os Censos não; e só forão inventados por costume approvado pelo Direito Canonico, Stryk. Us. mod. L. 22. Tit. 1. §. 38., Cens. de Censib. Q. 5.: Principiárão em algumas Provincias da Alemanha por costumes, e suscitando-se duvida sobre o licito, ou usurario delles, o Papa Martinho V. foi o primeiro, que pelos annos de 1423 os approvou de-

baixo de certas condições; e depois Calisto III. os confirmou pelos annos de 1455, como se vê nas suas Constituições, debaixo do Tit. de Empt. et Vendit. inter Extravag. Commun : Ora estas Extravagantes só se incorporárão no Corpo do Direito Canonico, e fizerão universalmente publicas no fim do Seculo XV., Van-Espen. Tom. 8. Dissert. in Jus Canon. Noviss. et Dissert., In Extravag. Joann. XXII. §. unic. He por tanto verosimil, que só depois da sua universal Incorporação no Direito Canonico passárão a este Reino esses costumes da Allemanha, approvados naquellas constituições: A 1.ª Lei, que temos a respeito dos Censos he a de 13 de Dezembro de 1614, que suppõe já praticados neste Reino os Censos, e com usura: Sabe-se sem dúvida, que já antes daquellas Constituições de Martinho e Calixto, e antes da sua incorporação no Corpo do Direito Canonico, já as Ordens, Mosteiros, e Cathedraes deste Reino, e outros Grandes erão opulentissimos, e senhores da maior parte das Terras: Basta vêr a L. de D. Dinis da era de 1329: Se pois hoje se paga, e de tempo immemorial alguma pensão a estas Ordens, Mosteiros, etc., e não apparece o Titulo original, necessariamente se ha de attribuir ao primordial Titulo Emphyteutico (que já então se praticava neste Reino, ut §. 3. 4. e 5.), e não a Censo, que só muito depois foi inventado, e praticado neste Reino.

§. 124.

De que especie se devão julgar os Prazos assim presumidos?

Quando em falta de Titulo, se prova o Emphyteuze pela Presumpção, ou Prescripção, varião notavelmente os nossos Reinicolas sobre qual se deve presumir a sua natureza: Huns presumem ser fateozim hereditario o Prazo, de que não apparece a investidura, como onus menor, e mais favoravel ao Emphyteuta, França ad Mend. Ar. 38. sub n. 14., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 374. 376., Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 19. n. 3.: Outros o presumem de vidas por ser neste Reino mais frequente o Prazo de vidas, que o fateozim, Peg. 2. For. Cap. 9. n. 185. et

3. For. Cap. 28. n. 385., Pereir. Dec. 37. n. 11., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 1. n. 12.; Outros, aproximando-se mais á razão, dizem, que o de que não apparece a Investidura, se deve presumir da identica natureza dos mais Prazos do mesmo Senhorio, de que apparecem outras Investiduras, Arouc. All. 50. n. 23., Cald. de Potest. elig. Cap. 6. n. 4. et 27., França ad Mendez. Ar. 33. n. 4., Reinos. Obs. 15. n. 6. et 7., Barbos in L. 2. Cod. de Præscript. n. 227.: Outros distinguem os casos de constar serem ao principio incultas as terras, ou serem já cultivadas: No 1.º presumem fateozim o Prazo; no 2.º de vidas, Pereir. Dec. 37. n. 11., Pinheir. de Emphyteus. Disp 1. Sect. 2. n. 54., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 23, §. 1. n. 56, et 58.: Outros sendo Ecclesiastico o Prazo, o presumem de vidas, Fragoz. supra n. 4., Pinheir. n. 55.: Videndus ad omnia Menoch. de Præsumpt. L. 3 præs. 109.

Nota: Eu no meio destas opiniões recorreria a observancia praticada a respeito do mesmo Prazo, que he o objecto da disputa: Se visse hum Prazo, de que não apparece a Investidura; sempre regulado por nomeação, conservado indiviso ainda por estimação (á excepção dos casos da Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22.), e succedendo-se nelle, como nos mais Prazos de vidas; o julgaria desta natureza: Pelo contrario, se o visse sempre regulado, e observado, como fateozim hereditario, partindo-se entre Coherdeiros por glebas, ou estimação; o julgaria fateozim: Isto pelos admiraveis effeitos da observancia, de quibus Arouc. All. 60., Castilh. L. 5. Cap. 93. §. 7.: E quando o julgasse de vidas, declararia 3.ª vida o actual possuidor, ex aliis, cum quibus Silv. ad Ord. L. 4. Tit 23. §. 1. n. 58.; mas com a declaração, de qua Pereir. Dec. 37. n. 11.: Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 183. pag. 636. 637.; Bem que, se os Pais e Avôs tiverem possuido por 80 ou 90 annos, eu julgaria extinctas as vidas, regulando cada vida a 30 annos com Valasc. Cons. 93. n. 7., Luc. de Feud. Disc. 133. a n. 22.

SECÇÃO II.

Circumstancias para se conjecturar Censuaria a pensão, de que não apparece Titulo: E se se deve presumir perpetuo, ou remivel o Censo.

§. 125.

Presumpções de Censo

Quando apparece Titulo, mas duvidoso, já vimos a §. 77. varias hypotheses, em que se deve julgar Censo: E em falta de Titulo, então se presume Censo: (1.°) Se consta por legitimos Titulos do dominio daquelle, que paga o Foro, e não consta que elle alienasse esses bens com o dominio delles áquelle a quem paga o Foro, neste caso se presume Censo, e não Prazo, Valasc. Q. 32. sub n. 35. vers. quam opinionem = Barbos. na L. 2. Cod. de Pæscript. n. 351., Roderic., de Reddit. L. 2. Cap. 22. n. 64.: (2.°) Se consta, que os bens, de que se pagava o Foro sempre se costumarão dividir, e alienar livremente sem licença do Senhorio, e sem se lhe pagar Laudemio, facilmente se presumem Censuarios, e não Emphyteuticos, Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 352. ad 361., Luc. de Emphyt. Disc. 34. sub n. 3.: Idem Luca in Mantiss. Decision L. 4. Decis. 9. tot.: (3.°) Se na Região são mais frequentes os Censos, e menos os Prazos (§ 122.): (5.°) Em dúvida quando circumstancias mais forçosas não prevalescem para se presumir o Emphyteuse (§. 119.)

§. 126.

Se se deve presumir perpetuo, ou remivel.

Por ser mais favoravel o Censo remivel, do que o perpetuo, muitos DD. propendem para que aquelle, de que não apparece o Titulo, se presuma remivel, Pinheir. de Cens. Disp. 1. Sect. 1. n. 5. no fim; Guerreir. For. Q. 80. n. 36., Card. de Luc. in Matiss. L. 4. Dec. 9. n. 11. (que he a mesma post Constantin. ad Statut. Urb. Dec. 67. n. 12.), Roderic. de Reddit. L. 1. Q. 15. n. 38. et 48., Dunod. Trait. des Prescript. L. 3. Cod. 7. pag. 304. vers. = on demande = Altimar. Tom 4. Q. 18. n. 390.:

Outros pelo contrario, e que o Censo se presume perpetuo, e irremivel, como com boas razões provão Felician. de Censib. L. 2. Cap. 5. no fim, Avondan. de Censib. Cap. 18. n. 5., Castr. Palao Tom. 7. de Justit. Tract. 33. Disp. 6. punct. 7. sub. n. 10., Luc. de Consibus Disc. 43. n. 3., Duard. de Censib. in Proem. Q. 19., Cens. de Censib. post Tract. Decis. 394., Covarruv. L. 3., Var. Cap. 10. sub n. 5. adde Rot. post Salgad. in Labyr. Decis. 122. a n. 6.: Outros recorrem ao costume da Região, outros ao preço da constituição do Censo (se delle consta) Altim. supra n. 392., 393.; porque o preço do remivel he, e deve ser menor, que o do perpetuo, Molin. de Just. Disp. 385.: Tu cogita, et meliora sequere.

SECÇÃO III.

Circumstancias para se presumir Colonica a pensão, de cujo Titulo não consta.

§. 127.

Já vimos a §. 73. como se deva interpretrar o duvidoso de hum Contracto, quando as suas clausulas o fazem susceptivel de interpretração de Prazo, ou de Arrendamento: Resta aqui, em falta de Titulo, indagar quando a posse actual de algum Colono, que se diga Emphyteuta, ou subemphyteuta presumido, se deva presumir, e julgar por Titulo de Colonia; que neste Reino he imprescriptivel, ex Pereir. Dec. 37. n. 6., Cald. de Renov. Q. 15. n. 16. et 17., Peg. 3. For. Cap. 28. sub n. 119. et 131., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 23. §. 1. n. 51.; *maxime* depois do Alvar. de 3 de Novembro de 1757: As circumstancias pois mais frequentes para se presumir o Titulo de Colonia são estas.

Colonia neste Reino imprescriptivel.

§. 128.

Circumstancias que fazem presumir Colonia.

Primeira: Se consta legitimamente, que há nos antigos tempos os predios de que se tractar, se possuião por Arrendamento, e que os actuaes possuidores são herdei-

ros, ou successores desses Arrendatarios; e consta, que huns, e outros sempre pagarão essa antiga pensão, esse antigo Arrendamento se presume tacitamente renovado de anno em anno; e que huns e outros sempre possuirão pelo mesmo Titulo, em quanto se não mostra, que por diverso mudarão a Causa de possuir, nem introverterão a posse Civil do Senhorio, Cancer. 1.° Var. Cap. 14. n 95. et 96., Barbos. na L. 2. Cod. de Præscript. a n. 310., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 23. §. 1. n. 48. et 50., *optime* Dunot. Trait. des Prescriptions. P. 1. Cap. 18 pag. 49. Conduz Stryk. Us. mod. L. 19. Tit. 2. §. 44.

1.ª Hum Arrendament antigo.

§. 129.

Segunda: Assim como hum Emprazamento expresso, e que apparece, cujas vidas estavão extinctas, se presume renovado, quando depois de extinctas as primeiras vidas se tem pago por 20, ou 30 annos huma pensão maior, que a antiga, ainda que não appareça o Titulo da renovação, Peg. 2. For. Cap. 9. n. 183. 187. 188., França ad Mend. Ar. 3. n. 72.; e a variedade da actual pensão relativamente a antiga faz presumir novo Contracto, Cancer. supra sub n. 96., Silv. n. 49. Antonell. de Temp. Legal. L. 2. Cap. 35. sub n. 29.: Da mesma forma se deve presumir renovado hum Arrendamento antigo, que apparece; vendo-se hoje, que se paga pelo possuidor huma pensão alterada, ainda que não appareça a sua renovação, Barbos. na L. 2. Cod. de Præscriptis n. 328. 329., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 343. 348. 351.

2.ª Ainda q se veja alterada a pensão dell

§. 130.

Terceira: Se os mais predios do Senhorio nesse Continente se possuem por outros Colonos com expressos titulos de arrendamentos, da mesma natureza se presumem as pensões, que outros em menos numero pagão, e de que não apparecem Titulos, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 351., Card. de Luc. de Feud. Disc. 35. n. 6.: Da mesma forma que, se os mais são Emphyteuticos, se presumem todos da mesma natureza, Furgol. Trait. de la Seigneur. Feud. Cap. 16.)

3.ª Se os ma predios do Senhorio são dados d'Arrendamen

§. 131.

4.ª Se a pensão he grande.

Quarta: Se a pensão, que o Colono paga he grande correspondente aos fructos, e mais propria de Arrendamento, do que de Prazo (em que commummente a pensão he modica), se presume a Colonia, *maxime* concurrendo outras conjecturas, Barbos. supra n. 324., Pereir. Dec. 37. n. 10., Silv. a Ord. L. 4. Tit. 23. § 1. n. 53: *sed vide* Pacion. de Locat. Cap. 3. a n. 18., Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 2. n. 9.

§. 132.

5.ª Se os bens são de Morgado.

Quinta; Se os bens, de que a pensão se paga, são de Morgado, se presume Colonia; a menos que se não verifique huma posse immemorial, que os presuma validamente emprazados com Regia Faculdade, ex Peg. Tom. 10., ad Ord. Cap. 21. n. 84.; ou que os presuma emprazados antes da Instituição do Vinculo, e vinculado só o dominio directo, ex França ad Mend. Ar. 3. a n. 54., Peg. 7. For Cap. 225. a n. 99.: vid. Barbos. in L. 2. Cod. de, Præscript. a n. 405.

§. 133.

6.ª Se he Emphyteuta aquelle a que o Colono paga pensão.

Sexta: Seguida a opinião, de que o Emphyteuta não póde subemphyteuticar sem licença do Senhorio (§. 37.); e seguida a de Barbos. na L. 2. Cod. de Præscript. a n. 356. (contra os originaes Gama, e Caldas, que não póde dar-se Subemphyteuze presumido ut §. 114.) he facil de julgar, que aquelle, que se defende com o Subemphyteuze presumido, se deve reputar Colono simples, como se vê julgado em Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 337.

Nota: Se hum Colono de terras, que possuia por Colonia as vendeo a terceiro, introvertendo a posse do Senhorio, e este terceiro sem Titulo de Locação as possuia, por tempo longissimo pagando ao Senhorio pensão uniforme, não lhe obsta para ser expulso o Titulo de Colonia do Colono antecessor, e vendedor, ainda que esse Titulo appaerça: Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 699. ad n. 706.: Confira-se Barbos. na L. 2 Cod. de Præscript. a n. 251. cum seqq:

Veja-se tambem Peg. Tom. 7. For. Cap. 235. a n. 12. ad 31. et a n. 49. et 51. ad n. 75. aonde, que os Titulos de Arrendamentos feitos a alguns antigos, não prejudicão aos actuaes possuidores, quando se não prova que estes sejão succéssores desses antigos Colonos.

FIM DA PRIMEIRA PARTE.

SEGUNDA PARTE.

SUCCESSÕES NO DIREITO EMPHYTEUTICO.

1.° Pelo facto da Lei, isto he, Successão ab intestato.

2.° Pelo facto do Homem, isto he, por Disposições de ultima vontade, e Actos entre vivos.

DIREITO DAS SUCCESSÕES NOS PRAZOS.

SECÇÃO I.

CAPITULO I.

Ordem da Successão nos Prazos ab intestato pela disposição das Leis.

Analyze da Ord. L. 4. Tit. 36. §. 2. e 4.

§. 134.

Prenoções geraes.

Devemos considerar a Successão ab intestato nos Prazos debaixo de dois pontos de vista; ou quando o Emphyteuta falecido era primeira, ou segunda vida, ou quando era terceira vida, e depois da sua morte só restava o Direito da renovação (nos casos em que os Senhorios são obrigados de justiça a concedella, e se exporão no Cap. I. da Part. VI)

§. 135.

Intelligencia da Ord L. 4 Tit 36. § 2.

Segundo a Jurisprudencia da Ord. L. 4. T. 36. §. 2. «finando-se o Foreiro ab intestato, não nomeando alguma «pessoa ao foro, e sem herdeiro descendente, ou ascen«dente fique o foro devoluto ao Senhorio, etc.» Na Praxe recebia esta Ordenação duas intelligencias: (1.ª), que

só procedia nos Prazos de Nomeação livre, como dava idéa o Principio da mesma Ord. ibi. « Tomando alguma « pessoa possessão algumá de foro para si, e certas pes- « soas depois elle, convém á saber huma qual elle nomear, « e aquella por elle nomeada que possa nomear outra, e « assim dahi em diante. » E não procedia nos Prazos Familiares, caso, em que ainda sendo 1.ª, ou 2.ª Vida o Emphyteuta falecido sem nomear, se não devolvia o Prazo ao Senhorio, mas passava á Familia contemplada no Emprazamento: Peg. 3. For. Cap. 28. n 497 504. et a n. 615, Villa Diss. 16. n. 45.: (2ª), que a mesma Ord. só procedia, quando o Emphyteuta era 1.ª, ou 2.ª Vida; e não quando 3.ª, caso em que depois da sua morte restava o direito da renovação; porque neste caso, cessando a mesma Ordenação, falecendo o Emphyteuta sem nomear, se deferia o Direito de pedir a renovação ao Consanguineo mais proximo., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. § 2. n. 2., Repertor. sub Verbo. = Bens emprazados de Nomeação, etc. Et sub Verbo. = Foreiro, que tomou o foro para si, etc., Peg., 3. For. Cap. 28. a n. 43. et 52. 488. 489. 617., Villa Diss. 16. n. 45., Pinheir. Disp. 7. Sect. 2. a n. 35., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 3. a n. 15.

Procedia em Prazos de Nomeação Livre em 1.ª ou 2.ª Vida.

Não nos Familiares.

Não procedia nos de Nomeação, quando em 3.ª Vida.

§. 136.

Tal era a Jurisprudencia da dita Ord., tal a sua intelligencia pratica: Mas a Lei de 9 de Setembro de 1769, §. 26. na bem expressa intelligencia de proceder a dita Ord. quando o Emphyteuta falecido ab intestato, sem descendentes, ou ascendentes estava na primeira, ou segunda vida; mandou « que o mesmo, que a sobredita « Ordenação determinava a favor dos Descendentes, e As- « cendentes não nomeados, se observe da mesma sorte a « favor dos herdeiros transversaes *ab intestato*, em quanto « os houver; e que só nos casos, em que os ditos Emphy- « teutas falecidos sem nomear não deixarem parentes até « o quarto grão inclusivamente (contado conforme o Di- « reito Canonico) se devolvão então os Prazos aos Senho- « rios directos, sendo aptos, e fiquem nelles a seu favor

Que amplion a Lei de 9 de Setembro de 1769 § 26 e em que ficou subsistindo a Ord. com a sua intelligencia?

«consolidados ambos os dois dominios. O que se obser-«vará ficando aliás em tudo o mais a dita Ordenação «sempre em seu vigor.»

§. 137.

Do mesmo.

De forma que 1.°, esta Lei só foi ampliatoria da dita Ordenação, ampliando aos Transversaes incluidos no 4.° gráo o favor, que a Ord. concedia aos Descendentes e Ascendentes do Emphyteuta falecido sem nomear: Mas 2.°, por isso mesmo, que a dita Ord. só procedia nos Prazos de simples nomeação, e não nos Familiares (§. 135): Segue-se, que nestes falecendo o Emphyteuta 1.ª, ou 2.ª Vida, ainda sem parentes no 4.° gráo, mas com outros em ulterior gráo, da familia contemplada, e chamada no Emprazamento; ainda depois desta Lei se não hão de devolver taes Prazos aos Senhorios; assim como, quando era estricta a dita Ordenação á falta de Descendentes, e Ascendentes, e o Emphyteuta, não os deixando, falecia sem nomear, se não devolvia o Prazo ao Senhorio: Segue-se 3.°, que como a dita Ord. (assim entendida na nova Lei) só procedia quando o Emphyteuta era 1.ª, e 2.ª Vida, e não quando 3.ª, e restava na sua morte o direito da renovação (§. 135.); Da mesma forma depois da dita Lei sendo 3.ª Vida o Emphyteuta, o Prazo se não devolve e consolida, ainda que delle não fiquem parentes em 4.°, mas só em ulteriores gráos: Porque não comprehendendo a Ord. nem a Lei o caso de falecer o Emphyteuta em 3.ª Vida; succedem os Consanguinios *ab intestato*, não digo até o 10. gráo Civil, na forma da Ord. L. 4. Tit. 94. junta a do L. 2. Tit. 26. §. 17.; mas até o millessimo gráo; porque aquella Ord. só procede nos bens allodiaes, Portug. de Donat. L. 3. Cap. 21. et Cap. 22. n. 95. *signanter* Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 5. Cap. 2.

Depois da 3.ª Vida succedem os Consanguineos *ab intestato* na Renovação.

§. 138.

A natureza do Prazo findo se regula pela da duração das Vidas.

Regula-se a natureza do Prazo em 3.ª Vida, ou extincto pela providencia, que tinha na duração das vidas, Cordeir. Dub. 38. n. 35., Pereir. Dec. 128. n. 4., Peg. Tom. 14. ad. Ord. L. 1. Tit. 88. n. 73. et Tom. 3. For.

Cap 28. n. 950., Phæb. Dec. 160. a n. 34., Card. de Luc. de Emphyteus. Disc. 3. a n. 15. et in Summ. a n. 14.: E portanto:

§. 139.

1.ª Regra geral: Na morte do Emphyteuta 1.ª ou 2.ª Vida se deve regular a succes.são pela Investidura, e vocação das Pessoas para 2.ª, e 3.ª: se o Prazo he Familiar, que em falta de filhos dos Emphyteutas chama para 2.ª, ou 3.ª o parente mais proximo da Linha, e geração donde provém o Prazo, ou simplesmente hum parente da Linha, e geração donde elle provém; e deve succeder nesta fórma: Na mesma Linha havendo muitos o mais proximo; havendo-os em igualdade de grão, mas diversidade de sexo, o varão, ainda que mais novo, que a femea: E em igualdade de grão, e de sexo o mais velho em idade; isto *ad instar* da ordem da succes.são dos Morgados, ex DD. cum quibus Guerreir. For. 2. L. 4. Cap. 7. a n. 46.: Porque na succes.são das cousas individuas se succede *ad instar* dos Morgados, Solan. Cog. 1. a n. 68.: Só com a differença, de que na succes.são dos Prazos se não dá o direito da representação, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 56.

Na duração das Vidas se o Prazo he Familiar succede o mais proximo da Familia.

§. 140.

2.ª Regra geral: Sendo o Prazo de Nomeação livre, ou mixto, na forma que fica exposto no §. 107. Formul. 3.ª, e 4.ª, e 5.ª: succede o Consanguineo mais proximo ao Emphyteuta (ainda fallo da 1.ª, ou 2.ª Vida) ainda que não seja da Linha donde provém o prazo, Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 478. et 559.

Se de Nomeação succede o parente mais proximo do Emphyteuta.

§. 141.

3.ª Regra geral: Falecendo o Emphyteuta em 3.ª Vida; e sendo Familiar o Prazo: Como o Prazo extincto se regula pela providencia, que tinha na duração das vidas (§. 138): segue-se, que só póde succeder no Direito da Renovação aquella Pessoa, em que concorrem as qualidades para succeder na duração das vidas, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 44. 51. 65., et 6. For. Cap. 129. n. 26., Pereir. Dec. 128. n. 4., Pinheir. de Emphyt. Disp. 7. Sect. 2. n. 14.: E assim entre muitos, pela or-

No direito da renovação do Prazo familiar, só póde succeder qualificada para succeder na duração das Vidas

Nos de Nomeação, qualquer parente mais proximo

dem acima exposta (§. 139.); E sendo de Nomeação, ou mixto o Prazo, se regula segundo a ordem do Successorio Edicto, isto he deferindo-se ao parente mais proximo, agnado, ou cognado, conforme as prerogativas do gráo, sexo, e idade, Peg. 3. For. Cap. 28 n. 43. 52., et a n. 488. 489. 617., Pinheir. Disp. 7. Sect. 2. n. 35., Idem Peg. 2. For. Cap. 9. n. 559.: Não ha porém representação no Direito de pedir renovação, Repertor. sub verbo=Neto succede no Prazo do Avô=etc. et sub verbo=Filho precede ao Neto na successão do Foro.=

Não ha aqui Direito de representação

§. 142.

Póde o Sucessor repudiar a herança *ab intestato*, e acceitar só a successão do Prazo de Vidas.

Para o Consanguineo (com as ditas differenças) succeder no Prazo durante as vidas, ou no direito da Renovação não he necessario, que seja Herdeiro do Emphyteuta fallecido, e póde renunciar a sua herança, acceitando só o Prazo de vidas (*aliter* o fateozim hereditario, ou mixto), Peg. Tom. 14. ad Ord. L. 1. Tit. 88. n 73. 87. 89. et 102., Cordeir. Dub. 38. a n. 41., Pinheir. de Emphyteus. Disp. 7. Sect. 2. n. 22., Repertor. sub. verbo=Neto succede=etc., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. in pr. n. 35. et §. 2. n. 19.

Prenotados estes solidos Principios passemos a expor por gradação a ordem desta successão *ab intestato*, ou seja na duração das vidas, ou no direito da Renovação

PRIMEIRA ORDEM.

SECÇÃO I.

Filhos Legitimos.

§ 143.

A Ord. L. 4. Tit. 36. §. 2. he em si bem clara, em quanto regula a Ordem da Successão dos Prazos entre Descendentes, e Ascendentes; mas ainda deixa lugar a muitas dúvidas práticas, e occurrentes, quaes são.

O natural mais velho prefere o legitimo mais novo do Paterno

Primeira dúvida: Figure-se hum Pai plebeo tendo hum filho Varão natural; casando depois, e tendo do matrimonio Varões legitimos mais novos; qual deverá

succeder, se o natural mais velho, se o legitimo mais novo? Em favor do natural, está 1.° a Ord. L. 4. Tit. 92. dizendo: « Se o Pai for peão succeder-lhe-hão, e virão *a sua herança* (os naturaes) igualmente com os legitimos, se os o Pai tiver: E não havendo filhos legitimos « herdarão os naturaes todos os bens, e herança de seu « Pai: » De forma que, como discorre Cordeir. Dub. 11. o Legislador reduzia ao estado do Direito Natural, (que não conhece differença entre os filhos legitimos, e illegitimos) os filhos naturaes do Peão. Razões em favor do natural mais velho.

Nota: Se bem que aqui errou Cordeiro, porque a Ordem, que se observa para as successões, he tirada dos Principios do Direito Civil, e não dos do Natural: A partilha dos bens, as Leis, que á regulão, a successão, etc. todas estas cousas não tem podido ser determinadas mais que pela sociedade, e por consequencia pelas Leis Civis, Introd. ao Cod. da Russ. Art. 18. a §. 387., Montesq. Espirit. das Leis L. 26. Cap 6. Stryk. de Succession. ab intestat. Diss. 1. Cap. 1.

§. 144.

Em favor do Natural está 2.° esta razão: A mesma Ord. L. 4. Tit. 36. §. 4. habilita o natural do Nobre para succeder no prazo ao Pai, excluido o Avô, quando aliás o filho do Nobre não succede na herança do Pai: Logo he necessario dizer, que para o natural do Nobre succeder ao Pai na herança he necessaria Dispensa, e não para a successão do Prazo: Logo o Natural do peão, que he absolutamente legitimado pela Lei sem differença dos legitimos para succeder na herança, *a fortiori* no Prazo; e sendo mais velho, exclue o legitimo mais novo. Segunda razão

§. 145.

Está 3.°, a successão dos Filhos nos prazos, quando os Pais morrem sem nomear, he fundada na tacita vocação do Senhorio, ou na tacita vontade do Paí conforme a variedade de opiniões, que a este respeito põe Cordeir Dub. 23.: *Si prius*, não se deve presumir que o Senho- Outra razão

rio cogitou mais dos legitimos, que dos illegitimos; mas só que teve as vistas na sua pensão, e Direitos dominicaes sem affeição mais a huns que a outros, ex Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 153.: E consequentemente dos filhos do Emphyteuta he o bastardo mais velho successivel com exclusão do legitimo mais novo, porque tanto hum como o outro he capaz de encher os votos do Senhorio: *Si secundum*, os naturaes não se prezumem menos amados dos Pais, que os reconhecem seus, que os legitimos, como com o exemplo de Abrahão discorre Peg. de Maiorat. Cap. 21. a n. 45 : Logo, na falta de nomeação paterna, não ha motivo para que não prefira o natural mais velho; pois não lhe resistem as presumidas affeições do Senhorio, ou do Pai: E parece que tambem não a **Lei**, que no dito Tit. 92. equipara sem differença para as successões os naturaes, e os legitimos.

Nota: Seguido este Discurso a §. 143. seria facil entender, que o §. 2. do dito Tit. 36. só menciona filho legitimo enunciativa, e não dispositivamente, e só em differença dos naturaes de Nobre, e dos espurios, de que vai fallar no §. 4.; mas não para excluir o natural mais velho do peão; porque pareceria a dita Ord antinomica com o Tit 92.

§. 146.

Razões em favor do filho legitimo mais novo

Porém em favor do filho Legitimo mais novo estão estas rasões: 1.° A Ord. L. 4. Tit. 36. §. 2. tractando da Ordem da Successão *ab intestato* exige no filho a qualidade de Legitimo, *ut ibi*=algum filho Legitimo.=E esta inclusão dos legitimos, sendo exclusão dos naturaes, ex Peg. de Maior. Cap. 9. a n. 8. et 15., parece, que no concurso de hum natural de peão mais velho, e hum legitimo mais novo, só admitte este, excluindo aquelle: 2.° O §. 4. do dito Tit. 36., só defere ao natural do Nobre o Prazo, não havendo descendente legitimo por morte do Foreiro, posto que haja ascendente legitimo: Logo só na falta de legitimo he admittido o natural, e só o natural he o que póde excluir o Ascendente.

§. 147.

Sobre isto 3.° a Ord. L. 4. Tit. 92. só admitte os naturaes com os legitimos na partilha dos bens hereditarios, em que consiste a herança, *ut ibi* = virão á sua herança igualmente com os legitimos se os o Pai tiver. = Ora estes Prazos de vidas sim se connumerão entre bens do Defuncto, Peg. de Maior. Cap. 4. a n. 100., et Tom. 3. For. Cap. 28. n. 271., mas não são hereditarios, nem se connumerão na herança dos Emphyteutas (DD. citados §. 142.): Logo mysteriosamente continúa a dita Ord. dizendo. « E não havendo filhos legitimos herdarão os na« turaes todos os bens, e herança de seu Pai. » De fórma, que em concurso dos Irmãos legitimos os admitta igualmente á herança, isto he, a tudo que são bens hereditarios; e só na falta total dos legitimos he que permittia aos naturaes herdarem todos os bens (em que se comprehendem Prazos de vidas), e herança, isto he, os allodiaes: Póde plausivelmente dizer-se, que a Ord. L. 4. Tit. 36., que deo em particular a Ordem da Successão *ab intestato* nos Prazos, he huma limitação da Lei geral a Ord. L. 4. Tit. 92., Moraes de Execut. L. 1. Cap. 4. n. 3., Boehmer. ad Jus. ff. L. 1. Tit. 1. §. 6. n. 4.

§. 148.

Concorrem tambem em favor do legitimo mais novo estas razões de congruencia: 1.ª Não ser verosimil, que o Senhorio directo cogitasse de prole illegitima, mas *a magis communitèr accidentibus* da legitima, como pondera Cordeir. Dub. 25. sub. n. 16. 17. 27. 28.: 2.ª Do contrario se seguiria, que tendo hum Nobre filhos naturaes, e legitimos, e fallecendo sem nomear, succederia o natural mais velho, com exclusão do legitimo mais novo, o que seria absurdo, Cordeir. Dub. 25. a n. 24.: 3.ª Os legitimos sempre forão mais favorecidos na prestação de alimentos, que os naturaes, Bagn. Cap. 9. n. 120., Peg. de Spur. Cap. 1. sub n. 26.: E que muito a Lei conceda ao legitimo mais novo esta prerogativa de succeder *ab intestato* no Prazo, com exclusão do natural mais velho? ***Tu cogita, et meliora sequere.***

Nota: neste sentido he que se deve entender Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. n. 125. nestas palavras: « Cum sermo sit de emphyteusi, in qua unus tantum « succedere debeat, merito Legitimos præfertur natu- « rali, illumque excludit. » E em quanto Pinheiro ahi admitte os Filhos do peão em concurso dos legitimos, só póde entender-se na Concessão *pro filiis*, quando o Prazo he fateosim hereditario.

§. 149.

Quando do primeiro parto nascem dois gemellos.

Segunda Duvida: *Quid*, se nascem do primeiro parto dois Gemellos, e se não assignala o primeiro nascido, ficando sempre em incerteza? Veja-se o meu Tractado dos Morgados Cap. 11. §. 3. e 4.

§. 150.

Se o filho Clerigo mais velho succede.

Terceira Duvida: Se o filho Clerigo, sendo mais velho, succede no prazo com exclusão do Leigo mais novo, quando a Investidura contém a clausula, que não poderá succeder, nem nomear-se pessoa de maior qualidade, e condição, que a delles emphyteutas? Respondo 1.°, que esta clausula só comprehende, e prohibe a Successão do mais poderoso, por via de nomeação, e não pela disposição da Lei, Cald. de Potest. elig Cap. 1.: E ainda que o Clerigo he mais poderoso *ratione fori*, Cald. supra n. 11., comtudo he filho do Emphyteuta; e a Ord. L. 2. Tit. 18. §. 6. e 7. só lhe prohibe a Successão aos Pais, e Parentes nos bens Reguengos, e da Coroa, não o inhabilitando para a Successão dos mais: Sendo pois filho, e varão mais velho sem inhabilidade legal, succede pela generalidade da Ord. L. 4. Tit 36. §. 2.: Pelo que justamente conclue o mesmo Cald. n. 22., que o Clerigo filho não se comprehende na prohibição daquella clausula. Respondo 2.°, que quando a Investidura resiste formalmente a esta Successão Legal, sempre o filho Clerigo poderia succeder, ou facultando-se-lhe o anno da Ord. L. 2. Tit. 18. para alienar o Prazo a Pessoa Leiga, ex Cald. supra a n. 15.. Pires Carvalh. de Ordin. Militar.: ou affiançando elle ao Senhorio a prestação dos foros; ces-

sando com esta fiança a razão da prohibição daquella clausula como se permitte aos Clerigos possuir bens da Coroa, e Reguengos, affiançando o pagamento dos foros, Regimento do Paço de 4 de Julho de 1713 vers. = Licença para que em bens reguengos = etc.: Ainda mesmo sem Regia Authoridade, succede o Clerigo, como mais velho, em Prazos Reguengos, tendo hum anno para os ceder em Leigo, Peg. 2. For. Cap. 9. n. 180.

Nota, que na Questão se em hum Prazo de Commenda de Malta, em cujas Cartas da Assemblea vibe o Emprazamento em Clerigo, succede este? Na Relação do Porto se julgou que sim, não o reprovando o Senhorio. Na Suplicação o contrario, tanto *ex vi* do pacto da Investidura, quanto porque o Commendador consentindo não podia dispensar a Lei da Ordem de Malta, entre Partes Gregorio João do Covogueiro, Termo de Viseu, e Manuel Lopes de Abrantes, do Lugar de Oliveira, do mesmo Termo em 1805: mas a Sentença da Relação do Porto he mais conforme á minha opinião.

§. 151.

Quarta duvida: Quando *ab intestato* concorrem na Successão do Prazo Filhos, e Filhas do 1.°, e os do 2.° matrimonio do Emphyteuta, a qual delles, ou dellas se deva julgar a Successão? Esta dúvida se decide pela distincção dos Casos seguintes, quotidianamente occurrentes no Foro.

Quando concorrem filhos de primeiro e segundo matrimonio.

§. 152.

Primeiro Caso: Se hum homem (ou mulher) no estado de solteiro adquire, ou renova em si hum Prazo, ou com providencia de Nomeação livre nas tres Vidas ou para elle em primeira Vida, segunda hum Filho, ou Filha, terceira hum Neto, ou Neta, (ut §. 107.) se este homem (ou mulher) casa primeira, e segunda vez, e se do primeiro e segundo matrimonio tem filhos machos, que lhe sobrevivem, não ha dúvida que succede o Varão do pri-

Primeiro caso.

meiro Matrimonio: se porém do primeiro lhe fica huma Filha, e do segundo hum Varão, succede este, e não aquella; porque ambos igualmente filhos, e sem prerogativa alguma a Filha do primeiro matrimonio, e pelas mais razões que expõem os DD. Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 18. n. 14., Peg. de Maior. Cap. 9 a n. 708., Pereir. Dec. 122., Fontanell. Claus. 10. Gloss. un. P. 1. n. 14. in fin. DD. apud Cordeir. Dub. 31. a n. 1. *quidquid dicat* Cordeir. Dub. 31.

Nota. O mesmo procede quando o Praso he de Nomeação livre sem Vocação de filhos; porque estão em igual direito de poderem ser nomeados os do primeiro, e segundo matrimonio, Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 93., Lim. ad Ord. L. 4. T. 37. §. 6. n. 24.; e faltando a Nomeação entra a disposição da Lei, succedendo o Varão de qualquer matrimonio.

§ 153.

Segundo caso.

Segundo Caso: Se em hum emprazamento feito a marido, e mulher em primeira, e segunda vida, e terceira hum filho ou filha de entre ambos, succede em terceira hum filho ou filha de entre ambos, e este casa duas vezes, e tendo do primeiro matrimonio huma filha, e do segundo hum Varão, morre sem se renovar no Prazo, succede da mesma forma no direito da Renovação o Varão do segundo matrimonio, excluida a filha do primeiro; porque a Clausula do antigo Emprazamento = filho ou filha de entre ambos = se encheo, e cumprio nelle, que era terceira vida; não se ampliou ja aos filhos delle de hum ou outro matrimonio; por morte delle ficárão igualmente sem prerogativa alguma igualmente filhos: E assim como se elle nomeasse, podia nesse caso eleger os do segundo matrimonio, Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 931. ad n. 940., não elegendo entra a disposição da nossa Lei, deferindo a Successão ao filho delle Varão, sem distincção alguma de ser deste ou daquelle matrimonio.

§. 154.

Terceiro Cazo: Hum homem (ou mulher) a quem pertencia o direito da Renovação, deixou de a obter durante o primeiro matrimonio, tempo em que se a obtivesse, comprehenderia com a primeira mulher os filhos do mesmo matrimonio; e depois de viuvo casa segunda vez, impetra do Senhorio Renovação, comprehende nella a segunda mulher, e filhos dentre ambos; morre com filhos varões, ou femeas do primeiro e segundo matrimonio: Neste caso preferem os do segundo aos do primeiro, pelas razões que se vem adoptadas *in judicando apud* Peg. 3. For. C. 28. a n. 941. ad 950. *quidquid dicat* Cordeir. Dub. 31. a n. 61. Terceiro caso.

Nota: E muito mais sem dúvida se sobrevive a segunda mulher, e por morte della se defere a successão: Porque como ella foi vida necessaria na Renovação, por morte della he que se regula a Successão *ab intestato*, e não pela do marido *predefuncto*; e consequentemente os filhos della tem a preferencia aos do marido do primeiro matrimonio, não contemplados na dita Renovação, ex Peg. 3. For. C. 28. sub. n. 805.: E ainda segundo as regras geraes, *de quibus* Guerreir. Tr. 2. L. 2. C. 7. a n. 40.

§. 155.

Quarto Caso: Provém hum Prazo familiar da parte v. g. do marido; elle o renovou com sua mulher, e em hum filho ou filho de entre ambos (ou sem esta expressão) com a clausula de que fallecendo os filhos, ou netos chamados para a terceira vida, reverta o Prazo á linha donde proveio; morre elle; a mulher extranha da linha casa segunda vez, e tem filhos do segundo matrimonio: Se existem vivos os do primeiro, estes preferem aos do segundo; se tem morrido reverte o Prazo á familia, e não passa aos filhos da tal mulher, de cuja linha não provem, Peg. 3. For. C. 28. n. 157. 161. 164. 490. et 496. Quarto caso.

§. 156.

Quinto caso. Quinto Caso: Se o Prazo he concedido para marido e mulher em primeira e segunda vida, e filho ou filha de entre ambos em terceira; e qualquer dos conjuges casando segunda vez tem filhos do primeiro e segundo matrimonio; e por morte do ultimo delles concorrem á successão huns, e outros; preferem os do primeiro aos do segundo; ainda que do primeiro concorra huma femea com varão do segundo: Esta he a mais seguida, e provavel opinião, Fragos. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 18. n. 1. 2. et a n. 11. et 20., Cordeir. Dub. 31., Lim. ad Ord. L. 4. T. 37. §. 6. a n. 17.

Nota: Se porém ainda assim concedido, o foi só por serviços, meritos, ou contemplação de hum dos Conjuges, se subintende para os filhos de qualquer matrimonio do Adquirente: *Aliter* se por contemplação de ambos, Fragos. n. 13., DD. apud Cordeir. Dub. 31. n. 18.

§. 157.

Sexto caso. Sexto Caso: Sendo certo, que os Pais succedem aos filhos nos Prazos de Nomeação, ou mixtos (vej. Secc. III. 2.ª Ord.) se hum Pai succedendo *ab intestato* a hum filho do primeiro matrimonio no Prazo, que lhe proveio da Mãi *predefuncta*, casa segunda vez, tem filhos do segundo matrimonio, e por morte delle entra em disputa outra filha do primeiro (irmã bilateral do filho, a quem o Pai succedeo nesse Prazo) com o varão do segundo matrimonio, prefere neste caso a filha do primeiro pelas razões, que expõem os DD., e eu omitto (no que nenhum duvida). Fragos. sup. n. 8. et 9., Cald. de Nominat. vers. 15. n. 35.

Nota: O mesmo procede quando na fórma, que fica exposta §. 157., a mulher emphyteuta renuncia o Prazo para se renovar nella, marido, e filhos dentre ambos, Fragos. sup. n. 13. vers. *similiter*, Peg. 3. For. C. 28. n. 490. et 496.

§. 158.

Setimo Caso: Se porém o Pai *binubo* foi nomeado (como podia ser) pelo filho *predefuncto* do primeiro matrimonio; em tal caso não era obrigado a reservar o Prazo á filha do primeiro; podia nomear qualquer do segundo matrimonio: E consequentemente morto elle se defere a successão pela ordem regular da Lei; porque radicado nelle todo o direito pela nomeação do filho, já ficárão sem algum os do primeiro matrimonio como taes; cessou, e se extinguiu a sua vocação; e já se succede ao Pai por esta nova causa de successão, Peg. 3. For. C. 28. a n. 80. ad 87. Setimo caso

Nota 1.ª: E he principio geral, que o pai não he obrigado a reservar aos filhos do primeiro matrimonio as heranças dos *predefuntos* quando succedeu nellas por disposições delles, ex Cordeir. Dub. 15. a n. 18. Veja-se o meu Tractado das Successões reciprocas entre os Conjuges P. 5. Cap. 7. a §. 22. et a §. 31.

Nota 2.ª ao §. 152. e seguintes: A Lei de 9 de Setembro de 1769, §. 27. presuppoz, que nem sempre, e em todos os casos tinhão os filhos do primeiro matrimonio direito inauferivel para não poderem deixar de ser nomeados: Porque quando a dita Lei vigorava, e antes de suspensa nesta parte pelo Decreto de 1778; tendo em vista os casos, em que os filhos do segundo matrimonio podião ser nomeados (quaes alguns dos referidos); mandou que « havendo « nestes Casaes Prazos, que sejão vitalicios, ficarão pe« los factos dos segundos matrimonios *ipso jure* nomea« dos nos filhos primogenitos, retrotrahindo-se esta le« gal Nomeação ao tempo do fallecimento das defuntas « suas Mãis, não obstantes quaesquer nomeações, que « depois delle se hajão feito não havendo estas sido a « favor de algum dos filhos do primeiro matrimonio» Lei, que ainda que revogada por outros fins, serve para prova auctorizavel deste argumento, Salgad. in

Labyr. P. 2. Cap 29. n. 26., Luc. de Feud. Disc. 1. n. 17.; Disc. 26 n. 16., de Regal. Disc. 160. n. 32., de Judic. Disc. 35. n. 87.; Ella seria superflua, se todos os Prazos devessem ser precizamente nomeados nos filhos do primeiro matrimonio.

SECÇÃO II

Filhos Naturaes: Espurios legitimados

§. 159.

Se o natural do Nobre succede por tacita vontade do Pai, se por força de vocação de Senhorio.

« Não havendo descendente legitimo (continua a Ord. « L. 4. Tit. 36. §. 4.) por morte do Foreiro, posto que « haja ascendente legitimo, haverá esse foro o seu filho « natural, se o tiver, ainda que seu Pai fosse Cavalleiro. » Que trabalho se não propoz Cordeiro para na Dúvida 22 discutir. « Filius naturalis patris nobilis, an succedat in « Emphyteusi. tanquam hæres? » Na Dúvida 23. « An « succedat ab intestato ex tacita nominatione ipsius paren- « tis, an ex vocatione Domini directi? » Na Dúvida 24. « Successio in Emphyteusi ex sola vocatione Domini quos « effectus operetur?» Que razões cerebrinas, e divinatorias não exhibio Cordeiro? Que sofismas? Era sim Cordeiro de engenho subtil, e agudo; mas destituido da Sciencia Hermeneutica. Ociosas, e frustradas disputas! Os Principios do Direito Romano, de que se valeo, não regulão as successões dos Prazos. Quem sabe os occultos motivos do Legislador, quando Estabeleceo esta Lei? Só as regras hermeneuticas nos podem servir de luminoso facho para a sua interpretação, ou cégamente diremos: Temos Lei, *stat pro ratione voluntas!*

§. 160.

Succedem nos Prazos Ecclesiasticos.

O que he certo, he 1.°, que os naturaes por esta Lei succedem no dominio util dos Prazos Ecclesiasticos, porque este dominio util he secular, e profano (§. 97.); no que discorreo com acerto Cordeir. Dub. 26. contra outros DD. O certo he 2.°, que o natural, ainda que mais velho, não exclue o legitimo do Pai Nobre mais novo, não só

pelas razões já expostas (§. 146. 147.); mas porque a Lei só admitte o natural para a successão do Prazo *ab intestato*, não havendo descendente legitimo por morte do foreiro. O certo he 3.°, que o natural não exclue o neto legitimo filho do filho legitimo *predefuncto*, como bem raciocina o mesmo Cordeir. Dub. 25. a n. 43, não só pelas razões, que ahi expõe, mas porque as palavras descendente legitimo são aptas a comprehender a exclusão dos naturaes *in infinitum*, em quanto houver descendente legitimo, filho, ou neto delle, Fusav. de Substit. Q. 327. tot.

Mas só em falta de descendente legitimo

Não exclue o neto do filho legitimo.

§. 161.

O certo he 4.°, que os naturaes dos Nobres, que não succedem aos Pais nos bens hereditarios, ex Ord. Lib. 4. Tit. 92; tambem não nos Prazos fateozins puramente hereditarios, ou mixtos (quaes os figurados sub §. 107. Form. 6. 7. 8.), Pinheir., de Emphyt. Disp. 5. Sect. 1. n. 4, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 368., Cordeir. Dub. 22. n. 40., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. a n. 64. E por isso tambem quando se seguia o systema de ser hereditario o direito da renovação, não succederião os naturaes do Nobre neste Direito: Vej. Peg. 3. For. Cap. 28. n. 777.

Não succede nos Prazos hereditarios

§. 162.

O certo he 5.°, que a dita Ord. §. 4., como se nota no seu preludio, e advertem os DD. com Peg. 3. For. Cap. 28. n. 504. (Conf. §. 135.), trata da successão dos Prazos de nomeação livre, quaes os figurados debaixo do §. 107.° Form. 3., ou mixtos, quaes os da Form. 4., e 5.: E por tanto só para a successão destes he que o dito §. 4. chama sem dúvida os naturaes dos Nobres: porque nelles podem succeder estranhos (§. 140.), Peg. 2. For. Cap. 9. n. 339. 569. 576. 580., Cordeir. Dub. 26. a n. 17., *Idem* Peg. de Maior. Cap. 20. n. 253.

Só nos de Nomeação livre he que succede.

§. 163.

Em quanto porém 6.°, Cordeiro contra Cald. de Nomin. Q. 19. a n. 8., Pereir. Dec. 14. n. 7., Peg. de Maior. Cap. 20. n. 253., Fragos. P. 3. Disp. 9. §. 16. a n. 10., defende na Dúvida 27. a n. 25. que o natural do Nobre

Confuta-se Cordeiro, que o fez successivel nos Familiares

succede no prazo, não só no de nemeação, mas no de providencia, concedido *pro filiis;* tentando provar, que nesta vocacão de filhos se comprehendem os naturaes do Nobre: Em quanto, digo, Cordeiro tentou este patrocinio dos bastardos, nos Prazos concedidos *pro filiis*, he digno de censura, bem como Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. §. 4., que sem crítica o seguio.

§. 164.

Razões contra a opinião de Cordeiro.

Pois que: as razões, que contra os bastardos expõe Cordeir. desde o n. 5. até o 24., são urgentissimas: eu não as repito, só accrescento huma, qual he: o identico Legislador não ignorava a diversidade de providencias, com que os Prazos se costumavão celebrar neste Reino, e que o mesmo Legislador suppoz, e diversificou nos differentes lugares já referidos no §. 106.; em todo o Tit. 36. do L. 4. e no mesmo §. 4. só tratou o Legislador da successão dos Prazos de nomeação, como muitas vezes tenho mostrado; e não dos concedidos para filhos, e familia; que não ignorava serem frequentes neste Reino, como se nota no Tit. 37. §. 6. L. 5. Tit. 1. O mesmo §. 4. falla *retento eodem themate* dos Prazos de nomeação livre, em que succedem estranhos: não exhibe razão alguma porque nelles devão succeder os bastardos dos Nobres: a razão ficou occulta na mente do Legislador, e não a devemos, nem podemos temerariamente adivinhar; e só podemos ampliar, e restringir as Leis por identidade da sua razão, Lei de 18 de Agosto de 1769, §. 11.: e que identidade de razão póde idear-se, para assim como os naturaes succedem em Prazos de Nomeação, de que falla esta Ord., devão semelhantemente succeder nos de Providencia para filhos, e familia?

§. 165.

Outras.

Pelo contrario: Quem não vê a diversidade de razão? Nos Prazos de nomeação livre, em que não são chamados filhos, ainda havendo-os legitimos, pódem succeder estranhos por nomeação, ou venda, Arouc. All. 26. n. 8. 14. 21, Cordeir. Dub. 26. n. 17., Phæb. Dec. 96. et 160. n. 11. Estranhos, quaes no sentimento de muitos DD. se

reputão os bastardos, Peg. de Maior. Cap. 20. a n. 501.; e aquelles Prazos, em que são chamados filhos, não podem ser nomeados em estranhos, Ord. L. 4. Tit. 37. §. 6.: o Legislador, como já disse, sabia todas as diversidades de Prazos, que ha neste Reino: e se no dito §. 4. só admitio os naturaes para a successão dos de nomeação, foi visto exclui-los dos mais Prazos, *ex regula = Inclusio unius est exclusio alterius* =: logo não póde o dito §. 4. ampliar-se por identidade de razão aos Prazos concedidos para filhos, ou familia.

§. 166.

As razões de Cordeir. Dub. 27. a n. 26., são irrisorias, proprias da hermeneutica do seu tempo: he irrisorio dizer, que a Ordenação, revogado neste caso o Direito Romano, reduzio o filho bastardo do Nobre ao estado da natureza, conforme ao qual não ha differença entre legitimos, e naturaes: erro systematico de Cordeiro (Not. ao §. 143.): ficaria o natural semi-legitimado, e não totalmente reduzido ao estado da natureza, podendo succeder como filho só nos Prazos do Pai Nobre, e não nos mais bens allodiaes. *Spectatum admissi risum teneatis amici!* Outras.

§. 167.

Dizer Cordeiro (em resposta aos argumentos, que desde o numero 5.° havia objectado aos bastardos), que elles succedem *ex vocatione Domini*, que chamando os filhos do Emphyteuta, teve tambem em vista os bastardos; he muito advinhar a intenção do Senhorio. Pelo menos he duvidoso; porque segundo huma opinião, se os Naturaes se comprehendem na nomenclatura de filhos, essa opinião tem mais de 15 limitações, como se vê em Fusar. de Substit. Q. 406. E segundo outra mais fundamentada opinião, os bastardos não se comprehendem na vocação de filhos; ou a vocação seja do homem, ou da Lei, L. Filium ff. *De his qui sunt sui vel alien. jur.*, L. quia ff. *de in jus vocand.*, Peg. de Maior. Cap. 20. n. 58. 60. 156. 172. 175., *signanter* Fragos. de Reg. P. 3. Disp. 9. §. 6. a n. 10., Guerreir. Tr. 2. L. 1, Cap. 3. a n. 11., et L. 2. Cap. 8. a n. 81. et 82. E por huma interpre- Outras.

tação tão duvidosa havemos de separar-nos da Lei clara? Havemos de amplia-la por identidade ao facto, que em si mesmo he duvidoso?

§. 168.

Outros

Em fim: O *simile* da successão dos naturaes nos Morgados, ainda que não sejão expressamente chamados, he hoje hum paradoxo: Veja-se o meu Tractado dos Morgados Cap. 11. a §. 55.: Dizer, que nos Prazos se succede ao Senhorio, e não ao Pai nobre, he outro paradoxo; porque o Filho ha de succeder não no dominio directo do Senhorio, mas no util do Pai e a successão deste dominio se regula pela Investidura, e pela Lei: Tambem os Prazos fateozins se recebem dos Senhorios; e com tudo nelles não succedem os naturaes (§. 161.): Esse Aresto, de que se lisongea Cordeiro (que seguia Lim. a Ord. L. 4. Tit. 36. § 4.) merece a censura dos Estat. da Universidade L. 2. Tit. 6. Cap. 8. a §. 10., e de Mello Hist. Jur. Civ. §. 129.

§. 169.

Sustenta-se que só nos Prazos de nomeação succede o natural do Nobre

Ou pois o Prazo he de livre nomeação, e não ha dúvida alguma: Ou he mixto, segundo as formulas 4. e 5. debaixo do §. 107.; e tambem, como em falta de filhos fica de nomeação livre, succede o natural do Nobre: Vejão-se os Arestos, e Deliberações transcriptas por Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 539. et a n. 567, aonde só pela dita razão de ser mixto o Prazo, e ficar de nomeação livre, em falta de filhos legitimos, se julgou a successão ao natural: não porque filho chamado na Investidura, mas porque natural successivel em Prazos de nomeação.

§. 170.

Não nos familiares, ou para filhos

Ou o Prazo he familiar, segundo a Form. 2. debaixo do §. 107.: Então, se em falta de filhos he chamada, e substituida huma pessoa da familia; neste caso firmemente assento, que a existencia do filho natural não faz caducar a substituição da familia, nem a exclue: (1.°) pelas mesmas razões de Cordeiro desde o n. 5. ate 24: (2.°) pelas já expostas a §. 164.: (3.°) porque a Investidura em que se substitue a Familia, he norma impreterivel (§. 7.):

(4.°) pelo *simile* da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 6.: (5.°) valendo o argumento do Feudo para o Emphyteuze (§. 39. n. 4.); assim como no Feudo familiar não succede o natural com exclusão da familia, Rox. de Incompatibil. P. 1. Cap. 6. n. 107., Stryk. de Success. *ab intest.* Diss. 1. Cap. 3. §. 25. et 26., Fragos. P. 3. Disp. 9. §. 16. n. 11.: Similhantemente não succede no Prazo, em que na falta de filhos he substituida a Familia; bem como, e geralmente o filho natural não enche a condição, *si sine liberis, decesserit*, nem faz caducar a substituição da Familia, Fusar. de Substit. Q. 406. a n. 68, Rox. supra a n. 106.

§. 171.

Respondem-se outros argumentos do mesmo Cordeiro.

Dizer Cordeir. n. 41. que o Legislador podia no dito §. 4. privar aos consanguineos do direito adquirido nas Investiduras, por huma Lei assim geral; he outro paradoxo; quando (1.°) o identico Legislador na Ord. L. 2. Tit. 35. §. 7., L. 4. Tit. 38. § 4., e Tit. 36. §. 5., manda observar como primeira Lei a fórma dos Contractos; e só a sua Legislação foi para os casos ommissos nelles: (2.°) temos demonstrado que o dito §. 4. só tracta estrictamente da successão dos Prazos de nomeação, e não de outros: (3.°) Nunca já mais foi da intenção dos Soberanos, ainda por Lei geral privar do Direito as pessoas, que o tem adquirido, menos que huma causa publica, e urgente do Estado assim o não exija, e prevaleça, Peg. Tom. 2. ad Ord. in Regim. Senat. §. 39. Cap. 4. a pag. 205., et de Mayor. Cap. 4. a n. 200. E que causa publica podia occorrer para que hum bastardo de nobre, com exclusão da Familia legitima, e substituida succedesse nos Prazos familiares? Com que erros pois, com que paradoxos não sustentou Cordeiro a sua opinião?

§. 172.

Em que caso poderão succeder os naturaes do nobre.

Só sim poderão subentender-se chamados nas Investiduras os naturaes na nomenclatura de filhos, e excluir a substituição da Familia; quando concorrem algumas circumstancias, que expõe Cald. de Nominat. Q. 19, seguido por Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. §. 2.

n. 124.; como (1.º) quando o Prazo foi concedido a pessoa, que só tinha filhos naturaes: (2.º) quando ao principio foi concedido a Filho natural: (3.º) quando o Senhorio era tambem Filho natural: Conf. Fragos. P. 3. Disp. 9. §. 16. a n. 5., Addit. ad Phæb. Decis. 160. vers. *Limita* 1.º Bem como as mesmas circumstancias fazem successivel o natural no Morgado, segundo os DD. com os quaes Rox. de Incompat. P. 1. Cap. 6. a n. 119. ad 124., Peg. de Mayor. Cap. 20. a n. 537. Em falta destas circumstancias: como commummente os Senhorios são Bispos, Cabidos, Mosteiros, Universidade de Coimbra, Fidalgos, e Nobres do Reino; nunca na Vocação de filhos se entendem bastardos para excluir a familia substituida Fragos. supra n. 12., *sentit* Pinheir. n. 123., Fusar. de Substit. Q. 406. a n. 35.

Quanto aos Espurios Legitimados.

§. 173.

A mesma Ordenação L. 4. Tit. 36. §. 4. acaba dizendo: «E o filho espurio não poderá haver o dito foro, «salvo sendo legitimado por Nós em tal fórma, que possa «succeder *ab intestato*, e não de outra maneira.»

Qual filho se repute neste Reino espurio, e incapaz da successão aos Pais? Vejão-se Peg. no Opusculo de espur., ou Commentario á Ord. L. 4. Tit. 93. Gloss. 2. e 3., Guerreir. Tract. 2. L. 1. Cap. 6.: Natureza das Legitimações conforme o Direito Consuetudinario deste Reino; se veja no mesmo Peg. Tom. 2. á Ord. L. 1. Tit. 3. §. 1., e em Guerreir. supra Cap. 5.

§. 174.

Succedem em legitimação Pontificia nos Prazos Ecclesiasticos.

Longe de nós a opinião que fazia precisa legitimação Pontificia para habilitar os espurios na successão dos Prazos Ecclesiasticos; *ut videre est apud* Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. §. 4., Addit. ad Phæb. Decis. 160.: O mesmo Cordeir. Dub. 28. largamente confuta

essa opinião ; bem como Guerreir. Tr. 2. L. 1. Cap. 5. a n. 85., Peg. Tom. 2. ad Ord. L. 1. Tit. 3. §. 1. Cap. 3. a n. 49., Repertor. debaixo da Conclusão=Filho espurio não póde = etc.

§. 175.

Não succedem com exclusão dos Ascendentes.

Como porém as legitimações neste Reino só se costumão conceder com a clausula, que salva o direito dos herdeiros legitimos; e das pessoas que o tiverem adquirido nos bens do Pai, ou Mãi do espurio legitimado; segue-se (1.°) que o espurio legitimado não succede ao Pai, ou Mai no Prazo com exclusão do ascendente do mesmo Pai, ou Mãi, Cordeir. Dub. 28. a n. 54. Bem como o legitimado não exclue da successão dos bens livres ao ascendente de seu Pai, que exista vivo, por ser herdeiro legitimo do filho, Portug. de Donat. L. 2. Cap. 16. n. 21., Cabed. 2. P. Decis. 69. n. 4. et 5.

§. 176.

Nem nos Prazos Familiares.

Segue-se (2.°) que como o dito §. 4. só trata da successão nos Prazos de nomeação, só nestes succede (em falta de ascendentes) o espurio legitimado; mas não naquelles em que em falta de filhos he substituida, e chamada por pacto, e providencia a familia, e geração, Portug. supra n. 23., Guerreir. Tr. 2. L. 1. Cap. 5. n. 13., Cald. de Nomin. Q. 21. n. 60. et 95., Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. sub. n. 156. in fin.: O que bem se comprova 1.°, com as razões expostas a §. 164.: Pois se o natural, que a Ord. habilita para succeder nos Prazos, sem outra dispensa, não succede nos Familiares, como demonstrei contra Cordeiro, tambem não o espurio dispensado por Carta de Legitimação, em que sempre se salva o Direito adquirido a Terceiro por qualquer Titulo: 2.°, com o *simile* dos Morgados, sobre que póde ver-se o meu Tractado dos Morgados Cap. 11. a §. 62.

As razões que excogitou Cordeir. Dub. 28. a n. 61. ad 65. são em si mesmas frivolas: Não me proponho ridiculiza-las: desejaria sim ver, que o Sapientissimo Dezembargador Vicente José Ferreira Cardoso

da Costa expozesse a razão por que nos seus Elementos do Direito Emphyteutico sub §. 68. disse absolutamente, que nos Prazos familiares succedem os naturaes filhos de Cavaleiros, e os legitimados; o que diz, se deduz por argumento da Ord. L. 4. Tit. 36. §. 4.: Eu ou por obtuso, ou por afferrado ás razões, que deixo expostas desde o §. 164, não posso discorrer, como essa proposição se deduza por argumento da Ord. L. 4. Tit. 36. §. 4.: Não trato dos legitimados *per subsequens matrimonium*; porque delles discorri no Tract. dos Morgados Cap. 11.

SECÇÃO III.

Netos.

§. 177.

Na Successão dos Prazos não ha representação.

« Onde houver filho, ou filha (diz a mesma Ord. « L. 4. Tit. 36. §. 2.) não haverá o foro neto nem neta, « posto que o neto seja filho do filho mais velho. » Desta Ordenação deduzem os DD. a conclusão geral; que não ha Direito de representação nos bens cuja successão se desfere por Concessão Dominica; como com todos os Reinicolas o Repertor. debaixo das palavras = filho precede ao neto = etc. Neto succede no Prazo do Avô = etc. Conf. Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 39. n. 18.: Amplia-se ainda ao caso, em que a Investidura chame expressamente o filho mais velho do Emphyteuta; porque, ainda assim morrendo elle em vida do Pai, prefere o tio vivo ao neto filho do filho mais velho; Fragos. de Regim. Reip. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 10. tot.

Ainda que se chame o filho mais velho.

§. 178.

Ha representação na Successão dos hereditarios.

E como os Prazos fateozins hereditarios tem quasi a natureza de allodiaes, só com a differença de serem divisiveis por estimação, ex Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 16.; E nos bens heriditarios se dá o direito da representação (fallando a dita Ord. só nos Prazos de vidas): Segue-se, que nestes bens se admitte o direito da representação,

Repertor. supra, Peg. supra n. 23.: Sendo porém de vidas o Prazo, ainda sobre a intelligencia desta Ord. restão estas dúvidas.

§. 179.

Primeira Dúvida: Questionava-se se o Direito da renovação he hereditario; sendo-o, como quizerão muitos DD. apud Peg. Tom. 14. ad Ord. L. 1. Tit. 88. n. 87. 99. 102.; tem lugar o direito da representação (§. 188): Pelo contrario não sendo hereditario: Por Pluralidade de votos, se venceo não ser hereditario, e não entrar na sua successão o Direito da representação, Repertor. sub Verbo. =Neto succede no Prazo do Avô.=etc.

Não no direito da renovação dos Prazos de vidas.

§. 180

Segunda Dúvida: Sobre hum Emprazamento cuja Investidura estava formalizada nestes termos: «Com tal «preito e condição, que o dito Diogo Fernandes haja e «logre a dita herdade em dias de sua vida, e á sua morte, «que fique ao maior filho, que delle houver, e hajão-nas «elle, e todos aquelles que delle descenderem como dito «he; e se não tiver filho, que fique á filha, se a tiver, «e tenhão ella, e todos aquelles, que della descenderem.» Se disputou largamente em Peg. Tom. 10. á Ord. Cap. 39., como se vê nas Deliberações transcriptas desde o n. 16. até o n. 54: E se julgou pela representação, ut n. 14., ut ibi.: «E como se mostra serem estes bens da «contenda de prazo perpetuo hereditario, e familiar, e «como tal ter lugar a representação conforme a mais «commua opinião, e mais recebida nos Prazos da Coroa, «sendo da natureza referida, e se haver julgado por vezes «no juizo da Coroa em casos similhantes.» Conf. Guerr. Tr. 2. L. 4. Cap. 6. n. 52. et 53., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. §. 2. n. 33.: Não deixa porém de fazer grande dúvida em contrario a Ord. L. 2. Tit. 35. §. 1., e a terminante doutrina de Fragos. P. 3. Disp. 9. §. 10. tot.

No perpétuo familiar ha representação.

§ 181.

Terceira Dúvida: Se o neto legitimo filho do filho legitimo representando seu Pai *predefuncto* exclue da successão ao tio, filho natural, e irmão consanguineo do

Se neto legitimo do filho legitimo exclue o tio natural.

Pai? Esta dúvida suscitou, e resolveu com Egid. de Previleg. honestat. Art. 16. n. 14., Cordeir. Dub. 25. desde o n. 43. até 55.: Elle para decidir em favor do neto pela representação do Pai excogitou varias razões das do seu caderno costumadas; quando bastava só reflectir, que a Ord. L. 4. Tit. 36. §. 4. só admitte filho natural não havendo descendente legitimo. Ora estas palavras = descendente legitimo = são aptas a comprehender não só o descendente filho, mas o neto, e os mais *in infinitum*, *L. Liberorum* ff. de V. S., L. ult. Cod. de Legit. hæred., Fusar. de Substit. Q. 327., Conf. Ord. L. 4. Tit. 100. in pr.: Logo em quanto houver neto legitimo de filho legitimo he excluido o filho natural; e aquelle neto goza do beneficio da representação, ou pelo dizer melhor, da vocação da Lei.

§. 182.

Se o neto legitimo do filho natural prefere ao neto natural do filho legitimo.

Quarta Dúvida: Se concorre o neto legitimo do filho natural, e o neto natural do filho legitimo; qual delles deva preferir? O mesmo Cordeir. Dub. 25. a n. 56 decide pelo neto natural do filho legitimo contra o neto legitimo do filho natural. Porque o neto natural he mais habil, como descendente de Pai legitimo, que excluia ao irmão natural e a sua descendencia; e como habil para succeder o Pai, se chegasse a ser Emphyteuta possuidor: E pelo contrario o neto legitimo do filho natural não he em effeito descendente legitimo nascendo de Pai natural, que tinha o irmão legitimo, e que aliás o excluia. Condusem as doutrinas de Rox. de Incompat. P. 1. Cap. 6. n. 110.

§. 183.

Outro caso similhante.

Quinta Duvida: Se concorrem o neto legitimo do filho legitimo com o neto legitimo do filho natural; e este neto he mais velho, que aquelle: Ou neto legitimo, ou neta descendente de femea legitima, com qualquer natural, ou descendente delle; em todo o caso os descendentes legitimos do filho legitimo excluem os do natural pelas sobreditas razões (§. 182. 183).

§. 185.

Sexta Dúvida: se o Prazo foi concedido para marido, e mulher, e para hum filho, ou filha dentre ambôs: Se deste matrimonio houve hum só filho, que morto em vida dos pais, deixa hum neto delles: Se hum dos pais casa depois, e tem filhos do 2.° matrimonio, e concorre a successão o neto, filho do filho do 1.° matrimonio, com hum filho do 2.°: Duvida-se, qual delles deva preferir? Esta Questão dispuía largamente Cald. de Potest. elig. L. 3. Cap. 14.; e ainda que desde o n. 4. e 8. delibere em favor do filho do 2.° matrimonio; com tudo desde o n. 38. favorece mais ao neto, filho do 1.° matrimonio, como subrogado em lugar do matrimonio para cujos filhos, e consequentemete para os netos, foi strictamente concedido o Prazo, e não para os do 2.° Responde Caldas á Ord. L. 4. Tit. 37. §. 6., que parece em contrario, com as razões, que omitto.

Se o neto, filho do filho unico do 1.° matrimonio exclue o tio filho do 2.° matrimonio

§. 186.

Septima Duvida: Se concorrem muitos netos filhos de diversos filhos, ou muitos filhos de hum só, qual delles deva preferir? Se o filho do filho mais velho, ainda que femea; se o varão, etc. Esta Questão se vê com toda a distincção decidida por Cald. *de Nomin.* Q. 17. n. 49., 50. 51., aonde distingue estes casos: 1.°, quando de hum só filho ficão muitos netos; e então o varão e mais velho, ou o varão mais novo em concurso da neta femea mais velha, succede no Prazo de vidas: 2.°, quando o Prazo he hereditario, em que se admitte representação (§. 174); e então o filho do filho mais velho representa o Pai: 3.°, quando ficarão de hum Emphyteuta muitos netos filhos de diversos filhos; e então, se o Prazo he hereditario, entra o do mais velho pela representação: se he Prazo de vidas; então entre muitos netos prefere o varão mais velho, ainda que seja descendente de femea, ou varão mais novo: Confira-se o mesmo Cald. *de Nominat.* Q. 13. a n. 14.

Quando concorrem muitos netos, qual delles deva succeder?

Da successão dos netos; das prerogativas delles

entre si vejão-se Koch. *de Succession ab intestat.* Auctar. 4., Coccey. Vol. 1. Disp. 96., Stryk. de Sùccess. *ab intest.* Diss. 1. Cap. 2. a §. 22.

SEGUNDA ORDEM.

Successão dos Ascendentes.

§. 187.

« Tudo isto que dizemos (continua a Ord. L. 4. Tit. 36. « §. 4.) nos filhos, e netos por Linha descendente haverá « lugar, se guardará nos da Linha ascendente, convem « a saber Pai, e Mai, e Avós, quando não houver alguns « da Linha descendente » Porque com effeito o direito da Successão he reciproco, Peg. Tom. 2. ad Ord. L. 1. Tit. 3. §. 1. n. 170., Portug. de Donat. L. 2. Cap. 18. n. 57., Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. n. 121.; ainda que na materia sugeita varia nos casos que abaixo se exporão (§. 189.) e 193. no fim.

Direito da Successão he reciproco.

§. 188.

E sendo certo, como muitas vezes tenho advertido, que nesta Ord. L. 4. Tit. 36. só se trata da successão dos Prazos de nomeação, e não dos familiares: Segue-se 1.°, que os Pais, e ascendentes só podem succeder aos descendentes nos Prazos, ou no Direito da renovação delles, quando são de nomeação livre, ou mixtos, segundo as formulas 3.ª, 4.ª e 5.ª debaixo do §. 107., como optimamente se vê deliberado, e julgado em Peg. 2. For. Cap. 9. n. 168., e outra vez pag. 628. (sed vide Urceol. For. Cap. 9. *ubi quoad jus renovationis*).

Os ascendentes só succedem nos Prazos de livre nomeação.

§. 189.

Segue-se 2.°, que se o Prazo he familiar, e provinha da familia do Pai, ou Mãi *predefunctos*; não póde o Pai, ou Mai sobrevivos succeder no Prazo familiar, que provinha de diversa Linha, nem no directo da renovação delle, Pinheir. de Emphyt. Disp. 7. Sect. 2. §. 4 n. 41., Pereir. Dec. 48. n. 4., Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 299. et a n. 440., *optime et omnino videndus* Rocc. Selectar. Tom. 1.

Não familiares.

Cap. 63., Conf. Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 3. a n. 13., Disc. 12. n. 7., Disc. 25. n. 5.; *sed vid.* Urceol. *supra.*

§. 190.

Só sendo os pais da linha donde provém o Prazo familiar.

Porém: Se o Pai he da mesma familia, donde provém o Prazo, por ter casado com dispensa com a Mãi do filho falecido, ou *vice versa*; se na Investidura se chama em falta de filhos o parente mais chegado; póde duvidar-se, se o Pai, ou Mãi, que sendo mais remotos da familia são os mais proximos do filho *defuncto*, excluem outro Irmão do falecido, e filho do Conjuge, donde provinha o Prazo? Na successão dos Morgados se vê esta questão largamente disputada, e com distincção de casos decidida em Pereir. Dec. 5. e em Rox. *de Incompatibilit.* P. 1. Cap. 6 a n. 175. e a n. 211.: Eu porém na materia sugeita, em que cessão as regras das Linhas, e o direito da representação, e em que a successão dos Prazos familiares, *post habita ratione lineæ*; se defere ao consanguineo mais proximo da familia, tendo as qualidades para succeder, segundo a Investidura (§. 139. 141.); qualidades, que se verificão no Pai nesta hipothese: Eu lhe adjudicaria a successão com exclusão do filho Irmão do *defuncto*, ou de qualquer outro consanguineo da Linha, por onde o Prazo proveio: Assim com effeito não ha muito o vi julgado em huma causa de Diogo Dias Preto, de Pero Viseu, sobre o grande Prazo da Quinta da Rapa.

§. 191.

O Pai succede no Prazo de nomeação ao filho legitimado por elle.

Em fim: Como o Direito da successão he reciproco (§ 187.) em todo o caso, em que o Filho succede no Prazo de nomeação, ou mixto ao Pai, tambem este áquelle, ou seja legitimo, ou natural: O espurio sim he legitimado para succeder ao Pai somente; mas por aquella reciprocidade, succede tambem o Pai ao filho legitimado, Peg. Tom. 2. ad Ord. L. 1. Tit. 3. §. 1. Cap. 21. a n. 169.

§. 192.

Quid nos Avós, quando concorre o paterno, e materno

O mesmo em falta de Pais procede quanto aos Avós, e mais ascendentes, como he expresso na citada Ord. « Quid «si habeat avos ex parte matris, dubium est, quis eorum

« succedere debeat in Emphyteusi? Vide ad resolutionem « Notam Senatoris Joannis Alvares a Costa *ibi:* = Fuit du- « bitatum, se morrendo huma neta sem nomear, e dei- « xando dois avós paterno e materno, qual delles devia de « succeder; huns disserão, que se dividisse a estimação; « outros, que succedesse, o que fosse mais velho; outros, « que o paterno: Eu disse que o materno, porque pela « sua parte viera o Prazo, e se presumir ser esta a mente « do Senhor directo; porém, que preceda o avô varão, « e entre os varões o mais velho, parece se tira do §. 3., « junto o §. 2. »

§. 193.

Succedem os ascendentes, (ainda que não fação Inventario) nos Prazos, e só não succedem nos bens livres.

Desta successão (nos casos em que os ascendentes são successiveis, segundo a exposta diversidade de casos) não são privados os mesmos ascendentes, ainda que não fação Inventario nos dois mezes, que determina a Ord. L. 1. Tit. 88. §. 8.; porque supposto por essa ommissão fiquem privados da successão dos filhos, he só quanto aos bens hereditarios (em que se comprehendem os Prazos fateozins) mas não quanto a successão dos Prazos de vidas, como largamente se vê disputado em Peg. Tom. 4. ad Ord. L. 1. Tit 88. a n. 73., e melhor no mesmo Peg. Tom. 6. For. Cap. 129. a n. 17. ad 26.. São porém os Pais binubos, que assim succedem aos filhos nos Prazos, obrigados a reservallos para os filhos do 1.° matrimonio (§. 157. 158).

TERCEIRA ORDEM.

Successão dos Collateraes.

§. 194.

Já desde o §. 138. fica demonstrada a Ordem da successão *ab intestato* nos Prazos de nomeação mixtos, ou familiares: Em falta de descendentes e ascendentes entra a 3.ª Ordem, segundo a qual succedem os transversaes *ad instar successorii Edicti*, não com attenção á prerogativa da melhor Linha, como nos Morgados, mas com res-

peito ás prerogativas da proximidade do gráo; entre muitos no mesmo gráo com respeito á qualidade do sexo; e entre muitos do mesmo sexo com respeito á maior idade; de fórma que *non est curandum de sexu nisi in gradu, nec de ætate nisi in sexu, ex traditis per* Guerreir. Tr. 2. L. 4. Cap. 7. a n. 50., *et signanter* Pinheir. de Cens. Disp. 7. Sect. 2. a n. 35., Card. de Luc. de Emphyt. in Summa a n. 15.: Confirão-se os citados a §. 139.

Ordem geral da successão entre collateraes.

§. 195.

Daqui se segue 1.°, que sendo o Prazo de nomeação, ou mixto, succede nelle, ou no Direito da renovação, *ab intestato* o consanguineo mais proximo do *defuncto* Emphyteuta, ainda que não seja da linha donde provém o Prazo; com exclusão do consanguineo mais remoto, ainda que este seja da linha, donde proveio o Prazo de nomeação, ou mixto, Gam. Dec. 7., Cald. de Renov. Q. 9. n. 33., Valasc. Cons. 123. n. 6., Pinheir. de Emphyt. Disp. 7. Sect. 2. n. 40., Peg. 2. For. Cap. 9. n. 359. vers. = *Et sic in ea* = Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 3. 9. 12., *et in summa* n. 11. *et in Conflict. Leg. et ration.* Observ. 218. et 219.

Nos de nomeação succede o mais proximo, ainda que não seja da linha, donde provém o Prazo.

§. 196.

Segue-se 2.°, que sendo familiar o Prazo só pertence a successão durante as vidas, ou o Direito da renovação ao consanguineo mais proximo da linha donde elle provém, excluido o consanguineo extranho, ainda que este seja mais proximo por outra linha, que o outro da linha por onde o Prazo familiar provém; Gam. Dec. 326. sub. n. 7., Pereir. Dec. 48. n. 4., Peg 2. For. Cap. 9. n. 560., Pinheir. de Emphyt. Disp. 7. Sect. 2. n. 35. et 41., Cald. de Renov. Q. 9. n. 34., et Q. 13. n. 3., Card. de Luc. nos lugares acima citados.

Nos familiares o mais proximo da linha, donde o Prazo provém

§. 197.

E daqui se infere, que supposto por via de regra do Direito Romano o irmão bilateral prefere na successão ao unilateral, ainda que este seja mais velho, que aquelle, Rox. de Incompatib. P. 1. Cap. 6. a n. 252.; comtudo esta regra se limita, quando o irmão unilateral, ainda que

Nos familiares, o irmão unilateral exclue o bilateral.

seja mais novo, he só irmão pela via e linha, donde proveio o Prazo familiar, Rox. *supra* n. 273., Guerreir. Tr. 2. L. 4. Cap. 1. a n. 60., et Cap. 5. a n. 42.

§. 198.

Ao irmão segundo succede o primeiro, e não o tercetro seguinte.

Segue-se 3.°, que se hum irmão, que por nomeação, ou por outro titulo de adquisição foi emphyteuta, deixar dois irmãos, hum mais velho antecedente ao seu nascimento, outro mais novo, e subsequente; fallecendo *ab intestato*, succede o mais velho com retrocesso a elle, e não succede o mais novo, que na ordem da natureza se lhe seguia, Aquil. ad Rox. P. 1. Cap. 8. a n. 2. *cum seqq.*

§ 199.

O sobrinho exclue os tios unilateraes do pai no Prazo familar, de cuja familia não são os tios.

Segue-se 4.°, que se hum irmão emphyteuta em hum Prazo familiar tiver hum sobrinho filho do unico irmão *predefuncto*, ou seja *uni*, ou *bilateral*, mas irmão descendente da linha, por onde provém o Prazo; e tiver outros irmãos vivos *uni*, ou *bilateraes*, mas extranhos da linha, de que o Prazo provém, neste caso o sobrinho ha de excluir os tios; ou seja pela opinião, que em Prazos familiares admitte representação (§. 180.); ou, e mais certo, por concurrerem neste sobrinho, e não nos tios as qualidades requeridas na Investidura, segundo os principios expostos §. 139. e 195.; *et sic deinceps*: E pelo contrario no prazo de nomeação ou mixto, excluida a representação (§. 177.) prefere o irmão germano, ainda que mais novo ao irmão, ou sómente uterino, ou sómente consanguineo, ainda que mais velho *ex late probatis per Rox. de Incompat.* P. 1. Cap. 6. a n. 262. et 270.

Aliter nos Prazos de nomeação, em que não ha representação.

§. 200.

Como se devão computar os gráos para a successão.

Segue-se 5.°, que quando se tracta da successão dos Prazos na duração das vidas para evitar a devolução ao Senhorio, se devem computar os gráos conforme o Direito Canonico, que são os precisos termos em que procede o §. 26. da L. de 9 de Setembro de 1769, como se demonstrou a §. 136. quanto aos Prazos de nomeação: Como porém nem os familiares caducão, nem o Direito da Renovação, ainda que não haja parentes no 4.° gráo Canonico (§. 135. ad 142.), nestes casos, e fóra do 4.° gráo

Canonico especializado para aquelle unico caso, se deve fazer a computação dos gráos segundo o Direito Civil, Peg. de Maior. Cap. 9. n. 441., Guerreir. Tr. 2. L. 4. Cap. 7. n. 7 e 8.; e praticamente pelos exemplos, que figura o mesmo Guerreir. a n. 70. Stryk. *de Success. ab intest.* Diss. 3.: Veja-se o meu Tract. dos Morgados Cap. 11. a §. 51.

§. 201.

Se o natural do peão succede nos Prazos aos consanguineos paternos?

O que vem de ser expôr desde o §. 194. procede quando se tracta de successão entre consanguineos legitimos: Quando porém algum natural quer succeder aos consanguineos paternos do Pai peão, aqui varião as opiniões pelo que respeita a successão dos bens allodiaes. Huns DD., como Egid. de Privil. Honest. Art. 13. n. 59., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 18. a n. 62., Nett. de Testam. L. 2. Tit. 17. a n. 3., sustentão, que o natural do peão só succede ao Pai, e não aos consanguineos paternos: Pelo contrario Cordeir. Dub. 11. Os fundamentos de Cordeiro quanto a mim são futeis; mas por essa opinião, que os naturaes do peão succedem tambem aos consanguineos paternos, sendo igualmente peães, tenho visto julgar nos supremos Senados.

§. 202.

Ora: Os naturaes não são inhabeis para succeder em Prazos de nomeação; tanto que a Ord. L. 4. Tit. 36 §. 4. em falta de legitimos os faz successiveis aos Pais nobres quanto aos taes Prazos, ainda que não quanto aos bens livres: Seguida pois a opinião de Cordeir. Dub. 11., succedem nos Prazos de nomeação aos consanguineos paternos; mas não seguida a outra opinião pelos fundamentos della, que se podem ver nos citados DD.: Se porém concorresse á successão do tio, ou outro collateral hum bastardo em igual gráo com hum legitimo, ainda que este fosse mais novo que aquelle; eu adjudicaria a successão ao legitimo (modificada neste caso a opinião de Cordeiro) pelos *Similes de quib.* a §. 183.

§. 203.

Os espurios legitimados não succedem aos consanguineos paternos.

Quanto aos espurios legitimados: Estes, que só são legitimados para succederem aos Pais, e não aos consanguineos paternos, França. ad Mend. P. 2. L. 1. Cap. 2. §. 1. a n. 20., Guerreir. Tract. 2. L. 1. Cap. 5. a n. 52.; he sem dúvida, que não succedem aos consanguineos paternos em qualquer especie de bens.

§. 204.

Mas ainda não legitimados, succedem aos maternos.

São porém os espurios sem necessidade de dispensação successiveis aos consanguineos maternos *ab intestato;* porque a Ord. L. 4. Tit. 93. os habilita geralmente para toda a successão: Tal he o mysterio das suas palavras *succeder-lhe-ha, e o herdará... poderão succeder... possão entre si succeder*, etc.; palavras geraes aptas a comprehender toda a especie de successão; Pereir. in Elucidar. n. 1088.; Vicat. Verbo. = *succedere, successio, successores:* = Assim geralmente exornão a dita Ord. Nett. de Testam. L. 2. Tit. 4. n. 20., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 18. a n. 87., e melhor Carvalh. de Testam. P. 1. a n. 517., concluindo no n. 520., que esta successão dos espurios aos consanguineos maternos não differe da dos legitimos, e os julga com igual capacidade « *ac si essent ex legitimo* « *matrimonio nati.* »

§. 205.

Quid no neto legitimo de mãi espuria se succede á avó.

O caso mais duvidoso he: Se o neto legitimo de huma mãi, que era filha espuria da avó, reciprocamente insuccessiveis entre si, *ex dicta* Ord. Tit. 93.; he herdeiro *ab intestato* da mesma avó, de quem era filha espuria a mãi deste neto? Esta Questão se vê largamente tractada *per utraque parte* em Guerreir. For. Q. 95., aonde se podem ver as diversas opiniões.

Nota geral a todo este Capitulo: supposta a individuidade, e outras particularidades dos Prazos neste Reino em differença dos de outras Nações: e a nenhuma differença quanto ao dominio util entre os seculares, e os Ecclesiasticos: segue-se 1.ª, que não póde entre nós ser applicavel o muito que sobre as

successões escreveo Fulgin. in Tit. *de Succession. in bon. emphyteut.*; e só algumas regras, que deo o Card. de Luc. de Emphyteus. in Summ. a n. 14.: Segue-se 2.°, ser frustrado tudo quanto contra a successão dos espurios no dominio util dos Prazos Ecclesiasticos escreverão os DD., com os quaes Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. §. 3., Peg. no Opusc. de Spur. Gloss. 3. a n. 71.

CAPITULO II.

SECÇÃO II.

Successão dos Prazos pela Dispozição do Homem em Testamento, quando he hum só herdeiro, etc.

Analyse da Ord. L. 4. Tit. 36. no Princip., e Tit. 37. §. 4.

Razão intrinseca da dita Ordenação contra as quimericas, que exhibirão alguns DD.

§. 206.

Diz esta Ordenação: «Se o que assim tomar a pos-« sessão de foro (em vidas, e de nomeação) antes da sua « morte fizer testamento, em que faça e deixe certo her-« deiro *em seus bens in solidum*, não nomeando certa pes-« soa ao foro, o que ficar herdeiro na herança do defuncto « fica nomeado ao foro, posto que lhe outra nomeação não « seja delle feita.»

§. 207.

Razão mais provavel desta Ord.

Qual seja a intrinseca razão desta Lei, em quanto decide, que o herdeiro universal dos bens fica nomeado no foro sem outra expressa nomeação, he difficil descobrir-se: Os nossos Reinicolas a exornão, como são, *ex professo*, e o primeiro Cald. de Nominat. Q. 7., Pinheir. Disp. 6. Sect. 1. a n. 7., Cordeir. Dub. Portug. de Donat. L. 1. Cap. 13. n. 32., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 69.,

Peg. 2. For. Cap. 10. n. 126. et. 3. For. Cap. 28. n. 540.; e uniformemente julgão, que a intrinseca razão, he porque a faculdade de nomear concedida ao Emphyteuta se executa, e enche pela Instituição de herdeiro universal, *ex L. unum ex familia* 69. §. *si duos* ff. de Legat. 2.° Inferindo desta Lei Caldas e os mais citados «haere«dem scriptum censeri, tacitè nominatum, seu electum «ab eo, qui debet aliquem eligere, aut nominare»; no que convém os Estrangeiros Tondut. Civil. Cap. 50. n. 19. 20. 21. 22. et 23., aonde amplia a dita L 69. ao caso da Doação universal, Tontanell. Decis. 38. n. 6., *et de Pact. Nuptialib.* Claus. 4. Glos. 5. n. 64., Nigr. *de Nominat.* L. 1. Q. 9. n. 5.

§. 208.

Continúa o discurso sobre a razão da Lei.

Perêm, eu vejo o nosso Legislador peritissimo no Direito Romano, que pela maior parte foi a fonte da nossa Legislação, Estatutos da Universidade L. 2. Tit. 3. Cap. 6. §. 21., et Tit. 5. Cap. 2. §. 8.; Eu vejo que no Direito Romano não houve idéa alguma de Prazos de nomeação ou providencia; bem como a não houve dos Morgados, Estat. da Univers. L. 2. Tit. 5. Cap. 3. §. 36.: Eu conjecturo com toda a verosimilhança, que o nosso Legislador não teve em vista a dita L. 69. ff de Legat. 2., que, *ut ex ea patet*, só tinha, e póde ter applicação aos *fideicommissos* familiares: e que não teve em vista, nem a L. 4. Cod. *de Contrah. et Commit. stipulat.* (em que Cald. sup. n. 2. diz fundada tambem a dita Ordenação), porque nada faz ao cazo; nem a L. 9. ff. *de Probation.* nas palavras (em que tambem se funda Caldas) «quia ple«rumque tam pro haeredibus nostris, quam nobismet ipsis «cavemus», porque conforme a exposição de Gotrofred. *ibidem*, nada conduz para se presumir o herdeiro nomeado no Prazo, e menos no Prazo que não foi adquirido, e estipulado pelo Emphyteuta Testador, e em que aliàs podia já ser successor, e segunda vida sem ser o estipulante.

§. 209.

Mas sim que teve em vista a L. *Bonorum appellatio*, 49. ff. *de Verbor. signif.* nas palavras: =*Vel superficiaria*

sunt. = E como o contracto superficiario tem muita similhança com o Emphyteuse, ex Valasc. Q. 33. *et patet ex tot. tit.* ff. *de superficieb.* ubi *Voet. Brunneman. et Bohemer*, sendo a superficie hum quasi Emphyteuse, Fulgin. in Praelud. Q. 12. n. 1.; por isso he que se comprehendem os Prazos na geral nomenclatura de bens, como uniformemente assentão os DD. Cald. Fgid. Barbos., e os mais *cum quibus* Peg. de Major. Cap. 4. a n. 100. Nesta nomenclatura os comprehendeo sempre o mesmo identico Legislador, tantas quantas vezes fallou de Prazos, chamando-lhe sempre bens, como se nota na Ord. L. 3. Tit. 93. §. 3. = *se os bens forem de foro,* = *etc.* Tit. 47. pr. = *bens seus proprios, ou de foro feito para sempre ou em certas pessoas* = L. 4. Tit 95. §. 1. = *alguns bens da Coroa, ou de emprazamento,* = *etc.* Tit. 97. §. 22. = *alguns bens que outros trazem emprazados em certas pessoas* = *etc.* §. 24. = *alguns bens foreiros,* = *etc.* Tit. 105. = *Tendo bens em que haja de nomear,* = *etc.* L. 5. Tit. 6. §. 15. = *bens de morgado, ou feudo, ou foro* = *etc. et passim:* E de todas as razões, LL., e DD. que nesta Questão expõem Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 9., a mais adequada he esta, *ibi:* » *Institutio haeredis vim habet* « *nominationis*: Ratio est quia generalis dispositio eosdem « juris effectus producit, quos specialis parere solet. »

§ 210.

Sendo pois esta a certa intelligencia do Legislador, este o seu dialecto, comprehenderem-se os Prazos na geral nomenclatura de bens; por isto he que determina, que instituindo alguem hum herdeiro em *seus bens in solidum fica o herdeiro nomeado ao foro, posto que lhe outra nomeação não seja feita*: Pois que na geral Instituição de bens se comprehendem os de Prazo, propriamente bens; quando delles não ha outra especifica, e distincta disposição: *Ainda que lhe outra nomeação não seja feita*, porque quem deixa ao herdeiro os seus bens, e comprehensivamente os Prazos, não precisa de outra expressão para lhos deixar; nem ha necessidade de o Testador se acingir a huma certa formula de lhos deixar *por especial*

nomeação; porque não ha Lei entre nós que prescreva certa formula, para se fazerem taes nomeações; nem jamais emprazamento algum obrigou sob pena de nullidade, a que os emphyteutas nomeem, e deixem os Prazos com certa formalidade de palavras: Na simplicidade da Jurisprudencia a intenção do disponente he a que predomina, *ut plenissime* Solan. Cog. 55. a n. 41. «et de mo«do non curamus dum habemus effectum», L. 3. Cod. de Instit. et Substit. L. 104. ff. de Verb. obl., Cordeir. Dub. 24. n. 50., Portug. L. 1. praelud. 2. §. 2. n. 63.

§. 211.

Confuta-se a razão que ideou Cordeiro.

He delirio dizerem alguns DD., *maxime* Cordeir., que o nosso Legislador fingio huma nomeação pela instituição de herdeiro, para que o Prazo se não devolvesse ao senhorio por falta de nomeação, ou pelo não implemento da condição, com que suppõe concedido o Prazo ao Emphyteuta=*si non nominabit.*=He delirio dizerem que o Legislador mesmo foi, o que introduzindo a dita ficção, presumio nomeado o herdeiro instituido: Pelo contrario vio o Legislador em hum Testador dispondo de seus bens, em que se comprehendem os Prazos de nomeação, poder de os nomear a qualquer herdeiro extranho (§. 140.); *vontade*, porque os não exceptuou; *e solemnidade:* Circunstancias de que depende, e com que se aperfeiçoá todo o acto, ou disposição.

§. 212.

E portanto o Legislador nem usou de palavras expressivas de ficção, nem de presumpção, como praticou no L. 1. Tit. 60. §. 3. Tit. 88. §. 30. L. 4. Tit. 12. Tit. 66. L. 3. Tit. 63. §. 4. L. 4. Tit. 88. §. 14. L. 4. Tit. 81. §. 2. L. 4. Tit. 46. §. 2. L. 4. Tit. 63 §. 6. L. 4. Tit. 50. §. 2 L. 4. Tit. 31. §. 11. L. 4. Tit. 56. §. 1. L. 4. Tit. 99. §. 6. L. 5. Tit. 134. §. 1. L. 3. Tit. 66. pr. e a cada passo: Antes decisivamente disse=*fica nomeado no foro,*=*etc.* não por ficção, ou presumpção, mas por pura realidade; tendo o Legislador em consideração as razões expostas a §. 207. E fica nomeado não pela Lei, que por si o não ha por nomeado; mas fica nomeado pelo Tes-

tador, que o instituio herdeiro em todos os seus bens, em que o Prazo de nomeação se comprehende: declarando-o, e auctorizando-o assim a Lei.

Ainda que a Lei fingisse nomeado o herdeiro, a ficção da Lei, seria a Lei mesma, e não já ficção, Rub. de Confus. jur. Cap. 2. n. 4.; A presumpção *Juris et de Jure*, que firmou a Lei, sem admittir prova em contrario, não fica ja em termos de presumpção, mas Lei mesma, Repertor. *sub verbo = Presumpção de serem verdadeiros, = etc.*

§. 213.

A mesma Ord. no §. 13. mais o confirma; pois diz, que ficando no testamento do foreiro muitos herdeiros extranhos *todos se intendem ser nomeados ao foro*: E por que palavras? por quaes factos, se não pela geral instituição dos bens do foreiro independente de outra formalidade? Esses DD. mesmos, cujas razões confutei (§. 211. 212.), são em si contradictorios: Porque elles julgão nomeado o Prazo naquella pessoa, a quem sem outra expressa nomeação se deixa por legado, ou se dá por doação, ou dote; como com Pinheir., Valasc., e Cald. o mesmo Cordeir. Dub. 24. n. 48. 49., Repert. *sub verbo. = Nomeação que faz o foreiro, =* etc. E que Lei ha, que finja, que presuma nomeação sem expressão quando o Prazo se lega, se dôa, se dóta? Logo a nomeação he hum consequente necessario do legado, da doação, do dote do Prazo, sem Lei, que em taes casos a finja, e presuma: Logo tudo aqui obra á vontade do foreiro, e a Lei só serve de a auctorizar, e firmar: Logo o mesmo he instituir herdeiro em todos os bens, que nomear os Prazos comprehendidos na generalidade de bens (§. 209.); e só para remover dúvidas, he que a Lei assim o declarou.

Nota: Ainda *rem acu non tetigit* Cald. de Nominat. Q. 10. n. 9. quando disse: « Inest enim sub eo « titulo institutionis quædam intrinseca electio, et no-

« minatio, etc.»: e no n. 13.: « hæc emphyteutica no-« minatio sub illo titulo universali hæreditatis conti-« netur.» Conf. Peg. 2. For. Cap. 10. n. 126., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36 in pr. sub. n. 3. vers. *Sicque.*

Se porém a instituição de herdeiro for restricta á universalidade *dos bens livres*, não comprehende os Prazos, Guerreir. For. Q. 25. n. 19. et 25; porque comprehendendo-se na generalidade de bens do Testador, restringindo elle a sua disposição aos hereditarios, limitou a generalidade, *generi per speciem derogatur.*

Consectarios desta genuina razão contra o sytema de Cordeiro.

Convencem-se varios erros delle.

§. 214.

1.° Erro de Cordeiro.

Succeder no Prazo o filho desherdado e excluida a filha herdeira universal.

Daqui vem ser errado o systema de Cordeiro em quanto a cada passo na dúvida 24. faz deducções arbitrarias de huns principios tão errados. Com especialidade errou Cordeiro em quanto na dita dúvida a n. 104., figurando o caso de hum pai, que tendo hum filho, e huma filha desherda aquelle, e institue herdeira esta sem nomear o Prazo; disputa, se o filho sem embargo da desherdação succede no Prazo com exclusão da filha instituida herdeira universal? Elle em favor da filha ponderou até o n. 109. fundamentos bem plausiveis: mas desde o n. 110. até 114. segue o partido do filho com outras razões as mais frivolas.

§. 215.

Pois que; o filho huma vez justamente desherdado, fica como extranho da familia sem prerogativas de filho, e herdeiro quanto á successão, Net. de Testam. L. 4. Tit. 1., Manz. de Testam. Tit. 10. Q. 18.: Em consequencia he inadequado o argumento, que Cordeir. faz com o §. 3. da dita Ordenação, pois esta só procede quando o pai faz testamento, em que institue seus filhos, tendo muitos, e instituindo-os todos: Porém aqui o filho

desherdado ficou como extranho; a filha era a unica herdeira instituida universalmente; e cessando aqui o dito §. 3., procede o princip. e §. 1. da mesma Ord. Por outra parte o §. 3. suppõe huma instituição de herdeiros coacta, e necessaria entre muitos, e o §. 1. falla da voluntaria: Ora desherdado o filho, e ficando extranho a respeito do pai, já a filha unica herdeira instituida fica com toda a vontade do pai para succeder em seus bens, e comprehensivamente nos Prazos; o que não he assim, quando o pai instituindo herdeiros muitos filhos, não dispõe dos Prazos a favor de algum delles, ficando incerta a sua vontade, quanto aos Prazos; suppondo-se ter só as vistas na necessidade de instituir herdeiros os filhos: Outras razões se podem ver em Cald. de Nominat. Q. 12. a n. 51. contra o filho assim desherdado.

§. 216.

A ponderação (outra razão de Cord) da conjecturada vontade do senhorio, em favor do varão mais habil para a cultura, he irrizoria; porque alias nunca seria nomeavel femea com exclusão do varão, sempre repugnaria á vontade do senhorio: E que absurdo? As femeas não tem inhabilidade alguma para succeder em Prazos, Cald. de Potest. elig. Cap. 15. n. 32., Fulgin in Tit. de Success Q. 9. et 10.; nem em Feudos, Cyriac. Contr. 401. tot.: Só sim concedo a Cordeiro, que se o filho varão fosse chamado na investidura, e succedesse *jure sanguinis* com hum inauferivel Direito, então a desherdação não seria forçosa para o excluir segundo as doutrinas (que assim intendo) de Guerr. Tr. 2. L. 1. Cap. 2. a n. 97., Stryk. de Success. *ab intestat.* Diss. 12. Cap. 5. §. 6.: Quanto porém a hum Prazo de nomeação, em que o Pai, ainda não desherdando o filho, o podia preterir, e nomear a filha; huma vez, que o desherde, e institua herdeira universal a filha, tem o filho contra si, e a filha (nomeavel) a seu favor toda a vontade do pai; e a universal instituição de herdeira de todos os bens do pai vem a comprehender o Prazo, que são bens (§. 289. e seguintes).

§. 217.

Tambem em consequencia do exposto desde o §. 207. se convence erronea a doutrina de Cordeir. dub. 23. a n. 61. em quanto contra Peg. de Mayorat. Cap. 5. n. 59. tentou mostrar, que tendo hum homem nobre filho natural, e instituindo herdeiro o seu ascendente Legitimo, sem nomear expressamente o Prazo, succede nelle o natural excluido esse Ascendente: As razões em que se funda Cordeiro, são as mesmas já confutadas a §. 207.: O simile que adduz do §. 3. da Ord. he disparatado: Porque como já dise, ha diversa razão entre o caso da instituição de herdeiros necessarios, e a voluntaria. O que tem muitos ascendentes legitimados, e não póde deixar de os instituir, executa hum acto necessario: Se não dispõe do Prazo, porque lhe não lembra, ou não quer, o deixa com a universalidade dos bens, em que o Prazo se comprehende (*ut a* §. 209.) ao Ascendente, que vê successor legal: Instituindo necessariamente muitos, não se pode suppor querer, que succedessem todos no Prazo individuo, e na incerteza de qual quiz nomear, entra a disposição da Lei: O §. 4. da dita Ord., que admitte o natural do nobre, só procede no caso de fallecer o pai sem testamento: Só então exclue o ascendente: Mas testando o pai, instituindo o ascendente universalmente, tem este a seu favor a vontade ampla do Testador, e a comprehensão do Prazo na mesma universalidade, e o natural; nem tem vocação no Prazo, porque o dito Tit. 36. procede só nos de nomeação livre (*ut a* §. 162.), nem na vontade do pai, que se não lembrou delle; nem na Lei, que só falla no caso de morrer o pai intestado; e não quando com testamento, caso em que pela disposição do homem cessa a da Lei, L. *Quamdiu* ff. de Reg. jur. L. 39. ff. de Adqui hæred.

§. 218.

Ainda he mais temeraria a tentativa de Cordeir. Dub. 25. desde o n. 68. até 80., em quanto contra o mesmo Peg. de Mayor. e Caldas, se propoz persuadir que tendo o nobre filho natural, e instituindo herdeiro universal de seus bens pessoa extranha sem nomear ex-

pressamente o Prazo, fica succedendo nelle o natural com exclusão do herdeiro universal. As razões de Cordeir. contra o filho natural, que pondera desde o n. 69. até 72., são as mais solidas, e conformes ao espirito da Lei, que tenho demonstrado: As favoraveis ao filho, que expõe desde o n. 73., são as mesmas cerebrinas, e arbitrarias, que ficão convencidas desde o §. 207.: Repito só: O natural neste caso não tem a vontade do pai, que o excluiu instituindo herdeiro universal hum estranho; e ainda que não nomeasse expressamente o Prazo; este se comprehendeu na universalidade dos bens (*ut a* §. 209.): Não tem vocação da investidura; porque o Tit. 36. suppõe a Successão de Prazos de nomeação livre, em que só faz successive s os naturaes (*ut a* §. 162.): Não tem a vocação da Lei no §. 4. do dito Tit. 36.; porque só procede, quando o pai fallece *ab intestato*: *Quo ergo jure* ha de succeder o natural com exclusão do herdeiro universal, quando este tem a universal vontade do testador; tem a disposição da Ord. L. 4. Tit. 36. no principio, que em falta de nomeação expressa diz que *fica nomeado* no Prazo.

Nota: Estas mesmas censuras padece Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. §. 3. a n. 4.; porque cegamente e sem critica seguia os demonstrados erros de Cordeiro: Omitto a confutação de outras illações, que de errados e convencidos principios faz o mesmo Cordeir.: Porque desvanecidos esses principios desde o §. 207, ficão falsas as inferencias, como poderá julgar o Leitor.

Requisitos necessarios para ser applicavel esta Ord.: para que o Herdeiro universal instituido in solidum *se possa dizer nomeado nos Prazos.*

Primeiro requisito.

§. 219.

He necessario, que o testamento seja valido; já porque a dita Ord. o presuppõe, como he regular ex Bagn. He necessario hum Testamento válido.

Cap. 3. a n. 8. já porque a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 4. faz dependente a validade da nomeação da validade do testamento. E como a nomeação expressa (*et maxime* a deduzida da instituição de herdeiro) feita em testamento segue a natureza delle, Solan. Cog. 2. a n. 64. et 69., Nett. de Testam. in Præfat. n. 50. et 51.: Suscita-se aqui huma duvida, qual he: Se anullado o testamento, he nullo tambem na parte em que comprehendeu os Prazos?

§. 220.

Os nossos Reinicolas tendo em vista a dita Ord. §. 4., e a do Tit. 82. §. 1. variárão em diversas opiniões, como se pode ver em Solan. Cog. 2. a n. 85., referindo Valasc., Gam., Phæb., Cald., Pinheir., e Peg. Tom. 4. á Ord., a que se podem juntar os mais que refere Lim. a Ord. L. 4. Tit. 36. no princ. a n. 24, e Tit. 37. §. 4., e sobre todos, os Senadores nas deliberações transcriptas por Peg. Tom. 2. For. Cap. 9. a n. 291., e n. 505., o addicionador de Phæbo Decis. 123.; o Reportor. debaixo da conclusão=*Foreiro fazendo nomeação no testamento*=: E dos Italianos se podem ver Nigr. de Nomination. L. 1. Q. 17., Jul. Capon. Controv. For. 8. a n. 34.

§. 221.

Quando sendo nullo possa, ou não subsistir a nomeação.

Eis aqui em substancia o commum sentimento destes DD. Quando o testamento he nullo absolutamente, ou por defeito das solemnidades da Ord. L. 4. Tit. 80.; ou por incapacidade do testador; ou por caducar a instituição de herdeiro, etc., he tambem nulla a nomeação do Prazo nelle feita: Quando he nullo só pela preterição de algum filho, ou pela injustiça da sua desherdação, e cassado a instancia do filho, ou preterido, ou injustamente desherdado, e assim pela *Querella inofficiosi testamenti*, em tal caso subsistem as nomeações dos Prazos, em qualidade de legados, assim como aliàs subsistem os mais legados dentro dos limites da terça.

§. 222.

Tambem, e consequentemente: Como a L. de 9 de Setembro de 1769 anullou só os testamentos em que a

alma he instituida herdeira; mas tambem os legados nelles deixados; Lei suscitada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796; e declarada assim a dita Lei pelos assentos de 29 de Março de 1770, de 5 de Dezembro do mesmo anno, e de 9 de Abril de 1772; e o dito Alv. pelo assento de 21 de Julho de 1797: Parece, que neste caso, nem como legados se pódem sustentar as nomeações dos Prazos escriptas em taes testamentos, em que a alma se institue herdeira.

Nota: Se porém o nomeado estiver presente no acto de testar, e aceitar a nomeação com algum gravame como contracto; então póde plausivelmente sustentar-se como contracto, sem as solemnidades do testamento, ainda que por falta dellas seja nullo, provando-se com as solemnidades sufficientes, e commuas dos contractos: Vejão-se Solan. Cog. 2. a n. 11. 58. 62. 69. 79., Barbos. ad rubr. ff. de legat. 1. a n. 48., Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 301., Cald. Cons. 10. tot : Como no testamento se podem solemnisar, e celebrar contractos: Veja-se o mesmo Solan. a n. 40.

Qui se a noi é fe por con no Testa

§. 223.

He bastantemente duvidoso: Se valendo o testamento de pais para filhos sem as regulares solemnidades, ex Mell Freir. L. 3. Tit. 5. §. 16., vale a nomeação feita em qualquer disposição do pai em que não intervem tres testemunhas, que a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3. faz em todo o caso necessaria para provas da nomeação? Cordeir. dub. 23. a n. 40. sustenta a nullidade: Phæb. Decis. 123. n. 52., reconhecendo a nullidade diz, que sempre obriga no foro interno: Porém em Peg. Tom. 11. ad Ord. L. 2. Tit. 35. Cap. 149. a n. 6. et a n. 17. se vê sustentada valida a nomeação de hum morgado electivo (que se regulava pelas regras das nomeações dos Prazos) feita em hum testamento escripto pelo pai sem outras solemnidades, e só reconhecida a letra: Esta decisão póde comprovar-se, com este principio: Que a nomeação he hum acto anomalo, que segue a natureza do acto principal em que

Se he v em Testa de Pai ao sem 3 testem

ella se faz, *ex DD. cum quibus* Solan. Cog. 2. a n. 64.: E se hum testamento de pai para filhos vale sem solemnidades; bastando, que por qualquer modo se prove a vontade do pai, parece, que vale sem tres testemunhas a nomeação, que o pai faz em favor de hum filho em testamento menos solemne: *Sed Tu cogita, et vide* §. 371. *vide etiam* Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 23. n. 9. in fin., Cald. de Potest. elig. Cap. 7. n. 11., que parece seguem o contrario contra a validade.

Segundo requisito.

§. 224.

He necessario que o herdeiro seja instituido *in solidum.*

Esta Ord. L. 4. Tit. 36. no principio não só exige que o Emphyteuta faça testamento valido (a §. 219.) mas que *faça e deixe certo herdeiro em seus bens in solidum:* Amplia-se, e póde ampliar-se por identidade de razão ao donatario universal de todos os bens, que igualmente se julga nomeado nos bens de Prazo, Tondut. Civil. Cap. 50. a n. 21., Cald. de Nomin. Q. 2. n. 2., Fontanell. Decis. 467. a n. 6. et Dec. 38. n. 6., et de Pact. nupt. claus. 4. gloss. 5. n. 64., Nigr. de Nominat. Q. 9. n. 5.

Amplia-se ao Donatario universal.

§. 225.

Se basta para satisfazer a esta Lei a Instituição de herdeiro, deduzida de conjecturas?

Porém sobre as palavras *certo herdeiro* occorrem aqui tres dúvidas: 1.ª *An institutio hæredis admitti possit ex tacita, et tantum conjecturata voluntate testatoris?* Questão sobre a qual se podem ver, com os mais DD. que referem Pinheir. de Testam. Disp. 3. Sect. 3. a n. 52, Nett. de Testam. L. 2. Tit. 3., e os mais que refiro na minha especial dissertação sobre a necessidade de instituição de herdeiros para a validade dos testamentos.

§. 226.

Se basta ser herdeiro em cousa certa.

Outra e 2.ª sobre as palavras de Lei = *em seus bens* in solidum = *utrum institutus in re certa censeatur nominatus ad emphyteusim?* Esta questão com Cald. de Nominat. Q. 9. resolve Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. no princ., desde o n. 20 até o n. 22., ut ibi: «Utrum institutus

« hæres in re certa censeatur nominatus ad emphyteusim? « Institutus in re certa vel datur quando testator illum « instituit in aliqua re certa, instituto simul altero hærede « universali, et tunc si hæres universalis non repudiet hæ- « reditatem, institutos in re certa habetur tanquam Le- « gatarius, et non censetur nominatus in Emphyteusi: Si « verò testator non instituat alium in hæredem præter « institutum in re certa, vel in casu quò instituat ipse non « adeat, vel repudiet hæreditatem defuncti, in tali hypo- « thesi hæres institutus in re certa non reputatur ut Le- « gatarius, sed ut hæres universalis, consequiturque totam « hæreditatem. Qua propter hæres institutus in re certa, « vel quota hæreditatis, nullo alio dato Cohærede, cense- « tur universaliter institutus hæres, sicque nominatus in « Emphyteusi. Nemo enim decedere potest pro parte tes- « tatus, et pro parte intestatus: Ideo institutus in re certa, « nullo alio vel aliis datis hæredibus, vel cohæredibus, cen- « setur nominatus in emphyteusi, sicut in tota hæreditate. »

Nota: He bem claro que estas doutrinas procedião segundo o systema Romano, aonde sendo Maxima inalteravel (á excepção do soldado) que ninguem podia morrer em parte testado e em parte intestado; daqui se inferia a conclusão, que o herdeiro instituido em cousa certa, ou em quota certa, sem outro coherdeiro, ficava herdeiro universal: Por isto he, que Caldas, e Barbosa, que seguiu Lima, disserão ao nosso proposito o que temos visto (§. 226.): Porém essa, e outras razões do Direito Romano, de que se deduzia a dita conclusão, convenci largamente em huma especial dissertação desde o §. 20., demonstrando com o uso hodierno das Nações, que tal maxima, ou superstição dos Jurisconsultos Romanos está universalmente abrogada, ainda mesmo por legislações modernas, sobre reprovada pelos DD.: Demonstrando, que o de que o testador não testou passa aos herdeiros *ab intestato*; e o instituido em cousa certa, ou em parte da herança só fica com o em que foi instituido: Quem

não vir a dita dissertação bastará ver Stryk. de Cautell. Testament. Cap. 1. §. 31., Perez in Cod. L. 6. Tit. 24. n. 14, Voet. ad Pand. L. 29. Tit. 2. n. 40., Groeneweg. de Legib. abrogat. ad §. 5 et 7., Instit. de Hæredib. Mell. Freir L. 3. Tit. 5. §. 32. e na sua nota: Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 4. Art. 2. a §. 13. conduz o Cod. Civ. dos Francez. Art. 299. e seguintes: Conduz o Proem. da L. de 9 de Setembro de 1769, aonde entre outras Maximas do Direito Romano, ahi reprovadas, se lembra esta de que ninguem póde morrer em parte testado e em parte intestado: Lei, que ainda que por outros fins foi abrogada, sempre em outros casos se deve attender como doutrina magistral, Luc. de Judic. Disc. 35. n. 87. et de Regular. Disc. 42. n. 18.: Confira-se o grande critico D. Paulo de Mora e Yarab., Tract. Crit. dos erros do Direito Civil., Cap. 3. §. 3.

Por tanto; hoje, que são universalmente ridiculizados os principios, de que se servirão Caldas, Barbos., e Lima (§. 225.) eu não julgaria já mais herdeiro universal o instituido em cousa, ou quota certa; nem o julgaria nomeado nos Prazos de que o testador não dispoz expressamente em seu favor: Elle não he aquelle herdeiro universal, *e in solidum*, qual para este fim requer a Lei que elle seja, e na falta de nomeação assento, que devem os Prazos passar aos successores *ab intestato*, ficando esse herdeiro só estrictamente, com o que o testador lhe deixou, e nada mais.

§. 227.

Outra e 3.ª dúvida: He a substituição huma segunda instituição de herdeiro, Ord. L. 4. Tit. 87. no principio *ibi = substituição he instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo lugar* = Fusar. de Substit. Q. 1. n. 2.; e o substituido he em effeito herdeiro: Por tanto, aqui se suscita a questão: Se as palavras da nossa Ord. que julgão nomeado nos Prazos *o herdeiro certo*, comprehendem o substituido para similhantemente se subentender nomeado?

O nosso Cald. de Nomin Q. 8. a n. 9., depois de larga disputa decide a n. 17. esta questão pela parte affirmativa: Concorda com huma grande demonstração Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 11.: E eu concordo com ambos; omittindo a outra questão, que tracta o citado Cald. n. 25.; porque nunca já mais occurrente: Aqui nasce a questão incidente; que vou tractar, como propria deste lugar.

Questão Incidente Pratica.

Utrum Emphyteusis veniat in restitutione fideicommissi universalis?

§. 228.

O nosso Pinheir de Emphyteus. Disp. 5. Sect. 2. §. 2. a n. 18. e no Tractado de testament.. Disp. 4. Sect. 8. §. 12. a n. 1348., disputa largamente esta questão com os Reinicolas Valasc., Cald., Molin., Pereir., e com muitos DD. alienigenas, a que accrescento Fulgin. de Jur. Emphyt. in T. de Succession. in Bon. Emphyt. Q. 3., Fusar. de Substit. Q. 630., elle com os mesmos DD. faz varias distincções de casos, em que em parte convenho, em parte justamente discordo. Varias opiniões.

§. 229.

Convenho 1.° com Pinheiro, e mais DD. por elle citados, que os Prazos fateosins hereditarios se comprehendem na generalidade do Fideicommisso; e devem por morte do herdeiro gravado passar com o resto da herança ao Fideicommissario: E nisto mesmo concordão Peg. 2. For C. 9. n. 29., Pereir. Decis. 26. n. 3., Guerreir. Tr. 2. L. 2. C. 8. n. 25., Fulgin. sup. a n. 5., Fusar. sup. a n. 4., Peg. de Maior. Cap. 4. a n. 101. et 108. Comprehendem-se no Fideicommisso os Prazos fateozins hereditario

§. 230.

Convenho 2.° com Pinheiro, e os que elle segue, que se o Prazo he fateosim hereditario misto (figurado §. 107.) e tanto o herdeiro gravado como o substituido Fideicommissario tem, e podem ter as qualidades requeridas na investidura para nelle poderem succeder, passa por morte *Quid* no hereditario mixto?

daquelle com a geral Successão para este: E assim mesmo além de Pinheiro Fulgin. sup. a n. 16. Fusar. Q. 630. n. 11.

§. 231.

Quid no fateozim familiar puro

Convenho 3.° que se o Prazo he fateozim familiar perpetuo na fórma figurada §. 107. e tanto o herdeiro, como o Fideicommissario tem as qualidades da investidura, tambem passa com a Successão universal ao Fideicommissario: Conduz Fulgin. e Fusar. sup.

§ 232.

Quid havendo acceitação do herdeiro gravado?

Convenho 4.° que se o filho ou herdeiro instituido he expressamente gravado, restituir o Prazo ao substituido, ou o Prazo seja de nomeação, que póde passar a extranhos, ou Familiar, e o substituido pessoa da familia e habil para a Sucessão, tambem *ex vi* da aceitação da herança com aquelle expresso e especifico gravame quanto ao Prazo passa este ao substituto por morte do herdeiro; e se o substituido não tem as qualidades da investidura lhe passa a estimação: *Ita etiam* Fulgin. sup. Q. 2. a n. 15., Fusar. sup. Q. 630. n. 10. et a n. 14.

§. 233.

Quanto aos Prazos de nomeação, ou mixtos, ou familiares.

Em quanto porém Pinheiro segue, que os Prazos de nomeação, ou de providencia, e de vidas, familiares, temporaes, ou mixtos (todos estes comprehende no involucro das palavras sub n. 18. vers. *Quando*, et n. 19., et *idem* Pinheir. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. n. 1348.) se não comprehendem no Fideicommisso universal da herança do testador, e que ficando no dominio do herdeiro gravado, e seus herdeiros não passão ao Fideicommissario; nesta parte errárão Pinheir., os que elle seguiu, e os que depois o seguirão, como são Pereir. Dec. 26. n. 5., Guerreir. For. Q. 25. n. 21.

§. 234.

Refuta-se a opinião de alguns DD.

Pois que os fundamentos destes DD. se reduzem a estes: 1.°, que o herdeiro recebe o Prazo tal (§. 233.) não pelo Titulo hereditario, e não *a Testatore*, que nada deu do seu, e só exercitou o nú ministerio de nomear expressa ou tacitamente; mas o recebeu *á Domino concedente*

medeante a nomeação do defuncto; que aliás o não podia gravar quanto ao Prazo: 2.°, que os bens de Prazos taes se não connumerão entre os hereditarios, em que só subsiste o Fideicommisso, e que o herdeiro só he gravado restituir por sua morte: Porém que razões mais futeis?

§ 235.

Ora eu mostrarei (a §. 301.) que do que legislárão os Romanos a respeito dos Fideicommissos na L. *unum ex familia*. 69. ff. de Legat. 2. se não póde argumentar para os Prazos de nomeação livre ou providencia; e que na intenção do nosso legislador os Prazos são propriamente *Bens* dos Emphyteutas; sendo erro tudo o contrario: He outro erro vulgar em Pinheir., Cald., e outros Reinicolas, que os Prazos de nomeação, e providencia se recebem do Senhorio e não do nomeante; erro que debateu bem Guerreir. Fol. Q. 69. n. 21. com razões superiores a toda a replica, que não repito: E o Card. de Luc. no Tractad. de Emphyt. Disp. 57. n. 6. com a mesma L. *unum ex familia* §. 1. applicando-a aos Prazos, justamente distingue, que só se podem subentender recebidos do Senhorio, e não do nomeante aquelles, em que a faculdade de eleger he limitada e restricta a certas e especificas pessoas; ou para eleger huma incerta de certas: *At vero* quando a faculdade de nomear he livre ao Emphyteuta para nomear extranho; ou illimitada a hum da familia, nomeando o Emphyteuta o que aliás podia preterir-lhe, confere beneficio; e da sua mão, e não da do Senhorio recebe o nomeado o Prazo: *Ita etiam* Fusar. de Substit. Q. 511. (veja-se o exposto mais diffusamente a §. 301).

Nota: Por isto he que não se recebendo do Senhorio huns Prazos taes, mas dos nomeantes, que nomeando a quem aliás podião preterir e abandonar, e que não erão precisamente obrigados eleger, lhe conferem beneficio proprio; podem gravar os nomeados; *maxime* em favor das pessoas que aliás podião directamente nomear, preteridos os primariamente nomeados e gravados, Peg. de Maior. C. 4. sub. n. 375.,

Tondut. Civil. C. 50. n. 35., Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 25. n. 3., Jul. Capon. Contr. For. 8. n. 37., Fusar. sup.

§. 236.

O mesmo. Por outra parte com humas substituições taes nos bens de Prazos, ou com hum Fideicommisso geral em que elles se comprehendão nada se ferem os direitos dos Senhorios: Porque ou as vidas hão de durar até o substituido, ou hão de acabar no testador, ou no primeiro herdeiro gravado: Em todo o caso, ou o Senhorio deve renovar ao successor, ou não: *Si prius*, o direito da renovação admitte nomeação e substituição (§. 395.) e deve o Senhorio findas as vidas renovar a quem pertencer o tal direito: *Si secundum*, não he tambem obrigado *ex vi* da disposição do Emphyteuta: E para elle dispôr por ultima vontade nunca jámais foi necessario o consentimento do Senhorio.

Nota: Estes direitos relativos aos interesses dos Senhorios só elles os podem oppor, ou renunciar, e não os Emphyteutas, cujas disposições ainda vinculando-se em Morgados, ou Fideicommissos perpetuos (Conf. Solan. Cog. 1. a n. 37) só os Senhorios, e ninguem mais os podem impugnar; e em quanto não as impugnão subsistem as mesmas disposições, Peg. de Mayor. Cap. 4. sub n. 105., et Cap. 5. n. 206. 210., et Cap. 15. a n. 32., Reportor. sub verb. = *Nulla he a venda escambo* = etc.

§. 237.

Outro fundamento contra essa opinião. Por outra parte: Eu já demonstrei a §. 208., que o herdeiro universal dos bens, só por isso que herdeiro universal dos *bens*, em que os Prazos se comprehendem, se julga nomeado pelo testador, independente de outra formula, ou palvras expressas de nomeação: Já demonstrei (§. 227.), que a substituição he huma segunda instituição de herdeiro, feita pelo testador em 2.° grão: Por isto tanto tem em seu favor o 1.° como o 2.° herdeiro a vontade do testador; para tanto o 1.° como o 2.° sem differença se di-

zerem nomeados nos Prazos, huma vez que o testador institue hum e substitue outro na generalidade de seus bens, em que os Prazos se comprehendem: Que razão diversa para que os Prazos, como *bens*, se comprehendão na geral instituição de bens, e não na geral substituição dos mesmos? Por que Titulo provém ao 1.° herdeiro os Prazos se não pela universalidade da instituição de *bens*, em que os Prazos na intelligencia do Legislador (a §. 209.) se comprehendem? O substituto universal não he elle hum 2.° herdeiro como o 1.°? Não he igual a respeito de ambos a vontade do testador, e a disposição da Lei? Se o instituido se julga nomeado, não menos o 2.° instituido, Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 11. n. 12. et 39., Fontan, de Pact. Claus. 4. Gloss. 5. a n. 64.

§. 238.

Outro fundamento.

Ainda mais: Se esses mesmos DD. convém em que estes Prazos de nomeação e providencia passão ao substituto Fideicommissario quando nelles he expresso o gravame, e o herdeiro aceita a herança; e sendo incapaz o substituido lhe deve a estimação (§. 233.), que differença essencial entre o gravame expresso ou tacito? Se a intenção do testador foi comprehender em favor do herdeiro os Prazos na geral nomenclatura de bens; e por nenhum outro diverso titulo lhe nomeou e deixou os Prazos (§. 236., 237.): Se gravou ao herdeiro restituir por sua morte ao Fideicommissario, ao 2.° herdeiro do testador a mesma universalidade de bens; e comprehensivamente os Prazos, que necessidade ha de outro expresso gravame? Não basta determinar, que por morte do 1.° herdeiro passe ao 2.° a mesma universalidade de bens, que pela instituição recebeu o 1.° herdeiro? Não ha cousa mais clara nem erro tão convencido como o dos DD. citados (§. 233.).

§. 239.

Resolução de quaes prazos se comprehendem na restituição do Fideicommisso.

Comprehendem-se pois no Fideicommisso universal, os Prazos 1.°, não só nos 4 casos, em que concordei com os DD. (§. 229. 230. 231. 232.); mas apesar da erronea opinião dos DD. citados (§. 233.), tambem os Pra-

zos de nomeação livre, ou mixtos (quaes os figurados sub §. 107. Form. 3. 4. 5.); pois que podem passar a extranhos, como sente Cald. de Nomin. Q. 8. n. 10. *et maxime* advertindo-se, que em taes Prazos de nomeação póde o testador fazer substituições, Peg. de Mayor. Cap. 4. n. 265., et 2. For. Cap. 10. sub n. 30 , et Tom. 11. ad Ord. Cap. 149. n. 164.

§. 240.

Quanto aos familiares.

Comprehendem-se 2.°. os Prazos Familiares perpetuos, ou temporaes em vidas, se a Successão não he restricta aos mais proximos da Familia, e se podendo-se em consequencia nomear os mais remotos, preteridos os mais proximos, segundo as doutrinas de Cordeir. dub. 29. n. 62., e Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 144. n. 110.; tanto o 1.° como o 2.° herdeiro são da familia, e comprehendidos na investidura pelas razões dos DD. (§. 230. 231.) ou se são mais proximos quando a favor de taes restringe a investidura a Succes-ão.

§. 241.

Outro caso.

Comprehende-se 3.°, o caso de que tracta Cald. de Potest. elig. Cap. 17. n. 17.: Tal he: Comprou o marido constante o matrimonio hum Prazo: He certo, que elle adquiriu todo o dominio, e a mulher só a metade da estimação, *ex* Ord. L. 4. Tit. 97. §. 24.: Institue depois o marido sua mulher herdeira universal de seus bens, e substitue hum seu parente: Duvidou-se, se aquelle Prazo se comprehendeu no Fideicommisso? Caldas imbuido no erro já convencido (a §. 235), deferiu a Successão ao nomeado pela mulher herdeira gravada, e apenas concedeu ao Fideicommissario a ametade da estimação respectiva ao testador, em que só, diz Caldas, subsistia o gravame: Quando pelo contrario, adquirido ao marido o dominio do Prazo comprado *in solidum*, *ex dita* Ord. §. 24. pela genuina razão de Voet. ad Pandect. L. 23. Tit. 2. n. 72. e a mulher só a ametade da estimação, ou do preço da compra: o Prazo se vinha a comprehender na generalidade do Fideicommisso dos bens do marido (em que o Prazo se comprehendia); e os herdeiros da mulher só

podião repartir a ametade do preço da compra, que era o que unicamente lhe pertencia: Isto attentos os solidos principios a §. 235.

Nota: O mais escandaloso he, que Caldas (o inventor do Direito da renovação, que antes se não praticava, e que elle sustentou dever-se de justiça, como se verá na 6.ª parte no Cap. 1.º) no lugar citado Cap. 17. n. 20. passou na figurada hypothese a persuadir, que se o vendedor desse Prazo era 3.ª vida, e a viuva do comprador herdeiro gravada impetrou, e obteve renovação do Senhorio, como nova graça, e não de Justiça, nem ainda o herdeiro da viuva renovada he obrigado ao herdeiro Fideicommissario do marido pela parte do preço, ou estimação respectiva ao defuncto testador; porque, diz Caldas, o titulo da compra se extinguio na 3.ª vida, e a renovação foi huma liberalidade e beneficio do Senhorio: Quem esperaria de Caldas (sobre o erro no principal, *ut* §. 241.) huma tal contradicção com as suas mesmas doutrinas?

Terceiro requisito.

§. 242.

Requer mais a nossa Ordenação *certo herdeiro* (do testador) *em seus bens in solidum*; e decide, que o que assim *ficar herdeiro na herança do defuncto, fica nomeado ao foro, posto que lhe outra nomeação não seja feita:* Suscita-se pois aqui a Questão: se o herdeiro assim instituido, deve aceitar a herança do defuncto, para se poder dizer nomeado no Prazo, ainda que outra nomeação expressa lhe não seja feita; ou se póde repudiar a herança, e ficar com o Prazo, que não seja hereditario?

Se o herdeiro instituido, deve, para se subentender nomeado, aceitar a herança?

§. 243.

Esta Questão suscita e decide Cald. de **Nomin. Q. 12.** a n. 45, concluindo, que as palavras da Lei, *o que ficar herdeiro*, se entendem com effeito addindo, como tal, o

Variedades de opiniões.

não repudiando a herança: assim o comprova com similes deduzidos, *more solito*, das Leis Romanas: a Cald. segue Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 17. a n. 23. pelo contrario, que hum tal herdeiro instituido na universalidade dos bens, póde levantar-se com os Prazos, livres de todo o encargo, repudiando a herança dos bens allodiaes, seguem citando Phæbo e outros Lim. á Ord. L. 4. Tit. 36. no princ. n. 33., Cordeir. dub. 28. n. 83., dub. 29. n. 16., dub. 31. n. 22, dub. 32. n. 28.

§. 244.

Segue-se a opinião, que deve acceitar a herança, e repudiando-a, não póde ficar com o Prazo.

Na variedade destas opiniões se deve seguir a de Caldas, reprovados Phæbo, Cordeiro, e Lima; não só pelas razões de Caldas tiradas de similes do Direito Romano, mas por outras tiradas das Leis Patrias; quaes são 1.ª: Porque esta Ord. julga nomeado pelo testador o Prazo no herdeiro instituido, em razão (*ut a* §. 208.) de que sendo o Prazo bens do Emphyteuta se comprehende na geral instituição de bens: Elle requer hum herdeiro *em seus bens in solidum*; e comprehendidos entre os bens os Prazos, o herdeiro que repudiasse os allodiaes, e acceitasse os bens dos Prazos scindiria e dividiria a vontade do testador em duas partes, e scindiria a Lei mesma, que assim mesmo a confirma. Só sendo herdeiro *de todos os bens in solidum* o quiz o testador nomear no Prazo; só assim o quiz a Lei julgar nomeado: e como póde o herdeiro dividir a disposição do homem e a da Lei, repudiando huns bens, e acceitando outros comprehendendo-se todos na mesma generalidade? Tudo aqui he connexo, tudo individuo, tudo inseparavel: A nomeação dos Prazos só he hum resultado accessorio da principal, e universal instituição de herdeiro; e como póde subsistir o consequente sem o antecedente necessario, o accessorio sem o principal, o effeito sem a sua causa?

Fundamenta-se esta opinião com varias razões.

§. 245.

2.ª Razão: Porque fica por Direito inteiramente nullo, e como *Destituto* o testamento, quando o herdeiro instituido renuncia a herança, e não tem substituto, §. 2. Inst. de Leg. Falcid. L. 26. ff. siquis. omiss. caus. testam.

L. 9. ff. de Testam. tut, §. 7. Inst. de Hæredit. *quæ ab intest.*, Lauterb. Dissert. de Testam. destitut. a §. 3., Manz. de Testam. in Append. Art. 22. a n. 72., Strik. us. mod. L. 28. Tit. 3. §. 12., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 17. n. 16.: De fórma, que o testamento assim destituido fica irrito em tudo, e sem effeito algum, não se devem os legados nelle deixados, nem os Fideicommissos particulares; a herança se defere totalmente *ab intestato*, Lauterb. supra a §. 10., Manz. a n. 73., Portug. n. 17., Cod. Civ. dos Francez. Art. 332.

§. 246.

Porém quanto aos legados deixados no testamento *destituto* os DD. *partim ex jure, partim ex praxi* limitão de muitos modos aquella these geral (§. 245): 1.° Se o testamento destituido tem a clausula *codicillar* *: 2.° Nos legados para causas pias **: 3.° Se o herdeiro escripto em fraude dos legatarios, sendo-o aliás *ab intestato* não addiu a herança *ex testamento*: 4.° Quando ao fisco em falta de addição de herança se devolvem os bens, como vagos: 5.° Quanto aos legados deixados nos testamentos dos Soldados, Lauterb. *supra* §. 15. ad 24., Manz. *supra* a n. 76., Mell. L. 3. Tit. 5. §. 54., Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 17. a n. 30.

* Bem que Gam. Dec. 126., Phæb. Dec. 189. n. 12., Valasc. All. 61. a n. 27., sustentárão por effeito desta clausula nomeações feitas em testamentos nullos, a que se oppozerão, confutando-os, os Senadores *apud* Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 298.; hoje os effeitos da tal clausula estão abolidos pelo Cod. Freder. P. 2. L. 7. Tit. 12. Heynecc. in Recitat. L. 2. Tit. 5. §. 687. attribue-lhe hum só effeito, e ludibria os mais: Vejão-se porém Stryk. us. mod. L. 29. Tit. 7. a §. 9., et de Cautell. Testam. Cap. 23., Struv. et Mul. Exerc. 34. thes 61.

** Não são hoje tantos os favores dos legados pios, como sentia o vulgo dos DD. vejão-se Boehm. ad Pand. Exerc. 79. et 80., Mell. L. 3. Tit. 7. §. 4.

§. 247.

Ora: A Ord. L. 4. Tit. 37. §. 4. he bem clara, determinando que « se o que ha de nomear fizer testamen-« to, e depois... fôr *por Direito por qualquer modo ha-« vido por nenhum*... a nomeação feita no testamento « havido por nenhum, he isso mesmo havida por nenhu-« ma, como se nunca fosse feita » Esta Ord. he geral a annullar a nomeação feita em testamento, que *por Direito por qualquer modo for havido por nenhum:* O Direito, a que simplesmente se refere, se entende o Romano, Peg. Tom. 4. ad Ord. L. 1. Tit. 62. §. 24 n. 3. *ubi signanter*: se pois pelo Direito Romano, que tem em vista a dita Ordenação, he tambem nullo o testamento *destituto* (§. 245.): Segue-se pela Ordenação mesma, junto o Direito, a que se refere, que renunciando o herdeiro a herança fica o testamento *destituto e nullo*; e nulla ainda qualquer nomeação expressa nelle feita; e *a fortiori* a nomeação connexa e individua com a geral instituição de herdeiro.

§. 248.

3ª *Razão*: A herança, em cuja universalidade de bens vem a nomeação dos Prazos, como bens, (a §. 208.) não póde aceitar-se em parte, e repudiar-se em outra, L. 55. ff. de Adquir. hæred. L. 20. Cod. de Jur. delib.: e ainda que hum testador instituindo hum herdeiro universal, lhe faça especialmente algum Prelegado (a que os nossos Reinicolas equiparão a nomeação do Prazo em testamento, vejão-se os citados §. 220.), huma vez, que o herdeiro unico instituido renunciou a herança, não póde aceitar o Prelegado, e ficar com elle, como com a L. 18. ff. de Legat. 1., com o §. 2. Inst. quib. mod. testam. infirm., e com a L. 14. Cod. de Fideicom. comprova Furgol. Trait. des Testamens. Cap. 10. Sect. 2. n. 38.: Por outra parte: Ainda que destituido o testamento, subsistão os legados em alguns dos casos referidos (§. 246.); só poderia subsistir como legado a nomeação ahi feita em favor de algum terceiro a quem o herdeiro pelo facto da renunciação da herança não podia fraudar ou prejudicar,

Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 17. n. 40.: Porém, que destituido, e nullo o testamento pela renuncia do herdeiro, subsista a nomeação tacita deduzida da instituição universal de bens; levantando-se com os Prazos (que muitas vezes formão o mais grosso da casa do testador) não cabe na razão, nem em juizo sensato.

§ 249

Confirma-se o exposto: Ainda mesmo quando são muitos coherdeiros instituidos, e hum delles he Prelegatario, renunciando este, pela sua parte a herança, não póde aceitar o Prelegado, quando verosimilmente possa interpretar-se, que o testador lhe não fez o Prelegado mais, que em consideração da instituição, e com as vistas em que este coherdeiro não fosse admittido ao Prelegado, senão em quanto aceitasse a herança; Cujac. in L. 90., et in L. 87. ff de Legat. 1., Barry de Success. L. 11. Tit. 22. sub n. 8., Furgol. supra sub n. 88., *signanter* Cald. de Potest. elig. Cap. 16. a n. 46 : da mesma fórma hum legatario não póde aceitar em parte hum legado, e repudia-lo em outra parte, ainda quando o legado não he só de huma cousa, mas de muitas comprehendidas em hum todo universal; não póde de todo aceitar parte, e repudiar outra; e muito menos, quando sendo huns dos legados gravados com encargos, e outros livres, não póde repudiar os gravados, e aceitar os livres; como demonstra Furgol. a n. 41.

§. 250.

Já ao nosso preposito: Será crivel, que hum testador instituindo hum herdeiro universal de seus bens, em que comprehende os Prazos, lhe fizesse nomeação ainda distincta e expressa; e permittisse ao herdeiro repudiar a sua herança, levantando-se com os Prazos livres de todos os encargos hereditarios? Figure-se hum testador, de que o grosso da casa são Prazos; e ao menos bens livres, carregado de dividas, e encargos de consciencia, para cuja exoneração, deixa muitos legados: Elle institue hum herdeiro universal com as vistas em que como tal pague suas dividas, e legados, ainda pelos bens de Prazos, porque

para tudo não bastão os bens livres: será crivel, que este testador o instituisse assim herdeiro, comprehendendo na universalidade os Prazos, se previsse, que elle se havia de abster da herança, e levantar-se com os Prazos, livres de todo o onus de pagar dividas e legados? Póde haver razão, que auctorise licita huma tal repudiação parcial dos bens livres? As Leis e DD. referidos no §. 249. não percuntem elles este mesmo cazo?

Nota: Em Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 291. se vê hum caso, em sentido juridico, bem similhante: Ahi se vê disputado, se a nullidade do testamento por caducar a instituição do herdeiro (nullidade similhante a do testamento *distituido, ut* §. 245. até 247.), e que parece comprehendida na nossa Ord. L. 4. Tit. 37. §. 4., influe nas nomeações dos Prazos? Ahi se vêm transcriptas *pro* e *contra* doutas deliberações: Julgou-se a nullidade da nomeação em consequencia da nullidade do testamento: e ainda que consta, se pedia revista, sobre que houve as deliberações a n. 301. ad 331., não refere Pegas, o que em gráo de revista se julgou: entretanto devemos respeitar o julgado transcripto no n. 291.

§. 251.

Confuta-se a opinião contraria de Phæbo, e Cordeiro.

Resta só confutar Phæbo Decis. 223., que seguiu Cordeiro, e a ambos Lima (§. 243.). O caso que elle figura n. 1.° e 2.° he totalmente diverso. Ahi hum Fideicommissario particular de bens livres foi rogado pelo testador nomear hum dos filhos de João: Executa o Fideicommissario, faz testamento, e nomeia Joanna filha de João: O herdeiro universal repudia a herança, e se devolve aos Captivos: duvidou-se se esta repudiação do herdeiro transtornava nulla aquella nomeação, feita pelo testador gravado em execução do Fideicommisso, e em favor de outro, que não era o herdeiro repudiante: e que paridade tem este caso com o do herdeiro universal, a quem com a herança se deixárão os Prazos, e quer ficar com

estes renunciada aquella? Que diversas razões não ha entre hum e outro caso? Não era necessaria a Phæbo tanta copia de fundamentos para sustentar essa nomeação; bastavalhe só a unica razão, de que quando o testamento se anulla por *distituto*, e a herança se devolve por isso ao fisco; este, em limitação da regra, deve conservar e pagar os legados (§. 246.) e he tx. na L. 96. §. 1. ff. de Legat. 1, do que o grande Phæbo se não lembrou.

§. 252.

Prosegue a confutação de Phæbo, e Cordeiro até o §. 254.

As mais razões, que *ex abundanti* expôz Phæbo. a n. 9. são, sobre futilissimas, contrarias á Ord. L. 4. Tit. 37. §. 4.: Dizer, que a nomeação não depende da addição da herança; podia ser nesse caso fundamento para sustentar huma nomeação necessaria, feita em pessoa certa, que não era o herdeiro universal, e em execução do Fideicommisso; caso em que a nullidade, ou ser o testamento *distituto* não obstava a huma tal nomeação, *ut apposité* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 17. a n. 23. et Q. 65. n. 18.: Porém que repudiando o herdeiro universal a herança, ficando distituido, e nullo o testamento, subsistão em seu favor livres os Prazos separados da generalidade da instituição; isto não póde defender-se sem offensa da dita Ord., e das razões expostas desde o §. 244. até 250.

§. 253.

Que os Prazos se recebem do Senhorio, e não do nomeante, que só exercita o nú ministerio de nomear (outro argumento de Phæbo, seguido por Cordeiro, e ambos por Lima §. 243.) he hum argumento hoje ridiculisado universalmente, quanto aos Prazos de nomeação, ou mixtos; como se verá no Cap. 6. a §. 301.: e só póde applicar-se a hum caso como o figurado em Phæbo, e em que o nomeante deve precisamente eleger huma pessoa certa de certas; e não elegendo alguma (sendo divisiveis os bens) succedem todos

§. 254.

Dizer Phæbo com outros, que a nomeação he hum acto por natureza propria *entre vivos*; natureza que sempre conserva ainda quando feita em testamento; e que

consequentemente he independente da validade delle; isto he hum erro indigno de hum Reinicola, que tinha á testa a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 4. conforme a qual, ainda pela intelligencia do mesmo Phæb. Dec. 30. n. 20., do mesmo Cordeir., do mesmo Cald., e dos mais Reinicolas, com os quaes Peg. 2. For. Cap. 9. n. 325., Solan. Cogit. 2. a n. 64., a nomeação he hum acto anomalo, que segue a natureza daquelle acto, em que he feita: Dizer emfim Phæb., que a dita Ord. he correctoria do Direito commum he outro erro *peior priore* quando temos visto (§. 245.), que pelo mesmo Direito o testamento *destituido* he inteiramente nullo (á excepção dos casos referidos no §. 246.), Direito, com que se conformou o dito §. 4. (§. 247.): a inferencia de que a Ord. como correctoria do Direito commum, sobre reprovada pela L. de 18 de Agosto de 1769, he tão falsa como o principio de que se deriva.

§. 255.

He portanto errada a opinião de Phæb., que seguiu Cordeiro, e a ambos Lima referidos no §. 243., em quanto quizerão persuadir, que o herdeiro universal, e como tal nomeado nos Prazos, póde renunciar a herança, levantando-se com os Prazos livremente de todo o onus hereditario; e he digna de seguir-se a opinião do mesmo Cald. referido no dito §. a que seguiu Nigr. de Nomination. L. 1. Q. 17. a n. 23., et Q. 65. a n. 16., vistas as incontestaveis razões expostas desde o §. 244. até 253.: e só essa opinião do antesignano Phæb. póde ser praticavel, quando o herdeiro universalmente instituido havia de succeder necessariamente no Prazo, ou por força de alguma precedente substituição; ou por vocação na investidura; em termos, que esse testador, que o instituiu herdeiro universal, não podesse deixar de o nomear; porque em taes casos o recebia, não por liberalidade do testador, mas *ex jure proprio*, por força dessas vocações, independente do testamento: e por isso ainda que o testamento fique *destituto* pela sua abstenção da herança, succede por outro titulo, qual o dessas vocações impreteriveis, como

Caso em que póde ser praticavel essa opinião.

no propriissimo caso demonstrou Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 17. a n. 26. et Cap. 65. n. 18., aonde depois de firmar a regra (com Caldas, a que segue) que o herdeiro instituido universalmente e tacitamente nomeado nos Prazos não póde, repudiados os bens livres, reter os Prazos, limita ao nosso proposito, *ut ibi*:

« Verum, quia facultas nominandi ad Emphyteusim « quandoque datur in genere, quandocumque cum qualitate « hæredis et cum qualitate filii, vel agnati: Ideo utraque « opinio apud me facile conciliatur: Primo enim, ac se- « cundo casu tacitè nominatus nequit emphyteusim reti- « nere, ac repudiare hæreditatem, dum utrumque capit « titulo hæreditario, et providentia nominantis... ultra quod « sicut una est persona, quæ per hæredem repræsentatur, « ita quoque una est hæreditas, quæ in numero singulari « enuntiatur: In hisce sanè casibus vera est opinio Cald., « et aliorum: Non item res se habet in tertio casu, quia « in Emphyteusi cum facultate nominandi filium, vel « agnatum, succedit tacitè nominatus ex persona pro- « pria; quæ distinctio, ni fallor, juridica est, et in praxi « videtur recipienda in Nominatione Emphyteusis, » etc. Coincidem nesta distincção Gam. Dec. 5. n. 3. e 4., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 44.

§. 256.

Ainda neste caso (em que cessa a regra que sigo contra Phæbo, Cordeiro, e Lima) se o herdeiro, que aliás podia renunciar a herança dos bens livres; e levantar-se com os Prazos, em que podia succeder, independente da universal instituição de herdeiro; elle addir a herança simplesmente; não póde jámais repudia-la, e levantar-se com os Prazos livres dos encargos hereditarios, Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 65. n. 23. e 24. Limitação desse caso.

Muitas vezes tenho dito, que a Ord. L. 4. Tit. 36. procede só nos Prazos de nomeação ou mixtos: nestes he que tem applicação o que acabo de defender, para o herdeiro não poder abster-se da herança, levantan-

Distingue-se entre o caso de ser de nomeação o Prazo, ou de providencia para pessoas certas.

do-se com esses Prazos: nos de providencia porém, em que o herdeiro era, e podia ser successor independente da instituição de herdeiro, e da vontade do testador, procede a limitação, *dequa* §. 254. (sublimitada §. 255.): e só nos termos dessa limitação póde ser applicavel o que dizem Phæbo, Cordeiro, Lima, etc., conciliadas assim as opiniões diversas com o citado Nigr.

Quarto requisito.

§. 257.

He preciso ser o herdeiro capaz da successão.

A mesma Ord. L. 4. Tit. 36., que julga nomeado no Prazo o herdeiro universal, suppõe os termos habeis de poder ser successivel no Prazo, como he regular nas Leis supporem sempre os termos habeis: Póde o herdeiro universal ser insuccessivel no Prazo, ou 1.°, pela repugnancia da investidura: ou 2.°, pela incapacidade da sua pessoa; ou 3.°, por causa, e crime, que o constitua indigno de receber o que o testador lhe deixou: Tractarei pois separadamente de todas estas inhabilidades do herdeiro.

§. 258.

Incapacidade provém, ou da exclusão na investidura, ou pela natureza da cousa, ou pela qualidade da pessoa.

Esta proposição do §. 256., e esta distincção advertiu Lim. á Ord. L. 4. Tit. 36. no princip. n. 18. 19., quando com outros DD. disse: « Notandum est verba legis Re- « giæ in principio restringenda esse ad hæredem capacem « emphyteuticæ concessionis, quæ incapacitas tam ex for- « ma contractus emphyteutici, quam ex rei natura, et hæ- « redis conditione colligi potest, scilicet, si prohibitus hæ- « res reperiatur, aut emphyteutica concessione indignus; « quia is licet hæreditatem consequatur, non autem em- « phyteusim defunctus, quoniam contra legem contractus, « vel jure repugnante, nominare prohibitum, et indignum « non potest, L. Lucius Titius ff. de Legat., Cald. de No- « min. Q. 10. n. 9., Guerreir. For. Q. 25. n. 7.: Quare « omnis generalis dispositio restringitur ad personas habi- « les... Ideoque lex Regia in principio generaliter conce- « dens hæredi instituto, emphyteusim restringi necessario

« debetad hæredem emphyteusis capacem; omnis enim dis-
« positio ad justum et habilem hæredem refertur Bald....
« Aliàs Legis nostræ Regiæ beneficium, et prærogativa
« odiosis, et incapacibus videbuntur collata contra text ind.
« L. Lucius Titius. ff. de Legat. 2.: Et ne hoc contingat
« jure nostro statutum est verba generalia cujuscumque
« dispositionis restringenda esse ad personas habiles, et
« idoneas, ut dictum est, Cald. de Nominat. Q. 9. sub.
« n. 25., et Q. 13. ad fin. » O que assim prenotado.

Quanto á inhabilidade do Herdeiro universal, pela resistencia da investidura.

§. 259.

Quando pela resistencia da investidura. Como 1.°, por ser familiar o Prazo.

Como a fórma da investidura he Lei impreterivel (§. 7.) e ninguem póde succeder no Prazo carecendo das qualidades que se requerem na investidura: *Segue-se* 1.°, que sendo o Prazo familiar formalisado conforme a formula 2.ª debaixo do §. 107. não póde succeder como herdeiro universalmente instituido pessoa, que não seja da familia contemplada na investidura; *ut cum reliquis* Peg. 2. For. Cap. 9. n. 217. Conf. §. 139., Mell. Freir. L. 3. Tit. 11. §. 22.

§. 260.

2.° Quando mixto fateosim.

Segue-se 2.°, que sendo o Prazo, ainda que fateosim hereditario mixto segundo as formulas 7.ª, e 8.ª debaixo do §. 107.; tambem não póde succeder nelle o herdeiro universalmente instituido; porque não basta para succeder ser assim herdeiro, sem ter a qualidade mixta de descendente, ou da familia, que requer a investidura, Mell. supra §. 8., §. 21, et §. 23.; assim se deduz da Ord. L. 4. Tit. 96. §. 24., Pinheir. de Emphyt. Disp. 1. Sect. 3. a n. 65. et 74.

§. 261.

3.° *Quid*, quando mixto, de vidas?

Segue-se 3.°, que sendo o Prazo de nomeação livre ou mixto segundo as formulas 3.ª, 4.ª, e 5.ª debaixo do §. 107; como a investidura permitte em taes casos a successão de estranhos por nomeação, Peg. 2. For. Cap.

9. sub. n. 169., et pag. 628. Col. 1. et 2., et pag. 622. 623., *ubi optime, et* a n. 559. (Conf. §. 140.), segue-se, que o herdeiro universal, que a Ord. L. 4. Tit. 36. julga nomeado no Prazo de livre nomeação, succede nos desta qualidade: e sem dúvida nos fateosins puramente hereditarios.

§. 262.

4.° Quando se exclue Igrejas, Corpos de Mão morta, e pessoas Ecclesiasticas.

Segue-se 4.°, que sendo certo, que qualquer na tradição de seus bens póde impôr a condição, que nunca passem a Igrejas, Mosteiros, Communidades, pessoas Ecclesiasticas, etc., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 43. n. 33.: Como o pactuado no Emprazamento he a Lei do Contracto (§. 7.); não póde duvidar-se da validade da clausula de muitos Emprazamentos, em que se prohibe, que nos Prazos succedão Religiosos, Clerigos, Igrejas, etc.: se bem que hoje as corporações de Mão morta tem absoluta prohibição, e tambem os Religiosos professos (§. 48. 49.).

Nota: Aqui encontrão-se duas prohibições, huma das Leis da amortisação; outra a do Senhorio na investidura. Sobre a primeira, he duvidoso, se as Leis incapacitão totalmente essas corporações de Mão morta para adquirirem, ou se lhe permittem a adquisição debaixo da condição, de transferirem os bens a pessoa secular dentro do anno (Not. 3.ª ao §. 49.): A nossa legislação bem ponderada parece, que não obstava a adquisição, mas só a retenção por mais de anno: As legislações das Nações a este respeito varião, humas permittindo a adquisição, mas não a retenção por mais de anno; outras obstando a adquisição sem previa auctoridade Regia, como se póde vêr em Furgol. Trait. des testamens Cap. 6. Sect. 1. a n. 57. (quanto a antiga França: mas isto alterou o novo Cod. Civ. L. 3. Tit. 2. Cap. 1.), Rieger. P. 1. §. 451., Heibel. Introd. ad Jus Eccles. L. 2. Cap. 5. §. 128., Gricin. Inst. Jur. Eccles. Sect. 2. §. 323. et 324.; Entre nós depois do Assento de 29 de Março de 1770 parece total a incapacidade de adquirir

Se as Corporações tem incapacidade de adquirir, ou só de reter passado o anno?

desde o principio: Não me atrevo a decidir a dúvida: Só advirto, que como as nossas Leis são similhantes a outras das Nações, que se pódem vêr em Campomanes de Amortisation.; assim como nas outras se impetra o Direito de amortisação, indemnisando o Erario pelos modos, que referem Van-Esp. de Jur. Eccles. Tom. 1. Tit. 29. Cap. 3. § 28. et 29., Boehmer. de Paroch. Sect. 5. Cap. 1. § 29., Peg. Tom. 8. ad. Ord. L. 2. Tit. 18. §. 2. n. 4.; assim poderia praticar-se neste Reino, pedindo-se pelo mesmo modo, e com as mesmas indemnisações a amortisação: se não he, que hoje tem cessado geralmente a razão e fim dessas Leis, e tudo está secularisado; porque raião luzes mais claras; e essas immunidades crão puro privilegio, que pela causa publica se revoga.

Qual o fim da prohibição nas investiduras?

Como pó le salvar-se essa opinião.

Sobre a prohibição das investiduras: esta prohibição relativa aos interesses do Senhorio tem dois fins, hum occorrer á amortisação perpetua, e consequente privação de laudemios resultantes das alienações; outra á difficuldade da cobrança dos foros: O primeiro salva-se facilmente offerecendo a corporação de Mão morta hum laudemio de 15 em 15 annos, pela possibilidade das vendas, como introduzio o uso de algumas Nações, Fulgin. de Jur. Emphyt. post. Tract. Dec. 14. n. 12., Math. de Regimin. Regn. Valent. Cap. 2. §. 5. a n. 113., Cresp. de Valdaur. obs. 106. a n. 10. et 15., Tondut. QQ. benefic. P. 1. Cap. 46. n. 5, Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 49. a n. 4., Jul. Capon. Tom. 5. Discept. 376. n. 20., Van-Esp. de Jur. Eccles P. 1. Tit. 29. Cap. 3. n. 29.; ou de 30 em 50 annos, Fontan. de Pact. nupt. claus. 4. gloss. 12. n. 23. O segundo prejuizo salva-se com hum fiador chão, que se obrigue a pensão: Porém se se segue que as nossas Leis resistem a adquisição, pelos prejuizos consequentes ao Erario, e ao publico, (não se impetrando do Soberano Regia faculdade) estas Leis prevalescem, por mais, que os Senhorios annuão á posse das corporações de Mão

morta: mas, se supposta a total incapacidade, se lhe deve pelo menos a estimação? Vejaõ-se Gruciner. *supra* §. 324. Corol. 2., Boehmer. de Paroch. Sect. 5. Cap. 1. §. 26., Puttman. Adversar. Jur. L. 1. Cap. 3. L. 6. Disp. 9. §. 17. a n. 4.: Nos quaes se nota a variedade de opiniões a este respeito.

§. 263.

Prohibição de passarem os Prazos a pessoa de maior qualidade.

Tambem 5.°, he frequentissima nos Emprazamentos a clausula, que os Prazos não poderão de algum modo, passar a pessoas de maior qualidade, e condição, que a dos Emphiteutas, como por experiencia vemos, e do seu tempo notou Cald. de Potest. elig. Cap. 1. n. 4.: Supposta esta frequente clausula; resta indagar, quaes se devão julgar que são as pessoas de maior qualidade e condição, prohibidas nas investiduras, para succederem, ou possuirem?

§. 264.

Quaes sejão essas pessoas.

Antes que proponha o detalhe das pessoas excluidas por esta frequente clausula, devo *prenotar* 1.°, que só he relativa aos prejuizos dos Senhorios, para que não passem os Prazos a Pessoas de maior *condição*, que a dos Emphyteutas, dos quaes os Senhorios não possão, ou só com difficuldade exigir seus Direitos Dominicaes, Cald. de Potest. elig. Cap. 1., et de Renov. Q. 19. n. 12. ad 23., Fulgin. in Tit. de Renov. Q. 1. sub n. 40.: Sendo esta a identica razão, porque se vê huma similhante prohibição quanto aos bens Reguengos na Ord. L. 2. Tit. 16. e 17., segundo a exposição de Pegas *ibidem*.

§. 265.

Qual o fim da sua prohibição

Devo pernotar 2.°, com Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 1. n. 26. que «Exclusio harum personarum á nominatione «Emphyteutica non est directe contra dispositionem Juris, «sed oritur ex quadam legis interpretatione *ratione præ-«judicii*» etc. E por isso (diz o mesmo Nigr. n. 7.) «ubi deterior non fit conditio domini directi, fortè quia «potentior nominatus potest facile conveniri, et cogi ad «præstationem... Ita nominatus dicitur potentior potius «nomine, quam re, potius verbis, quam factis.» E por isto

he, que o novo Regimento do Tribunal Palatino de 24 de Julho de 1713 vers. = *Licença para que em os bens Reguengos* = permitte conceder-se fazerem nelles Patrimonio os Clerigos dando fiança ao pagamento dos tributos; e já antes o suppunha a Ord. L. 2. Tit. 18. §. 6.: Porque com esta providencia cessão esses inconvenientes (§. 262.): E huma vez que os Poderosos offereção aos Senhorios fiança tal, cessa a razão da clausula (§. 263). Providencia para se evitar.

§. 265.

Devo prenotar 3.°, que como as pessoas *de maior condição* não são total, e absolutamente *incapazes* de adquirir pela instituição geral de herdeiros (nos termos da Ordenação de que estou tractando) os Prazos de nomeação (§. 264.); se os Senhorios os não auctorisão para serem seus Emphyteutas por alguma justa razão (*de quibus* a §. 266.) elles podem dentro do anno alienar os Prazos em pessoas habeis, Cald. de Potest. elig. Cap. 1. a n. 14., Fulgin. in Tit. de Renovat. Q. 1 sub. n. 40., e em similhante o Repertor. debaixo da conclusão = *o foreiro póde vender* = etc.

§. 266.

Já ao proposito: Quaes sejão essas pessoas *de maior qualidade, e condição*? A nossa Ord. L 3 Tit. 39. (no seu caso) dá poucas ideas dos poderosos em razão do officio, ou por qualquer outra razão: João Samuel Stryk. Vol. 11. Disp. = *de potentiore cessionario* = Cap 3. a §. 21., geralmente dinuméra os poderosos: Não menos com Olea. de Cess. jur. Tit. 2. Q. 4., Silv. a Ord. L. 3. Tit. 39., e Brunneman. de Cession. action. Cap 2., a que póde recorrer-se: O nosso Cald. de Potest. elig. Cap. 1. (segundo os principios geraes) assenta ao nosso proposito, que são pessoas de maior qualidade, e condição os Officiaes publicos de Justiça; os Nobres, os que exercitão Jurisdicção, os Familiares dos Illustres, os Estudantes da Universidade, os Clerigos, as Viuvas, os Pobres, os Inimigos dos Senhorios directos, Corregedores das Comarcas, etc. Limitando 1.°, o caso de haver prescripção de algum destes individuos contra o Senhorio: 2.°, o caso de ser o fi- Dinumerão-se, especificão-se essas pessoas de maior condição:

lho mais poderoso nomeado pelo Pai: 3.°, o consorte no Prazo: 4.°, quando o Senhorio he tanto, ou mais poderoso: Confirão-se sobre tudo isto o mesmo Cald. de Extinct. Cap. 7. a n. 35., et Cap. 13. n. 37., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 9. §. unic., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Alienat. Q. 1. a n. 21., Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 1., Repertor. sub verbo. = *Foreiro póde vender* = etc.

Providencia do herdeiro, nomeado, quando o Senhorio recusa approva-lo

Nota: Assim como, em todo o caso, em que para qualquer alienação do Prazo he necessario o consentimento do Senhorio, se elle recusa prestallo injustamente, tem o Emphyteuta recurso ao Magistrado, para ouvido o Senhorio julgar o irracionavel do seu dissenso, Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 63., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 15., Gob. de Permiss. Feud., et Emphyteus. alienat. Q. 3. a n. 4. ad 10., Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 93. §. 3. n. 43.: Similhantemente o nosso herdeiro universal, e nomeado, nos Prazos (de que estou tractando) se o Senhorio o não approva em razão de ser *pessoa de maior condição*, póde recorrer ao Magistrado, offerecendo afiançar ao Senhorio a pensão (§. 264.): E ainda que o Senhorio póde reprovar o Emphyteuta successor, 1.°, quando se aliena o Prazo ao seu inimigo: 2.°, quando a escravo: 3.°, quando a Igreja: 4.°, quando ao Clerigo: 5.°, quando ao Governador: 6.°, quando ao Soldado: 7.°, quando a huma mulher: 8.°, quando aos Cortezãos: 9.°, quando ao Fisco: 10.°, quando a pessoa de má fé: 11.°, quando a pobre: 12.°, quando a pessoas poderosas (limitando-se os casos referidos por Cald. citado §. 266.), Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 264, Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 1., Gob. de Permiss. Feud. et Emphyt. alienat. Q. 3. a n. 9., Cod. Freder. supra §. 16.: Com tudo huma idonea fiança offerecida ao Senhorio para o prompto pagamento das pensões occorre a qualquer prejuizo, que affecte o Senhorio para reprovar o novo Emphyteuta (§. 264.): Veja-se a § 360.

Causas por que o senhorio póde reprovar o successor.

Huma idonea fiança occorre toda a justa reprovação do senhorio

Quanto á Inhabilidade do Herdeiro universal pela incapacidade da sua pessoa fisica ou moral.

§. 267.

« Incapax (diz Portug. de Donat. L. 3. Cap. 30. n. « 63.) censetur, quem ex Juris communis, aut municipa- « lis incapacem esse constitit... et insuper qui in pœnam « à lege, vel testatore à successione repellitur... vel qui « à lege aliis succedere prohibetur.» Quaes segundo o Di- « reito Romano se reputão *incapazes*, se veja no citado Portug. Cap. 30., Furgol. Traité des Testamens Cap. 1. Sect. 1. et 2., Manz de Testam. Tit. 6. a n. 75., Struv. et Mul. Exercit. 33. Thes. 3.

Que pessoa se reputa incapaz geralmente.

§. 268.

São pois incapazes neste Reino para serem instituidos herdeiros universaes, e succederem nos Prazos *ex vi* da geral instituição: 1.°, os Religiosos professos (§. 49.): 2.°, os corpos de Mão morta (§. 49. et 261): 3.°, os desnaturalizados; os Hereges, e Apostatas da Religião; e similhantes, que alem de Portug., Furgol., Mul. ad Struv., referidos (§. 267.), refere Mell. Freir. L. 3. Tit. 5. §. 31. Conf. Domat. Loix. Civil. a pag. 267.: Não o são porém os Clerigos (*quidquid dicat* Mello), como fica demonstrado (§. 150. et a §. 264.)

Especificão-se os incapazes.

§. 269.

São incapazes 4.°, neste Reino os espurios para succederem aos pais *ex testamento*, ou *ab intestato* aos paes, e mães, ex Ord. L. 4. Tit. 93, Tit. 36. §. 4., juncta a supposição da Ord. L. 2. Tit. 26. §. 23.: E por isso os DD. os collocão na classe dos incapazes para não poderem ser pelos paes instituidos, ou substituidos herdeiros, Domat. Loix. Civil. L. 1. Tit. 1. Sect. 2. pag. 270., Furgol. supra Cap. 6. Sect. 2. a n. 90., Guerreir. Tr. 2. L. 1. Cap. 6. a n. 8.

Continúa: espurios.

Instituição do espurio por hum tacito fideicommisso.

Nota: Se algum pai instituindo em seu testamento huma pessoa capaz, tracta com ella hum tacito, e occulto fideicommisso, pelo qual o herdeiro instituido se obriga restituir ao espurio incapaz a herança do pai; o espurio fica incapaz della, o herdeiro *indigno*, e póde denunciar-se a herança (com os Prazos que nella se comprehendem) ao Fisco, pela Ord. L. 2. Tit. 26. §. 23., Regim. da Fazend. Cap. 137. vers. = *Item, toda a cousa que he deixada* =; e o denunciante vence huma 3.ª parte em premio; sobre o que se vejão Peg. de Spur. Cap. 23., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 36., Torr. de Pact. Futur. Succession. L. 3. Cap. 8.

§. 270.

Quando cessa nos espurios a incapacidade, em que casos.

Cessa porém nos espurios a incapacidade para serem instituidos herdeiros, e consequentemente nomeados nos Prazos, 1.°, se o pai do espurio o institue herdeiro universal debaixo da condição *si a Principe legitimetur*; porque obtida depois a legitimação, se retrotrahe ao tempo do testamento e morte do testador, e fica *ex tunc* capacitado o espurio. Gerreir Tr. 2. L. 1. Cap. 6. a n. 74., Peg. de spur. Cap. 21., tot., Costa de Retrotraction. Cas. 32. Cap. 8. n. 13.: E entre tanto, que o espurio depois da morte do pai impetra a legitimação; ou se dá curador á herança; ou póde o espurio pedir a administração, caucionando restitui-la aos herdeiros *ab intestato* quando no tempo, que se lhe assignar, não obtenha a Regia Dispensa, Peg. de Cap. 21., Guerreir. supra n. 77.

§. 271.

O mesmo

Cessa 2.°, a incapacidade dos espurios (ainda quando não instituidos com a dita clausula §. 270.) quando os bens do pai são tão poucos, que apenas sejão sufficientes para seus alimentos; porque neste caso subsiste a instituição de herdeiro, ainda que o pai não exprima, que lhe deixa os bens para alimentos, pois por huma benigna interpretação assim se subentende, Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 26. §. 23., et in Opusc. de spur. Cap. 3., Bagn. Cap. 9. n. 151. et 152. E consequentemente neste

caso válida a instituição de herdeiro; e succede o espurio nos Prazos de nomeação comprehendidos na geral instituição: Pois assim como o pai (*maxime* por causa de alimentos) póde nomear o espurio em hum Prazo de nomeação expressamente; Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. n. 128., Cald. de Nominat. Q. 19. a n. 26. et Q. 21. n. 22., Peg. de Spur. gloss. 3. n. 87.; tambem e sem differença pela universal instituição de herdeiro, (assim neste caso licita e permittida por Direito), que tem effeito de nomeação, ex Ord. L. 4. Tit. 36.

Não obsta aqui a Ord. L. 4. Tit. 36. §. 4, porque só inhabilita o espurio não legitimado para a successão *ab intestato*, sem vontade do pai: Porém aqui concorre a vontade do pai e o poder de nomear expressa ou tacitamente o filho espurio no Prazo de nomeação, e no caso do §. precedente: Veja-se Mell. L. 3. Tit. 11. sub. §. 24.: Ommitto outros casos em que o pai póde instituir o espurio, porque menos frequentes, e podem ver-se nos citados Peg. e Guerreir.: Só sim não ommitto no caso do mesmo §. precedente lembrar Bagn. Cap. 9. a n. 137., aonde suscita a Questão: A quem neste caso incumba provar, se os bens em que o pai institue herdeiro o espurio são ou não excessivos dos competentes alimentos, para valer ou não a instituição de herdeiro, ou só no usufructo, ou na propriedade.

Quanto á inhabilidade do Herdeiro por se fazer criminosamente indigno.

§. 272.

Quem geralmente se reputa indigno da successão.

Indigno verdadeiramente he aquelle, que por Lei se declara tal, Portug. de Donat L. 3. Cap. 31. a n. 1.: Quantos as Leis Romanas declaravão indignos, quaes, os que relatão o mesmo Portug. d. Cap. 31., Furgol. Trait. des Testamens. Cap. 6. Sect. 3., Domat. L. 1. Tit. 1. Sect. 3; todos elles são indignos pela legislação deste Rei-

Neste Reino quaés são os indignos.

no, como se nota na Ord. L. 2. Tit. 26. §. 19., e mais distinctamente o Regimento da fazenda, Cap, 137.; e estão em uso, como se nota no assento de 17 de Novembro de 1791., alem das muitas sentenças, que deixou trnscriptas Pegas, e refere Solan. no index verbo=*Indignus*=: De fórma, que em todos os casos em que algum herdeiro he julgado indigno; a herança (bem como os Prazos de nomeação, ex Ord. L. 5. Tit. 1. §. 1. e seguintes. Regimento das Confiscações Cap. 51.) se devolve ao fisco: mas o indigno entretanto a retem, e ninguem mais que o fisco póde objectar-lhe a *indignidade*, Portug. de Donat. L. 3. Cap. 29. a n. 13., Boehmer. *(ad omnia)* in Jus ff. L. 34. Tit. 9.

Nota: Em outras Noções estas penas dos indignos estão abrogadas; e julgado indigno o herdeiro, não passão os bens ao fisco; mas aos herdeiros *ab intestato*, Groenewegen. de Legib. abrogat. ad Pandect. L. 34. Tit. 9., Stryk. us. mod. *ibidem* § 1., Thomaz. *ibidem* verbo=*Ibidem* =n. 12., Fabr. in Cod. L. 6. Tit. 16. Def 4., Furgol. *supra* Cap. 5. Sect 1. n 16., et Cap. 6. Sect. 3. n. 4. Porém á vista da nossa legislação, e assento não póde fazer-se argumento com o uso das Nações, só subsidiario em falta de legislação Patria.

CAPITULO III.

Successão dos Prazos pela disposição do homem em testamento quando nelle são instituidos muitos herdeiros.

Analise da Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1.

§. 273.

Substancia da Ord. L. 4. Tit. 36. § 1.

Determina esta Ord. que ficando no testamento muitos herdeiros extranhos, todos se entendem ser nomeados no foro; e por ser individuo, partão os bens hereditarios; e não ficando tantos porque o Foro possa caber no

quinhão de hum dos herdeiros, haja cada hum delles o Foro *se quizer*, satisfazendo aos outros o que *rasoadamente* por parte do Foro lhe podéra acontecer, *acordando-se todos*, ou a maior parte delles nisso; e que não se acordando assim, vendão, e partão entre si o que houverão pela venda, ou escambo *assim como forem herdeiros:* Á primeira vista he clara esta Ord., *maxime* illustrada com a Ord. L. 4. Tit. 96. §. 5. e §. 23 : Porém ainda restão muitas dúvidas, que podem occorrer, quaes são não só a que se verá decidida §. 116., mas

§. 274.

1.ª dúvida. Como se devem entender as palavras =*assim como forem herdeiros*=

Primeira Dúvida: Quando se tractar da partilha da estimação, ou preço do Prazo, como se devem entender as palavras *assim como forem herdeiros?* Estamos na Questão: *Pluribus hæredibus institutis quibus ex partibus singuli instituti intelligantur?* Esta Questão com distincções e subdistincções de varios casos se deve ver em Nett de Testam. L. 2. Tit. 15., em Guerreir. Tr. 2. L. 5. Cap. 20., em Manz. de Testam. Tit. 6. Q. 16., e melhor em Furgol. Trait. des Testamens. Cap 8 Sect. 1. desde o n. 90. até 141.: Consultem-se estes DD. quando occorrer esta Questão, porque compendiar o que elles disserão, sobre depender de huma grande digressão, he alheio do Tractado presente.

§. 275.

2.ª Se aqui tem lugar o direito de accrescer.

Segunda Dúvida: Se entre os coherdeiros (assim instituidos por algum dos modos que distinguem os citados DD.) tem lugar o Direito de accrescer, tanto nos bens allodiaes, como nos Prazos em que a Lei (§. 273.) os julga nomeados todos, e em consequencia da instituição de herdeiros (ut a §. 207.)? Como o Foro he individuo neste Reino, ex d. Ord. et L. 4 Tit. 96. §. 23. (*quidquid sit* quanto aos bens hereditarios e divisiveis) deve necessariamente praticar-se o Direito de accrescer, segundo as razões e doutrinas de Cald. de Potest. elig. Cap. 13. n. 39. et 46., et de Nominat. Q. 19 n. 84., Belon. de Jur accrescend. Cap. 6. Q. 38., Conciol. All. 46. n. 1. e 2, Guerreir. Tr. 2. L. 4. Cap. 11. n. 65., *apositè*

Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36 §. 1. n. 24. et 25.: *Aliter*, se o Senhorio consente na divisão do Prazo, e cada hum passa a possuir a sua parte, vê Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 735

§. 276.

Se o direito de accrescer he hoje praticavel.

Pelo que respeita porém aos bens livres: Se hoje póde ser praticavel o Direito de accrescer nas Successões hereditarias e de cousas dividuas, *sub Judice lis est*: O illustre Mell. Freir. L. 3. Tit. 6. §. 23, Groenwegen., e Schilt. o diz justamente abrogado, e abrogavel, como huma das superstições do Direito Romano, dedusida da maxima, *que ninguem póde morrer em parte testado, e em parte intestado:* Melhor que Mello, censurou o *Direito de accrescer* Yarab. Tract. Crit. de los errores del derecho Civil. Cap. 3. §. 5.: O Cod. Freder. o abolio no Tom. 2. no Prefacio §. 33., e no Tom 3. L. 7. Tit. 4. Art. 1. §. 17.: O Cod. Civ. dos Francezes L. 3. Cap. 4. Sect. 8. parece que só o admitte entre Collegatarios: Tambem parece abolido no Proemio da L. de 9 de Setembro de 1769, em quanto ahi ridiculizou aquella Maxima Romana (em que se funda o Direito de accrescer): Pelo contrario o moderno Koch. de Success. *ab intestat.* §. 9. Schol. 2. attesta praticado na Allemanha este Direito de accrescer: as razões que em seu favor pondera Coccey. Jus Controv. L. 30. Tract. de Jur. accrescend. Q. 2. não são supersticiosas mas deduzidas da vontade dos Testadores: Podemos dizer do Proemio da dita L. de 9 de Setembro, que ella hia a fazer differença de bens hereditarios e adquiridos, para permittir a disposição de huns, e não de outros: E por isso, que muito para esse fim reprovasse essa Maxima, que lhe obstava? Seguida huma legislação, que faz essa distincção de bens (como em muitas Provincias de Allemanha) diz Stryk. us. mod. L. 28. Tit. 5. §. 9., que cessa o Direito de accrescer; mas não nas Nações, em que (como hoje na nossa) já não ha tal distincção de bens hereditarios e adquiridos. Depois de feito o esboço desta obra, fiz a este respeito huma especial dissertação, a que me remetto.

Nota: Admittido o Direito de accrescer, quanto aos Prazos *Qualiter divisio intervenientes jure accrescendi facienda sit?* Consulte-se Guerreir. Tr. 2. L. 4. Cap. 12.

§. 277.

Terceira Dúvida: Se sendo hum dos coherdeiros incapaz, notado de alguma incapacidade das expostas a §. 267., caduca a sua co-instituição, e accresce aos conjunctos, ou passa aos substitutos (havendo-os); ou se pelo menos se lhe deve a sua porção da estimação do Prazo? Quanto ao 1.°, o deixado ao incapaz, que se ha por não escripto accresce ao conjuncto (admittido o Direito de accrescer), L. un. §. 2 3. 4, Cod. Caduc. Tollend. Boehmer. ad Jus ff L. 34. Tit. 8. n. 3, Conf. Portug. L. 3. Cap. 29. a n. 9.: Quanto ao 2.°, huns DD. como Gmeiner Instit Jur. Eccles. Sect. 1. sub §. 324., Corol. 2., Bochmer. de Paroch. Sect. 5. Cap. 1. § 26.; negão ao incapaz de adquirir bens, ainda mesmo a estimação delles: Pelo contrario, que se lhe deva a estimação defende largamente Puttman Adversar. Jur. L. 1. Cap. 3., *appositè* Fragoz. de Regim. Reip. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 17. a n. 4. Esta 2.ª opinião parece mais bem fundada: Confirão-se Gob. de Feud. et emphyt. alienat. in prælud. n. 44., Luc. de Feud Disc. 12. n. 5. et Disc. 21. n. 4., Mantic. de Conjectur. L. 9. Tit. 11. a n. 8.

3.ª Se a porção do incapaz accresce ao conjuncto, ou aos herdeiros *ab intestato*. Ou se pelo menos se lhe deve a estimação.

§. 278.

Quarta Dúvida: A incerteza vicia todo o acto e disposição. Altim. de Nullit. Tom. 3. Q. 8.: Duvida pois, e segue Cald. de Nomim. Q. 10. a n. 31., que instituindo-se, ou nomeando-se muitos *nomine collectivo*, como v. g. os filhos de Manuel de Almeida, se vicia a Nomeação expressa, ou tacita pela incerteza de qual delles he o nomeado, visto que só pode ser hum, e não muitos; e a Caldas segue sem hesitação Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9 §. 22. n. 4.: Porém errárão estes grandes homens acingidos á regra: Pois que vale a disposição incerta quando a incerteza *tolli jure potest aliquo modo*, Altim. *supra* n. 41., *signanter* Nigr. de Nominat. Q. 72 n. 9.; ou *quando re-*

Quando a incerteza vicia.

ducitur ad certitudinem, sive per circumstantias, sive per conjecturas, sivè aliquo modo, Altim. n. 42.: Ora, a nossa Lei suppõem muitos herdeiros collectivamente instituidos, quando diz: *ficando no testamento do foreiro muitos herdeiros:* Ella determina *que todos se entendem ser nomeados no foro:* Ella para reduzir a incerteza a certeza, e occorrer ao prejuizo do Senhorio, que chamando huma só pessoa, quiz a individuidade, manda, que o encabecem em hum delles, ou o vendão, e partão o dinheiro: Logo errárão crassamente Caldas e Fragozo: Se bem que o mesmo Caldas he em si contradictorio combinando-se o que elle diz na Questão 11. a n. 1.°

§. 279.

5 Se instituidos herdeiros muitos, prefere no Prazo o primeiro nomeado na ordem da letra.

Quinta Dúvida: Se instituindo hum pai muitos filhos, ou outro testador muitos herdeiros extranhos; se o primeiro na ordem da letra se deve julgar nomeado no Prazo com preferencia aos subsequentes, ainda que (sendo pai o testador) o filho primeiro denominado seja o mais novo? Quanto ao caso de ser pai o testador decide o mesmo Cald. de Nomin. Q. 11. n. 11. em favor do 2.° genito, primeiro nomeado na ordem da letra, contra o 1.° genito: Porém neste caso he Caldas justamente confutado por Cordeir. dub. 24. a n. 116.: Quanto ao 2.° caso de serem por testador extranho instituidos herdeiros tambem o mesmo Cald. Q 11. n. 10., e Q. 10. a n. 38., e Fragoz. P. 3. L. 6. Disp 9. §. 22. n. 4. decidem em favor do primeiro herdeiro denominado, e segundo a ordem da letra; e assim Valasc. Cons. 71. n. 11., que parece seguirão Cordeir. dub. 24. n. 120., e a Cald. e Valasc., Barboz. á Ord. L. 4 Tit. 37. in. pr. n. 3. Conf. Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 3. n. 38., Ferreir. de Nov. oper. L. 4. disc. 10. n. 37.

Resolução de alguns DD

§. 280.

Porém, e por huma parte: este argumento deduzido da ordem da letra tem infinitas limitações, de que he facil a applicação, e rarissimas vezes procederá a regra, a qual em si mesma he muito debil e futil, Castilh. de usu

fruct. Cap. 40. a n. 30. Não póde perverter a vontade do Defuncto, que amou igualmente aos herdeiros instituidos, e não melhorou algum delles com o Prazo; elle necessariamente havia de nomear primeiro por seu nome proprio algum delles, sem poder prever, que por isso elle só havia de succeder no Prazo, *ex traditis per* Barboz. et Tab. L. 13. Cap. 36. ax. 9. et 10.: *signanter*, Nigr. de Nomination. L. 1. Q. 72. a n. 15., concluindo, que a ordem da letra he só hum argumento subsidiario em falta de outras conjecturas da vontade do nomeante: bem como quando a herança não he sufficiente para satisfação de todos os legados, e se entra em rateio, nem por isso os legatarios primeiros na ordem da letra tem preferencia aos subsequentes para serem inteiramente satisfeitos, Guerreir. Tr. 1. L. 4. Cap. 6. n. 3. 19.: Omitto outros casos em que cessa o tal argumento deduzido da ordem da letra: Veja-se porém o exposto §. 359.

Confutão-se esses DD.

§. 281.

Por outra parte: A Lei, de que tractâmos, comprehende na sua generalidade, e sem distincção todo o caso de serem muitos herdeiros instituidos *collectivè, ou nominibus expressis*: Geralmente diz que, *todos se entendem ser nomeados ao foro*: Em todo o caso manda encabeçar o Prazo em hum, que pague aos mais a sua verdadeira estimação, ou que se venda, e partão o preço da venda, ou escambo *assim como forem herdeiros*, sem que jámais dê prerogativa alguma ao 1.° nomeado na ordem da letra: He pois opposta a esta Lei (tão geral, e que ninguem se deve arrogar a distinguir) essa opinião (§. 279.) de Cald., Valasc., Fragoz., Barboz. e Cordeir.: E he mais conforme a Lei a decisão referida pelo mesmo Valasc. Cons. 71. n. 12., em que, em caso tal se mandou proceder a encabeçamento; decisão, que (reprovados esses DD.) justamente segue Pinheir. de Emphyt. Disp. 6, Sect. 3. n. 38.

Prosegue a confutação.

Verdadeira conciliação

§. 282.

Sexta Dúvida: Se assim como cessa a necessidade do encabeçamento no Prazo fateozim e nos termos da Ord. L. 4. Tit. 96. §. 23., quando hum coherdeiro tem

6.ª Como deva praticar-se o encabeçamento em hum dos herdeiros.

maior porção, como no caso referido por Valasc. Cons. 53. n. 13., seguido por Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 38. e 39.: Da mesma fórma quando v. g. (fallo do Prazo de vidas, e de nomeação) sendo muitos os herdeiros, e hum delles instituido na maior parte da herança, se deve este como porcionario maior ser só por isso mesmo encabeçado? Resolvo negativamente: Porque a nossa Ord. diz; que todos se entendem ser nomeados, e que a arbitrio de todos, *acordando-se todos, ou a maior parte delles*, encabecem o Prazo em hum; sem differença de haver ou não coherdeiro, que seja porcionario de maior parte: E mesmo removeu toda a duvida a este respeito, quando diz « os herdeiros partão entre si o que houver pela dita venda, ou « escambo *assim como forão herdeiros*; » isto he, ficando v. g. com duas partes do preço o que fôr herdeiro por ametade: Veja-se porém quanto aos Prazos fateozins hereditarios, ou mixtos, o que exporei no §. 522.

Nota: Omitto a analyse da Ord. L. 4. Tit. 36. §. 3.; porque he em si clarissima, insusceptivel da menor dúvida, que nunca jámais vi suscitar sobre ella; sendo ocioso referir e censurar, ou abraçar o que sobre as suas intrinsecas razões delirárão, ou quizerão adivinhar Cordeir. dub. 24. a n. 68., e Cald. de Nominat. Q. 11., que sem critica transcreveu o copista Lim. o mesmo §. 3. enchendo paginas inutilmente.

SECÇÃO III.

SUCCESSÃO DOS PRAZOS PELA DISPOSIÇÃO DO HOMEM, E POR ACTOS ENTRE VIVOS: ANALYSE DA ORD. L. 4. TIT. 37.

CAPITULO IV.

Que he entre nós Nomeação no sentido da nossa Ord. L. 4. Tit. 37.: como se define: sua natureza: formulas com que o poder de nomear se concede: consectarios dellas.

§. 283.

Que exprime a palavra = *Nomeação.* =

Segundo as Leis Romanas: *Nominare est exprimere nominatim. Nominare conditione nuptiis* L. 63. ff. de rit. nupt., *Nominare hæredes*, L. 124. ff de Legat 1., quantitatem, L. 5. §. ult. ff. de rejudic. *Nominata interdum est creare*, L. 11. §. 4 ff. de Muner. et honor., *Nominarique dicuntur, qui ad Magistratum, Decurionatum, tutellam, aliudve quod munus publicum vocantur. Igitur ea vox cadit in Curatorem Reipublicæ.* L. 2 § 7. ff de Administr. Civit., Exactores, L 3. Cod. de Conven. fisc. debitor.; fideijussores à tutoribus *nominandos* L. 4. §. ult. ff. de Fideijuss. Tutor., Magistratum, L. 11. 13. 17. ff. ad Muniup. hujusque successorem, L. 2. L. 15. § 1. ff. eod. Tit., Vicat. verbo *Nominare*; Conf. Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 1., Facciolat. verbo *Nomino*, Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 1.

§. 284.

O mesmo, e palavras sinonymas.

Ainda que na nossa Legislação vemos na Ord L. 3. Tit. 44. e 45. usar o Legislador repetidas vezes das palavras *nomear por author*; *nomeado por author*, com tudo he palavra mais familiar do Legislador para as nomeações

dos Prazos, como se nota na Ord. L. 4. Tit. 10. §. 11. *ibi=for feita nomeação de alguma cousa, que deva andar por nomeação=*e Tit. 97. §. 22. *ibi=nomear ao dito Prazo=*etc., Tit. 105. *ibi=e tendo bens, que haja de nomear=*etc. L. 5. Tit. 6. §. 19., e L. 4. Tit. 37.

§. 285.

Paria sunt eligere ac nominare, et e contra diz com muitos textos Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 1. n. 17., Conf. Cald. de Nominat. Q. 1. n. 3.: Porém no Direito Romano, a palavra *eliger* mais frequentemente se adopta ás pessoas, que elegem successor no Fideicommisso, L. 67. §. 1. ff. de Legat. 1., á opção e eleição do legado ff. L. 33. Tit. 5., ás alternativas obrigações de hum devedor, Moraes L. 3. Cap. 9., etc.: Na frase do nosso Legislador *eliger* he separar hum de muitos para servir algum emprego civil, Ord. L. 1. Tit. 66. §. 49., Tit. 67., Tit. 88. §. 32., etc. *Eligere, si vim verbi attendamus, est unum ex multis separare, idque præferendo cæteris,* Pereir. in Elucid. n. 22. *Electio est unum ex pluribus capere,* Peg. Tom. 5. ad Ord, L. 1. Tit. 67. in rubr. n. 4.; ou conforme Oter. de Official. Reipubl. Cap. 1. n. 27. 28. 30.: *Electio a verbo eligere derivatur, quod quidem late patet, et multa se habet. In speciali tamen significatu, et in proposito de quo agimus* (diz Oter.) *est unum ex pluribus voluntarie capere vel nominare.*

O que he propriamente *nomear*: o que he *eleger*.

Nota: Entretanto o mais coherente, a meu ver he, que a palavra *nomear* he adaptavel com mais analogia, ao que nomea por Direito proprio, e que lhe compete para nomear outra pessoa: E a palavra *eliger* he com mais propriedade praticavel na separação, que se faz de huma entre mais pessoas, ou cousas, que são o objecto da eleição para algum fim: se bem que «*Destinare, designare, recensere, recognoscere, proponere, eligere ac nominare personam successoris de jure non differunt*» diz Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 1. n. 12.

§. 285.

Definição da Nomeação.

Ao nosso proposito pois Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 1. n. 1. define « *Nominatio ad emphyteusim nihil aliud est, quam actus, quo quis eligitur ad succedendum in Emphyteusi, quam nominans habebat cum facultate eligendi successorem.* » Se esta definição, em que as palavras *nomeação e eleição* se confundem, he Concina, deixo ao discurso dos mais doutos: Eu a definiria assim: *Nomeação de Prazo he hum acto legal e civil pelo qual o Emphyteuta, senhor util dos bens, declara legitimamente a sua vontade revogavel, ou irrevogavel de os transferir em vida, ou por sua morte a certa pessoa.*

Exposição da Definição.

Nota: He *acto legal*; porque deve fazer-se com as solemnidades das Leis: *Civil* porque requer capacidade no nomeante, e nomeado segundo as Leis, em hum para poder dar, em outro para receber: **O** *Emphyteuta senhor util*, ainda que não possuidor, porque póde nomear e ceder o direito e acção, que lhe compete para reivindicar o Prazo: *Declara legitimamente:* isto he, por quaesquer palavras expressas, ou por algumas das quaes necessariamente se infira a nomeação: *Revogavel, ou irrevogavel;* porque ha nomeações revogaveis, e irrevogaveis: *De transferir em sua vida*, isto he, por qualquer acto entre vivos: *Ou em morte*, por acto legal de ultima vontade: *A certa pessoa;* porque não póde haver nomeação nem disposição a favor de pessoa incerta: Todas estas partes da definição real se exporão nos seguintes Capitulos.

§. 286.

Natureza anomala da Nomeação, que recebe do acto em que se faz.

« Nominatio emphyteusis, attento jure Regio Lusitano, « non est actus absolutè inter vivos, nec omninò ultimæ vo- « luntatis, sed habet peculiarem naturam a Jure Regio in- « troductam; ita quod nec dici potest simpliciter actus in- « ter vivos, nec ultimæ voluntatis, sed in quibusdam con- « tractibus; in quibusdam verò ultimis voluntatibus assi- « milatur, Gam... Valasc...; undè cum certam non ha-

« beat qualitatem, si testamento fiat illius naturam sumit. » Assim Net. de Testam. in Præfat. n. 51 : Confira-se com os mais Reinicolas Solan. og. 2. a n. 64., aonde diz, que « Nominatio ad Emphyteusim de jure Regni, vel ejus « consuetudine quandam mediam, et peculiarem naturam « inter actus ultimæ voluntatis, et inter vivos habet; con- « tractui namque assimilatur ad hoc, ut per actus, seu « contractus inter vivos fieri possit, quo in casu trino tes- « tium numero opus est... Phæb. nominationem em- « phyteuticam actum anomalum vocat, etc. Peg Tom. 11. ad Ord. Cap. 159. n. 6. et 7, *optimè (secundum Jus commune)* Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 1. a n. 3.

§. 287.

Formulas ordinarias, com que se estipulão os Prazos.

Já debaixo do §. 107. expuz algumas formulas das providencias mais commuas dos emprazamentos, e incidentemente nellas as fórmas, com que costuma conceder-se a faculdade de nomear: Neste lugar cumpre tractar em especial da parte das mesmas formulas, quanto a faculdade de nomear: Nestas diz Peg Tom. 11. ad Ord. Cap 144. a n. 107.: « Tres species distinguere oportet: « prima, quandò concessa est facultas eligendi liberè, et « absolutè; v. g. quem volueris: secunda, quando concessa « est ad ejus arbitrium, v. g arbitrio tuo: tertia, quando, « data est simpliciter, v. g. quem nominaveris.

Faculdade de nomear conforme as diversas fórmulas, que concedem o poder, estricta, ou amplamente.

« In prima specie receptissima est ferè omnium reso- « lutio, quod potest eligens nominare remotiorem omisso « proximiore... quoniam facultatem ita concedens id omne « voluntatis libere eligentis, seu nominantis committit.

« In secunda specie, quando facultas data est ad ar- « bitrium eligentis, sivè, si putaverit, si placuerit, si sibi « videatur, tunc eligens servare debet jus, et æquitatem, « quia non ad liberum arbitrium ei concessum est, sed « regulatum, et commissa eligendi facultas, tanquam bono « viro. Cum igitur in tali specie commissio facta sit ar- « bitrio boni viri, debet commissarius eligere secundum « jus, id enim importat arbitrium boni viri: et ita non « non potest eligere indignum nec remotiorem, cum non « libera sit, sed regulata ejus facultas.

« In tertia, quando facultas eligendi data est simpli-
« citer ut *quem nominaveris, quem elegeris;* tunc subdis-
« tinguendum est. Nam aut concedens non se restrinxit
« ad certum genus personarum, sivè certas personas, aut
« se restrinxit: si se non restrinxit, v. g., ut quia jubet
« eligi una persona habilis aut idonea; et tunc libera est
« facultas eligendi personam habilem, sivè sit de genere,
« sivè extranea. Si autem se restrinxit ad certum genus
« personarum nomine generali, ut quia est collectivum
« variorum gradúum, v. g. *unus consanguineus, unus ex*
« *familia;* etiam tunc libera est facultas eligendi, quia
« nimis generalis est, et potest eligi remotior omisso pro-
« ximiore. Vel denique concedens specifice se restrinxit
« ad certas personas nominandas, de quibus facienda sit
« electio, v. g. *de filiis,* vel *nepotibus;* tunc talis facultas
« eligendi data simpliciter potius censenda est data arbitrio
« boni viri, quam libera; atque ideo eligens servare de-
« bet jus. »

E individualmente Phæb. Decis. 96. a n. 3. ibi.:

« Potestas nominandi seu eligendi simpliciter concessa
« nullis limitibus, seu conditionibus circumvallata intelli-
« gitur de libera nominatione, seu electione; nominatio
« enim, sicut et electio natura sua libera esse debet: undé
« concessa simpliciter potestate nominandi ex vi vocabuli
« intelligitur de libera, et in specie, potestatem nomi-
« nandi simpliciter concessam de libera potestate nomi-
« nandi quos voluerit interpretatus est Cald. de Nomin.
« Q. 5. n. 49. et Q. 7. n. 44.; potestatem nominandi
« simpliciter concessam dicit comprehendere extraneos,
« etiam in Emphyteusi Ecclesiastica; et idem tenet Q. 19.
« n. 29. Sic plane, cum potestas nominandi simpliciter
« concessa idem importet, quod libera nominandi potestas,
« et comprehendat extraneos, à fortiori talis potestas, quæ
« libera interpretatur, extenditur ad nominandum fœminas
« exclusis masculis.

« Quando potestas nominandi aliquibus legibus, seu
« conditionibus vallata conceditur, tunc satis est illis legi-
« bus, seu conditionibus parere, et de cætero electio, seu

« nominatio liberè et validè fiet. Sic concessa potestate « nominandi unum ex filiis, non poterit nominari extraneus, « bene tamen quilibet de filiis vel filiabus.

« Sic similiter concessa potestate nominandi incertum « de certis, non potest tertius, qui de illis non est, eligi, « benè tamen potest quilibet de illis nominari. Sic quando « ex aliqua familia unus eligendus est, non potest alius « de foris eligi. »

Regra geral na materia sujeita.

Nota: He regra geral, que quem nomea, ou elege, deve regular-se pela faculdade concedida, sem que possa altera-la nem amplia-la de caso a caso, de pessoa a pessoa, Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 144. n. 48., et de Mayorat. Cap. 7. a n 228. et 233., Cabed. P. 1. Dec. 140. a n. 2., Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 22. n. 27. et Q. 27. a n. 1., Rox. de Incompatibil. P. 1. Cap. 6. n 357., Torr. de Pact. Dec. 178. n. 5.

CAPITULO V.

Por quaes palavras expressas, enunciativas, dispositivas, indicios, etc., ou por quaes factos se possa dizer nomeado em alguma pessoa o Prazo, sem expressa Nomeação.

§. 288.

Por quaes palavras se faz, ou subentende feita Nomeação

« Nominatio Emphyteusis (diz hum Senador apud « Peg. 3. For. Cap. 28 n. 82.) potest probari per testes, « *et fieri quovis modo, et per quæcumque verba; quamvis « sint obliqua, dummodò de voluntate constet.* » Neque « enim (diz Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 1. n. 1.) « ejusmodi actus certam aliquam formam, aut solemnita- « tem requirit... quolibet externo signo, quo internus « Nominantis consensus manifestetur, hæc nominatio perfici « potest, adeo ut solus nutus ad hoc sufficiat. » Conf. Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 21., Molin. de Just. et Jur. Disp. 480. n. 1.

§. 289.

Como porém esta palavra *vontade* tem diversas accepções e ha differenças, e diversas especies de *enunciativa, volitiva nua, dispositiva, efficaz, negativa, beneplacito arbitrio, rathiabição*, etc., *de quibus* Pereir. in Elucidar. n. 45. 56. 57. 58.; me proponhoo detalhe particular, e a decisão das seguintes Questões praticas.

Especies de vontades.

§. 290.

Primeira: Se dizendo o Emphyteuta *eu quero nomear o meu Prazo em Pedro*, fica elle dispositiva, e efficazmente nomeado? A fonte desta Questão he a L. Pamphilio 37. §. *Propositum* ff. de Legat. 3., sobre a qual largamente dissertaram Pedro Barboza na L. 5. in pr. ff. de Legat. 1. a n. 34. ad 52., Gomez. in L. 3., Taur a n. 116. et signanter n. 119., Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 9., Stryk. Vol. 1. Disp. 5. Cap. 3. n. 17., Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 8. a n. 1. ad 8., Tondut. Civil. Cap. 50. a n. 11 ad 15.: Succado o que discutem estes DD. se reduz em summa a estas conclusões.

Quando a vontade de nomear he perfeita, ou imperfeita.

1.ª He imperfeita a vontade do nomeante, e não passa de volitiva a dispositiva, quando o Emphyteuta, v.g. em huma conversação perante amigos, ou em qualquer acto indifferente, diz *quero nomear o meu Prazo em Pedro*, ainda que Pedro esteja presente.

Distinguem-se varios casos da perfeição, ou imperfeição da vontade.

2.ª He perfeita a vontade, e passa a ser dispositiva, quando o Emphyteuta rogado por aquelle que deseja a nomeação, e perguntado *se lhe quer nomear, ou ha por nomeado o seu Prazo*, responde, que sim com palavras serias; mas não quando com palavras jocosas, ou de adulação.

3.ª He perfeita e dispositiva a vontade; se o Emphyteuta presente, ou absente o interessado Pedro diz com palavras de tempo presente, *quero que fiques nomeado no meu Prazo de tal parte.*

4.ª He perfeita e dispositiva a vontade, quando o Emphyteuta tractando de nomear, manda chamar testemunhas, e perante ellas seriamente diz, *quero nomear o meu Prazo em N.*; ou quando esta palavra *quero* he em testamento. E em fim quando concorrem circumstancias

de facto demonstrativas de que a vontade de nomear foi dispositiva de presente, e não huma simples intenção de nomear de futuro.

Nota: Tondut. Civil. Cap. 50. a n. 11. depois de seguir o nosso Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 12. « ubi hoc dumtaxat admittit dum ex facti circumstantiis apparet, verba illa *volo nominare*, prolata fuisse cum animi deliberatione, et cum deliberata voluntate; non autem ex primo animi impetus etc. « diz o mesmo Tondut. n. 15.: « Ego autem existimo æquum judicem omnia ex facti circumstantiis arbitrari debere, ut quoties de deliberatione animi eligere debentis constiterit electio pro facta habeatur, cum animus non ex verbis tantum, sed ex factis colligatur. »

§. 291.

Se a promessa de nomear he, ou quando Nomeação effectiva

Segunda Questão: Se a promessa de nomear o Prazo se deve julgar effectiva nomeação de presente? Esta Questão tractão largamente Peg. de Mayor. Cap. 5. a n. 2., e Tom 2. For. Cap. 9. a n. 367. ad 378., Castilh. L. 5. Cap. 67. a n. 46., Olea de Cess. jur. Tit. 1. Q. 6., e largamente Altimar. de Nullit. Tom. 3. Q. 1. Sect. 2.: Todos distinguem, que a promessa de dar, vender, etc., se ha por effectiva, quando depois della nada resta necessario para a sua perfeição (confira-se o que expuz no §. 64.) Mas na materia sugeita diz bem Tondut. Civil. Cap. 50. a n. 7.: « . . . promissionem de eligendo, vel « nominando factam per eum, cui eligendi potestas con- « cessa est, haberi pro vera et effectuali nominatione. « Quià licèt verum sit, promissionem de vendendo, de lo- « cando, et similes non habere vim veræ emptionis, vel « locationis, idemque in similibus contractibus obtinere; « tamen in contractibus electionis aliud statuendum est, « quia in aliis per promissiones nihil actum est, nisi ac- « cedat ulterius conventio, et mutuus utriusque partis con- « sensus; in electionem verò, quæ ex sola eligentis potes- « tate dependet, statim declarata voluntate resultat effectus

« electionis, cum nihil substantiale faciendum supersit, etc. Concorda *ex professo* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 8. a n. 17. ad 20.

No citado Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 367. se vê hum caso especial, em que hum conjuge, Estacio, casando com Dorothea, prometteo no pacto nupcial nomear o seu Prazo em hum filho desse matrimonio, se Dorothea morresse primeiro: houve deste matrimonio huma filha, mas casando, morta Dorothea, 2.ª vez Estacio, elle nomeou hum filho do 2.º matrimonio: a filha do 1.º o acciona ex vi daquella promessa; mas o filho vence pelas razões que se vêm no mesmo Peg. a n. 375.

§. 292.

Se bastão, ou quando palavras enunciativas da Nomeação.

Terceira Questão: Quando por palavras enunciativas se julgue provada a nomeação feita de preterito, ainda que não appareça a nomeação enunciada ou o instrumento, a que a enunciação se refere? Deixando de distinguir as diversas especies de palavras *enunciativas*, *relativas*, ou *presuppositivas*, e os seus diversos effeitos e gráos de probabilidade *: Rezolvo ao nosso proposito: quando qualquer Emphyteuta que tinha poder, e liberdade de nomear diz em seu testamento, ou instrumento publico, que tem nomeado o seu Prazo em N. em tal escriptura, ou ainda sem se referir a escriptura alguma, fica só por esta enunciativa provada a nomeação; ainda que fazendo relação a alguma escriptura esta não appareça, L. *si Donatio* Cod. Donat., Cald. de Potest. elig. Cap. 1. n. 43., Ramon. Cons. 37. n. 217. 219., 220. 223. 226. 227., Peg. alleg. 2. a n. 42., *optimè* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 8. a n. 9. ad 14., e conduz Peg. de Mayor. Cap. 5. a n. 145.

* Vejão-se Gen. de verb. Enuntiat., Castilh. Tom. 4. Cap. 46., Sabell. §. *Verbo* a n. 13. ad 27., Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 60. a n. 9.. Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 33. ad 82.: E quanto ás palavras *presuppositivas*, quando induzão disposição perfeita, o Cardeal

Se presuppositivas?

de Luc. de Legat. Disc. 46. n. 9. et 10., Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 10. §. 9.

§. 293.

Se por acenos ou signaes?

Quarta Questão: Se por acenos, ou signaes se póde dizer e provar feita a nomeação? Esta Questão pertence ao Cap. em que tractarei, se os surdos, mudos, e similhantes podem nomear (veja-se a §. 321.) Por ora só aqui lembro Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 8. a n. 15., onde diz e prova: «Nominatio fieri potest nutu, aut signis, L. «nutu ff. de Legat. 3.... Potissimum quià nominatio «adscribitur inter contractus, qui verbis perficiuntur, et «ideò valet quod gestum est ad interrogationem alterius, «dummodo nominans assensum præstet, quod tollat om- «nem dubitandi locum.» Et Q. 32. sub n. 18.

§. 294.

Se basta constituir Procurador para nomear F., ainda que o Procurador não execute o mandato.

Quinta Questão: Se constituindo o Emphyteuta algum procurador para em seu nome nomear Ticio em tal Prazo; e o procurador não executa o mandato; se fica bastando este como nomeação effectiva em favor de Ticio independente de outra nomeação? A decisão desta Questão depende de outra preambula: se o Emphyteuta póde nomear por procurador? Distingue-se: o procurador geral não póde nomear; o especial sim, sendo constituido para nomear certo Prazo em certa pessoa, ou huma incerta de certas, Cald. de Nomin. Q. 6. a n. 20., *latissimè* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 43. a n. 1. ad 14., Conf. Portug. de Donat. L. 2. Cap. 13. a n 53., Peg. Tom 11. ad Ord. Cap. 162. n. 2.: sendo pois assim especial o mandato para nomear pessoa certa, ainda que o procurador não nomeie, fica o mandato (bem intendido, que celebrado por escriptura, ou feito por alguma das pessoas relatadas na Ord. L. 3. Tit. 59. §. 15.) sendo effectiva nomeação, independente de outra, Tondut. Civil. Cap. 50. a n. 16., Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 43. n. 20. juncto n. 9, et Q. 42. n. 29. et L. 3. Q. 4., Portug. de Donat. L. 2. Cap. 13. n. 54. et 55.: Nomeando porém o procurador não póde mais variar, Cald. de Nomin. Q. 6. n. 23., Nigr. de Nomin. L. 3. Q. 1. n. 47. et 48.

Nomeando o Procurador não póde mais variar

§. 295.

Se o tal mandato he revogavel pelo Mandante, ou quando?

Ainda resta a dúvida: se este mandato se póde revogar pelo nomeante? Distingue o citado Nigr. L. 1. Q. 42. n. 29, que *re integra* sim; *re non integra* subdistingue; ou o nomeante nomeando elle mesmo póde variar, ou não: *si prius* póde *re non integra* revogar a nomeação feita pelo procurador: *si secundum*, não: (confira-se o que exporei no Cap. 15. a § 413., e seg. sobre as nomeações revogaveis e irrevogaveis).

§. 296.

Se póde o mandato executar-se por Procurador, depois de cahir em demencia o mandante?

Póde ainda occorrer outra dúvida: se o mandato para nomear pessoa certa póde executar-se pelo procurador; ou depois de cahir em demencia o mandante? Affirma depois de largas disputas Nigr. de Nomin. L. 1. Cap. 42. a n. 17. ad 26., e a n. 31. ad 37.: Isto he especial neste caso pelas razões de Nigro; e porque o mandato teve força de nomeação; *aliter* nos mais casos, em que pela demencia do mandante, fica cessando o mandato, Altimar. Tom. 2. rubr. 11. Q. 36. n. 18., Golin. de Procurat. 3. P. Cap. 4. n. 9.

§. 297.

Quid, se o Testador disser: *Ticio seja contente com tal Prazo?*

Sexta Questão: se o testador disser: *Ticio seja contente com tal Prazo;* se subentende nomeado? Affirmativamente resolve e prova Cald. de Nomin., Q. 2. n. 10., ex L. 11. §. *cum esset* ff. de Legat. 3.

§. 298.

Se o gravado prestar do Prazo alguma contribuição a outro, fica só por isso nomeado

Septima Questão: se o Emphyteuta determina na sua disposição, que Bernardo dê a Clemente tantas medidas de trigo do seu Prazo, he visto nomear Bernardo huma vez, que assim o grava? Affirmão e demonstrão Cald. de Nomin. Q. 2. n. 8. e 9., Nigr. de Nominat. L. 1. Q 15. n. 30. 31. 32.

§ 299.

Sem nomeação expressa, se subentende nomeado o Prazo, que se dota, dá, ou lega.

Oitava Questão: se doando-se, dotando-se, ou legando-se hum Prazo sem expressa nomeação; só por isso, que se doou, dotou, ou legou, se deva subentender nomeado? Affirmativamente o dizem Pinheir., Valasc., Cald., Cordeir. e o Repertor. já referidos no §. 213.: o mesmo

procede, quando hum pai faz tradição de hum Prazo a hum filho simplesmente, sem nomeação expressa, fazendo só menção que lho dá *para alimentos e sustentação da sua familia:* Cald. de Nomin. Q. 2. n. 2., Molin. de Just. Disp. 480., com os quaes Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 1. n. 5.: confirão-se os principios geraes *de quib.* Bagn. Cap. 9.

§. 300.

Se o Nomeado em parte do Prazo se subentende nomeado?

Nona Questão: se o nomeado em parte do Prazo se subentende nomeado no todo delle? Rezolvo affirmativamente pelo *jus non decrescendi* huma vez que não appareça outra nomeação do todo do Prazo feita em diversa pessoa, Cald. de Nomin. Q. 3., Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 523. et 531., et 3. For. Cap. 28. n. 928., Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 13. a n. 1. et 22., Luc. de Feud. Disc. 8. n. 8., Cardoz. verbo *Emphyteusis* n. 49.

CAPITULO VI.

Se o Emphyteuta nomeando o Prazo exercita com o nomeado liberalidade, se lhe confere beneficio, se lhe dá alguma cousa, que he propria do nomeante.

Mostra-se inapplicavel ás nomeações dos Prazos a L. 67. §. 1. ff. de Legat. 2.

§. 301.

Censura dos DD. que firmárão receber-se o Prazo como do Senhorio, e não como do Nomeante.

Os Caldas, os Fragozos, os Pinheiros, os Cordeiros tem recheadas as suas obras com estes, e nunca assás estofados, principios: Quando o Prazo se recebe do Senhorio, e não do nomeante; porque este nomeando-o, só exercita o nú e simples ministerio de nomear; que não exercita liberalidade alguma com o nomeado; e que nada lhe dá, nem confere do seu patrimonio, etc. Principios, que deduzem da tantas vezes trilhada L. *unum ex familia* §. 1. ff. de Legat. 2. Lei que se explica assim. « Non « enim facultas *necessariæ* electionis propriæ liberalitatis

« beneficium est: quid est enim quod *de suo* videatur re-
« liquisse, qui, quod reliquit *omnino reddere debuit* »

§. 303.

Razões da Lei Romana, em que elles se fundão.

As razões desta Lei expõe o grande Gotofredo nas suas notas dizendo: « Electus non dicitur adquirere jus in « electione, sed ex testamento, ex quo procedit electio; « et ideo in ratione Legis Falcidiæ non inspiciuntur vires « patrimonii eligentis sed testatoris... Donare non videtur, qui aliquo jure cogente cedit, L. 29. ff. de Do-« nat... Hæres *juris necessitate* eligit, ideoque eligendo « non donat, L. 18 in Fin. ff. de Adimend. » etc.

§. 304.

Erro da applicação desta Lei aos Prazos

He na verdade cegueira, he erro inveterado applicar a razão desta Lei (assim descoberta por Gotofredo) a toda a nomeação de Prazos (sem distincção das formulas diversas *sub.* §. 107. *et sub* §. 287.), e a todo o caso em que o Emphyteuta nomêe: suppondo-se em todo o caso, que o Emphyteuta nomeando excercita só o nu, e simples ministerio de nomear; que em nada se liberalisa com o nomeado; nada lhe confere do seu; e que elle só do Senhorio, e não do nomeante recebe o Prazo: Applicando estes principios a varias Questões as decidem por elles os referidos Reinicolas, e outros mais, que nelles os beberão e a sua applicação: os erros desta influem nas suas decisões; como veremos nos seguintes capitulos: eu, que sigo diverso systema, vou arrancar pela raiz o erro, e mostrar inapplicavel, *saltèm* aos Prazos de nomeação livre, a dita Lei e suas genuinas razões.

§. 305.

1.ª Prova desse erro

Com effeito: 1.º, he erro argumentar da eleição nos fideicommissos para a nomeação dos Prazos pelas diversas razões que ha em huma, e outra eleição, e pelos diversos direitos que as regulão, Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 18. n. 1. ibi: « Facultas nominandi ad fideicom-« missa *valde differt* à nominatione emphyteusis; illa enim « regulatur à L. unum ex familia ff. de Legat. 2... hæc « autem tota desumit vim à Lege Investituræ, » etc. Guerreir. For. Q. 69. n. 21. et 22. ibi: « Moveor, quia ar-

« gumentum, quo illa contraria sententia fulsitur, in eo « tantum consistit, quod nominatio, ad emphyteusim, non « donatio nominantis, sed beneficium potius domini directi « censetur, à quo nominatus accipit Emphyteusim, non à « nominante, qui nudum factum exequitur, nominando se- « cundam, aut tertiam personam, L. unum ex familia 67. « 1. 1. ff. de Legat. 2.... Atqui, quod nominatio ad « emphyteusim sit vera donatio nominantis, mihi extrà « dubium videtur; quoniam emphyteuta dominus est em- « phyteusis quoad dominium utile, quod mediante contractu « acquisivit, ut de illo disponeret juxtà formam contractûs: « igitur si illud donavit, veram, propriamque donationem « fecit *et error est insignis eorum, qui nominationes emphy- « teuticas ad instar fideicommissorum accipere soleat.* Nan- « que fideicommissum ex solo testatoris beneficio defertur, « solumque hæres gravatus personam declarat, cui restitui « debet; at verò Emphyteusis adquiritur per contractum, « et fit patrimonium emphyteutæ, qui ideò aut vendere, « aut donare potest cui maluerit, dummodo non sit per- « sona prohibita » etc., etc.

§. 306.

2.ª Prova desse erro

Com effeito 2.°, este erro he facil de convencer pela analyse, e diversa razão da dita Lei; pela natureza do Emphyteuse, e pela mesma natural e juridica razão: pela analyse: pois que (a) diz o exordio da mesma Lei §. 1.: « Si de Falcidia quæratur, per inde omnia servabun- « tur, ac si nominatim ei, qui posteà electus est primo « testamento fideicommissum relictum fuisset. » Et ideo « (diz Gotofredo) in ratione Legis Falcidiæ non inspiciun- « tur vires patrimonii eligentis, sed testatoris. » E que paridade tem este caso com os nossos Prazos? (b) Nos termos desta Lei não tem o Fideicommissario huma faculdade livre de nomear, mas *necessaria*, e coacta, *ut ibi* = facultas *necessariæ* electionis = etc. E por isso diz Gotofredo: « Donare non videtur, qui aliquo jure cogente cedit, « vel solvit: Hæres *juris necessitate* eligit. » E quem dirá, que o Emphyteuta deve necessariamente nomear? Se não elege, lá está a Ordem da Successão legal a deferir a

Successão na fórma exposta a §. 135. (c) A Lei mesma diz, como em sua razão, que nada dá do seu proprio aquelle, que o que dá, necessariamente o deve restituir a outro: e quem dirá que o Emphyteuta, nomeando o Prazo, nada dá do seu; e que necessariamente o deve restituir, e deixar ao nomeado?

§. 306.

Convence-se esse erro pela natureza do Emphyteuse.

Pela natureza do Emphyteuse: pois que (a) já eu mostrei (§. 6. e §. 69. 70.), que huma vez separado do dominio pleno e util, e adquirido este pelo Emprazamento ao Emphyteuta, fica hum dominio, huma parte do seu patrimonio: já mostrei (§. 209.) que o nosso legislador para diversos fins de execuções, successões, confiscações, etc. olhou os Prazos como bens dos Emphyteutas no dominio util, e como proprio patrimonio delles: e que paridade tem com esta especie de bens os do Fideicommisso, que o herdeiro gravado não póde doar, alienar, etc.? Tomára que esses grandes Reinicolas resuscitassem, e me dissessem se o Fisco que succede nos Prazos de nomeação os recebe do Senhorio como chamado nas investiduras; ou se os recebe como bens do confiscado? Se o dominio util comprado se recebe do Senhorio? etc.

§. 306.

Pela razão natural, e juridica.

Pela razão natural e juridica: Pois que «*Qui non admit, quod admere potest donare dicitur.*» Altimar. Tom. 5. Q. 32. n. 119: e não he doação e liberalidade nomear o Emphyteuta a hum o que podia nomear, e doar a outro? He isto acto necessario? Que differença, (quanto a liberalidade e beneficio) entre a doação, e nomeação de Prazos, e a doação de bens livres? Quem dá, e nomea hum Prazo, que vale 10:000 cruzados áquelle que podia deixar de nomear, não he o mesmo que dar-lhe 10:000 cruzados, porque o nomeante ou nomeado podia, e póde vender o Prazo? Não he isto liberalidade pura? Sem esta nomeação lucraria o nomeado da mão do Senhorio cousa alguma? Bem disse pois Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 10. n. 24., L. 2. Q. 9. n. 13, L. 3. Q. 1. n. 37., L. 1.

Q. 68. sub n 20.. que a doação e nomeação fraternisão na essencia.

§. 307.

Isto, que assim procede sem a menor dúvida nos Prazos de livre nomeação, ou mixtos (de nomeação livre em falta de filhos, *ut sub* §. 107. form. 3. 4. 5.); procede ainda mesmo naquelles, em que o Emphyteuta póde nomear huma pessoa incerta de certas, como v. g. huma pessoa da sua familia: pois que, ainda segundo o mesmo direito Romano, quando o herdeiro gravado he obrigado restituir por sua morte os bens a huma pessoa certa, nomeando-lhos, não exercita com ella liberalidade: quando porém está no seu livre arbitrio eleger hum incerto de certos, ou deixar de eleger algum; neste caso elegendo hum exercita com elle liberalidade; ou porque podia preteri-lo, e eleger outros dos elegiveis; ou não querer eleger algum, e deixar a Successão á ordem *ab intestato:* assim dedusem os DD. esta distincção da L. 9. Cod. de Fideicommiss. da mesma L. *unum ex familia* §. 7., da L. 8. § *cumquidam* ff. de Reb. dub., da L. 41. ff. de Bon. Libertor., da L. 1. §. *sciendum* ff. de Legat 3.; e assim concilião com a dita L. *unum ex familia* §. 1., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 1. ex n. 30., et Q. 47., ex n. 7., Tondut. Civil. Cap. 50. n. 41. et. 42., *optimè* Furgol. Tom. 6. *Questions remarcables sur la matière des donations*, Q. 27. a n. 6., Jul. Capon. Controv. 8. n. 7., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 57. n. 6., Fusar. de Substit. Q. 511. *omnino videndus:* conduz França ad Mend. Ar. 4. n. 6. et 7.

Procede o erro ainda quando o Prazo só concede poder de nomear hum incerto de certas pessoas.

§. 308.

Ora: os Emphyteutas commummente não são por força das investiduras obrigados a nomear pessoa certa: se o fossem procederia a razão da L. *unum ex familia* §. 1., e então no que precisamente havia de ser nomeado, se verificaria esse principio; que recebia o Prazo do Senhorio e não do nomeante, etc. Mas sendo o commum das investiduras conceder-se aos Emphyteutas a faculdade de, nomear, querendo, huma pessoa da familia; neste caso

Ainda mesmo que os Prazos sejão familiares

nomeando hum, que ou podia preterir, ou absolutamente deixar de fazer nomeação, deixando a Successão á ordem regular, he sem dúvida, que agraciou ao nomeado *ex LL. et DD. supra* (§. 307.) e o póde gravar, por isso que lhe confere beneficio, como veremos a §. 379.

CAPITULO VII.

Quaes pessoas tem capacidade legal para fazerem nomeações dos seus Prazos.

§. 309.

Em outro tempo assentavão os nossos reinicolas, que o religioso professo podia nomear, e mesmo revogar a nomeação aliás revogavel, que houvesse feito antes da profissão; e isto porque o acto de nomear era hum exercicio de mero facto, e do nu ministerio de nomear, que o religioso podia exercitar: assim, depois de Cald., Egidio, Fragozo, e outros, Pinheir. Disp. 6. Sect. 2. n. 13., e o Addicionador de Reinos. Obs. 28. ad n. 13., que seguirão os nossos sabios e Illustres Mello Freir. L. 3. Tit. 11. §. 24., Ferreir. Cardoz. Elem. J. E. §. 73. (entre os Italianos Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 62. tot), Peg. 2. For. Cap. 20. n. 14. Se o Religioso.

§. 310.

Porém hoje, que os religiosos professos são mortos para o seculo, incapazes de possuirem bens, e de todos os actos civis (§. 49.) cessa a dita opinião: o nomear hum Prazo não he hum nu, e simples ministerio, hum acto de mero facto, he sim exercitar huma doação liberal (§. 301. até 308.): esse mero facto aqui he connexo, e complicado com o Direito; não podendo exercitar-se o facto, sem a simultaneidade do Direito. Para se exercitar o facto de nomear o Prazo, he necessario, que se tenha o dominio util delle, que mediante o facto da nomeação se adquira ao nomeado: sem isto seria vão e quimerico esse exercicio do mero facto: ora o professo já não póde ter dominio, que nomêe, que transfira, não póde exercitar acto

civil: só quando muito declarar alguma obscuridade de nomeação que fizesse antes de professo, Luc. de Regular. Disc. 48. n. 12., Nigr. supra n. 44.; porque quem declara não faz acto novo. V. Castilh. L. 6. Cap 182. 183. O argumento com a faculdade de poder o religioso ser testamenteiro he frivolo; porque além de só o poder ser concorrendo as circumstancias, *de quib.* Bagn. Cap. 59. a n. 41.; elle como tal só he hum procurador da Alma do defunto, que nada dá do seu nem em seu nome: só reparte esmolas, etc., Ferreir. de Nov. oper. L. 6. Disc. 6. n. 43. 44.

§. 311.

Se o Pupillo? Tambem os DD. citados (§. 309.), e além delles Portug. de Donat. L. 3. Cap. 28. n. 74. 75., Guerreir. Tr. 3. L. 6. Cap. 18. a n. 21., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 87., Moraes de Execut. L. 2. Cap. 20. n. 56., assentão uniformemente, que o Pupillo menor de 14 annos póde nomear o Prazo, com tanto que, fazendo huma doação irrevogavel, concorra auctoridade do tutor, e Decreto do Juiz: porém, tendo-se visto (a §. 302.) que a nomeação irrevogavel he huma doação propria, ficâmos na regra geral, que o Pupillo não póde doar, ainda mesmo com auctoridade de tutor, e Decreto judicial; porque não o podendo o Juiz interpor sem causa necessaria, nenhuma *à communiter contigentibus* póde idear-se para que o Pupillo deva dar, e nomear seu Prazo, Bersan. de Pupill. Cap. 2. Q. 13. n. 7., Guttierr. de Tutell. Cap. 6. n. 7., *signanter* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 66. a n. 7.: só sim em qualidade de commissario: no Nigr. *supra:* mas quando tal caso? o unico possivel seria quando o Pupillo rico em razão de irmão fosse obrigado dotar a irmãa pobre, *ex traditis* per Bagn. Cap. 13. tot: então sim concorreria esta causa necessaria, que com Decreto judicial poderia fundamentar huma nomeação válida, e irrevogavel.

Nota: o simile da apresentação do Beneficio, de que o Pupillo he padroeiro; simileque adduz com Gam., e Cald., Pinheiro, he disparatado; porque entre as razões que expõe Portug. L. 3. Cap. 28. a

n. 64, Bersan. de Pupill. Cap. 1. Q. 8., Luc. de Jur. Patron. Disc. 64. n. 8. et 9.; huma he, que a vacatura do beneficio não sofre ferias no seu provimento; outra, que o Pupillo apresentando não experimenta lesão, antes interesse, na certeza de que a apresentação he o fructo do padroado (que o Pupillo percebe), Lagunez de Fruct. P. 1. Cap. 31., Portug. *supra* n. 16,: outra que sempre lhe fica salvo o direito de apresentar tantas, quantas vezes vagar o beneficio, etc. Justamente pois reprovão esse argumento de paridade Egid. na L. 1. Cod. de Sacros. Eccles. P. 1. §. 2. n. 20. et 21., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 66. n. 14., e Q. 67. n. 18. et 19. Concede Pinheiro que o Pupillo sentindo-se leso póde implorar restituição contra a nomeação, mas que caso haverá em que não seja leso nomeando o seu Prazo irrevogavelmente? Só sendo-lhe inutil e gravoso: mas então quem lhe quererá a nomeação?

§. 312.

Se o Pubere.

Por testamento he sem dúvida; que póde o Pubere maior de 14 annos, e menor de 25 nomear os seus Prazos: porém não por acto entre vivos, e irrevogavel, ainda mesmo com Decreto judicial, pelas mesmas razões ponderadas no §. 311., e sua nota: ut signanter Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 67.; judicatum apud Peg. 2. For. Cap. 9. n. 414.: e geralmente, que os menores não podem doar, ainda com auctoridade de Tutor, e Decreto judicial (sendo sem dúvida doação a nomeação do Prazo, ut a §. 304.), Bersan. de Pupill. Cap. 2. Q. 13. a n. 11., Cyriac. Contr. 182. n. 54. et Contr. 321. n. 62.: Pelo menos goza o menor do beneficio da restituição contra o acto da nomeação, que fez em que dimittio o dominio e posse do Prazo, Nigr. supra n. 17.: só sim subsiste a nomeação, se elle era gravado restituir por sua morte o Prazo a pessoa certa e dimittindo-lhe a propriedade, reservou para si o usufructo, Nigr. *supra* n. 20., ou no caso que lembrei no §. 311. no fim.

§. 313.

Se o filho familias

Em Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 80. se vê julgada válida a nomeação de hum Prazo feita por hum filho em favor de seu pai. O filho familias consentindo o pai póde doar seus bens entre vivos, *e causa mortis:* ainda mesmo sem consentimento do pai os adventicios, em que elle não tem o usufructo; e consequentemente fazer nomeações como a respeito das dos fideicommissos electivos, Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 68.: e geralmente vejão-se Portug. de Donat. L. 1. prælud. 2. §. 5. n. 48., Moraes de Execut. L. 2. Cap. 20. n. 97. Se a doação ou nomeação he feita ao pai, exige o citado Portug. outro curador, e auctoridade judicial: isto faz vacillar o dito Aresto apud Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 80., *et maxime* se presumimos no filho hum medo reverencial; e sem dúvida concorrendo alguma suggestão. Nigr. *supra* n. 24. et 25.

Nota: se o filho familias, que não póde testar ainda que o pai consinta, Ord. L. 4. Tit. 81. §. 3., pode nomear o Prazo em ultima vontade? Esta Questão disputa Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 68. a n. 16. tractando da nomeação do fideicommisso electivo em huma pessoa da familia, e de que o filho familias he herdeiro gravado: e resolve que neste caso póde eleger por acto de ultima vontade; e isto pelas razões, que omitto, e ahi se podem vêr.

§. 314.

Se o condemnado á morte?

O condemnado á morte por sentença fica servo de pena, e intestavel, porque privado de todos os actos civis e consequentemente de dispor por actos de ultima vontade ou doações do todo ou parte de seus bens, Cod. Civ. dos Francezes Art. 23. e seguintes (omitto as LL. Romanas e DD.), por isto he que a Ord. L 5. Tit. 6. §. 19. diz ao proposito, que o servo de pena não póde *depois de commettida* (a maldade) *nomear (no foro de nomeação) pessoa alguma;* e se antes alguma nomeação tiver feita he havida por nenhuma, como que se nunca fôra feita:

bem que isto se entende da nomeação feita em testamento; porque a feita antes por contracto subsiste válida, Repertor. sub verbo = *Nomeação feita pelo que commette o crime* = vers. *Quod. tamen:* Conf. Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 79. n. 2. et 3., et Tom. 11. ad Ord. Cap. 164.; menos que não interviesse fraude com as vistas no futuro delicto: V. Peg. *supra.*

Nota: Não comprehendo o fundamento solido por que os Illustres, e Sabios Mell. L. 3. Tit. 11. §. 24., e Ferreir. Cardoz. Elem. Jur. Emphyt. §. 73., á unica excepção do crime de Leza Magestade, permittem ao deportado, condemnado em pena ultima nomear os Prazos pela razão « *quia nominatio, magis in facto, cujus capaces sunt, quam in jure consistit* »: e isto quando a morte natural, ou civil se commina em muitas Leis, e consequentemente confiscação de bens, não só no crime de Leza Magestade, mas em outros muitos, em todos os em que se impõe, e em que o Reo he condemnado em morte natural, fica servo da pena; e tambem o fica quando accusando-se á revelia, nos termos da Ord. L. 5. Tit. 126., he comdemnado á revelia, e banido, Portug. de Donat L. 3. Cap. 15. a n. 60. et 65.: e consequentemente incapacitado para dispor dos bens, Cald. de Nomin. Q. 5. n. 46., Portug. de Donat. *supra* sub n. 65.: por outra parte essa razão « *quia nominatio magis in facto, cu-* « *jus capaces sunt, quam in jure consistit* » tem as mesmas respostas que já acima expuz (§. 310.) a respeito da nomeação feita pelo Religioso professo: por outra parte, logo que o reo de pena capital commette o crime, e he condemnado á morte, ficando servo da pena, o Prazo se devolve ao Senhorio, não passa ao fisco, como tres vezes refere julgado o Repertor., debaixo da conclusão = *confiscação se faz no Prazo Ecclesiastico* = etc., e outra vez em Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 273. ad 278.; por isso mesmo, quel constituido o emphyteuta servo de pena já não póde nomear, en-

tendida em todo o caso assim a Ord. L. 5. Tit. 6. §. 49.; tractando esta Questão (no fideicommissario com faculdade de eleger) Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 61., depois de varios argumentos por huma, e outra parte, vem a concluir no n. 25., que quando o herdeiro commissario commette crime capital, que o constitue servo de pena, logo que he condemnado, não póde mais eleger; *aliter* quando pelo delicto se não constitue servo de pena; isto he, segundo a exposição de Fungol. Tract. des Testamens Cap. 6. Sect. 2. n. 192. e seguintes, quando o reo he condemnado ainda em degredo temporal fóra do Reino, ou perpetuo de huma Provincia, etc., sem pena que inflija morte natural ou civil (veja-se para melhor clareza o mesmo Fungol. a n. 120., e o novo God. Civ. dos Francez. Art. 23. e seguintes). He erro crasso dizer ao proposito Pinheir. Disp. 6. Sect. 2. n. 29. que o condemnado á morte não he servo de pena em quanto não he prezo; quando elle o fica sendo condemnado em contumacia e banido, ex Portug. *supra*, Fungol. *supra*.

§. 315.

Se o prodigo. O prodigo, a quem está solemnemente prohibida a administração de seus bens, não póde nomear Prazos sem auctoridade de curador, e Decreto judicial, Egid. in L. 1. God. de Sacros. Eccles. P. 1. §. 2. n. 19. et 22., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 2. n. 30.

Nota: quem se deva julgar prodigo; quando, e por quaes actos judiciaes se subentenda privado da administração de seus bens (e consequentemente do poder de nomear); quando sejão nullos os seus actos, e contractos feitos ainda mesmo antes de prohibida a administração de bens? etc.: Vejão-se Moraes de Exec. L. 2. Cap. 20. a n. 32., Altimar. ad Rovit. L. 3. Obs. 75., et de Nullit. Tom. 2. rubr. 11. Q. 9., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 15. n. 34., Peg. 3. For.

Cap. 3. n. 15. et 16., *optimè* Furgol. Traité des Testamens Cap. 4. Sect. 2. a n. 211.

§. 316.

Ainda que aos excommungados *os, orare, vale, communio mensa negatur*, Can. 17. Caus. 11. Q. 1., e a excommunhão produsa nelles aquelles effeitos espirituaes, que relata Luc. Ferrar. verbo. *excommunicatio* Art. 5.; com tudo pelo Can. 113. Caus. 11. Q. 3. se permitte *utile, lex, humile, res ignorata, necesse;* e pela palavra *necesse*, diz Ferrar. *supra* Art. 8. n. 22. «intelligitur omnis necessitas communicandi, tam ex parte ex communicati, quam communicantis, sivè hæc necessitas sit animæ, vel corporis, vel famæ, vel fortunæ, *vel obligationis alicujus contractus*»: e por tanto, em quanto pela contumacia, e insurdescencia na excommunhão não são declarados hereticos, formando-se-lhe este crime, pódem validamente celebrar todo o contracto; Aylon ad Gomez 2. var. Cap. 1. n. 14.; fazer doações, Altim. Tom. 2. rubr. 11. Q. 16. n. 64.; e nomeações de Prazos, Nigr. de Nomin, L. 1. Q. 61. n. 8., Cald. de Nomin. Q. 5. n. 17., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 2. n. 25; e testar, Nett. de Testam. L. 1. Tit. 12. n. 6., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 15. a n. 74., Furgol. supra Cap. 4. Sect. 1. n. 8.

Se o excommungado.

§. 317.

O furioso, ou demente, que não póde testar senão durante o lucido intervallo, Ord. L. 4. Tit. 81.; tambem não fazer contractos senão nessa occasião do lucido intervallo, § furiosus, Inst. de Inutil. Stipul. L. 1. ff. de Act. Emphyt., Moraes L. 2. Cap. 20. a n. 2., Peg. 3. For. Cap. 3. n. 17.: e isto nem ainda intervindo auctoridade de curador, L. 1. §. 12. ff. de Oblig. et act. Vin. ad §. 8., Instit. de Inutil. Stip. E muito menos póde fazer huma nomeação de Prazo que (como vimos a §. 304.) he em essencia doação liberal, Peg. Tom. 4. ad Ord. pag. 251. n. 104., Ferreir. Cardoz. Elem. Jur. Emphyt. §. 73.

Se o furioso e demente.

Quando a demencia, e o bom juizo se presumão:

por que signaes se provão, e excluem? Vejão-se Arouc. All. 81., Peg. Tom. 4. ad Ord. pag. 251., Castilh. L. 4. Cap. 28., Menoch. L. 6. præs. 45., Peg. de Mayor. Tom. 4. §. 45., Zacch. QQ. Medic. Legal. L. 2. Tit. 1., Escalon. de Testament. L. 2. Cap. 7., Puttman. Advers. Jur. L. 1. Cap. 11., Altimar. Tom. 2. rubr. 11. Q. 8.

Ha porém (e são muito frequentes em Aldeas, Gundras, e Serras pouco civilizadas) homens rusticos grosseiros, como Stupidos, rudes, sem perspicacia, obtusos, crassos, etc. Sem que porém padeção total defeito de juizo nem demencia verdadeira: huns taes, e que tem algum raciocinio para decernir o bem do mal, estimulos para remunerar meritos, ou desempenharem os seus affectos, podem não só testar, mas fazer doações, como com Gracian, Gama, Cabed, Reinoz, e outros, Souz. de Maced. Dec. 2. sub. n. 10., Stryk. de Cautell. Testament. Cap. 3. §. 25., com Leizer. Puttman. Adversar. jur. L. 1. Cap. 11. pag. 183. in fin.

§. 318.

Se o cego, o surdo, o mudo, o balbuciente.

Omitto as Questões: quando, e como os cegos, surdos, e mudos podem testar válidamente: eu tracto da nomeação por contracto, e acto entre vivos: na materia sugeita não vale o argumento das ultimas vontades para os contractos; e muitos, que aliás não podem dispor por ultima vontade o podem fazer por actos entre vivos, e ainda por doações *causa mortis*, Michalor. de Cæc., Surd., et Mut. Cap. 28. n. 2. et Cap. 38. a n. 3.: e por tanto, comprehendendo todas estas especies de viciados por defeito do corpo, me explico pelas seguintes conclusões.

§. 319.

O cego.

Conclusão 1.ª: o cego póde celebrar todo o contracto, e especialmente póde fazer doações com as solemnidades communs, L. Ab ea parte ff. de Probat., L. Nec. non ff. exquib. caus. manum., Michal. de Cæc., Surd., et Mut. Cap. 14. tot. et signanter n. 3., Samuel Stryk. de Jur. sens.

Dissert. 2. Cap. 3. n. 6., Harpprecht. ad §. 1. n. 57. Instit de Donation.

§. 320.

Conclusão 2.ª: o que he somente surdo, e não he juntamente mudo, póde tambem celebrar todos os contractos, e mesmo fazer doações, L. 33. §. Mutus ff. de Donat., Michal. *supra* Cap. 28., Moraes de Execut. L. 2. Cap. 20. n. 45., Altim. Tom. 2. rubr. 11. Q. 10. a n. 9., Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 4. Cap. 3. a n. 12., Brunnem. in d. L. 33. §. 2. Tambem os surdastros, que não são totalmente surdos, e só tem difficuldade de ouvir. Mas quanto aos primeiros, devem os Tabelliães relatar o que por boca propria proferirão os surdos, sem mencionarem estipulações, Michal. *supra* Cap. 28. n. 14. E quanto aos surdastros, devem os notarios, sob pena de nullidade dos instrumentos, declarar esse mesmo estado dos devedores, e que a Escriptura lhe foi lida, e declarada em vozes altas, em termos que mostrou entende-la, Peg. Tom. 6. ad Ord. L. 1. Tit. 78. §. 6. n. 2., et Tom. 3. For. Cap. 33. a n. 114., Cald. Cons. 25. n. 26.

O só surdo.

§. 321.

Conclusão 3.ª: o que he só mudo *ex accidenti*, e não he juntamente surdo, póde tambem celebrar todo o contracto, e especialmente fazer doação, Michal. *supra* Cap. 34., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 15. n. 51., Furgol. Traitè des Testamens Cap. 2. Sect. 1. n. 106., Stryk. de Jur. Sens. Diss. 4. Cap. 3. a n. 12., et de Cautell. Testament. Cap. 21. §. 36.: e como a nomeação de Prazo se póde fazer por signaes e acenos (§. 293.); tambem o mudo *ex accidenti*, que ouve, a póde fazer por acenos *ad interrogationem alterius*, com tanto que preste por signaes o seu assenso, em termos que não haja dúvida, Nigr. de Nomin. L. 1. Q. 8. n. 15., et Q. 32. sub n. 18., Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 29., et in L. si curatorem, verbo *cum non ab similis* a n. 58. et 69.: confirão-se Michal. Cap. 38. n. 16., e Brunneman. na L. 21. ff. de Legat. 3.

O só mudo *ex accidenti*, e não surdo.

Nota: o Direito Romano permittia aos surdos,

ou mudos *ex accidenti*, e em que não concorrião ambos os defeitos fazer todos os contractos, que se aperfeiçoavão com o simples consentimento; e só os incapacitavão para celebrar os contractos, que dependião de formula, e solemne estipulação, tx, in §. 7. Inst. de Inut. Stip. ubi Vin. Altim. Tom. 3. Q. 2. n. 34., Stryk. de Jur. Sens. Diss. 4., Cap. 3. a n. 17., Michal. Cap. 43., porém hoje, que não são já mais necessarias essas formulas de estipulações, e para perfeição de todo o contracto basta o mutuo consentimento sufficientemente expresso, Mell. L. 4. Tit. 1. §. 4., D. Paul. de Mor. e Yarab. Tract. Crit. dos erros do Direito civil, Cap. 3. §. 1., e 16.; o surdo, ou mudo exhibindo seus consentimentos independente de outra estipulação, ficão obrigados *tamquam ex pacto*, Thomaz. Not. de us. hodiern. ad Instit. L. 3. Tit. 20. vers. *Mutus et surdus*, Stryk. supra n. 19. et 20.

§. 322.

Surdo e juntamente mudo *ex accidenti.*

Conclusão 4.ª: o que he surdo, e juntamente mudo *ex accidenti* sabendo escrever assim como póde testar por escripto, Portug. L. 3. Cap. 15. n. 47., Furgol. Cap. 2. Sect. 1. n. 109.; mas com a formalidade, que expõe o citado Furgol., e o Cod. civ. dos Francezes Art. 269.; tambem e consequentemente póde doar e nomear por escripto que elle mesmo escreva e subscreva perante teste-temunhos sufficientes (entre nós nas nomeações são precisas tres) e não sabendo escrever póde doar, e nomear por acenos, e signaes, que sejão bem expressivos, e demonstrativos da sua vontade, Michal. Cap. 38.: neste sentido se deve entender Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 29. ad 32., e na L. si curatorem verbo. *sum non abcimilis* n. 69.

Nota: por que modo, e por que signaes deva constar desta vontade do surdo, e mudo *ex accidenti*, V. Gomez. 2.° var. Cap. 14. n. 29.

Nota: Quanto porém taes disposições por acenos estejão sugeitas a fraudes; e como se possão, e devão

precaver; V. Stryk. de Caut. Testamout. Cap. 4. §. 19., Cap. 10. §. 9., Cap. 20. §. 3, Cap. 21. §. 36.

§. 323.

Surdo e mudo de nascimento.

Conclusão 5.ª: quanto aos surdos, e mudos de nascimento: dúvida-se 1.°, se he possivel que tenhão hum destes defeitos sem concurso de outro? 2.°, se pódem adquirir hum, outro, ou ambos por artificio? 3.°, se tendo ambos os defeitos, he impossivel moral o poderem ter ideas, fazer combinações dellas, lembranças, uso dellas, etc? 4.°, se nelles he connatural a demencia? Vejão-se Paul. Zacch. QQ. Medic. Legal. L. 2. Tit 1. Q. 8., Escalon. de Testament. L. 1. Cap. 6. §. 7., Condillac. *Essay sur L'origine des connoi. humains* Sect. 4. L. 2., Sauvagi, Buffon., e outros, com os quaes Renaz. Elem. Jur. Crimin. L. 1. Cap, 7. § 5., Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 4. Cap. 1., Vin. ad §. 7. Inst. de Inutil. Stipulat.

§. 324.

Fundados no principio de que o mudo, e surdo de nascimento se reputa demente; assentão alguns DD., que não póde fazer doação, Gotofredo., e Brunneman. na L. 33. ff. de Donat., Furgol. *supra* n. 105., Moraes de Execut. L. 2. Cap. 20. n. 44., Egid. in L. Ex hoc jure P. 2. Cap. 6. n. 42 (onde refuta Caldas) Gomez 2. var. Cap. 14. n. 29. Outros DD. fundados (o que bem mostra a experiencia) em que ha surdos, e mudos de nascimento com decernimento sufficiente para contractar, dar, doar, assentão, que constando desta capacidade póde o surdo, e mudo de nascimento fazer todo o contracto concensual, exhibida que seja, e bem percebido, por acenos, e signaes demonstrativos a sua vontade, Stryk. de Jur. Sens. Diss. 4. Cap. 1. a n. 25., Michal. de Cæc., Surd. et Mut. Cap. 37., 42., 43.; e mesmo (ao nosso proposito) nomeações de Prazos, Cald. de Nomin. Q. 1. a n. 29., et in L. si curatorem verbo *cum non ab similis* a n. 69.

Nota: Entretanto, que se siga a 2.ª opinião, he preciso que a vontade do surdo, e mudo de nasci-

mento se exhiba. e prove pelos signaes que se achão na decisão da Rota post Michalor. Cap 60.; e que attingiu Gomes. 2.° var. Cap. 14. n. 29.: que assim se próve concludentemente, por quem defende a validade do acto; aliás o surdo e mudo de nascimento *à magis communiter accidentibus* se presume destituido do senso, e juizo necessario para obrar qualquer acto civil, o que tudo fica do arbitrio do julgador, Michal. Cap. 39., 40., 41., Stryk. de Jur. Sens. Diss. 4. Cap. 1. a n. 27., Renaz. Elem. Jur. Crimin. L. 1. Cap. 7. §. 5. n. 3.

§. 325.

Balbuciente, balbo, blezo, atypo

He similhante ao mudo o balbuciente, o Balbo, o Blezo, o Atypo. L. 10. §. fin ff. de Edilit, edict., Zach, QQ. Medicoleg. L. 2. Tit. 3. Q. 9. a n. 12., Stryk. de Jur. Sens Diss. 4. Cap. 1. n. 18.: hum tal, assim como póde testar, sendo preceptivel a sua vontade, Michalor. *supra* Cap. 33., Stryk. de Caut. Testam. Cap. 3 §. 34., e 35.; muito mais póde doar, e nomear o Prazo, para o que bastão acenos, e signaes (§. 229., 321.)

§. 326.

Quando o marido, ou a mulher sem dependencia do mutuo consentimento.

Se o marido, e mulher figurão ambos huma vida no Emprazamento (como póde ser, *ut* §. 10.); ou 1.ª, e 2.ª vidas; não póde o marido sem concurso da mulher nomear o Prazo, ainda mesmo, que reserve o usufructo em quanto vivos ambos: se sem consentimento da mulher o nomêa; e a mulher lhe sobrevive, lhe fica salvo o direito de nomear livremente sem embargo da nomeação do marido, Pereir. Dec. 123. n 9.; o que bem se deduz da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 6. ibi = o pai ou mãi *qual derradeiro delles falescer*, nomear. =

§. 327.

Quando só o marido

Quando porém o marido he Emphyteuta no Prazo, em que a mulher não está renovada, e comprehendida; assentão uniformemente os DD., que o marido sem consentimento da mulher póde nomear, com tanto que reserve o usufructo (em que a mulher só commonica) du-

rante a vida delle marido nomeante; porque nomeando por este modo o marido, e com tal reserva não prejudica a mulher, Guerreir. Tr. 2. L. 6. Cap. 2. n. 133., Pereir. Dec. 123. n. 10., Portug. de Donat. prælud. 2. §. 3. sub n. 102.: Repertor sub verbo = *bens de raiz não póde vender o marido* = Cald. de nomin. Q. 18. n. 10., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 2. n. 24., Peg. 3. For. Cap. 34. n. 357.; o Addicionador de Reinoz. Obs. 28. ao n. 7. Se porém o marido nomea o Prazo sem reserva do usufructo, tem a mulher assim prejudicada acção para repetir do nomeado os fructos durante a vida do marido, Pereir. Dec. 123. n. 9. no fim, e n. 10. no fim.

§. 328.

Se a mulher só sem o marido

Pelo contrario: se a mulher he a Emphyteuta do Prazo em que o marido não está renovado, nem comprehendido, he controverso, se a mulher, ainda mesmo reservando o usufructo, póde nomear sem auctoridade do marido? Pela parte negativa estão Egid. na L. Ex hoc jure P. 1. Cap. 7. n. 48., que segue Portug. de Donat. L. 1. prælud. 2. §. 3. n. 102., e parece, que segue o Repertor. *supra*. Pela parte affirmativa está com todos os esforços o Addicionador de Reinoz. obs. 28. ao n. 7. vers. = *Hinc oritur* = que seguio Guerreir. Tr. 2. L. 6. Cap. 2. n. 133. E como esta Questão he muito frequente no Foro: defenderei a negativa, que sigo, e confutarei os da affirmativa, que reprovo.

Variedade de opiniões.

§. 329.

Sustenta-se a negativa.

Pelos Direitos Divino, e Canonico são as mulheres subditas a seus maridos; elles suas cabeças; ellas só membros, que se devem regular pela cabeça. Ellas por tanto devem tributar a seus maridos toda a reverencia, e todo o obsequio, como a seus tutores, sacrificando-lhes no licito, e honesto a sua vontade; como com textos sagrados, e canones largamente comprovão, Stryk. Vol. 2. Disp. 2. *de jure reverentiali* Cap. 2. a n. 26. ad 34., Barboz., et Tabor. L. 19. Cap. 56. ax. 15.: daqui nasceria o costume das Nações da Europa, em que a mulher casada

não póde fazer contracto algum sem auctoridade do seu marido, ainda sobre bens proprios della em que elle não tenha dominio: assim na Hespanha, Egid. in. L. Ex hoc. jure 2. P. Cap. 7. n. 25.: assim em muitas Provincias da Allemanha, Hollanda, e Frizia, Vot. ad Pand. L. 23. Tit. 2. n. 41. 42.: assim na França, Cod. Civ. dos Francezes L. 32. P. Tit. 2. Cap. 1. Sect. 2. e Art. 1423., e seguintes, Art. 1385. 1552., e seguintes, e 1573.

§. 330.

Comprova-se a negativa

Este he tambem o antigo costume deste Reino, attestado por Egid. *supra* n. 25., Cabed. Dec. 106., Pereir. Dec. 77. a n. 3., Phœb. Dec. 62. a n. 5., Dec. 98., et 180. a n. 11., Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 3. sub. n. 99.: costume, que os referidos Reinicolas fundamentão 1.°, na Lei do Reino visinho: 2.°, na generalidade da Ord. L. 4. Tit. 46.: 3.°, por argumento, que deduzem da Ord. L. 4. Tit. 66.: 4.°, porque duas razões obstão a essa liberdade da mulher, huma o prejuizo do marido, outra a reverencia, que lhe deve tributar (§. 229.): e assim, ainda que nomeando a mulher o Prazo com reserva do usufructo, cesse a primeira, não cessa a segunda, Egid. *supra* n. 26 , Portug. a n. 99.: e quando o marido seja irracional em prestar o seu consentimento, que a mulher lhe deve pedir; tem por isso a mulher o recurso ao Magistrado, que lhe franquea a Ord. L. 3. Tit. 47. §. fin.; e na França o Cod. Civ. nos lugares citados.

§. 331.

Differença entre o consentimento do marido para os actos que faz a mulher, e *vice versa*.

He verdade, que tambem o marido não póde alienar bens de raiz sem consentimento da mulher (podendo aliás alienar os moveis, ex Ord. L. 4. Tit. 64., a unica excepção de os alienar á concubina, *ut tit.* 66.): porém ha essencial differença entre o consentimento da mulher para os contractos do marido, e os deste para os daquella. O da mulher só he necessario em razão do prejuizo; o do marido nos contractos da mulher não só he necessario por essa razão, mas *prò forma ad integrandam ejus personam*,

como com Gama, Caldas, e Pereira distingue Moraes de Execut. L. 5. Cap. 5. n. 16. vers. = *Inde etiam* = et n. 17.: e a razão da razão; porque, como com muitos DD. diz o mesmo Moraes L. 2. Cap. 20. n. 119.: « *In His pania, et apud nos uxor non habet mobilium* « *aut immobilium administrationem; et ita omnis, et* « *quicumque contractus ab ipsa viri non auctoritate ges-* « *tus, nullus est: Gomez., Soar., Cov., Deun., Molin.,* « *Matiene., Barboz., Cald., Egid., Pereir., Phœb., etc.* »

§. 332.

Em consequencia: que muito; o marido quando nomea o seu Prazo com reserva do usufructo, salvando o prejuizo da mulher, não dependa do seu consentimento, que aliàs só he necessario *ratione prœjudicii?* Pelo contrario nomeando a mulher o seu Prazo como tal reserva, ainda que cesse esta razão do prejuizo do marido, sempre prevalesce, e subsiste a outra de não poder a mulher sem auctoridade, e reverencia do marido, ou sem o supplemento judicial (no caso do seu irracionavel dissenso) fazer contracto algum por mais indifferente que seja e imprejudicial ao marido; porque se substrahe á sua tutella, abusa da reverencia, que lhe deve tributar; o membro se separa da cabeça, etc. O mesmo Guerreiro, que sem critica seguio neste ponto o Addicionador de Reinozo (§. 328.); elle no Tract. 2. L. 6. Cap. 13. a n. 31. defendeo, que nem ainda a mulher póde dotar huma filha propria, ou commua sem auctoridade do marido. Do mesmo.

§. 333.

Nas disposições testamentarias ha razões diversas, que ponderão Portug. *supra* n. 102. no fim, Egid. sub n. 49., *signanter* Pereir. Decis. 123. n. 9., Phæb. Dec. 80. sub n. 21. Eis-aqui pois a opinião de Egidio, e Portug. (§. 328.) conforme com o Direito Divino, e canonico (§. 329.); com as Leis, e costumes das Nações civilisadas (§. 329.); Leis, e costumes deste Reino, fundados nas mais genuinas razões (§. 330. até 332.) Resta confutar as razões contrarias da opinião do Addicionador de Reinozo.

§. 334.

Impugna-se a opinião affirmativa.

O simile (com que argumenta o Addicionador de Reinozo) do Pupillo, e do Monge, que podem nomear sem as auctoridades do Tutor, e do Prelado, estava respondido por Egidio n. 48. e 49.; e de mais a mais tem as respostas (§. 309. 310. 311.). A Ord. L. 4. Tit. 97. §. fin. Sim á primeira vista parece fazer hum forçoso argumento. Porém 1.°, conciliadas humas Leis com outras, e aquelle §. com o L. 4. Tit. 64. e 66., e deducções que destas sempre fizerão os DD. citados (§. 330), devemos assentar que o §. fin. do Tit. 97. só procede quando o marido, ou a mulher nomeão os seus Prazos em testamento (acto livre, *ut* §. 333.) pois que não faz relação a acto *entre vivos*. Por isto he, que quando a mulher não outorgou na nomeação do marido deve o filho conferir-lhe ametade do preço, por que o Prazo foi comprado, etc.

§. 335.

O mesmo.

Comprova-se mais esta interpretação; porque continua o dito §. fin. *ut ibi* = *E ficando ella nomeada* = etc. palavras proprias de huma disposição de ultima vontade. Nem he crivel que esta Lei nas ultimas palavras = *E esta maneira* = etc., laxasse á mulher por acto *entre vivos* huma liberdade de dispor sem auctoridade do marido, que aliàs suppositivamente lhe havia denegado no Titulo 66.; facultada só nos bens reivindicados da concubina, especialidade, que firmou regra em contrario. Não he crivel, que absolvesse a mulher dos Direitos reverenciaes, que a libertasse da tutella do marido para dispor livremente do séu Prazo por acto *entre vivos;* mas só por ultima vontade: bem como o Pubere maior de 14 annos póde testar sem auctoridade de tutor, mas não doar *entre vivos* (§. 312.). Não he crivel que sem causa privasse nesta parte ao marido da geral administração, e intendencia, que tem nos bens da mulher, etc.

§. 336.

O mesmo

Por outra parte: 2.°, ha razões diversas (ut a §. 330.), que auctorisão o marido, e não a mulher: e que muito o marido possa nomear sem outorga da mulher, se esta só

deve intervir *ratione præjudicii*, e o marido lho salva reservando o usufructo? Porém a mulher nos actos *entre vivos* depende de mais a mais da auctoridade do marido. O que a dita Ord. §. 25. diz.=*E esta maneira*=etc. Só faz relação á maneira da collação do preço do Prazo, de que proximamente havia fallado; e não póde entender-se, que humas palavras assim fugitivas, e *ad aliud* auctorisem a mulher para independente do marido, e postergados todos os Direitos maritaes possa por si só como pessoa inteiramente livre sem subordinação ao marido fazer hum acto *entre vivos*. De fórma que este deve ser o sentido; *quando a mulher dispõe do seu Prazo por testamento, e o marido não outorgou na nomeação do Prazo bemfeitorizado participará da sua meação das bemfeitorias.*

Nota: digo *bemfeitorizado:* porque, se o Prazo he comprado constante o matrimonio, o dominio se adquire ao marido; a mulher só participa na ametade do preço ou da sua estimação, ex d. Ord. L. 4. Tit. 97. §. 27., e a nomeação fica do marido comprador, pela razão de Voet. ad Pand. L. 23. Tit. 2. n. 72.: Wesel. de Connubial. bonor. Societ. P. 1. Tract. 1. a n. 65. et 73. Ora o §. 25. he continuativo desta hypothese. Se o Prazo he comprado antes do matrimonio, ou *bemfeitorizado;* ou elle seja comprado pelo marido, ou pela mulher, não communicão depois o preço, ou bemfeitorias; Repertor. *Sub verbo*=*Bemfeitorias deve pagar*=etc., *et sub verbo*=*Mulher he meeira*=etc. A que hypothese pois se poderão applicar as finaes palavras do dito §. 25.? Ao Prazo comprado durante o matrimonio? Não porque por deducção do §. 24. a nomeação pertence ao marido, e não á mulher. Ao caso de ser comprado por qualquer delles antes do matrimonio? Não porque não vem a collação, de que tracta o dito §. 25. Ao caso de ser comprado, e renovado em ambos? Tambem não, porque se as palavras finaes do dito §. suppõem morta a mulher sobrevivendo o marido, não podia dar-se caso em que

Analyse da Ord. L. 4. Tit. 97. §. 24. et 25.

ella premorrendo podesse nomear sem outorga delle (§. 326.). Ao caso de ser o Prazo da mulher antes do matrimonio, e nomear ella sem consentimento do marido? Não póde cogitar-se que o §. 25., em que sómente se tracta da collação do preço, e bemfeitorias, comprehendesse tal caso, em que não ha collação alguma de preço; porque he continuativo do §. 24. e na hypothese de ter sido comprado o Prazo. Pelo menos, sendo duvidoso se o dito §. 25. auctoriza a mulher para nomear *entre vivos* independente do marido; em huma dúvida tal não nos podemos apartar das mais Leis, e costumes Nacionaes, dos das mais Nações, nem da razão, *ut a* §. 329.

§. 337.

Continúa a confutação da opinião contraria.

O outro simile (com que argumenta o addicionador de Reinozo); qual o deverem ser correlativos o marido, e a mulher na faculdade de nomearem os seus respectivos Prazos; este argumento *dos correlativos* cessa aonde ha razão diversa., Barboz. et Tab. L. 3. Cap. 145., axiom. 145.: ora já vimos a §. 331. as diversas razões que militão do marido, e da mulher. Dizer o mesmo Addicionador, que neste Reino não ha Lei expressa, e prohibitiva, que a mulher não possa, independente do marido, contractar sobre bens, em que elle não communica (como no Prazo de vidas) he argumento já confutado a §. 329. Os DD. citados (a §. 330.) mostrão não proceder neste Reino, e nas mais Nações a L. Velles Cod. de revocand. donat. Essa doutrina de Barboza está respondida por Egidio na L. *Ex hoc jure* P. 2 Cap. 7. n. 28., resposta genuina, que me dispensa de outra. (V. *infrà* §. 338. na nota.

§. 338.

O mesmo.

Dizer o mesmo Addicionador no vers. ==*Neque obstat*== que o consentimento do marido só se requer por urbanidade, he hum paradoxo depois de visto o exposto desde o §. 329. O simile de poder a mulher Padroeira eleger sem auctoridade do marido, tem as respostas, que prevenio o mesmo Egidio n. 48. Outras muitas podéra eu

cummular: mas basta-me concluir com Tiraquell. in LL. Connubial. gloss. 9. et ult. n. 14., que toda a opinião cessa nos Reinos, em que como no nosso, o marido por Lei ou costume he administrador universal dos bens da mulher, caso em que cessão as doutrinas a que se refere o dito Addicionador: veja-se tambem contra este simile, e este argumento, Voet. ad Pand. L. 22. Tit. 2. a n. 59. e não ficará lugar á menor dúvida.

Nota: eu conciliando, segundo o meu costume, opiniões oppostas, distinguiria estes casos: ou 1.°, a mulher sem auctoridade do marido, reservando o usufructo, dota o Prazo a hum filho dentre ambos: ou 2.°, o nomea a hum que não seja filho: no 1.° caso (que he o em que propriamente falla a Ord. L. 4. Tit. 97. §. 25.) póde plausivelmente sustentar-se a nomeação em hum filho da nomeante de outro matrimonio, ou commum; já porque para nomear filho tem a mulher faculdade concedida no Emprazamento, e na Ord. L. 4. Tit. 37. §. 6.: já porque, sendo seu de outro matrimonio, ou sendo commum póde dotallo por si só, e sendo commum he a obrigação de ambos, tanto que dotando-o a mulher com seus bens recahe no marido huma ametade, como *vice versa*, Cod. Civ. dos Francezes Art. 1436.: e neste caso póde condemnar-se á mulher o abuso da auctoridade do marido, dezempenhando huma obrigação propria, ou commua, e salvando com a reserva do usufructo todo o prejuizo do marido.

Concilião-se as opiniões com huma distincção se nomea filho seu ou outra pessoa.

No 2.° caso: para nomear hum extranho com abuso da auctoridade do marido não ha Lei, nem costume que auctorise a mulher, e que a dispense do Direito reverencial, que deve tributar ao marido geralmente em todos os seus actos civis: Pois que essa celebre L. Velles. 6. Cod. de revocand. Donat., cessa aonde por Lei, ou costume, como no nosso Reino, a mulher nada póde contractar sem auctoridade do marido, Zocz. ad Pand. L. 39. Tit. 5. n. 13., Perez in

Cod. L. 8. Tit. 54. n. 6.: e só este costume cessa quando (como no 1.º caso) a mulher dispõe de bens seus não communicados com o marido, em favor dos filhos do 1.º ou do 2.º matrimonio; Perez *supra* n. 6., Mul. ad Struv. Exerc. 40. thes. 6. Só assim (ainda que bem forçadamente repugnando as razões a §. 329.) se poderão conciliar as opiniões.

Outra distincção se por acto entre vivos: se por doação *causa mortis*

Quando porém a mulher nomea por Doação *causa mortis* e Prazo reservando o usufructo, sem auctoridade do marido; ainda he objecto de dúvida: Querem alguns DD. e com elles Portug. de Donat. L. 1. prælud. 2. §. 3. a n. 98., que a mulher não póde doar *causa mortis* sem auctoridade do marido, pelas razões, que ahi expõe: eu porém sigo o contrario, não só pela terminante doutrina de Furgol de Testament. Cap. 14. n. 31. et 32. (alem dos mais que pela minha opinião cita Portugal) mas porque a doação *causa mortis* he hum acto, que participa da natureza de contracto, e de ultima vontade; he huma especie separada, hum mixto composto de dois simples, que constitue 3.ª especie; e como 3.ª especie, e diversa, tem sua natureza propria; e quando assim convem ao que faz o acto, toma a natureza, ou de ultima vontade, ou de contracto, qual he mais favoravel ao doador, como regularmente o he reputando-se de ultima vontade: veja-se Nett. de Testam. in Præfat. a n. 20. ad 23. A L. ultim. Cod. de Donat. Caus. mort. he bem applicavel.

CAPITULO VIII.

Quaes pessoas tem incapacidade legal para poderem ser nomeadas nos Prazos por disposições entre vivos.

§. 339

Quaes pessoas são incapazes? remissivamente.

Já desde o §. 49. dinumerei pessoas moraes, e fisicas incapazes de receberem Emprazamentos dos Senhorios, e os capazes de os receberem: tambem desde o §. 268,

dinumerei os incapazes de succederem em Prazos *ex vi* da geral instituição de herdeiros; e no §. 272. os indignos. Estes mesmos pois tambem não podem receber nomeações de Prazos por actos entre vivos da mão dos Emphyteutas nomeantes: porém não me dispenso retocar aqui, lugar mais competente, algumas das questões já tractadas.

§. 340.

Se os Conjuges tem incapacidade legal para se receberem nomeações.

Ha Prazos de nomeação livre nomeaveis em extranhos, ainda existindo filhos (a §. 106. et a §. 287.). Ha Prazos mixtos, que ainda que chamem filhos, na falta delles permittem nomear-se em qualquer pessoa extranha (§. 106. et a §. 287.). Duvida-se pois se os conjuges se podem nomear em Prazos taes? Os DD. são de acordo que sim: *Ita* Cald. de Nomin. Q. 4. n. 18., *et* de Potest. elig. Cap. 4. n. 4., Barboz. ad Ord. L. 4. Tit. 37. in pr. n. 4., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 2. n. 23., com outros Guerreir. Tract. 2. L. 7. Cap. 14. n. 39., Mell. Freir. L. 3. Tit. 11. sub §. 24., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 387. et sub n. 404. vers. = Et ita = et a n. 980.

§. 341.

Razões d'alguns DD., e convicção dellas.

As razões dos Antesignanos. Cald., e Pinheir. (os mais os seguirão como aves) se reduzem a esta unica. Que o marido, ou mulher Emphyteutas nomeando-se, nada seu conferem ao nomeado; que não exercitão liberalidade; e consequentemente a nomeação não he doação *inter virum et uxorem* comprehendida na geral prohibição da Ord. L. 4. Tit. 65., e nos Titulos ff, et Cod. de Donat. inter vir. et uxor. Mas estando demonstrado a §. 301., que os Prazos são bens estimaveis do Emphyteuta, que nomeando-os exercita liberalidade, e faz doação, etc.; estando convencidos erroneos esses principios quanto á applicação delles para as nomeações dos Prazos, he consequente ficarem estas comprehendidas na geral disposição da dita Ord. L. 4. Tit. 65.

§. 342.

O mesmo.

Argumenta Pinheir. debaixo do n. 23. citando Caldas, e Fragozo com a Ord. L. 4. Tit. 105., que prohibindo só á mulher quinquagennaria nomear no Prazo ao

marido; he visto *à contrario sensu* permittir a todos outros conjuges nomearem-se nos seus Prazos. Porém a prohibição da dita Lei he 1.°, em odio das viuvas, que depois de quinquagennarias cazão 2.ª vez, e em odio dos maridos que as recebem só com as vistas nos bens, e não com as da propagação da prole, e outros sanctos fins do matrimonio.* He 2.°, huma prohibição geral, e absoluta comprehensiva de toda a nomeação, ou por doação, ou por ultima vontade. E dahi não se infere necessariamente que as que não são quinquagennarias fiquem permittidas as doações aos maridos, e as doações, em que he especial para as não quinquagennarias a Ord. L. 4. Tit. 65.; conciliadas assim huma, e outra. Em taes circumstancias nada presta o argumento *à contrario sensu legis*, ex Cordeir. dub. 2. n. 45., dub. 15. n. 46., dub. 19. n. 7., dub. 41. n. 43.

* Esta era a razão da L. de 9 de Setembro de 1769. §. 29., que ainda que revogada em quanto ampliava a Ord. L. 4. Tit. 105., sempre ficou demonstrando a sua intrinseca razão: V. Stryk. us. mod. L. 23. Tit. 2. et 3., Tiraquell. ad LL. Connub. gloss. 1. P. 6. a n. 7., os quaes demonstrando as pessimas consequencias de matrimonios de quinquagennarias, declamão altamente que devem prohibir-se por Lei publica.

§. 343.

Adverte o mesmo Pinheiro, que os conjuges não podem irrevogavelmente transferir-se em vida o dominio que tem nos Prazos « quia (diz elle) translatio talis juris « est vera donatio, per quam donans reditur pauperior, et « donatarius ditior, tales autem donationes inter virum et « uxorem sunt revocabiles antequam morte donantis con- « firmentur. » Eis-aqui Pinheiro *in continenti* destruindo o seu systema, que quem nomea o Prazo nada dá do seu, etc., e convindo sinceramente que havendo nomeação com translação de dominio he huma verdadeira doação, como a de quaesquer outros bens feita entre marido e mulher.

§. 344.

Devemos pois assentar 1.°, que a mulher que casa quinquagennaria não póde absolutamente nomear o marido nem por doação entre vivos, nem por acto de ultima vontade; e que o marido he em todo o caso incapaz de ser por ella nomeado, ex Ord. L. 4. Tit. 105. * 2.°, que não *vice versa*, não he incapaz de ser nomeada a mulher, que casa com o marido quinquagennario. Cabed. P. 1. Decis. 114. n. 15., Guerreir. Tr. 2. L. 6. Cap. 1. n. 129.; bem entendido 3.°, por acto de ultima vontade, como se vê em Peg. 3. For. Cap. 28. sub n. 378. 387. 404. vers.=*Et ita*=sendo estes os termos, em que podem proceder os DD. citados (§. 340.) e não sendo familiar o Prazo, Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 12. a n. 11. Mas 4.°, sendo por acto de doação entre vivos com translação de dominio e posse, e propriamente doação liberal *inter virum et uxorem.* (§. 341.) Esta doação deve regular-se pelas regras das doações entre marido e mulher, como as feitas de quaesquer outros bens allodiaes.

Resolução da questão.

Estas Regras além da Ord. L. 4. Tit 65. se podem vêr em Portug. de Donat. L. 1. prælud. 2. §. 4., Guerreir. Tr. 2. L. 7. Cap. 14., Boehmer. ad Pand. Exerc. 72., e largamente no meu Tractado das Successões reciprocas, e obrigações correlativas entre os conjuges, P. 4. Q. 4. et 5. aonde *non plus ultra.*

§. 345.

Pelas Leis Romanas era prohibido só aos Soldados fazerem doações ás suas concubinas, e permittido a qualquer outro que não fosse Soldado: o que assim era prohibido ao Soldado ampliárão os DD. aos Clerigos, aos Advogados, aos Cavalleiros das Ordens Militares, Doutores Licenciados: limitando só quando a doação era *causa dotis;* quando doação remuneratoria de serviços que produzissem acção; quando por tres annos tinha cessado o concubinato, etc. Isto quanto ás doações de bens livres, segundo este systema Romano assim ampliado, e limitado pelos

Se o Concubinario póde nomear a Concubina.

DD.; suscita Nigr. de Nomin. L. 2. Q. 12. a n. 14. a Questão: « *An Emphyteuta cum facultate nominandi quemcumque voluerit possit ad emphyteusim concubinam eligere?* » E limitando só quanto ao Prazo Ecclesiastico, que segue não poder nomear-se na concubina; no que concorda Fragoz. de Regim. Reip. P. 3. Disp. 9. §. 20. n. 2.; ainda mesmo defende, que o Soldado, o Clerigo, o Advogado, etc. podem nomear o Prazo secular na concubina, pela razão (n. 19.) de que os Prazos *capiuntur a domino*, ou porque tal doação he *quid mixtum partim rei suæ partim alienæ*, etc.

§. 346.

Porém já vimos desde o §. 304., ainda pelo systema do mesmo Nigr. convencido esse erro; e que as nomeações de Prazos, em que o nomeante dá o seu dominio util, são liberalidades, e propriamente doações: em consequencia todos os que segundo o Direito Romano ampliado a Clerigos, Advogados., etc., não podem fazer doações a concubinas, tambem lhe não podem nomear Prazos de nomeação livre; Fragoz *supra* a n. 3.; e só nos casos em que o mesmo Direito Romano se limitava.

§. 347.

Hoje he absoluta, e geralmente prohibido a toda a pessoa sem distincção alguma de Soldados, Clerigos, etc., fazer doações ás concubinas actuaes (e semelhantemente nomeações de Prazos) por ter cessado com o christianismo a permissão do concubinato, permittido nos Romanos, estando abrogadas as Leis Romanas, que só a unica excepção dos Soldados permittião a toda a pessoa fazer doações a suas concubinas: vejão-se Furgol. Trait. des Testamens Cap. 6. Sect. 2. a n. 85., Groenesvegen. de Legib. abrogat. ad Pand. L. 39. Tit. 5., L. 5. et in Cod. L. 5. Tit. 27. L. 2. a n. 1., Voet. ad Pand. L. 28. Tit. 5. sub n. 6., Argentræus ad consuet. Britan. Art. 266. Cap. 5., Christinæus Vol. 1. Dec. 200. n. 15., Sande de Prohibit. alienat. P. 1. Cap. 2. n. 6. et 7.: veja-se tambem huma especial e fundamental dissertação minha a este respeito: conduz a razão de Mell. Freir. L. 2 Tit.

10. §. 6. Bem que este novo systema das Nações, ainda recebe não só as limitações substanciadas no §. 345. e a outra, quando o stuprador, não tendo já commercio com a stuprada, lhe deixa algum legado para indemnização, Furgol. *supra* n. 86.

§. 348.

Se o Cazado póde nomear a sua Concubina.

Prohibe a Ord. L. 4. Tit. 66. que o marido possa doar bens de raiz á sua concubina, permittindo á mulher reivindicallos, para lhe ficarem percipuos, sem que o marido jámais torne a communicar nelles: já vimos (§. 209.) que os Prazos se comprehendem na nomenclatura de bens: já vimos (a §. 304.) que a nomeação de Prazo he propriamente huma doação de bens. Ora aquella Ord. he estabelecida em odio, e castigo do concubinario, e da concubina; e a sua disposição procede ainda nos bens do marido dados á concubina, que aliás (como os Prazos) erão incommunicaveis com a mulher; Egid. de Privil. honest. Art. 8. n. 14., Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 7. n. 26., Lim. a Ord. L. 4. Tit. 66. in pr. n. 4.: logo parece, que esta Ord. comprehende as nomeações dos Prazos feitas pelo casado á concubina; que esta he *incapaz* de ser nomeada, e que a mulher póde reivindicar o Prazo da mão da concubina, ou ainda de 3.° possuidor, Portug. *supra* n. 27., Egid. n. 15., Lim. n. 25.; limitado só o caso de não ser já concubina ao tempo da doação, e ter havido emenda provada do vicio, Egid n. 22., Portug. n. 27 no fin.

Nota: parece, que a mesma Ord. suppõe huma doação de bens allodiaes communicaveis, permittindo á mulher reivindicallos *sem seu marido haver parte*: porém adapta-se aos casos mais frequentes como he regular; e os citados DD. (§. 348.) julgão que comprehende os bens do marido incommunicaveis, quaes os Prazos. Por outra parte parece, que suppõe huma total alienação da propriedade, e posse, em quanto permitte á mulher a reivindicação, e a apropriação; e que não comprehendeo o caso de o marido reser-

var o usufructo, e ficar indemnizada a mulher: porém a sua razão, que he o odio do concubinario, e da concubina; e sua Sancção geral, que he a pena do perdimento dos bens doados á concubina, e applicados á mulher, comprehende este caso; *maximè* advertindo-se que a mulher interessava na conservação da propriedade, e domínio util no poder do marido; ou para recurso dos credores em pagamento de dividas: ou para se poder vender em caso de necessidades, etc. *Tu cogita.*

§. 349.

Se os Magistrados.

Tambem a Ord. L. 4. Tit. 15. prohibe sob pena de nullidade, que os Magistrados, e seus Officiaes durante o tempo das suas Magistraturas, e Officios, possão receber doações dos subditos da sua jurisdicção (menos que se não verifique alguma das limitações que expõe Silv. á mesma Ord. n. 54. et 55.). Se pois podem receber nomeações de Prazos? Seguido o systema á §. 304; se comprehendem tambem as nomeações na prohibição da dita Ordenação: e admira, que Caldas de Potest. Elig. Cap. 1. n. 55. amplie esta Ordenação ás nomeações dos Prazos, sendo o seu inalteravel systema, de que os Prazos se recebem do Senhorio, e não do nomeante, que não exercita liberalidade, etc.

§. 350.

Se os espurios são incapazes para serem nomeados.

Já tractei a §. 173. a capacidade, ou incapacidade dos espurios para succederem *ex facto legis;* tambem já tractei a §. 369. á sua capacidade para succederem *ex facto hominis* pela instituição universal de herdeiro: o mesmo procede por doação, e acto *entre vivos*: só accrescento, que supposto Mell. Freire L. 3. Tit. 11. §. 24. diz que a prohibição da Successão dos espurios nos Prazos he só quando *ab intestato*, e não quando nomeados pelos Pais por acto *entre vivos*; seguindo Mello sem critica á Cald. de Nominat. Q. 19. n. 65., e de Potest. elig. Cap. 13. n. 3. et 4.: e supposto que Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. §. 2. n. 126. 127. 128., citando Caldas em outros lugares, segue a mesma proposi-

ção de Mello; com tudo todos merecem numa justa censura: pois que a sua unica razão de Cald., e Pinheiro consiste em que a incapacidade do espurio he só respectiva aos bens do pai: e como os Prazos *capiuntur à domino, et non à nominante, qui eligendo nihil de suo confert*, etc. Por tanto (dizem estes DD.) não tem os espurios incapacidade para serem nomeados pelos pais nos Prazos de nomeação livre: ora esta razão, e sua consequencia cessão á vista do exposto a §. 304.: e equiparada a nomeação do Prazo á doação de quaesquer bens; tendo o espurio incapacidade de receber do pai bens por doação, Peg. de Spur. gloss. 3. n. 41.; a consequencia he clara, e essa opinião de Mello, Cald., e Pinheir. só póde subsistir, sendo a nomeação do Prazo para alimentos do espurio, dentro dos justos limites do necessario para elles, etc., como fica exposto desde o §. 269.

CAPITULO IX.

Quaes pessoas podem, ou não ser nomeadas, segundo a permissão, ou repugnancia das Investiduras.

§. 351.

Quando o Prazo he de livre nomeação

Conclusão 1.ª: Se o Prazo he de nomeação livre concedido para N. em 1.ª vida, e que a 1.ª poderá nomear a 2.ª, e esta a 3.ª; póde o Emphyteuta, ainda mesmo que tenha filhos, nomear qualquer pessoa extranha, (não sendo dos incapazes referidos a §. 49. 268. 339.), Arouc. All. 26. n. 8. 14. 21., Phæb. Dec. 96. n. 4. et 5., et Dec. 160. n. 11., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 12., Cordeir. dub. 26. n. 17., Peg. 2. For. Cap. 9. n. 559. et Tom. 11. ad. Ord. Cap. 144. n. 111.

§. 352.

Se póde nomear-se a preterido o varão.

Conclusão 2.ª: Se o Prazo he concedido para filho, ou filha, póde nomear-se a filha preterido o filho; e o mais novo preterido o mais velho: esta he a opinião seguida

no Foro, segundo os DD. citados por Cordeir. dub. 29. a n. 2., ainda que o contrario tentou demonstrar o mesmo Cordeir. dub. 29. n. 30.

§. 353.

Quando possão nomear-se filhos do 2.º matrimonio preteridos os do 1.º

Conclusão 3.ª: Quando precisamente devão nomear-se os filhos do 1.º matrimonio, ou abandonados elles possão nomear-se os do 2.º está demonstrado com distincção de muitos casos a §. 152.; na certeza, de que aquelle, que, segundo o ahi exposto, póde succeder *ab intestato*, *à fortiori* póde ser nomeado.

§. 354.

Quid nos Prazos mixtos?

Conclusão 4.ª: Quando o Prazo he concedido a N. para elle e sua mulher em 1.ª, e 2.ª vida, e em 3.ª hum filho, ou filha, neto ou neta; e na falta delles em huma pessoa, que bem parecer ao Emphyteuta; he este Prazo mixto, e em falta de filhos, fica de nomeação livre para poder nomear-se em qualquer extranho, *Latissimè* Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 168. pag. 621. cum *sequent.*, et pag. 628., et n 569. 570. 576. 583. 584.

§. 355.

Outro *simile* dos mixtos.

Conclusão 5.ª: Quando o Prazo he concedido para N., e sua mulher; e para filho ou filha em 3.ª vida; e na falta de filhos, se não dá outra providencia, nem faculdade de nomear; fica na mesma falta de filhos de naturesa mista, e póde nomear-se em qualquer extranho; Cald. de Potest. elig. Cap. 14. n. 6., Mendez. 2. P. L. 3. Cap. 15. n. 14. in fin., Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 622. Col. 2.

§. 356.

Quando familiar o Prazo para huma pessoa da geração donde provém.

Conclusão 6.ª: Quando o Prazo he concedido para N., e sua mulher em 1.ª, e 2.ª vida; filho ou filha dentre ambos em 3.ª, e que na falta de filhos, ou netos se nomeará huma pessoa da linha, e geração donde provém o Prazo: neste caso em falta de filhos, ou netos póde o Emphyteuta nomear hum consanguineo dessa linha mais remoto preterido o mais proximo; com Molin., Pinheir., Cald. e Peg. de maiorat., Cordeir. dub. 29. n. 62., Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 144. n. 110., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 25. a n. 4. et 17.: bem entendido, que

quando a faculdade he concedida para nomear hum dos filhos, netos, e descendentes, se deve entender *ordine successivo*, Nigr. *supra* a n. 20.

§. 357.

Quando para o parente mais chegado.

Conclusão 7.ª: Se a investidura em falta de filhos chama o parente mais chegado da linha donde provém; neste caso não póde nomear-se o mais remoto, preterido o mais proximo; e só entre dois mais proximos, em igual grão, póde o Emphyteuta eleger hum delles; Peg. d. Cap. 144. n. 110.: bem entendido, que neste caso não he igualmente proximo aquelle que o pretende ser pelo beneficio da representação, Nigr. *supra* a n. 30. (Conf. §. 141. et §. 177.)

§. 358.

Quando para huma pessoa da geração sem as palavras *donde provém* o Prazo.

Conclusão 8.ª: Se o Prazo he concedido para marido, e mulher, filho, ou filha, e na falta delles para huma pessoa da sua geração, sem additamento das palavras *donde provèm* o Prazo, póde o ultimo dos conjuges, em falta de filhos, nomear huma pessoa da propria geração, ainda que por ella não proviesse o Prazo, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 805. tot., V. a Not. 2. ao §. 364.

§. 359.

Se é nulla a nomeação quando muitos são nomeados.

Conclusão 9.ª: Quando são muitos juntamente nomeados; se he nulla a nomeação pela incerteza; ou se prefere o 1.º nomeado na Ordem da letra; ou se devem encabeçar-se? Já tractei esta Questão desde o §. 278. no caso em que em testamento são instituidos muitos herdeiros: não repito o que ahi expuz na hypothese de serem muitos nomeados em testamento; o que he applicavel quando o são por *acto entre vivos*: só sim advirto de novo, que não me parece fóra de razão o que o mesmo Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 1. n. 56. diz ut ibi: «Ego tamen «in hac re verius crediderim primo nominatum ad em- «phyteusim admittendum esse procedendo cum ordine «scripturæ, quod est in hac nominandi facultate validissi- «mum juris fundamentum . . . Quæ opinio mihi vera vide- «tur, *nisi dominus directus velit gratificare, quod et po-*

« *test facere, eligendo potius unum quam alium, forte quia* « *unus ex duobus nominatis magis idoneus sit pro admi-* « *nistratione bonorum emphyteuticorum, quam alter, et ejus* « *gratificationi, et electioni sinè dubio standum est*... At « si res sub judice sit, eo quod Emphyteusis uni tantum « debetur, et non pluribus, videndum est, an observantia « assistat primogenito, vel potius juniori, aut prudentiori « de familia, observantia enim est optima interpres, quando « quis ex pluribus nominatis, et inter se disceptantibus « præferri debet... *Alioquin, si id incertum, et dubium* « *sit tenetur Judex eum eligere, qui majoribus pollet me-* « *ritis*... Idque valdè notandum est à Judice pro juridica « electione, et gratificatione successoris in emphyteusi con- « cessa cum facultate nominandi unum; constantia enim « est adhibenda et gravitas, quæ resistat non solum gratiæ, « verum etiam suspicioni. »

Nota: A Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1., que analysei a §. 278., procede em termos habeis, e parece que não priva ao Senhorio desta sua juridica prerogativa de entre muitos nomeados, abandonado o argumento deduzido da Ordem da letra, gratificar a hum dos muitos nomeados, ou ainda ao Juiz: assim se evitão ou o encabeçamento, ou a venda, e partilha do dinheiro, que a dita Ord. manda como remedio subsidiario no caso da discordia: ella sempre reconhece os direitos do Senhorio para a opção; e *à fortiori* para, como usando da opção, cedella em favor daquelle que elege: e bem que seja controverso, se o Senhorio póde ceder o seu direito de prelação, havendo a variedade de opiniões que refere Corradin. de Jur. Prolation. Q. 10. a n. 2., aqui entra a razão para que a tacita cessão subsista em favor de um dos Conomeados, que tinha direito ao todo, *ex* Corradin. *supra* n. 23. Não ha muito tempo, assim o vi praticar por hum Senhorio tão illustre como sabio, Pedro de Mello Brainer, que propondo-se-lhe huma tal nomeação, e pedindo-se-lhe o consentimento para a parti-

lha entre os nomeados, abandonou a femea primeira nomeada na Ordem da letra, e admittiu só o varão segundo nomeado. Sim neste caso da eleição do Senhorio, sempre o eleito por elle deve a estimação ao outro; procedendo ainda neste caso a razão da Lei e a equidade segundo a opinião referida no §. 281.

§. 360.

Quaes sejão as pessoas de maior qualidade, e prohibidas em Direito, quando a investidura prohibe nomearem-se.

Conclusão 10.ª: quando os Emprazamentos contém a clausula, *que o Emphyteuta nomeará huma pessoa que não seja de maior qualidade, e condição, nem das defezas em Direito:* quaes sejão estas pessoas, e quaes os effeitos desta clausula? veja-se o que expuz desde o §. 262. Só aqui advirto mais por additamento 1.º, que sendo o illustre Mello o mais opposto á Successão dos Ecclesiasticos, elle no L. 3. Tit. 11. no §. 24. permitte que os Clerigos podem ser nomeados nos Prazos, sem embargo de serem mais poderosos *ratione fori.*

Accrescento 2.º, que Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 1., relatando entre as pessoas poderosas (a) hum General do Exercito (b), o advogado da Curia, e outros curialistas (c), os Soldados (d), os Clerigos constituidos em dignidade (e), os Collegios, e Universidades (f), os inimigos do Senhorio, etc., assenta, que esta prohibição do direito, e do pacto só he relativa ao prejuizo do Senhorio directo «quæ quidem (diz «n. 26.) præjudicii ratio vel cessat, vel non conside«ratur, ubi consuetudine receptum est, tales personas «posse nominari, et alias sæpissimè nominatas fuis«se» etc. E quanto ao pacto da investidura, diz n. 29. que «Hujusmodi pactum interpretandum «est, quando scilicet ex nominatione potentis præ«judicium domino irrogatur, et non aliàs; quod pa«tet, si enim nominetur ad emphyteusim Nobilis, «vel comes, aut miles, qui sint ejusdem fori, prout «est dominus directus, ac facilè conveniri possint «in judicio, verius crediderim pacto non ob-

« stante nominationem de jure defendi posse. Pro-« batur id auctoritate sacræ Rotæ... ubi quod Mar-« chioni, qui nullam habeat jurisdictionem, nulloque « potitur privilegio in eo loco, ubi sita est emphyteu-« sis debetur renovatio, præsertim cum dictus Marchio « esset ejusdem fori, in quo facile potest conveniri » etc. Conclue Nigr. n. 35, dizendo: « Quis dicatur potens, « et non idoneus arbitrio judicis relinquitur, cum certa « juris regula in hac re dari non possit » Huma idonea fiança providencêa todo o prejuiso do Senhorio (§. 266. no fim da Nota).

§. 361.

Se o genro, ou nora se presume nomeado quando a ambos se faz a nomeação.

Conclusão 11.ª: Quando o Prazo se dota pelo Emphyteuta a huma filha sua, e ao Genro, que com ella casa, ainda que as palavras da nomeação sejão relativas a ambos, só se subentende nomeada a filha e não o genro, a menos que o Prazo seja de nomeação livre, e não concorrão conjecturas forçosas de que o sogro quiz contemplar mais o genro, que a filha, Cald. de Potest. elig. Cap. 12. a n. 14., Guerreir. For. Q. 76. a n. 12., Moraes de Execut. L. 5. Cap. 8. n. 3., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 220. Sem dúvida he a nomeação relativa á filha, e não ao genro, se este aliás, segundo a Providencia da investidura, era incapaz para ser nomeado. Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 20., aonde assim o comprova com muitas razões juridicas.

§. 362.

Quid, quando o Prazo está extincto, e só resta o direito da renovação?

Conclusão 12.ª: O que vem de ser expôr desde o §. 251. procede quando o Prazo se nomêa na duração das vidas: quando porém a 3.ª he que nomêa o Direito da renovação; *quid juris?* Se o Prazo extincto conserva a natureza, que tinha na duração das vidas, como querem os DD. citados §. 138.; he consequente, que o Direito da renovação só póde nomear-se naquella pessoa, que tenha as qualidades para poder ser nomeado, ou succeder nesse Direito se durassem as vidas (§. 141.); porque a renovação só se deve fazer áquellas pessoas, que tiverem

as qualidades requeridas na investidura renovanda, como se dirá na Part. 6. Cap. 2.

§. 363.

Variedades de opiniões.

Outros DD.; ainda quanto aos Prazos familiares, assentão que a vocação da familia he restricta, e limitada só até a 3.ª vida, e que com esta se extingue a Lei do Contracto, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 728. Daqui inferem, que a 3.ª vida ainda nos Prazos familiares póde nomear o direito da renovação em extranho, assim como a 3.ª vida, em que está extincta a Lei do Contracto, os póde vender; e que este successor póde impetrar a renovação, abandonados os consanguineos da ultima vida, França ad Mend. Ar. 23. a n. 7., Guerreir, For. Q. 70. n. 9. et 10, Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 562. et 3., For. Cap. 28. n. 219. 269. 270. 541. 944., Arouc. All. 50. a n. 5.: porém 1.°, o exposto no §. 362. he mais seguido na praxe: 2.°, da faculdade livre que a 3.ª vida tem para vender o Prazo com licença do Senhorio *(ex DD. supra)* não póde inferir-se, que tenha a mesma liberdade de nomear em extranho o direito da renovação, Cordeir. dub. 31. n. 52. 53. 58. 59.

Conciliação.

§. 364.

Consectarios dos §§. precedentes.

Conclusão 13.ª: Pelas mesmas razões (§. 141. 362. 363.) aquelle Emphyteuta a quem findas as vidas competia o Direito da renovação do Prazo familiar não póde ceder, e renunciar este Direito de renovação (nem similhantemente nomeallo) em extranho preteridos os consanguineos, Guerreir. Tr. 2. L. 1. Cap. 12. a n. 77., Pinheir. de Emphyt. Disp. 7. Sect. 2. n. 42.: póde porém (*quidquid involvant*, Guerreir. et Pinheir.) ceder, e nomear este Direito em hum consanguineo mais remoto preterido o mais proximo (§ 356.), ou entre dois em igual gráo, eleger hum delles, quando a investidura chama o parente mais chegado (§. 357.): porque como se verá no Cap. 2. da Parte 6. a renovação se deve conformar com a precedente investidura, e só deve fazer-se ás pessoas em que concorrão as qualidades, que ella requer na duração das vidas.

Faculdade de nomear, ainda que expressamente se não conceda, se subentende pelo estylo do Reino.

Nota: 1.ª O Emprazamento, em que expressamente se não concede aos Emphyteutas a faculdade de nomear, sempre por estylo deste Reino he nomeavel, como com Pinheir., Cald., e Britto. Cordeir. dub. 33. n. 13.; e por costume da sua nação Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 1. n. 3.

A mulher sempre he vida necessaria no Prazo renovado, ainda que familiar

2.ª A mulher do Emphyteuta, quando se faz a renovação, he vida como necessaria nos Prazos, ex Peg. 3. For. Cap. 28. n. 721. vers. *Neque*. Porque ella he mandada comprehender nos Prazos das Capellas, Hospitaes, Albergarias, pela Ord. L. 1. Tit. 62. §. 46.; nos das commendas pelos Estatut. da Ordem de Christ. P. 2. Tit. 14. §. 2 ; nos Prazos Ecclesiasticos pelo Concil. Provinc. Bracharens. Cap. 27. Act. 5.; Const. do Port. L. 4. Tit. 7. Const. 2., Conduz a Authent. *de non alienand.* §. Emphyteusim Coll. 2.: e huma vez investida como 1.ª ou 2.ª vida, o fica *in solidum*, e por morte do marido no todo pelo *jus non decrescendi*; Cald. de Potest. elig. Cap. 13. a n. 36 et 49.: e por isso não sendo por morte da mulher chamada a familia do marido, ainda que o Prazo fosse familiar e dizendo-se, que o ultimo dos conjuges nomearia, póde a mulher nomear huma pessoa da sua propria familia (§. 358.).

CAPITULO X.

Em que casos he, ou não preciso o consentimento do Senhorio, para se nomear o Prazo.

§. 365.

Letra da Ord. L. 4. Tit. 38.

Supposto que a Ord. L. 4. Tit. 38. manda que «no caso em que (o Emphyteuta) quizer doar, ou dotar «(o Prazo) o fará saber (ao Senhorio) para ver se tem «algum legitimo embargo: e que sendo a ... Doação ... «feita em outra maneira sem auctoridade do Senhorio «será nenhuma.» Com tudo os nossos Reinicolas, e o uso do Foro tem interpretado esta Ordenação com distincção destes casos.

§. 366.

Primeiro caso (e comprehensivo de muitos, que figurão os DD.). O Emphyteuta, que no Emprazamento tem concedida a faculdade de nomear, exercitando-a, diz expressamente *que nomea* o Prazo, não precisa de outra licença para nomear, mais que a antecipadamente assim concedida na investidura: Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 7. a n. 128., Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 608. Col. 1. et 2. *optimè*, Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 8.: e isto ainda que nomeando dote junctamente o Prazo, e transfira á pessoa nomeada o dominio; Pinheir. *supra* a n. 116., Peg. *supra* vers. = *Idem* = Repertor. sub verbo. = *Foreiro que quizer doar* = etc. E muito mais, se (ainda sem expressa nomeação) o dota a alguma sua filha, Pinheir. *supra* a n. 116., Peg. *supra* pag. 609. vers. *In tertio.* Repertor. *supra*. Seja ou não o dote estimado, tenha ou não o pai outros bens, em que podesse constituir o dote, como embrulhárão os DD. citados por Pinheir. e Repert.; porque tudo são subtilezas ridiculas: V. Peg. *supra*.

Não he necessaria licença, quando a investidura dá poder de nomear; e o Emphyteuta expressamente nomea.

Nem quando sem nomeação se dota o Prazo á filha.

§. 367.

Segundo caso: Quando o Prazo se dota sem outra expressa nomeação a pessoa extranha: neste assentão os DD. com os quaes os citados Pinheiro, e Repertorio, que he necessario consentimento do Senhorio: porém se do dote se infere nomeação, ainda que a não haja expressa, como raciocina o mesmo Pinheir. n. 130. (Conf. §. 299.): se o Emphyteuta, que tem este poder, o póde exercitar expressa, ou tacitamente *ex vi contractus domino in consulto* huma, e mais vezes quando a primeira nomeação he revogavel, Ord. L. 4. Tit. 37.: se os Prazos neste Reino se subentendem nomeaveis (§. 364. Nota): pouco importa se dotem a extranho, huma vez que o dote he em effeito nomeação, exercitada ou pela faculdade expressa do Emprazamento, ou pela consuetudinaria sempre subentendida. Tambem não he necessario tal consentimento, quando o Prazo se deixa em legado: *Idem* Pinheir. n. 135. 136., Nigr. de Nominat. L. 2. Q. 9. a n. 12.; sendo só o nomeado em testamento obrigado a confirmar-se depois pelo

Quid, quando sem expressa nomeação se dota a extranho?

Não he necessaria licença do Senhorio, quando o Prazo se deixa em legado.

Senhorio; Fulgin. de J. E. in Tit. de Alienat. Q. 1. n. 235., Cald. de Extinct. Cap. 10. a n. 12.

Nota: Não póde de outro modo (a não ser esta a interpretação da Ord. L. 4. Tit. 38.) combinar-se este Tit. 38. com o Tit. 37., como bem raciocinou, referindo-o assim julgado, Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 607. 608. 609. e só póde verificar-se o disposto no Tit. 38. no seguinte.

§. 368.

Quid, quando sem faculdade concedida na investidura, e sem nomeação expressa se dá o Prazo a extranho?

Terceiro caso: Quando sem poder de nomear concedido na investidura; e sem expressa nomeação se dá, ou dota o Prazo a hum extranho com translação de todo o dominio; só neste caso he adaptavel a Ord. d. Tit. 38., e he necessario o consentimento do Senhorio *para vêr se tem algum legitimo embargo* á pessoa do successor: isto he para o reprovar se for pessoa de maior condição, ou prohibida em Direito (quaes as referidas a §. 262. e 360.) nos casos em que as póde reprovar (§. 266. na Nota); e para que sendo justa a sua reprovação reassuma do Emphyteuta o Prazo nos termos do §. 1. da d. Ord., ou o nomeie em pessoa idonea.

Se basta que o consentimento do Senhorio, quando necessario, se peça depois.

Nota: O consentimento do Senhorio nos casos em que para a nomeação he necessario, basta que se peça *á parte posteà* dentro em dois mezes; e o Senhorio he obrigado prestallo, ou justificar a sua reprovação em outros dois mezes; aliás se deve haver por supprido. Veja-se Fulgin. de J. E. in Tit. de alienat. Q. 1. a n. 227., Conf. Cald. de Extinct. Cap. 10.: E quando totalmente se não peça, só o Senhorio, e ninguem mais póde oppor ao successor este defeito, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 686. 688. 330. et n. 775. vers. *Defectus*. Nos Prazos das Ordens Militares, e em outros muitos se impõe a todos os successores a obrigação de que dentro em *tanto* tempo se apresentem com seus titulos de Successões aos Senhorios,

Só o Senhorio, e ninguem mais, póde oppôr o defeito do seu consentimento.

cominando-se-lhe penas, etc. Esta clausula os liga, como juridica; e só poderão exculpar-se da pena com as causas que exporei no Cap. 1.° da Part. VI., com que se podem exculpar os que não impetrão renovação dentro do anno V. a §. 831.

Nota 2.ª: Adverte o Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 45. sub n. 7. que para se doar, ou nomear o Prazo não he necessario o consentimento do Senhorio, nem pela falta delle se incorre na pena, quando se dão ou dotão universalmente os bens, e accessoriamente na comprehensão delles o Prazo: as razões são subtis; mas á excepção dos casos exceptuados §. 366. e 367. duvido muito da sua solidez, attenta a Lei Patria.

CAPITULO XI.

Por quaes modos se póde fazer, e celebrar, e depois provar-se a nomeação do Prazo.

§. 369.

Por quatro modos se pode neste Reino fazer, e depois provar-se a nomeação do Prazo: 1.°, por testamento.: 2.°, por escriptura pública: 3.°, por escripto particular das pessoas, cujos escriptos tem a mesma força probativa: 4.°, por testemunhas. Assim se nota na Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3. juncta a Ord. L. 3. Tit. 59. §. 15. Já vimos (§. 286.) que a nomeação reveste a natureza do acto, em que he feita. Tractarei pois distinctamente de cada hum dos ditos modos. Por que modos se póde fazer, e provar a nomeação.

§. 370.

Quanto ao 1.° modo: já a §. 219. se mostrou ser necessario hum testamento válido; porque (á excepção do caso da nullidade pela preterição do filho) a nomeação feita em testamento nullo he igualmente nulla. Ahi Por Testamento, e como.

se tractou da nomeação tacita deduzida da instituição de herdeiro. Nesta Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3. tracta-se da nomeação do Prazo em particular: ella he igualmente nulla sendo nullo o testamento em que se faz, menos, que se não verifique alguma das limitações (§. 222. na Nota.) Tambem não he necessario que o Prazo se nomêe expressamente no testamento: basta que se deixe ou legue para se subentender nomeado, Repertor. sub verbo. = *Nomeação que fez o foreiro* = etc.

§. 371.

O mesmo. Já no §. 223. fica tractado, se subsiste válida a nomeação feita no testamento privilegiado de pais para filhos, ainda que defectuoso de solemnidades, e sem concurso de tres testemunhas: só sim accrescento ser sem dúvida alguma, que se em hum testamento entre filhos destituido de solemnidades, e só com duas testemunhas se nomear o Prazo, ou na mulher do testador, ou em qualquer outra pessoa, que não seja filho; neste caso o privilegio do testamento não se communica para valer essa nomeação nem qualquer outro legado: vidè Harprectr. Disp. 50. = *De admissione personæ extraneæ in dispositione parentum inter liberos* = Guerreir. Tr. 2. L. 5. Cap. 2. a n. 18. et Cap. 8. a n. 27., Altim. ad Rovit. L. 2. Obs. 41. n. 8.

§. 372.

Por escriptura entre vivos, e quando nulla. *Quanto ao* 2.° *modo*, só devo advertir, 1.°, que he necessaria huma escriptura publica, feita com as solemnidades legaes segundo a nossa legislação, solemnidades, que recapitulárão Moraes de Execut. L. 4. Cap. 1., e Bagn. Cap. 3.: 2.° que ha essencial differença entre o caso, em que alguma Lei não só anulla a escriptura, mas junctamente o acto, ou contracto, que nella se celebra: e entre o caso, em que a Lei só anulla a escriptura. No primeiro, he tambem nulla a nomeação, e irremediavel a nullidade por mais, que se tente provar pelas testemunhas, que presenciárão a nomeação (como nos casos da Ord. L. 1. Tit. 81., L. 2. Tit. 20, etc.). No 2.° caso ainda que se anulle a escriptura, subsiste a nomeação

Ou supprivel a nullidade da escriptura; e por que modo.

huma vez que esta se prove com as tres testemunhas, sendo entre as pessoas connumeradas na Ord. L. 3. Tit. 59. §. 11., ou com dispensa, entre outras: e isto pelas razões, que expõe Bagn. Cap. 3. a n. 127., Parex. de Instrum. edit. Tit. 1. resol. 3. §. 1. a n. 35.

Nota: he nullo o instrumento feito por Tabellião fóra do territorio para que he destinado, Moraes L. 4. Cap. 3. n. 4., Peg. Tom. 4. ad Ord. pag. 646. n. 68., Cardoz. verbo Tabellio. n. 21.: e só vale como escripto particular sem nullidade do contracto, Bagn. Cap. 3. n. 127., Peg. 2. For. Cap. 20. pag. 1181. et 1182. O erro commum não convallida, neste Reino, as escripturas feitas por Tabellião, que publicamente era reputado tal, Peg. Tom. 6. ad Ord. L. 1. Tit. 81. §. 13. n. 2.; e menos, não tendo Titulo de Carta de Propriedade, ou Provimento do Officio: V. Moraes de Execut. L. 4. Cap. 3. a n. 19., Brunneman. na L. 3. ff. de Offic. Prætor., e na L. 2. Cod. de Sentent. et Interloqut. omn. Jud., Altimar. Tom. 1. rubr. 9. Q. 5.

§. 373.

Se em doação *causa mortis*: deve solemnizar-se com cinco testemunhas.

Devo notar mais 2.°, que como a nomeação reveste a natureza do acto, em que se faz (§. 286.): se he feita em doação *causa mortis*, *maxime* em favor de extranho, que não tenha o privilegio dos filhos (§. 223., 371.), se deve solemnizar com cinco testemunhas, Fragoz. de Regimin. Reip. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 23. n. 17.: porque supposto seja questionado se esta doação requer a solemnidade de cinco testemunhas, ou se bastão duas, Portug. L. 1. Prælud. 2. §. 3. n. 26., Brunneman. na L. fin. Cod. de Donat. Caus. mort., Almeid. de Numer. quin. Cap. 25., Stryk. us mod. L. 39. Tit. 6. §. 1., Struv. Exerc. 40. thes. 25., Boehmer. ad Jus ff. L. 39. Tit. 6. n. 6, Coccey Jus Controv. L. 39. Tit. 6. Q. 1.; comtudo prevalece por mais fundamentada a opinião, que faz precisas cinco testemunhas: E consequentemente devem intervir na nomeação feita em doação *causa mortis*.

Opinião de Barbosa, que póde valer com duas testemunhas, o que seguio Fragoso.

Nota: o citado Fragozo com Pedro Barbosa concilia estas opiniões, dizendo, que sim póde subsistir a doação, e nomeação *causa mortis* com duas testemunhas, como contracto; mas que solemnizada só assim fica dependente da solemnidade da insinuação, aliás desnecessaria solemnizando-se com cinco testemunhas, e então como acto de ultima vontade. Porém Barbosa seguido por Fragozo he reprovado por Brunneman. na L. fin. Cod. de Donat. caus. mort., e terminantemente por Cald. de Pot. elig. Cap. 7. a n. 3. et 10.

Reprovada por Brunnemano, e pela doutrina de Caldas.

§. 374.

Nomeação a favor do ausente.

Noto 3.°, que a nomeação sendo em effeito doação póde fazer-se a pessoa ausente, *posto que della não seja sabedor*, como diz a Ord. L. 4. Tit. 37. no fim. Conf. Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 159. n. 7. Depende porém de subsequente aceitação, ou seja expressa ou tacita, deduzida das conjecturas, que expõe Peg. 2. For. Cap. 14. pag. 976., Altim. Tom. 3. Q. 2. a n. 38. et 66., *maximè* sendo a nomeação oneroza com gravames impostos ao Donatario, Altim. *supra* n. 68., Moraes L. 5. Cap. 5. sub n. 33.

§. 375.

Quando, e como se póde provar por testemunhas: são necessarias tres.

Quanto ao 3.° *modo:* requer a citada Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3, que em falta de Escriptura, ou Testamento se possa provar a nomeação *por tres testemunhas ao menos:* e ainda que a palavra *tres*, faltou na compillação Filippina; estava na Manoelina, e se suppria pelo assento que referem Costa, Barboz. e Peg., citados por Lim. a esta Ord. n. 16., e outros que omitto: e por isto nas subsequentes edições se restituio a palavra *tres*.

§. 376.

Devem ser contestes, e legaes.

Estas tres testemunhas diz o P. Cordeir. Resol. 113. n. 14. que basta sejão singulares, citando Florez de Men. L. 3. Var. Q. 22. n. 54.: porém he erro porque estas tres testemunhas devem ser contestes do mesmo tempo, lugar, e acto., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 138. 623. 862.

et Cap. 35. n. 533., et de Mayor. Cap. 6. n. 754. et 757.: e devem ser maiores de toda a excepção, Repertor. *sub. verbo = Nom eação que faz o Foreiro =* etc., Gam. Dec. 287. sub n. 1. et 2., Peg. 3. For. Cap. 28. sub n. 138. et sub n. 143.

Nota: Basta porém, sendo verbal a nomeação perante testemunhas, que ellas deponhão da substancia, ainda que variem no accidental das palavras, *maximè* quando a preciza formalidade dellas se não articulou, V. Peg. Tom. 4. ad Ord. pag. 240. a n. 32., Cancer. 1. Variar. Cap. 4. a n. 85., Cyriac. Contr. 407. a n. 143 ; *quidquid in contrarium dicat* Fabr. in Cod. L. 6. Tit. 7. Def. 2. et Tit. 22. Def. 15.: se a nomeação se fizer por Escripto particular firmado por testemunhas presenciaes do acto não he necessario que ellas deponhão formalmente do contexto do escripto, mas basta que o reconheção verdadeiro, e seus signaes na fórma que nos contractos expõe Moraes de Execut. L. 4. Cap. 7. a n. 8., e nos Testamentos Cordeir. dub. 10. n. 29. et 30.: e sendo o nomeado pessoa das não privilegiadas na Ord. L. 3. Tit. 59. §. 11., he necessaria Provisão de dispensa da dita Ord. para provar a nomeação pela prova do Direito commum, como he necessaria para prova de huma doação, (qual a nomeação ut a §. 304), e ainda para prova do dote entre pessoas não privilegiadas no dito §. 9., ex Guerreir. Tr. 2. L. 7. Cap. 2. a n. 86. Assim concilio eu a Ord. L. 3. Tit. 59. com a do L. 4. Tit. 37. §. 3.

Entre pessoas não privilegiadas, deve obter-se dispensa da Lei para se admittir a prova de testemunhas.

§. 377.

Duas providentes cautellas aconselha Cald de Potest. elig. Cap. 7. n. 29. juncto n. 19.; quaes são: 1.ª que o nomeado por escripto, ou perante testemunhas faça citar o nomeante para judicialmente reconhecer a verdade da nomeação com juramento, na fórma da Ord. L. 3. Tit. 59. §. 5.; e confessando o nomeante fica a confissão equivalendo a Escriptura publica: 2.ª, que inquira *ad*

Cautellas uteis, e providentes, quando a Nomeação se faz perante testemunhas.

perpetuam rei memoriam as testemunhas da nomeação, citado o nomeante, (bem entendido, que com Provisão de dispensa na Lei) se for a nomeação feita entre pessoas não exceptuadas na Ord. L. 3. Tit. 59. §. 11.); e justificada assim, póde obter hum instrumento de justificação, que equivale a Escriptura pública. A utilidade da pratica destas cautellas são: 1.ª, occorrer á falta de próva no futuro pela possibilidade de morrerem as testemunhas: 2.ª, ficar a nomeação assim provada, como por instrumento, para os fins da preferencia, de que tracta a dita Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3., *de qua* Cald. de Pot. elig. Cap. 7. per tot.

§. 378.

Quando por escripto particular.

Quanto ao 4.º modo: tambem a nomeação de Prazo se póde celebrar e provar sem Escriptura pública por escripto particular, sendo feito, e assignado, ou só subscripto pelas pessoas especializadas na Ord. L. 3. Tit. 59. §. 15.; e prefere a qualquer outra posterior nomeação feita por Escriptura pública, como refere julgado Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 159. n. 11. Bem entendido, que tractando-se da prova das nomeações contra aquella qualidade de pessoas que as escrevêrão, ou subscrevêrão, não he necessario justificar os seus escriptos, porém pelo contrario se se tracta contra terceiros que negão a sua verdade: V. Sylv. ad Ord. L. 3. Tit. 59. §. 15. n. 2. 3. 4.

Cessa a disputa sobre a prova de testemunhas, ou escripto particular, se o Successor confessa a verdade da Nomeação.

Nota: se o successor legal, que em falta de nomeação havia de succeder no Prazo, reconhece a verdade da nomeação, ainda que destituida de outra prova legitima e necessaria, ella subsiste valida, e faz cessar a successão legal, Cald. de Potest. elig Cap. 7. n. 27., confirão-se Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 149. n. 32., Torr. de Pact. futur. Succession. L. 3. Cap. 12. n. 204.

CAPITULO XII.

Quando, e em quaes casos póde o Emphyteuta nomeante impor condições, ou gravar com encargos a nomeação?

§. 379.

Com Jul. Capon. Controv. For. 8. Art. 3. n. 11., e Cald. de Potest. elig. Cap. 17. a n. 12., assenta Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 11. que «*onus et conditio «inter se æquiparantur; immo conditio inter se continet «onus, nam qui conditionem tenetur implere, merito di-«citur aliquo onere gravatur.*» E por tanto o que eu disser explicando-me pela palavra *onus*, ou *condição*, he o mesmo.

Regra geral que obsta, a que as Nomeações se gravem com condições ou encargos.

§. 380.

Juntas as sentenças da L. unum ex familia §. 1. ff. de Legat. 2., da L. si servo ff. de Hæred. instit., da L. Rem legatam no fim ff. de Adimend. Legat., da L. 3. ff. de Interdict. et relegat., com a união da L. Ab eo Cod. de Fideicommiss., formão os DD. Reinicolas, e Alienigenas a regra geral. Que o nomeante, que nada confere do seu proprio, só exercita o nú, e simples ministerio de nomear, nomeando como executor da disposição, em que se lhe confere essa faculdade, não póde gravar o nomeado com onus, ou condição alguma. Assim ex professo Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. a n. 1., Jul. Capon. Contr. 8. Art. 3. per tot., Pinheir, e todos os mais Reinicolas, que recopillou Peg. 2. For. Cap. 10. n. 30. Conf. Altimar. Tom. 6. Q. 39. n. 378. Nem ainda mesmo em remuneração da especial affeição, com que o nomeante, que de muitos podia eleger hum, beneficiou ao Eleito. Nigr. n. 28.; ou a necessidade de nomear seja precisa, ou só causativa, huma vez, que seja necessaria, e não voluntaria. Nigr. *supra* n. 3.

Fundamento desta regra.

§. 381.

Reprova-se a sua applicação aos Prazos.

Porém como esta regra só procede propriamente nos Fideicommissos (que com erro já demonstrado desde o §. 304. até o §. 308. amplião as nomeações dos Prazos), em que precisamente se deve eleger huma pessoa certa de certas, ou incerta de certas; e neste sentido he que procedem as Leis referidas (§. 380.): por tanto esta Regra, ainda quanto a eleição dos Fideicommissos, *et maximè* dos Prazos (em que a nomeação fraternisa com doação, *ut a* §. 308.), cessa, e se limita nos seguintes casos.

§. 382.

Limitações da regra.

Quando a faculdade de nomear he livre.

Cessa, e se limita 1.°, quando a faculdade de nomear he ampla para se nomear qualquer pessoa incerta de incertas: porque neste caso he voluntaria absolutamente a eleição da parte do eligente; e em consequencia a eleição he hum beneficio recebido propria, e immediatamente do elegente, e não do testador, nem do Senhorio directo; e póde por tanto o nomeante gravar ao nomeado. Esta distincção he commummente recebida pelos modernos, e no Foro, tanto nas eleições livres de bens fideicommissarios, como dos emphyteuticos: assim *ex professo* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 6., citando Cancerio, Staybano, Palma, Rocca, Manzio, Carlos Antonio de Luca, Rovito, e outros; et L. 2. Q. 18. n. 3., et a n. 20. ad 24., Tondut. Civil. Cap. 110. n. 17., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 57. n. 6, *optime*, Rot. in Collect. ad Card. de Luc. L. 10., de Fideicom. Dec. 45. et 46., Torr. de Pact. Decis. 184. a n. 4. (aonde se reprovão os nossos Caldas, e Pereira, decidindo-se, que a sua opinião só póde proceder nos Prazos paccionados para pessoas certas, e não para incertas de incertas), França ad Mend. Ar. 4. a n. 5., Peg. de Mayorat. Cap. 4. n. 375., Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 25. n. 3. et 4., Fusar. de Substit. Q. 511. Distincção bem solida e demonstrada com o exposto desde o §. 304. até 308.; sendo erro claro de Pinheiro, e outros sustentarem não poder gravar-se a nomeação do Prazo, que faculta o poder livre de nomear.

§. 383.

2.ª Quando a faculdade de nomear não he necessaria precisa, e causativa; mas arbitrario nomear, ou não nomear.

Cessa, e se limita 2.°, essa regra (§. 380.) quando a faculdade de nomear não he necessaria precisa, e causativa que exclua no nomeante a liberalidade, como quando o testador, ou o Senhorio diz *deverá nomear, ou nomeará hum filho, tal pessoa da familia*, etc. Sentido em que falão as Leis, e DD. (§. 380); mas he livre, e arbitrario ao nomeante o nomear, ou deixar de nomear, ainda mesmo huma pessoa de certas, como quando com palavras de livre arbitrio se diz *poderá nomear*, e similhantes: porque (*quidquid sit* no 1.° caso) neste 2.°, huma vez, que era arbitrario nomear, ou deixar de nomear, e deixando de nomear laxar á successão a ordem *ab intestato;* nomeando exercita liberalidade com o eleito, e póde gravallo, ex L. 8. §. Cum quidam ff. de Reb. dub., Tondut. Civil. Cap. 50. n. 41., Peregrin. de Fideicomm. Art. 1. n. 49., Surd. Cons. 29. n. 18., Fusar. de Substit. Q. 511. n. 2., Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 25. n. 5. et 6., Jul. Capon. Controv. 8. n. 38. et 39. (aonde responde a L. 11. §. Hæc verba ff. de Legat. 3.) *Optimè ex professo* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. a n. 7. ad 11., Furgol. Tom. 6. *Questions remarquables sur la matière des Donations;* Q. 27. a n. 9., bem que Altim. Tom. 6. Q. 39. sub n. 379. diz que « *Il intelligendum quando facultas* « *eligendi est omnino generalis, et incerta, secus quando* « *est de certo genere personarum, quia tunc gravamen* « *imponi non potest.* » Comtudo as razões dos citados DD. prevalecem, para ainda neste caso figurado por Altimar. se poder gravar o nomeado, ainda que a faculdade seja restricta a eleger huma pessoa *de certo genere personarum.* Veja-se a Rot. in Collect. ad Luc. 10. de Fideicommiss. Dec. 45. et 46., aonde se vê bem demonstrada a supradicta commua opinião.

Nota: nos Fideicommissos formados de bens livres, e partiveis, quando ao gravado se concede a faculdade de nomear huma ou mais pessoas de certa descendencia, ou familia; sem precisão; mas dependente

do seu arbitrio nomear, ou deixar de nomear; se elle não nomêa passa o todo dos bens aos Consanguineos mais proximos em igual gráo para entre si os partirem *ex late congestis per* Solan. Cogit. 1. a n. 51. Logo, se o que podia deixar de eleger, e laxar os bens a muitos, segundo a ordem da successão *ab intestato;* elegeu para o todo hum só; quem duvidará que lhe fez beneficio? Logo podia gravallo. Nos Prazos individuos, succede hum só, ainda quando sejão chamados os da familia. Logo o Emphyteuta, que entre os da familia elegeu o mais remoto, ou hum de muitos em igual gráo, podendo deixar de nomea-lo, e laxar a successão á ordem *ab intestato;* quem negará que lhe fez beneficio? Confira-se o §. 307., e 308.

§. 384.

3.ª Limitação. Quando a Nomeação he condicional com substituição de 3.º Se o nomeado não cumprir o gravame.

Cessa, e se limita 3.º, a regra (§. 380.) quando a condição he posta com pena de perdimento, e substituição de outra pessoa no caso do não implemento, ou com clausula irritante, como nos exemplos que figura Cald. de Potest. Elig. Cap. 17. n. 15. *Nomeio o meu Prazo de tal em Ticio com condição de elle dar tantos mil réis a sua irmãa Maria, e não os querendo dar desde agora nomeio o dito Prazo em meu filho Antonio;* ou accrescentando esta clausula, ou similhante *non alias nec alio modo.* Neste caso largamente defende o citado Caldas n. 15., e 16. a subsistencia da condição, e gravame com razões, que omitto. A Caldas seguiu Jul. Capon. Controv. 8. Art. 3. a n. 23. ad 26. sem dúvida alguma. Que se póde defender *in puncto juris,* Valasc. Cons. 27. n. 9., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. n. 131. Porém em contrario contra Caldas estão Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 25. n. 8. et 10.; e os Senadores apud Peg. de Mayor. Cap. 40. sub n. 35. et n. 57. Eu porém indistinctamente sigo Caldas, não só pelas razões, que elle, e Julio Capon. ponderão; não só pelas já expostas (§. 383.); mas pela paridade da seguinte limitação. A opinião de Caldas *su-*

pra seguiu com outros a Rot. in Collect. ad Luc. de Fideicom. L. 10. Decis. 44. n. 7.

§. 385

Limita-se a mesma regra 4.°, póde o nomeante gravar o nomeado em beneficio daquella outra pessoa que aliás podia nomear inteiramente, preterido esse nomeado; porque assim como podia directamente nomear aquelle, em favor do qual impoz ao nomeado o gravame, tambem o podia gravar em beneficio daquelle, que aliás podia nomear, Tondut. Civil. Cap. 50. n. 33., Jul. Capon. Contr. 8. Art. 3. n. 37., Fusar. de Substit. Q. 511. n. 8., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 41. et 43. Addentes ad Molin. de Primog. L. 2. Cap. 4. sub n. 10. et 11., Hermosilh. in L. 7. Tit. 4. Part. 5. Gloss. 5. n. 19., Micrez de Maior. P. 1. Q. 71. n. 52. 56. 65., Fontanell. Decis. 467. a n. 12., Furgol. Tom. 6. Q. 27. per tot., Barbos. Vot. 126. n. 116., Rot. ad Luc. *supra* Decis. 46. n. 4., onde se citam muitos, e graves DD.

4.ª Quando o gravame he imposto a favor da pessoa que aliás podia ser nomeada preterido o gravado.

§. 386.

Limita-se 5.°, quando o nomeante logo transfere com o Prazo o usufructo, que aliás podia gozar em quanto vivo: porque póde impor ao nomeado hum onus equivalente ao total do usufructo, que o nomeante logo dimittiu, e de que se privou em quanto vivo. Nigr. de Nomin. L. 2. Q. 18. n. 8. et 9., Cald. de Nomin. Q. 18. n. 2., Cardoz. verbo Emphyteusis n. 47., Gam. Dec. 70. n. 2., Fragoz. *supra* n. 9., Molin. de Primog. L. 2. Cap. 4. n. 32. et 33., o mesmo Cald. de Potest. Elig. Cap. 17. n. 8., Peg. de Mayor. Tom. 4. §. 17. n. 24. vers. *Quod*, et vers. *Et ratio*, Salgad. in Labyr. P. 2. Cap. 15. n. 34. et Cap. 27. n. 25.

5.ª Quando logo se transfere o Prazo com a fruição delle.

Nota: se o onus se deve só proporcionar ao usufructo que o nomeante dimittiu em vida; póde vir em dúvida, como se deva estimar esse usufructo? Rezolutivamente digo que se deve regular a estimação pela norma da L. *Hæreditatum* 61. *ff. Ad Leg. Falcid.* Porque esta norma he geral para a computação

Como deva estimar-se o usofructo logo dimittido para proporcionar a elle o onus imposto ao nomeado.

do usufructo, seja qual for o fim para que se faça? Rocc. Sellect. Cap. 151. n. 17., Valasc. Cons. 16. n. 10., Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 6. n. 33: se bem que outros deixárão esta estimação ao prudente arbitrio do Juiz regulado pelo vigor, e disposição corporal do sugeito, que em quanto vivo havia de receber o usufructo. Rocc. *supra* n. 21., com Covarruv., Molin., Luc. etc. Outros deixão a estimação ao evento, depois de se verem os annos, que viveu o individuo: Constantin. ad Stat. urb. Dec. 167. n. 8., e outros apud. Portug. n. 34. De fórma que nada de certo se póde affirmar neste ponto, como se póde ver no Card. de Luc. de Donat. Disc. 34. 51. 54., de Regalib. Disc. 30. et 35., de Hæred. Disc. 34., de Legitim. Disc. 36., et in Conflict. Leg. et Ration. Obs. 13.

§. 387.

6.ª Quando o nomeante compensa o gravame, deixando ao nomeado bens livres equivalentes.

Limita-se 6.°, quando o nomeante dá, ou deixa ao nomeado bens livres, e equivalentes ao gravame, e com que este fica compensado; porque dentro dos limites destes bens deve adimplir o gravame, Cald. de Potest. Elig. Cap. 17. a n. 5., Tondut. Civil. Cap. 50. a n. 37., Jul. Capon. Controv. 8. Art. 3. n. 29., Gam. Decis. 70., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 21. 26. 27. *Quid ver* se os bens livres recompensativos do gravame o não igualarem, e este for excessivo do emolumento, se pela aceitação dos bens livres se prejudica o nomeado, quando, e em que casos? V. Bagn. Cap. 62. a n. 37., aonde faz distincções de casos; Furgol. d. Q. 27. a n. 21. et 23.

§. 388.

7.ª Quando o nomeado e gravado he herdeiro do nomeante.

Limita-se 7.°, quando o nomeado onerado no Prazo he herdeiro do nomeante, ainda que os bens livres da herança não sejão equivalentes ao onus imposto no Prazo, Peg. 2. For. Cap. 10. sub. n. 31. Porém outros DD. distinguem os casos de ser o herdeiro munido com o beneficio de inventario, ou sem elle. No primeiro caso dizem, que póde requerer separação dos bens hereditarios para por elles adimplir o gravame dentro dos limites dos mes-

mos bens, ficando-lhe salvo o Prazo; Peg. *supra*, Tondut. *supra* sub. n. 38., Jul. Capon. *supra* sub n. 29., Cald. *supra* n. 7., Peg. de Mayor. Tom. 3. Cap. 40., sub. n. 51. *ubi judicatum*: bem entendido que o herdeiro deve computar, e metter em linha de conta para satisfação do gravame todos os fructos que tiver percebido da herança do nomeante: Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 23. et 24., e he principio geral, *de quo* Bagn. Cap. 66. a n. 197.

§. 389.

No segundo dos ditos casos assentão muitos dos DD. citados (§. 388.) que o herdeiro fica obrigado *ultra vires hæreditarias* á satisfação do onus, e gravame imposto no Prazo, *ut latissime* Cald. de Potest. Elig. Cap. 16. a n. 20. ad 25., confira-se Furgol. *supra* Q. 27. a n. 15. et 31.

Nota: aqui se suscita a Questão: se o herdeiro addiu a herança sem o beneficio do inventario, fica *in utroque foro* obrigado *ultra vires hæreditarias?* Assim he, segundo o Direito Romano nesta parte seguido em algumas Nações; na Prussia pelo Cod. Freder. P. 2. L. 7. Tit. 15. Art. 1. §. 20., e Art. 2.; na Italia Card. de Luc. de Hæred. Disc. 22. n. 13., Rovit. ad Pragmat. Regn. Neapolit. de Legat. piis n. 13.; em Catalunha, Cancer. 3. Variar. Cap. 2. n. 72., em Castella Salgad. in Labyr. P. 2. Cap. 1. a n. 7.; em algumas Provincias da Allemanha, Stryk. Us. mod. L. 28. Tit. 8. §. 2.; na antiga França pela Ord. de 1667, Furgol. Tract. de Testamentos Cap. 7. Sect. 1. n. 61., et Cap. 10. Sect. 13.; o moderno Cod. Civ. dos Francezes L. 3. Part. 1. Cap. 5. Sect. 3; e neste Reino de Portugal, como se vê em Peg. 2. For. Cap. 11. a n. 53, e Tom. 3. For. Cap. 34. a n. 368., et Tom. 6. For. Cap. 172.

Em outras Nações satisfaz o herdeiro sem beneficio de inventario só com huma especificação jurada, abrogado o rigor do Direito Romano, Thomaz. Not. ad Pand. L. 28. Tit. 8. et ad Instit. L. 2. Tit. 19., Stryk. us. mod. L. 28. Tit. 8. §. 2., Boehm. ad Jus.

ff. eod. L. et Tit. n. 10., Mul. ad Struv. Exerc. 34.. Thes. 33., Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 95. Cap. 3. n. 6. Esta parte segue o nosso Mello L. 3. Tit. 6. §. 8. Na verdade são tantas as limitações com que os DD. tem modificado o Direito Romano (expostas por Bagn. Cap. 66. a n. 268.) que limitão a regra, que nunca será facil applicalla a algum caso. Veja-se a minha especial dissertação sobre esta Questão.

§. 390.

8.ª limitação Quando o nomeado acceita o gravame.

Limita-se 8.°, quando o nomeado no Prazo consente, e approva o gravame; e isto por mais que o nomeado seja chamado na investidura, por mais que o nomeante o não indemnize, nem lhe compense o gravame com outro emolumento, Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 20., Jul. Capon. Controv. 8. Art. 3. a n. 27., Cald. de Nominat. Q. 2. n. 9., et de Potest. Elig. Cap. 16. a n. 15. et 23., Peg. 2. For. Cap. 10. n. 32., et Tom. 3. For. Cap. 28. n. 38. 48. 64. et 78, et Tom. 4. For. Cap. 51. n. 70., et de Mayor. Tom. 3. Cap. 40. n. 53. et 62., et Tom. 4. §. 1. sub n. 27.

§. 391.

Que consentimento do nomeado seja sufficiente.

Se basta que este consentimento no gravame seja tacito; póde duvidar-se? Assento que basta tacito; com tanto que seja deduzido de algum facto positivo do nomeado; como se elle subscreveu á disposição, em que fosse gravado, ainda que especialmente não aceitasse o gravame, Jul. Capon. *supra* a n. 31. Se o nomeado adimpliu o onus em todo, ou em parte L. 16. §. Illud Cod. de Testament., L. 2. Cod. de Fideicommiss., Peg. Tom. 11. ad Ord, Cap. 149. n. 32., et Tom. 4. For. Cap. 51. n. 80. Se estando presente o nomeado não o contradisse, Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 25. n. 4. Se tomando posse do Prazo, nunca protestou o gravame, Senator apud Peg. de Mayor. Tom. 3. Cap. 40. n. 62.; se passárão 30 annos Peg. 4. For. Cap. 61. n. 14., V. Coccey Vol. 1. Disp. 43. §. 17. Mas Jul. Capon. Contr. 8. n. 29. requer consentimento expresso, ou subscripção

Nota 1.ª Este gravame assim aceito pelo nomeado he sim pessoal, que só onera a pessoa, que o aceita, e não affecta o Prazo, Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 25. n. 4.; mas elle depois de aceito he irrevogavel, Fragoz. *supra;* e he transcendente aos herdeiros do nomeado, que o aceitou, Peg. de Mayor. Tom. 4. §. 1. sub n. 27. et 28.; e aos herdeiros do herdeiro Peg. de Mayor. Tom. 3. Cap. 40. Prop. fin. pag. 342.

Effeitos do consentimento expresso, ou tacito.

Nota 2.ª Quando o onus não aceito não subsiste pela razão de se não poder impor ao nomeado (que aliás necessariamente devia ser eleito) sempre subsiste válida a nomeação sem onus, Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. n. 55., Cancer. 3. Var. Cap. 7. n. 387., Jul. Capon. Controv. 8. Art. 3. n. 11., Altimar. Tom. 6. Q. 39. sub. n. 379. vers. *Et ubi.*

Nota 3.ª Quando os conjuges nomeião o Prazo com reserva do usufructo em suas vidas simplesmente, sem expressarem que até á morte do ultimo; se morto hum vaga a metade do usufructo para o nomeado; ficando o nomeante sobrevivo só com a metade? V. Cald. de Nominat. Q. 3. a n. 6. Conf. Peg. 3. For. Cap. 34. a n. 116., Cancer. 1. Var. Cap. 8. n. 66., et Tom. 3. Var. Cap. 22. a n. 112. cum sequent.

A condição de ficarem usofructuarios ambos os conjuges, se vaga por ametade, morto hum delles.

CAPITULO XIII.

Se quem tem poder de nomear, póde, nomeando, fazer muitos gráos de substituição, chamando, e substituindo outros depois da morte do nomeado.

§. 392.

Se o primeiro nomeado aceita a substituição não ha dúvida, que esta vigora (§. 390. 391.); mas não a aceitando elle he o objecto da dúvida. Muitos DD. indistinctamente permittem ao nomeante fazer gráos de substituição, nomeando hum em sua vida, e substituindo-lhe depois da sua morte outra pessoa daquellas, que o no-

Regra que permitte ao nomeante fazer muitos gráos de substituições.

meante podia aliás eleger; e ainda dividir entre elles os tempos da posse, Peg. Tom. 2. For. Cap. 10. sub n. 30, et Tom. 11. ad Ord. Cap. 149. n. 164., et de Mayorat. Cap. 4. n. 265., Cancer. 3. Var. Cap. 7. n. 120., Hermosilh. in L. 7. Gloss. 5. Tit. 4. Part. 5. n. 10., Fontanell. Dec. 94. n. 6, et Decis. 467. a n. 14., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 47. a n. 41. 42. 43., aonde cita outros muitos DD., *et melius* Q. 21. n. 23., aonde transcreve huma bellissima doutrina de Peralt. na L. Unum ex familia §. *Sed et si fundum* n. 18. ff. de Legat. 2., Barboz. Vot. 126. n. 116., Joseph. Sesse. Decis. Aragon. 55. n. 12.

§. 393.

Distingue-se essa regra geral.

Eu porém faço esta distincção: em todos os casos, em que he permittido o gravame, independente do consentimento do nomeado; ou quando elle expressa, ou tacitamente approva o gravame; subsiste a substituição de outro, que o nomeante faz para succeder depois da morte do nomeado. *Vice versa*, não subsiste em todo o caso, em que o gravame depende necessariamente da aceitação do nomeado, e elle ou o contradiz, ou o protesta: casos que ficão distinctos no Capitulo precedente.

§. 394.

Objecções em contrario.

Póde occorrer 1.°, que os Emprazamentos commummente concedem a cada huma das tres vidas a faculdade pessoal de elegerem successor; e que quando o gravame da substituição vigore, quanto ao 1.° nomeado, que sendo v. g. 2.ª vida ficou pela aceitação privado da liberdade pessoal de nomear 3.ª; não póde vigorar, quanto ao substituido 3.ª vida, que não renunciou a faculdade de nomear o direito da renovação. Por outra parte 2.°, a faculdade de nomear concedida á 1.ª vida não póde ampliar-se além das tres, a que o Emprazamento foi limitado; e se se admittisse multiplicação de substituições se ampliarião além das vidas do Emprazamento, e se obrigaria o Senhorio aceitar Emphyteutas os substituidos. Por outra parte 3.°, as mesmas substituições obstarião ás vendas, e o rezultado seria privarem-se os Senhorios dos Laudemios.

§. 395.

Estas razões são urgentes contra aquella rezolução dos DD. (§. 392.), e mesmo contra a minha distincção, (§. 393.) Porém quanto á 1.ª respondo, que a privação dessa imaginaria liberdade da 3.ª vida bem compensada lhe fica com o direito, que a substituição lhe conferiu, e sem a qual talvez nunca o Prazo iria ao seu dominio. Quanto a 2.ª respondo, que introduzido o direito da renovação nos casos, em que o Senhorio he obrigado a fazella (veja-se P. VI. Cap. I) fica compativel a substituição para ser exequivel além da 3.ª vida, e no direito da renovação quando he de vida. Quanto a 3.ª respondo que a percepção dos Laudemios he hum direito do Senhorio muito eventual, e inattendivel, ex Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 31.; que esta substituição he temporal e não perpetua amortisação, como nos Morgados; que esse direito he relativo ao Senhorio, e só elle o póde oppor, etc. Satisfazem-se.

Nota: se feita a substituição por contracto entre o nomeante, e nomeado, podem ambos revogalla em prejuizo do substituido? V. Peg. de Mayor. Cap. 7. a n. 7, Forgole Tom. 6. Q. 50., Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 1. a n. 153.

CAPITULO XIV.

Se a nomeação dos Prazos precisa de insinuação.

§. 396.

Devemos fazer differença entre a nomeação feita por pai a filho, e a feita a diversa pessoa, que não seja a filho: quanto á feita por pai a filho, está decidido no Assento de 21 de Julho de 1797, que não precisa de insinuação quando o pai reserva para si o usufructo: e que precisa della, quando o pai dimitte logo o Prazo ao filho com toda a fruição: esta he a intelligencia do dito Assento, que com suas intrinsecas e genuinas razões expuz na especial Dissertação sobre as Insinuações a §. 12. et 16. Differença das nomeações feitas a filhos, ou a extranhos

§. 397.

Nas feitas a extranhos: opinião antiga, e ainda moderna de Mello.

Quanto á nomeação feita a diversa pessoa, que não seja filho: Cald. Cons. 19. n. 12., que seguirão Barboz. á Ord. L. 4. Tit. 62. n. 16., Lim. ibidem. n. 33., e Mello L. 4. Tit. 3. §. 3., geral, e indistinctamente dispensarão da insinuação toda a nomeação de Prazos, pela unica razão de que se recebem do Senhorio, e não do nomeante; que nomeando nada dá do seu, só exercita o nú, e simples ministerio de nomear, etc. Porém convencidos erroneos esses principios, e demonstrado que a nomeação de Prazos he em effeito huma doação de bens liberal, etc. (§. 304. até 308.) fica evidente dever comprehender-se na generalidade da Ord. L. 4. Tit. 62. et da L. de 25 de Janeiro de 1775.

Convencida por solidos, e contrarios principios.

§. 398.

Sem dúvida quando a nomeação he sem reserva de usofructo.

Se a nomeação he entre vivos com plena translação de dominio, e posse sem reserva de usufructo, não póde haver a menor dúvida, de que necessita de insinuação; tanto pela disposição do dito Assento, e por argumento da força de maior razão; quanto pela Resolução de 10 de Novembro de 1775, tomada em Consulta do Dezembargo do Paço contra o mesmo Dezembargador Paschoal José de Mello Freire e seu irmão, concebida nestes termos.

« Hei por bem declarar-vos, que ainda que os Prazos « de nomeação livre se possão nomear na conformidade dos « contractos Emphyteuticos, e a nomeação feita em vida « antes da morte, *mas ordenada ao tempo della*, não ne« cessita de insinuação; com tudo porém, como a tia dos « Supplicantes desse logo *em vida aos nomeados os bens « afforados, traspassando-lhes todo o direito que nelles « tinha, foram as nomeações dos Prazos humas nomeações « entre vivos, como as dos mais bens*, que excedendo a « quantia da Lei necessitão na fórma della, e da Lei no« vissima de insinuação » etc. (Refere esta Resolução o Dezembargador João Pedro Ribeiro, Ind. Chronol. Tom. 2. pag. 116.)

§. 399.

Se porém o nomeante reserva o usufructo em vida, póde duvidar-se se precisa ou não de insinuação *ad instar* das nomeações de pais, a filhos (§. 396.) Quanto a mim he indubitavel, que precisa de insinuação a nomeação do Prazo feita por acto entre vivos, e irrevogavel, ainda que o nomeante reserve o usufructo.

§. 400.

Quid, quando a nomeação se faz em favor de extranho com reserva de usofructo.

Pois que a reserva do usufructo em vida he hum accidente da nomeação *entre vivos*, e irrevogavel; e tão longe está este accidente de a constituir *causa mortis*, que antes a reserva mesma, produzindo os effeitos da clausula *constituti*, ex Peg. 1. For. Cap. 6. n. 38., opéra que a nomeação, e doação se reputem *inter vivos:* Portug. L. 1. Prælud. 2. §. 3. n. 9., e que fique por tal reserva transferido todo o dominio, e posse Civil. Ora, se huma doação de bens livres *entre vivos* com a mesma reserva deve necessariamente insinuar-se; como não huma nomeação tal? Que differença?

§. 401.

Se olhâmos para as razões, pelas quaes a necessidade da insinuação foi introduzida, (razões que podem ver-se em Thomaz, nas notas ao Digesto L. 39. Tit. 5., em Muler ad Struv. Exerc. 40. Thes. 10., em Portug. de Donat. L. 1. Cap. 3. n. 30., em Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 43. n. 41. 62. 63. e 134., Cald. Cons. 19. n. 38., Luc. de Donat. Disc. 60. n. 6., Torr. de Pact. L. 2. Cap. 31. a n. 15. e outros); ellas comprehendem todo o caso de se reservar ou não o usufructo; porque tanto se priva da sua subsistencia, e liberdade, o que dá com reserva de usufructo os bens livres, como o que com essa reserva dá o Prazo; tanto se priva hum como o outro da possibilidade de os vender, e lucrar o preço, vendendo com tal reserva, com a qual tanto se podem vender os bens livres, como os de Prazo. « *Nominatio quando est* « *facta per viam contractus perinde haberi debet ac alia* « *quævis donatio inter vivos* » diz Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 68. n. 20. A dita Resolução (§. 398.) para fazer de-

pendentes de insinuação as nomeações não olha serem feitas com o accidente de tal reserva; mas serem feitas *logo em vida aos nomeados transpassando-lhes todo o direito, e a serem nomeações entre vivos, como as dos mais bens, etc.*

§. 402.

Argumento que póde fazer-se com o Assento de 21 de Julho de 1797.

Sim póde argumentar-se com o Assento de 21 de Julho de 1797, no qual se nota, que depois de se deliberar, que na Ord. L. 4. Tit. 62., e Lei de 25 de Janeiro de 1775, se comprehendem *os dotes profecticios, e doações*, que os pais fazem a seus filhos, tanto *dos bens allodiaes*, como *dos Prazos*, se accrescentão estas palavras: *no unico caso quanto a estes de ser logo em vida dos pais, transferido por elles aos filhos o usufructo dos mesmos Prazos.* E daqui inferir-se por argumento *a contrario sensu:* logo, e semelhantemente em todo o caso, em que os Prazos se nomêem com reserva do usufructo não he necessaria insinuação: Porém nem o argumento *a contrario sensu*, nem o *da identidade de razão* tem aqui lugar, quando o Prazo he nomeado irrevogavelmente com reserva de usufructo a pessoa que não seja filho do nomeante; como passo a demonstrar.

§. 403.

Mostra-se inapplicavel a esta hypothese o Assento.

Pois que 1.°, o objecto e especialidade do Assento erão as doações de bens livres, ou Prazos, que os pais fazem aos filhos para serem ou não sugeitos á collação; dependerem ou não de insinuação; e aqui tracta-se da doação, e nomeação de hum, que não he pai, a hum, que não he filho, e em que se não dá o direito da collação, Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 10. a n. 12. De hum, que não he pai, a hum, que não he filho, entre os quaes já não ha aquella reciproca obrigação de se prestarem doações, e alimentos, como entre pais, e filhos, e em cujas doações não se podem, como não necessarias, considerar os favores das que como necessarias, fazem os pais aos filhos. Ora para não valer o argumento de paridade basta qualquer minima dissemelhança, ou diversidade, Barboz. et Tabor. L. 1. Cap. 137. axiom. 127.

§. 404.

2.°, o mesmo Assento fórma como regra geral das Leis serem doações, e nomeações dos Prazos, e comprehendidas na sua sancção. Só por benigna interpretação exceptua as nomeações feitas aos filhos com a dita reserva. Temos visto (§. 400. e 401.) que geralmente as nomeações dos Prazos feitas com essa reserva a pessoas, que não são filhos, em nada differem das doações de bens livres, que se fazem com a mesma reserva; e que por isso são comprehendidas na generalidade das Leis. Ora o Assento, que exceptua só as assim feitas aos filhos, fica sendo huma limitação especial no caso especifico, que decidiu; e nos mais fica vigorando a generalidade das Leis; porque regra certa he, que a Lei especial subsequente só fica sendo huma limitação da Lei geral precedente: Moraes de Execut. L. 1. Cap. 4. n. 3., Boehmer. ad Jus ff. L. 1. Tit. 1. §. 6. n. 4. O mesmo.

§. 405.

3.°, o argumento deduzido do contrario sentido da Lei, (*id est* do dito Assento,) cessa e não procede quando o contrario não he expresso em direito; quando resultaria correcção de alguma Lei; quando seguido esse argumento, ou resultaria algum absurdo, ou quando no caso contrario milita a mesma ou maior razão, etc., Barboz. et Tab. L. 1. Cap. 137. ax. 32., Cordeir. dub. 41. n. 43.. dub. 51. n. 28., dub. 23. n. 49., dub. 2. n. 43. et 45., dub. 15. n. 46., dub. 19. n. 7. O mesmo.

§. 406.

Se pois por força desse argumento se exceptuassem da insinuação todas as doações de Prazos de nomeação livre, que com a dita reserva se fazem por outros, que não sejão pais; que absurdos não resultarião? que absonas intelligencias? que repugnancias das nossas Leis? Por ventura quem nomeia hum Prazo de nomeação livre nada dá do seu; não faz beneficio ao nomeado; não exercita com elle liberalidade; e não faz doação da propriedade em si mesma estimavel, ainda que reserve o usufructo? Eu o tenho demonstrado desde o §. 304. até 308., jun- O mesmo.

ctos os . 400., e 401. E não he isto huma doação comprehendida nas Leis, que fazem precisa a insinuação e nas razões dellas? (. 401.) Se não fosse doação, que precisasse de insinuação, tambem della não necessitaria a dos bens livres feita com tal reserva; porque, *deductis deducendis*, tanto vale a propriedade de hum Prazo assim doada, salvo o usufructo, como a propriedade dos bens livres doada pelo mesmo modo: e se doando-se assim os bens livres, ninguem dirá, que se não precisa de insinuação; que razão diversa para que não seja precisa na nomeação do Prazo *inter vivos*, em que da mesma forma se transfere a propriedade salvo o usufructo?

§. 407.

O mesmo. 4.°, ou o Assento assim se ha de conciliar com a já transcripta Resolução (por especial mandado do legislador mesmo da L. de 25 de Janeiro de 1775, *ut* §. 398.), de fórma que o Assento só proceda no seu especial caso, e a Provisão, interpretação authentica da Lei, geralmente em todos os mais; ou o argumento *á contrario sensu* não ha de valer, resultando dessa interpretação taes absurdos, e contradições com as Leis geraes, e com a Provisão mesma. « *Si ex litterali interpretatione non quidem illiciti quid, sed tamen aliquid intolerabile sequitur æquitas jubet adhiberi interpretationem restrictivam.* » E nec ad Grot. de J. B. et P. L. 2. Cap. 16. §. 17. Devemos pois assentar que só o especial favor dos filhos podia ser a intrinseca razão do dito Assento, inampliavel a quaesquer outros nomeados, que não sejão filhos. Outra não póde ser a sua intelligencia sem se recaír em huma interpretação absurda, opposta á razão e ás Leis, restrictiva da generalidade dellas, e contraria aos fins por que a necessidade da insinuação foi introduzida.

§. 408.

Excepções. 1.ª Quando a nomeação he *causa mortis*. Só sim não dependerá da necessidade de insinuação a nomeação sem reserva do usufructo, ou com ella 1.°, se for feita em doação *causa mortis* (de que toma a natureza §. 286., et 373.); porque as doações *causa mortis* não precisão de insinuação, Repertor. sub *verbo* = *doação que*

passar = *etc.* vers. *Limita tamen* 1.°, Luc. de Donat. Disc. 60. n. 29. et 30., Torr. de Pact. L. 3. Cap. 13. a n. 28., Portug. L. 1. Prælud. 2. §. 3. n. 108. et 109 ; porque como são revogaveis arbitrariamente, especie de ultima vontade, cessa nellas a razão por que se introduziu a insinuação.

§. 409.

Tambem 2.°, eu julgaria desnecessaria a insinuação, quando em hum Prazo rigorosamente familiar estivesse chamado para 2.ª, ou 3.ª vida, ou *nomine expresso* huma certa pessoa, ou o parente mais chegado, e não houvesse mais que hum: nestes casos se o Emphyteuta nomeia essa pessoa, ou esse parente reservando o usufructo; este he o caso em que nada deu do seu, e nomeando áquelle, que precisamente havia de succeder sem nomeação, não exercitou com elle liberalidade, nem lhe fez doação (§. 380. juncto o §. 254.). Se porém não só o nomeou mas juntamente lhe cedeu o usufructo; só nesta dimissão se realisa doação, e para se vêr se excede ou não a taxa da Lei, se deve estimar esse usufructo dimittido por alguma das normas lembradas na nota ao §. 286.

2.ª Quando a investidura chamasse de antes já ao nomeado para successor necessario.

§. 410.

Mas se esse Emphyteuta (*de quo* §. 409.) era 3.ª vida no Prazo, e que segundo a praxe de julgar, apud França ad Mend. Ar. 23. (V. a §. 304.), podia vender, e embolsar o producto; neste caso dissera eu, que nomeando-o no successor (a que aliás podia supplantar alienando o Prazo), he precisa a insinuação; porque dando-lhe o de que o podia privar, lhe fez doação propria (§. 306).

Sublimitação da 2.ª limitação.

§. 411.

Resta só huma dúvida qual he: se nomeando-se hum Prazo de valor excessivo da taxa da Lei, e sem insinuação; se he a nomeação nulla no seu todo; ou subsiste quanto a parte da estimação equivalente a 120$, ou a 60$ reis? Elle he certo pelas mesmas Leis, que a doação excessiva da taxa da Lei subsiste na quantia permittida, pela regra que o util, e válido não se vicia pelo inutil, e nullo; *ut apposité* Castilh. L. 5. Cap. 100. n. 9. Porém como só procede nas cousas dividuas, e não nas

Se em falta de insinuação, subsiste na estimação do prazo até á quantia de 120$000 réis.

individuas, Jul. Capon. de Pact. Q. 27. a n. 13., Castilh. *supra* a n. 14. e os Prazos são individuos, ex Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1. et Tit. 96. §. 23.; este he o assumpto da dúvida.

§ 412.

Prática do Dezembargo do Paço.

Não ha Doutor, que eu saiba, a decidir esta Questão: recorrendo porém aos similes: sendo certo, que o Prazo he estimavel, e o preço da estimação divisivel, ex Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1.; procede *per æquipollens* a regra (§. 411.): e ainda que o nomeado não possa succeder na propriedade do Prazo individuo, porque excessivo o seu valor da taxa legal; póde succeder na quantia de 120$, ou 60$ reis da sua estimação, segundo as doutrinas de Puttman. Adversar. Jur. L 1. Cap. 7. tot., Fragoz. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 17. a n. 4., Cald. de Potest. elig. Cap. 12 a n. 11.

Nota: depois de escripta essa obra tenho requerido ao Dezembargo do Paço, propondo-lhe nomeações de Prazos com reservas de usufructo, junctando as Escripturas; e pedindo, que se nomeações taes dependem necessariamente de insinuação, se conceda a confirmação feitas as deligencias. O Dezembargo não despacha, *que escusada* (como em outros casos costuma), mas manda proceder nas deligencias, avalia-se o dominio util ainda que com essa reserva; pagão-se os respectivos direitos, e passa-se a carta. Pratica do Tribunal, com que me acabei de confirmar na minha opinião, e remover todas as dúvidas que se podião fazer com o dito Assento.

CAPITULO XV.

Que nomeação he revogavel por natureza propria, e se transforma irrevogavel ex accidenti? *Que nomeação he irrevogavel por natureza, e se transforma revogavel* ex accidenti? *E por que accidentes?*

ARTIGO I.

Que nomeação he revogavel por natureza propria?

§. 413.

He regra geral estabelecida na Ord. L. 4. Tit. 37. no princ. que «Tomando huma pessoa alguma herdade, «vinha, casa, olival, ou outra possessão de foro por certa «pensão para si, e para certas pessoas, huma que elle «nomear, e que a nomeada possa nomear outra, e assim «dahi em diante, se em sua vida nomear alguma pessoa «a que venha o foro, e depois fizer outra nomeação delle «a outra pessoa, e revogar a primeira, mandamos, que «possa nomear alguma pessoa antes da sua morte, ou ao «tempo della, em cada hum destes casos possa fazer huma «nomeação, e outra, e quantas lhe aprouver até o tempo «de sua morte, e pela derradeira serão as outras revoga-«das sem terem força nem vigor, por que todos os actos «que são ordenados para o tempo da morte, se podem «mudar, e revogar até a morte.» Quaes as Leis Romanas que forão as fontes desta Ord., quaes as suas intrinsecas razões, qual o systema de Doutrina? Se póde vêr especulativamente em Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. Exornão Valasc. Cons. 102. a n. 30., Pereir. Dec. 9. n. 1., Pinheir. Disp. 6. Sect. 4. a n. 41., Egid. in L 1. P. 2. in init. Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 31.: dos estrangeiros Castilh. L. 5. C. 80. n. 18., Salgad. in Labyr. P. 2. Cap. 27. n. 17, aonde refere outros muitos DD. veja-se tambem Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 360. et a n. 377.

Letra da Ord. Lib. 4. Tit. 37. no principio.

Fontes desta Ordenação.

Nota: o mesmo procede se o Emprazamento se explicar pelas palavras = *poderá testar* = *poderá deixar* = Solan. Cog 3. a n. 2., Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 38.

§. 414.

Ella figura dois casos diversos: 1.° de se conceder a faculdade de nomear antes da morte: 2.° ao tempo da morte.

Esta Ord. figura só dois casos; quaes 1.° quando se concede ao Foreiro faculdade de nomear antes de sua morte: 2.° quando se faculta nomear *ao tempo della:* porém Valasc. Cons. 107. n. 32., que parece segue Peg. 2. For. Cap. 9. n. 364, Pinheir. sup. n. 57., Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. n. 39. et 40., Egid. sup. n. 32. figurão hum 3.° caso mixto; qual, quando ao Foreiro se concede que poderá nomear em dias de sua vida, ou ao tempo da morte; e suppondo diverso dos da Ord. este 3.° caso, assentão Valasc. e Caldas, que nomeando o Emphyteuta em vida, e elegendo a primeira parte da alternativa não póde mais variar: Egidio pelo contrario equipára este 3.° caso ao 1.° e 2.°: Pinheiro fica indeciso: eu sigo Egidio, com quem concorda Salgad. in Labyr. P. 2. Cap. 27. n. 26., Solan. Cog. 3. n 24. et 26. et Cog. 4. n. 33., porque a razão geral da Ord. ibi «por «que todos os actos que são ordenados para o tempo da «morte, se podem revogar, e mudar até á morte» esta razão he apta a comprehender o 3.° caso mixto; e ainda pela regra = *Mixtum comprehenditur sub simplici* = *de qua* Barbos. et Tabor. L. 11. Cap. 47. ax. 4. *Et ita servatur.*

Os DD figurão hum 3.° mixto, quando se concede nomear em vida, ou até á morte. Variedade dos DD. sobre o 3.° caso.

Resolução. Em todos os casos he revogavel a nomeação simples.

§. 415.

Amplia-se a regra da Lei a varios casos que se especificão.

Procede esta Ord. (comprehendendo os tres casos §. 414.), ou a faculdade de nomear séja concedida em contracto, ou em testamento, dita Ord. §. fin. 2.°, ainda que a nomeação seja feita ao nomeado presente, e aceitante, e ainda que o nomeante revista a nomeação com a promessa *de non revocando*, e ainda que affirme com juramento, Lim. ad eand. Ord. n. 15., Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 22. 23. 35. 36., Hermosilh. in L. 7. Tit 4. Part. V. Gloss. 6. a n. 30. pag. 337. Procede 3.°, ou a faculdade seja concedida para nomear *certum de cer-*

tis, incertum de certis; ou para nomear *incertum de incertis*, Cald. sup. n. 14. Procede 4.°, ainda que o nomeante faça ao nomeado huma simples tradição do Prazo (sem outra expressa translação de todo o dominio, e posse, nos termos do §. 1.) Lim. ad eand. Ord. L. 4. Tit. 37. §. 1. a n. 6. ad 9., Corradin. Dub. 33. n. 33., Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. a n. 31. Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. §. 2. a n. 69., Fragoz. P. 3. Disp. 9. §. 22. n. 9. et §. 23. n. 13. Confer. Pereir. Dec. 9. n. 1. et 2., Peg. 2. For. Cap. 9. n. 378. Procede 5.°, ainda que o nomeante reserve simplesmente o usufructo sem a taxativa = *tantum* = Valasc. Cons. 102. in fin., Fragoz. sup. §. 13. n. 14., Pinheir. n. 80.

ARTIGO II.

Que nomeação se transforma (sendo aliás revogavel ex natura*) irrevogavel* ex accidenti; *e por quaes accidentes ou circumstancias?*

§. 416.

1.° caso. Se no caso da dita ord. no principio, he irrevogavel a nomeação simples a titulo de dote, sem outra translação de dominio symbolica ou verdadeira?

Primeiro caso: he Questão nervosamente tratada, e disputada pelos DD. Se a nomeação do Prazo, que concede a faculdade de nomear até á morte, he irrevogavel fazendo-se a titulo de dote, sem omnimoda translação de todo o dominio, e posse? *Varii varia dixerunt, ut patet* ex Nigres. de Nominat. L. 3. Q. 11. a n. 10, Valasc. Cons. 102. n. 36. et 37, Gam. Dec. 382., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. §. 4. a n. 76. ad 79., Lim. ad Ord. Cap. 144. n. 28. et Cap. 161. n. 5. et 13., Cordeir. Dub. 34. a n. 59. ad 72.: vistos os quaes, e *in abstracto*, he mais solida a opinião, que pugna pela revogabilidade contra os imaginarios favores do dote; mais conforme a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 1., e mais seguida *in judicando*, quando com a nomeação a titulo de dote não intervem translação do dominio por actos verdadeiros ou simbolicos.

Variedades de opiniões nesta questão.

§. 417.

1.ª Distincção entre o rigor da Lei, e a equidade.

Porém conciliando (como he do meu costume) as opiniões, faço estas distincções: 1.ª entre o rigor da Lei, e a equidade com os favores do dote: se no rigor da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 1. só fica irrevogavel a nomeação « se « o que tinha poder de nomear até a morte traspassar em « sua vida a coisa afforada por titulo de dote, ou por qual- « quer outro (sem especialisar o dote) traspassando todo « o direito, que na coisa afforada tinha, posto que reserve « o usufructo; » e sem esta precisa formula da nomeação fica revogavel.

No rigor da Lei he revogavel.

§. 418.

Não pela equidade.

Pelo contrario a equidade clama, para que sem estes escrupulosos requisitos seja irrevogavel a nomeação a titulo de dote. Pois que, e por huma parte a intenção do dotador, e dotado, sempre he que o dote seja tão firme, e irrevogavel como he o matrimonio, para sustentação de cujos encargos elle se faz; e não póde sem contradictorio da intenção do dotador, e dotado dizer-se *causa mortis*, e revogavel a doação que se faz em dote de matrimonio, Fontanell. de Pact. Claus. 4. Gloss. 1. n. 18. et Gloss. 3. n. 8. Por outra parte o dotador, e dotado são commummente rusticos, e idiotas, analphabetos, ignorantes das Leis, que não attingem o mysterioso das palavras dos Prazos = *até o tempo da morte* = nem a distincção da Lei: por outra parte os tabelliães são idiotas, e quando fazem taes escripturas de dotes nem combinão os emprazamentos; são pela maior parte imperitos na jurisprudencia *formularia*, e *euremcitica*, defeituosos nas clausulas substanciaes, abundantes nas superfluas: e he bem certo que a impericia do tabellião não prejudica ás partes, Valasc. Cons. 181. n. 11., Arouc. Alleg. 110. n. 3., Cardos verbo = *Tabellio* = n. 16.

Fundamentos desta equidade.

§. 419.

Outros fundamentos da equidade.

O nosso Legislador imbuido no direito Romano, suppoz com o titulo ff. et Cod. de Jur. et Fact. Ignorant. que todos devem saber as Leis, ou consultar os jurisconsultos; e que a ignorancia do direito a ninguem excusa: hoje

pensa-se seriamente o contrario, e com mais razão, Stryk. Us. Mod. L. 22. Tit. 6. §. 1., Schilter Exerc. 24. §. 34., Thomaz. in Not. ad us. Hodiern. ad Pandect. L. 22. Tit. 6., Boehmer. ibid. Por isso he que geralmente sem differença de rusticos, ou sabios se prescreveu aquella distincção na Ord. L. 4. Tit. 37. no princ., e §. 1. até não favorecer ao dote, se se faltar á formula do §. 1. quantos miseraveis genros, ou filhos não tenho visto depois de dotados, e cheios de filhos, chorando irremediavelmente as revogações, que os paes, ou por inconstancia, ou por seducção de outros filhos fizerão das nomeações que sem tal translação lhe havião feito a titulo de dote! Parece na verdade dura a Lei em taes circumstancias, e que o dote merece aqui algum favor, e equidade. As razões que ponderou Pereir. Dec. 9. n. 3. são superiores a toda a replica; e a contraria decisão que refere he rígida, e a Lei assás dura, em quanto comprehende o dote.

Unico caso em que póde praticar-se a Lei quanto ao dote.

Nota: se não he que póde receber a intelligencia de Cald. de Potest. Eccl. Cap. 3. n. 49. quando o dote he feito sem estipulação, e sem ser para certo matrimonio: só assim se suavisa a sua dureza, porque hum dote tal nunca foi favoravel; e sempre se reputou doação simples.

§. 420.

2.ª Distincção. Quando não he só o titulo do dote, mas concorrem outras clausulas.

2.ª Distincção: ainda observado o rigor da Lei, se com o titulo do dote concorre a reserva do usufructo com adicção = *tantum* = o pacto *de non revocando;* a translação do dominio e posse pela clausula *constituí;* ainda que não concorra a effectiva, e real translação de todo o direito, que o nomeante tinha no Prazo, que exprime a Lei, fica nestas circumstancias irrevogavel a nomeação a titulo de dote; ainda que o poder de nomear seja dado ao tempo da morte: assim se vêm conciliadas as opiniões contrarias na sentença, e doutas deliberações, que transcreveu Peg. 3. For. Cap. 28. desde o n. 638. até o n. 646, aonde se achão confutadas todas as contrarias ponderações, que possão fazer-se com as palavras da Lei.

§. 421.

3.ª Distincção. Se houve subsequente tradição, ainda que simples.

3.ª Distincção: não he necessario tanto quanto concorreu naquella hypothese de Pegas: porque se com o titulo do dote concorrer depois a tradição do Prazo, ainda que simples, feita pelo nomeante ao nomeado, esta tradição subsequente relativa, expressa ou tacitamente ao titulo do dote precedente, titulo habil para transferir, e adquirir o dominio, basta para satisfazer á Lei, em quanto requer nomeação com translação de todo o dominio para ficar aquella irrevogavel, como bem pondera Gam. Dec. 382., Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. n. 19., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. n. 72., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 644., *maxime* attento o favor do dote, *quid quid sit* quando a tradição he simples (§. 415.)

§. 422.

2.º caso. Letra da Ord. L. 4 Tit. 37. §. 1.

Segundo caso: este he expresso na Ord. L. 4. Tit. 37. §. 1.: «Se o que tinha poder de nomear até morte, trasspassar em sua vida em outra pessoa, a cousa afforada «por titulo de dote, ou por qualquer outro, traspassando «na dita pessoa todo o direito, que na cousa afforada tinha, posto que reserve para si o uso, e fructo, já não «poderá nomear outra vez a pessoa alguma, antes a pessoa em que assim for traspassada, poderá dispor da dita «cousa, segundo diremos no titulo seguinte.» *Exornant* DD. que a exornão. Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 11. n. 9., Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 30., Cap. 3. n. 13., Cap. 4. n. 31.

§. 423.

Basta que o direito do Prazo se transfira por quaesquer palavras equipotentes ás da Lei.

E como «neque in Ord. L. 4. Tit. 37. §. 1. tanquam forma postulatur, ut nominans expressis verbis, «dicat quod transfert totum jus quod in re emphyteutica «habebat, sed satis est quod re ipsa illud transferat» Senator apud Peg. 3. For. Cap. 28. n. 644. in fin., Confer. Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. § 5. n. 80. vers. = *Neque enim* = E como diz Cald. de Potest. Elig. Cap. 40 sub. n. 33.: «Id tantum Lex Regia statuit, oportere quod Emphyteuta omne jus emphyteuticum cedat, «*quocumque modo illud fiat;*» Acrescentando n. 35. que «satis est constare quod emphyteuta a se variandi protesta-

« tem abdicaverit » etc. Destes principios conformes ao espirito da dita Ord. segundo as Leis que teve por fontes, e razões fundamentaes della (§. 413.)

§. 424.

Segue-se 1.°, que basta que todo o dominio, e posse se transfira pela clausula *constituti*, porque esta clausula tem o effeito de tradição simbolica, equiparada á translação real do dominio, e posse, *ut signanter* Peg. 3. For. Cap. 28. n. 644. *et generaliter idem*, Peg. 1. For. Cap. 6. a n. 1, Portug. de Donat. Prael. 1. n. II. cum sequent. *Dummodo* alguma circumstancia não enerve a sua força, e se não verifique alguma das limitações, que expõe o citado Peg. a n. 15. ad 35.

Consectarios. 1.° Quando o dominio se transferio pela clausula *constituti*.

Nota: estas limitações porém que expõe o citado Peg. não devem seguir-se cegamente, e sem critica; porque muitas dellas são frivolas; outras refutadas por alguns DD., outras dependem de distincções, e declarações, que Peg. omittiu, etc.

§. 425.

Segue-se 2.°, que supposto para ser irrevogavel a nomeação não basta a simples reserva do usufructo, Valasc. Cons. 102. in fin., Fragoz. P. 3. Disp. 9. §. 13. n. 14. in fin., comtudo se o nomeante dice, que reservava *tão sómente* o usufructo, fica irrevogavel; porque esta reserva assim restricta, e limitada presuppõe necessariamente transferido ao nomeado todo o mais dominio, e direito, que o nomeante tinha no Prazo, Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. sub n. 80., *optime* Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. n. 32., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 640., Pinell. L. 2. Sellectar. Cap. 15. a n. 12.

2.° Se *tão sómente* se transferio o usofructo.

Nota: quando se faz huma doação da universalidade (como do Prazo) com alguma especial reserva, esta mesma produz o effeito de se subentender doado, e transferido ao donatario tudo o mais que o doador não reservou, *ut latissimè* Peg. 1. For. Cap. 5. pag.

434. et Alleg. 1. a n. 68., *apposite* Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. n. 33. in fin.

§. 426.

3.° Quando a irrevogabilidade se firma com palavras *dispositivas*, e demonstrativas da cnixa vontade.

Segue-se 3.°, que como basta para satisfazer á Lei, que conste por modo efficaz, que o nomeante quiz abdicar de si a liberdade de revogar a nomeação, que podia variar até o tempo da morte; (§. 423) segue-se digo, que se na Escriptura disser, que quer que valha pelo modo mais firme, e valido de direito; esta clausula demonstrativa da sua cnixa vontade mostra que se quiz privar em vida da faculdade que tinha de nomear, e variar até a morte; ainda que logo não transfira todo o dominio, e posse; Senator. apud Peg. 3. For. Cap. 28. n. 641. Da mesma forma, se com palavras *dispositivas* prometter o nomeante não revogar a nomeação, não póde jámais revogalla, nem variar, Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. n. 34., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 4. n 65. *ita etiam optimè* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. a n. 21. ad 25., Peg. Tom. 11 ad Ord. Cap. 161. n. 78.

Razões do 3.° Consectario.

Nota 1.ª se não ha repugnancia juridica para que qualquer se prive da faculdade de testar, Strych. Us. mod L. 39. Tit. 5. §. 9., Harprectr. ad §° 2. Instit. de Donat. a n. 115., *maxime* de alguma cousa em particular; ainda menos para que quem tem liberdade de variar até a morte, se possa privar desta liberdade em vida, doando logo effectivamente, e com irrevogabilidade, o que podia doar até o tempo da morte, se exhibe a vontade de se privar dessa liberdade, oppõe-me Nigr. *supra*.

Nota 2.ª a razão geral da Ord. he esta «por que «todos os actos, que são ordenados para o tempo de «morte se podem mudar, e revogar até a morte» razão tirada da L. 79. ff. de Legat. 2., e de Barthol. na L. *unum ex familia* ff. de Legat. 2. ibi. «Jussus restituere uni ex certis cum morietur, sufficit quod eligat, *et usque ad mortem potest variare.*» Ora a

Doação *causa mortis*, aliás revogavel até á morte se transforma em *inter vivos*, e irrevogavel, por força da promessa *de non revocando* feita por palavras *dispositivas*, e não *excutivas*, vejão-se Altim. de Nullit. Tom. 3. Q. 1. a n. 36. et Tom. 5. Q. 32. a n. 408., Portug. de Donat. L. 1. Præl. 2. §. 3. a n. 11. Logo tambem, por mais que o nomeante possa variar até á morte, huma vez que clausulou assim (§. 426) a nomeação, abdicou de si a liberdade e faculdade de revogar até á morte. Interpretações racionaveis; *maximè* attento o rigor da nossa Ord. que fica raciocinado (§. 418. et 419.), *et maximè* attenta a nota ao §. 425.

§ 427.

3 ° caso Se das pessoas nomeaveis resta huma só, a que o Prazo se nomeou; he irrevogavel a sua nomeação, aliás revogavel por natureza.

Terceiro caso: se se figurar a hypothese de ser a providencia, ou para filhos, ou para os parentes mais chegados, e não existir mais que hum só (caso em que cessa a faculdade de eleger, e esse unico he o necessario successor, Tondut. Civil. Cap. 51. n. 26.), se nomeado este por acto entre vivos, sem translação de todo o dominio, e posse, *et maximè* com o pacto *de non revocando*, póde o Emphyteuta revogar, e variar? Neste caso nada ha que obste a que o nomeante antecipe o tempo da morte, e irrevogavelmente nomeie esse unico, e necesaario successor, como com a L. *post mortem.* Cap. de Fideicommiss. combinada assim com a dita L. 79. de Legat. 2. largamente comprova Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 23. a n. 9. ad 11.

Nota: *ad omnia* a §. 416. *et signanter* §. 423. A translação de todo o dominio com a nomeação he hum dos modos, ou factos positivos, por que o legislador conjecturou, que o nomeante se quiz privar da liberdade de variar até a morte: mas isto foi hum só exemplo desse animo; e o legislador não determinou, que este fosse o unico facto pelo qual se entendesse, que o nomeante quiz abdicar de si essa liberdade, nem excluio outros similhantes factos, ou pala-

vras, pelas quaes o nomeante quizesse renunciar essa liberdade, sendo aliás significantes dessa sua vontade; logo com mais probabilidade, e com esta nova reflexão se comprova o que sigo desde o §. 416.

QUESTÃO INCIDENTE.

Se aquelle a quem he concedida a faculdade de nomear até á sua morte huma pessoa certa de certas, ou incerta de certas, póde, prevenindo o tempo da morte, nomear irrevogavelmente huma dessas pessoas, em prejuizo das que existirem ao tempo da sua morte?

§. 428.

DD. que tratárão esta questão aqui incidente.

Esta Questão, já nos Fideicommissos, já nos Prazos em que a faculdade de eleger se concede assim, he tratada pelos seguintes DD., Tondut. Civ. Cap. 50. a n. 30. et Cap. 51. a n. 27., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 23. a n. 2., Solan. Cog. 4. a n. 5., aonde refere Caldas, Pinheiro, Molina, Olea, e outros, Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 144. a n. 51., e outros que os citados referem, et Tom. 10. ad Ord. Cap. 38. a n. 17., et Tom. 11. Cap. 167.

§. 429.

O que elles discorrerão.

Estes DD. uniformemente assentão, que o facultado para nomear até o tempo da morte *unum de certis*, não póde em vida nomear hum delles irrevogavelmente, nem transferir-lhe direito perpetuo pelo consequente prejuizo, que pudesse resultar áquelle dos chamados, que só existisse ao tempo da morte do nomeante (tempo condicional a que se espaçou a faculdade com as vistas nos então mais proximos) teria preferencia na nomeação.

§. 430.

Variedade entre estes DD.

Assentão Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 6. 9. 14. 23. 29. 36., e Pinheir. Disp. 6. Sect. 4. §. 1. n. 54., que a Ord. L. 4. Tit. 37. *ut ex ea patet*, só milita nos Prazos de nomeação livre, em que são chamadas pessoas incertas de incertas, e não nos de providencia para pes-

soas certas: *Ita etiam* Peg. 3. For. Cap. 28. n. 504.; inferindo que o §. 1. do Tit. 37. só comprehende os Prazos de nomeação, e não os de providencia. O contrario se propoz mostrar Solan. Cog. 4. a n. 12., e que a dita Ord. §. 1. comprehende huma e outra especie de Prazos.

§. 431.

Esclarece-se o equivoco com distincção de casos.

Porém o equivoco se esclarece, e esta controversia se serena com estas distincções. Ou a Questão versa, se o que deve eleger *certum de certis*, póde revogar a nomeação, que fez com translação do dominio, e posse querendo revogalla em vida? E neste caso lhe obsta o dito §. 1. para não poder revogalla elle mesmo, como bem adverte o Senador apud Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 144. n. 63., e sente Solan. sup. a n. 27., Barri de successionib. L. 8. Tit. 8. sub. n. 4. vers. = *Concedit.* = De forma que o nomeado irrevogavelmente sempre livra os rendditos em vida do nomeante, que lhos tranferio, antecipando o tempo da sua morte, como com Cald., Egid., e Pinheir. diz o mesmo Solan. n. 7.

1.º Se com a nomeação do elegendo, e eleito *de certis*, concorreo translação do dominio.

§. 432.

2.º Se a nomeação simples sem translação, se não revogou pelo nomeante, e se confirmou por sua morte.

Ou o nomeante nomeou simplesmente sem translação de dominio, e posse; não revogou a nomeação em quanto vivo; e o nomeado lhe sobreviveu: neste caso sendo o nomeado hum dos que podião ser eleitos, a nomeação se confirma pela morte do nomeante, Cujac. L. 10. Obs. 39., Barry. sup. verbo. = *Destinari* = Gomez in L. 17., Taur. n. 6., Molin. de Primog. L. 2. Cap. 4. n. 51., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 24. n. 4. consequent., Tondut. Civil. Cap. 50. n. 50., Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 17. et Cap. 3. n. 15. et 16., Solan. sup. n. 8. et 9.

§. 433.

3.º Se o nomeado, ainda que com translação de dominio, morre em vida do nomeante.

Ou o que havia de nomear hum de certos nomeou irrevogavelmente hum com translação do dominio, e posse, ainda mesmo a titulo de dote; se o assim nomeado morre em vida do nomeante, e ao tempo da morte deste existem outros consanguineos, a estes não prejudica aquella preventiva nomeação, Tondut. Civil. Cap. 51. a n. 30., Barry sup. verbo. = *secus esset* = Senator apud Peg. sup. a n. 60.

Molin. de Primogen. L. 2. Cap. 4. a n. 27. et 27., Olea. de Cession. Jur. Tit. 3. Q. 4. n. 35; Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 23. a n. 30., e os mais citados no §. 429.

§. 434.

Concilião-se varias opiniões.

Distincta assim a confusão, com que falláo os DD. segundo as regras dos Fideicommissos familiares electivos, e que fazem commuas aos Prazos de providencia: só resta a principal dúvida: se o exposto no §. 433. milita nos Prazos paccionados? Pinheiro que com Caldas, e outros he o mais acerrimo em applicar aos Prazos familiares aquellas doutrinas (§. 428. et 433.) elle na Disp. 6. Sect. 4. n. 50. et 51. reconhece as differenças essenciaes entre hum, e outro caso; concluindo no n. 51. *quod «propter hunc discursum facile potest a nostra resolutione dis-«cedi»* etc.; mas persiste na sua opinião, e só a limita se o Senhorio consentir revogando a vocação da familia; como que lhe fosse arbitrario: contra Pinheiro está Solan. Cog. 4. a n. 15., aonde convence esta opinião com argumentos contrarios deduzidos dos nossos Leis: e com effeito esta opinião de Solan. he a que se segue na praxe do Foro: de forma que ainda que o Prazo seja para filhos, e familia, ou para o mais chegado della; e por mais que a faculdade de nomear seja concedida ao tempo da morte, huma vez que o Emphyteuta nomeando transfere todo o dominio, ainda que o nomeado morra primeiro que o nomeante transmitte a seus successores, e estes aos outros o direito adquirido, ex diet. Ord. Tit. 31. §. 1. in fin. §. 5. *a contrario sensu*, et Tit. 38. §. 3. sem differença de Prazos de nomeação ou de geração: e com razão attenta a doutrina de Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 1. a n. 31.

ARTIGO III.

Que nomeação he irrevogavel por natureza?

§. 435.

Letra da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2.

«Se no contracto do Foro (diz a Ord. L. 4. Tit. 37. «§. 2.) principalmente feito entre o Senhorio, e foreiro «lhe for dado poder, que possa nomear huma pessoa,

« não se fazendo no contracto menção de morte, depois « que huma vez nomear, não poderá mais revogar essa « nomeação, nem fazer outra por que a primeira seja re- « vogada, e ainda que a faça não valerá; porque pela « primeira lhe adquirido direito ao nomeado (posto que « della não seja sabedor) que lhe não póde já ser revogado. » Exornão esta Ord., além de Barbos., e Lima *ibidem*, Gam. Dec. 339. n. 4., Valasc. Cons. 61. n. 12. et Cons. 102. a n. 24., Cald. de Potest. Elig. Cap. 5. de Nominat. Q. 10. n. 83. et 84., Egid. in L. 1. P. 2. Cap. de Sacros. Eccles. in init. n. 30. Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 4. §. 2. a n. 58., Cordeir. Dub. 36., Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 1. n. 5. et 6.

DD. que a exornão.

Nota: amplia-se esta resolução ainda que o nomeante por acto entre vivos nomeie, para só ter effeito a nomeação depois da sua morte. V. Peg. 2. For. Cap. 9. n. 363., Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 49. et 50. — *optimè* — Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 45. n. 8.

Ampliação desta Ordenação.

§. 436.

Esta Ord. tem por fonte a L. *servi electione*, in princ., e a L. 76. §. Sticchum. ff. de Legat. 1. a L. statu liberum § Sticchum. ff. de Legat. 2., e a L. Apud. Aufidium. ff. de Option. Leg. como se nota em Nigr. sup., e em Cald. de Potest. Elig. Cap. 5. « Ex quibus deducunt « DD. communiter, quod is, qui electionem seu nomina- « tionem habet, ea semel facta non potest iterum eligere » Portug. de Donat. L. 2. Cap. 13. sub. n. 38., Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 161. n. 93.

Fonte remota desta Ordenação.

Conclusão.

Nota: em que casos cessa esta regra geral, se póde vêr em Barbos. na L. *servi electione* in princ. ff. de Legat. 1.

QUESTÃO INCIDENTE.

Se ex eo *que esta Ord. fuz irrevogavel a nomeação fica logo* ipso jure, *e* ex ipsa lege *transferido o dominio util ao Emphyteuta nomeado?*

§. 437.

Opinião de Cordeiro sobre esta questão incidente: e pela negativa

Cordeiro, o sofistico Cordeiro, este homem mais sutil, que versado na universidade da Jurisprudencia, destituido da verdadeira Hermeneutica, e que para interpretar a seu arbitrio as Leis Patrias costuma recorrer, já a argumentos cerebrinos, já a presuppoſições da vontade do nosso legislador, já a principios hoje reprovados na L. de 18 de Agosto de 1769., elle na dúvida 36. a n. 34. com razões das costumadas se propoz demonstrar, que pela

Cordeiro destituido da verdadeira hermeneutica, atrevido, etc.

simples nomeação emphyteutica no caso do §. 2. da Ord. se não transfere no nomeado o dominio util do Prazo: confutar miuda, e escrupulosamente as suas raciunculas em si mesmas irrisorias, não o permitte o meu methodo. Não faltarei porém ás mais plausiveis.

§. 438.

Ignorancias crassas de Cordeiro.

Ignorava Cordeiro, que em direito não só ha 53 casos em que cessando a L. 20. Cap. de Pact., e a L. 15. Cap. de reivindicat. o §. Venditæ. Instit. de rer. Divis., e a Ord. L. 4. Tit. 7. o dominio *ipso jure* se transfere sem tradição; e casos que refere, e dilucida Bagn. Cap. 15., mas que a Lei he forçosa para *ipso facto* sem tradição transferir o dominio, Cald. de Potest. Elig. Cap. 6, n. 18. citando Tiraquello, e outros, (bem como a posse, Alvar. de 9 de Novembro de 1754). E por isso faz repetidas caramunhas, de que naquelle §. 2. se não subentende transferido pelo Emphyteuta ao nomeado, huma vez que assim o não expresse, e que não he crivel que o legislador quizesse revogar tantas Leis contrarias.

Casos em que o dominio se transfere sem tradição.

§. 439.

Cegueira obtusa de Cordeiro

Não attingio Cordeiro os unicos fins, e diversos por, e para que o legislador no §. 1. fez necessaria a trans-

ação do dominio, fins já bem manifestos acima a §. 423. na nota ao §. 427. E por isso he que faz hum improrio argumento da hypothese do §. 1. para a do 2., para er no 2. como no 1. necessaria a translação do dominio xpressa: tambem não profundou a genuina intelligencia la mesma Ord. §. 5. (como logo se verá a §. 458.). E or isso he que argumentando tantas vezes com o dito §. 5. suppõe com erro, que as nomeações de que trata §. 2. são sugeitas á caducação do §. 5., e que por isso não se transfere dominio pela simples nomeação nos termos do §. 2.

§. 440.

O mesmo.

Sobe de ponto a crassa ignorancia (se não he espirito de sofismar) vendo-se dizer Cordeiro n. 39. que seria hum jogo de péla tranferir-se pelo §. 2. o dominio, e tornar a reverter ao nomeante no caso do §. 5. Quando em direito ha varios casos expostos pelo citado Bagn. em que o dominio como péla salta, e reverte sem tradição para o antigo senhor; etc.

§. 441.

Opinião contraria de Caldas pela affirmativa, e pela translação do dominio *ipso jure*,

O certo he, e incontestavel 1.º, o que magistralmente (interpretando assim a nossa Ord. §. 2., e mostrando *ipso jure* transferido o dominio ao nomeado) pondera Cald. de Potest. Elig. Cap. 6. n. 20. ibi: «Ego hanc difficultatem « olvens, existimo, primum emphyteutam, cui fuit con« cessa emphyteusis, cum facultate nominandi secundam « et tertiam personam, in acquirendo fungi vice procura« toris, eorum qui nominabuntur, ut in specie firmat An« cha Cons. 127. in pr. Qua ratione cum emphyteusim « capit, et illius pensionem consequitur, non minus nomi« nandarum personarum, juxta formam concessionis, quam « suo proprio nomine illam dicitur assecutus, ut notabili« ter voluit Alex.... Quamobrem accedente nominatione, « sub cujus conditione dicitur concessa, e tradita a prin« cipio emphyteusis, nomina ejus, qui nominabitur, neces« sario, nominato, et ignoranti jus irrevocabile concedendum est, per ea quae habentur in L. 1. §. per procu« rat. ff. de acquir. poss. Nec novum est etiam in igno-

«rnatem possessionem transferri, ut habetur in L. 3. §. «item acquirimus ff. de acquir. poss. et in Lotv Cap. «eod. Tit. Praesertim quando possessio plurimum juris ha«bet, et facti minimum. . . . . Nel mirum igitur si homi«nato, cujus nomine cohcssa et tradita primo acquirenti «emphyteusis dicitur, jus emphyteuticum irrevocabile con«cedatur, non minus quam si eidem a principio emphy«teusis fuisset concessa, et tradita: ut in his terminis ar«guit et concludit, dicto loco Gomez in L. 45. Taurel. n. 11. «col. pen. et n. seq. Primo ne emphyteutae facta tradi«tio caeteris successoribus prodest, quasi illis etiam ad«veniente die res fuerit tradita. . . . omnibus vocatis ad«veniente vocationis die ipso jure jus irrevocabile acquiri, «quod habent, ex propria persona sublato eo qui possi«debat. . . . Quamobrem inquit Tellius, in singulis vocatis «personis, simul ac dies vocationis cessit, et venit, dari «et exurgere novam concessionem, novamque possessionis «traditionem ad quam sola prima sufficit, ut proinde suc«cessoribus etiam nondum natis, et non ignorantibus, jus «et dominium acquisitum dicatur. . . . 2. Secundum quam «sensum Lex nostra Regia intellecta minime a juris prae«ceptis, et regulis, recedit: imo illis consentanea erit.»

§. 442.

DD que seguirão Caldas, e seus principios.

Nestes geraes, e solidos principios convem os Senadores apud Peg. 3. For. Cap. 28. n. 774. 775. 827. 829., Valasc. de Partit. Cap. 31. n. 10., Percir. Dec. 25. sub n. 11., Bagn. Cap. 15 n. 234. et 235., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 36. §. 1. a n. 10. ad 23. Inferindo todos estes DD. uniformemente, que por força do dominio util transferido pela concessão dominica a todos os successores, ou estes succedão como chamados nas investiduras pactionadas para filhos, e familia, ou succedão pela nomeação, compete aos successores, e aos nomeados acção de reivendicação contra todo o intruso possuidor.

§. 443.

Confirma-se a doutrina de Caldas.

O certo he 2.°, que estando assim pelas investiduras adquirindo o dominio a todos os successores, ou chamados ou nomeados (§. 422.) huma vez que o Emphyteuta no-

mea hum irrevogavelmente lhe transferio em particular o dominio, que lá desde a investidura estava destinado, e concedido pelo Senhorio ao successor, que fosse nomeado. De fórma que o nomeante (exercitando da sua parte, e quanto em si está, liberalidade com o nomeado, ut a §. 304.) nomeando na conformidade do Emprazamento transfere ao nomeado o dominio que tinha resoluvel, e dependente da sua nomeação, como causa proxima, o recebe tambem o nomeado do Senhorio, como em execução da investidura, que o demittio a todos os successores que viessem a ser nomeados, cooperando nesta translação do dominio util ao nomeado o Senhorio pela investidura, e o nomeante com a sua eleição; e huma vez que o Emphyteuta elege obra a investidura, e obra o Emphyteuta *ex OD. supra* §. 442.

§. 444.

Outras razões confirmantes do voto de Caldas.

O certo he 3.°, que a Lei póde *ipso jure*, e *ipso facto* sem tradição real transferir o dominio de huma para outra pessoa. (§. 438.) O certo he 4.°, que por isso mesmo que a Ord. dit. §. 2. fez irrevogavel a nomeação com clausula de Decreto irritante, se a revogar o nomeante, ou fizer outra (§. 435) por consequente necessario transferio o dominio ao nomeado: porque (errando grosseiramente Cordeiro) não he a translação do dominio a causa que faz irrevogavel a nomeação (o que só se verifica no caso do preambulo, e §. 1. da Ord.) mas a mesma prohibição da revogação he a que por si mesma opera a translação do dominio, Petr. Barbos. in L. Servi Election. 5. in prin. ff. de Legat. 1. n. 3. ibi: «Præterea et adversus prædictam rationem arguit Ruin. hic num. 21. «quia prædicta ratio præsupponit translationem dominii «ipso jure, esse causam propter quam non sit licita va«riatio; et tamen (secundum eum) id non est verum: «quia in primus præcedit electio, et statim sequitur pro«hibitio variationis: et inde procedit dominium ipso jure «transferri: patet, quia si facta electione, adhuc locum «haberet variatio, utique non transferretur dominium le«gati ipso jure: quandiu enim competere potest jus va-

Doutrina de Barbosa bem conforme.

« riandi, interim impeditur executio legis: et consequerent « dominii translatio. . . . Ergo prohibitio variationis inducit « dominii translationem: non autem dominii translatio est « causa propter quam non sit licita variatio; ut prædicta « ratio præsupponit. »

§. 445.

Outra confirmação.

E ainda que com Barthol., e Cald. dit. Cap. 5. n. 2. digamos que « per electionem facta est executio per do- « minii translationem, quare negari debet variatio, » o certo he 4.°, o que conclue o mesmo Cald. n. 5. dizendo, ut ibi: « Quia per eam nominationem jus emphyteuticum « irrevocabile nominato acquiritur: quo casu dicitur jam « executio facta, non minus quam per electionem, seu no- « minationem, ex testamento fieri jussam. Quamobrem « nulla prorsus potest differentia, inter contractus et ul- « timas voluntates constitui. . . . Et hoc est profecto, quod « nostra Lex Regia, in §. 2. sub dit. *Porque por a pri- « meira nomeação he tanto direito adquirido ao nomeado, « que lhe não póde ser tirado.* Quæ quidem verba, et si « prolata sint, per viam rationis, non dispositionis, palam « nos docent, id speciale habere has emphyteuticas nomi- « nationes, ut ipso jure, et si ad oraditionem, processum « non sit, plenum jus emphyteuticum acquiratur, quod in « utili dominio consistit. Quapropter nulla juris ratio ad- « mittit, posse has emphyteuticas nominationes, ab ele- « ctionibus testamentariis segregari, quæ magis conjun- « gendæ sunt, ac copulandæ: siquidem utrisque ipso jure « fit executio, et transfertur dominium, quæ mihi firma « et stabilis videtur decidenti ratio. Ut interim missum fa- « ciamus quod nonnulli aiunt, in hac specie, emphyteutam « nudum dumtaxat declarator ministerium exercere. »

§. 446.

Outra.

Se a Lei assim o quiz (talvez pelas originaes razões expostas a §. 441.) se nos não dá razão alguma expressa, que necessidade temos de nos fazer adivinhões da sua mente, e da sua razão? Que necessidade de recorrer a principios frivolos, e desparatados como os de Cordeiro? Se quiz que huma nomeação nos termos do §. 2. fosse irrevogavel,

quiz tudo o necessario que fosse antecedente para a irrevogabilidade, e consequente della. « Concesso uno conce-« duntur omnia necessaria ad illud unum; etiam eaquæ « in consequentiam veniunt, seu quæ necessitate quadam « consequuntur, et sine quibus alias illud foret inutile. » Barbos. et Tabor. L. 3. Cap. 75. axiom. 27. Annulla qualquer outra segunda nomeação, que o nomeante depois faça; sejão quaes forem as suas clausulas: logo suppõe transferido, ou ella mesma transfere o dominio com a nomeação irrevogavel; porque não deixa ao nomeante dominio, que já mais por outra, e segunda nomeação possa transferir a terceiro, ainda que lhe faça tradição.

§. 447.

Outra. Huma Lei assim especial neste caso vem a ser huma limitação das Leis geraes (§. 438.) (com que tanto argumenta Cordeiro) combinando-se esta com aquellas. (§. 404. no fim). Debalde se esforça Cordeiro responder as objecções contrarias; debalde contra o §. fin. da mesma Ord. faz differença entre a faculdade de nomear competente por ultima vontade, ou contracto; quando, como diz Barbos. na dita L. Servi electione. sub n. 8. « datis pa-« ribus terminis in ista materia non esse faciendam diffe-« rentiam inter contractus et ultimas voluntates.... Si in « contractu jure speciali transferatur dominium absque tra-« ditione non erit licita variatio, etc. » E *non est licita variatio*, por isso que a Lei transferiu o dominio quando impede a variação.

§. 448.

Ultima confirmação com o merecimento maior de Caldas, e Barbosa. Em fim deixando (porque seria ociosidade inutil) outras miudas confutações; basta-me pôr em paralello o merecimento de Caldas, que no dito Cap. 5. e 6. defendeu a implicita translação do dominio com a nomeação irrevogavel, e o merecimento de Cordeiro. Eu vejo o de Caldas, e Barbosa auctorisado, não menos que pela Lei de 23 de Novembro de 1770, §. 6. ibi: « *Escrevião os.... « Caldas, e os Barbosas.... todos aquelles graves e ver-« sados Doutores nas solidas, e verdadeiras doutrinas « que seguirão* » etc. Eu vejo os daquelle seculo com dis-

tincto merecimento em comparação dos do Seculo 17. e 18. nos Estatutos da Universidade L. 2. Tit. 3. Cap. 9. §. 11. E em Cordeiro só se notão opiniões extravagantes, que pela maior parte se não seguem no Foro: isto basta para se dever abraçar a opinião dos Auctores da melhor classe, Decreto de 26 de Maio de 1689, na Coll. 2. L. 5. Tit. 19. Hum Gigante não vencerá hum Pigmeu?

Comprovação com hum simile.

Nota: He bem applicavel o simile *de quo* Nogueirol. Alleg. 11. n. 89. ibi: « Et facta nominatione « transfertur in nominatum dominium et possessio rei « sic adquisitae, resoluto jure quod adquisivit nominans « per contractum, eo quod fuerit cum qualitate insita « ab initio contractus, ut per plura fundamenta tradit « Rota Genuensis decis. 14. num. 53., Cephal. Cons. « 325. hum. 15. Vol. 3. ubi quod facta nominatione « adquisitio retro trahitur ad tempus contractus. »

ARTIGO IV.

Que nomeação irrevogavel por natureza se transforma revogavel por accidentes? E por que causas extrinsecas e accidentes?

§. 448.

A nomeação irrevogavel, he revogavel.

A nomeação que aliàs he irrevogavel por natureza (§. 435.) se tranforma revogavel, e póde revogar-se por causas extrinsecas, e accidentaes; quaes são:

1.° Por alguma das nullidades referidas.

Primeira causa: se a nomeação he nulla, ou pelo defeito de insinuação, nos casos em que esta he necessaria, (§. 396. ad §. 412.) ou pelo defeito de alguma solemnidade legal, e substancial, póde o nomeante revogalla, e fazer segunda nomeação, Lim ad Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2. a n. 7., Cald. de Potest. Elig. Cap. 5. a n. 8. 11. 12. O mesmo quando a primeira foi feita a pessoa inhabil, e a segunda a pessoa habil, *ad omnia*, Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. a n. 11. ad 15.

§. 449.

Segunda causa: se o Emphyteuta quando nomea irrevogavelmente reserva a faculdade de revogar, ou declarar a sua nomeação, póde depois exercitar a mesma faculdade, Cald. de Potest. Elig. Cap. 5. n. 6. et 7.

2.° Quando o nomeante reserva a faculdade de revogar.

§. 450.

Terceira causa: se a nomeação aliàs irrevogavel se faz em testamento, segue a natureza delle (§. 286.) e revogado o testamento fica tambem a nomeação. Bem como se se fizer em doação *causa mortis*, pela mesma razão (dito §. 286.) *et ita cum aliis*, Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 164. n. 104., Thom. Valasc. All. 61. n. 6. et 7., Peg. 2. Fort. Cap. 9. n. 362. Só sim he disputavel: se esta nomeação feita no testamento póde distinctamente revogar-se, sem que se revogue juntamente o todo do testamento em que he feita? Nega Egidio na L. 1. Cap. de Sacrosanct. Eccles. 2. P. in init. n. 28., affirmão Solan. Cog. 2. a n. 11. 58. 61. et a n. 70., Cald. For. Q. 26. sub n. 3. et de Potest. Elig. Cap. 3. a n. 46. Cap. 8. n. 4., Gam. Dec. 85. n. 4., Pinheir. Disp. 6. Sect. 5. n. 101., e eu com elles.

3.° Quando feita em testamento, ou outra ultima vontade.

§. 451.

Se porém o nomeado assistiu ao acto do testamento, e ahi, como em contracto, aceitou a nomeação (aliàs irrevogavel) e houve entre elle, e o testador alguma especie de contracto a este respeito, em tal caso, ainda que se revogue o testamento, subsiste irrevogavelmente a nomeação, com tanto que o nomeado assigne na cedula, e na approvação (sendo o testamento cerrado) na fórma que expõe Solan. Cog. 2. V. DD. citados §. 222. na nota: *sed declara eum*, Cald. de Potest. Elig. Cap. 8. n. 3. Pinheir. sup. n. 93.

Limita-se, se no testamento houve assistencia, e acceitação do nomeado.

§. 452.

Quarta causa: como a nomeação de hum Prazo de livre nomeação he propriamente doação liberal (§. 304. ad 308.) ella se revoga se ao nomeante sobrevem filhos de que ao tempo della não cogitava: esta he a commum resolução dos DD., Guerreir. For. Q. 69. a n. 20. et 25.,

4.° Pelo nascimento superveniente de filhos do nomeante.

Pinell. in rubric. Cap. de bon. matern. P. 1. n. 23., Valasc. Cons. 61. n. 8., Portug. L. 1. Præl. 2. n. 23., Repertor. debaixo da conclus. = *Doação feita pelo que não tinha filhos* = vers. *Amplia* 5. = Idem Guerreir. Tr. 1. L. 4. Cap. 8. n. 127., Barbos. ad Ord. L. 4. Tit. 65. in princ. n. 3., Peg. 3. For. Cap. 28. n. 634., Cardos. verbo. = *Emphyteusis* = n. 44.

§. 453.

Opinião contraria, que faz huma distincção.

O contrario defendeu Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. a n. 2., distinguindo entre a nomeação *ex natura sua* revogavel, e a irrevogavel; e resolvendo, que a primeira he sugeita á disposição da L. Si unquam C. de Revocand. Donat., a segunda não: segue-o Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. n. 90. et 91. E ambos pelo fundamento de que o nomeante nada confere do seu, não exercita liberalidade, não faz doação propria, etc. Mas estando convencidos estes principios, desde o §. 304. quando he de livre nomeação o Prazo, deve assentar-se, que ou a nomeação seja por natureza revogavel, ou irrevogavel, está sugeita á revogação pela superveniencia dos filhos, nos termos da L. Si unquam C. de Revocand. Donat., e Ord. L. 4. Tit. 63. como contra Cald., e Pinheir. segue a mais commua opinião dos DD. (§. 452.)

Confuta-se a contraria opinião.

Conciliação das opiniões por alguns DD.

Nota 1.ª Admitte Pinheir. no n. 92 revogação da nomeação feita em testamento, se depois deste sobreveio algum filho ao nomeante; Conf. Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 19. n. 6.

Nota 2.ª O mesmo Nigr. a n. 10. propondo a Questão. « *An nominatio ad certam rem irrevocabiliter, supervenientibus liberis statim revocetur* »? depois de referir pela affirmativa os citados Valasc., e Gam., e Mier. de Maior Q. 21. n. 77. P. 1, depois de referir, e estofar desde o n. 11. e 12. o mesmo Cald. de Potest. Elig. Cap. 4. n. 3., e seus fundamentos, deduzidos da sempre decantada L. unum ex familia §. 1. ff. de Legat. 2, pela parte negativa passa no n. 13. a fazer a distincção de ser ou não li-

vre a faculdade de nomeàr, de haver, ou não Lei em contrario; e assim concilia huma, e outra opinião, *ut ibi:* « Prima tamen opinio potest uti vera admitti, « si heres commissarius habeat facultatem nominandi « unum in genere, si velit, ita ut ei liberum omnino « sit eligere et non eligere, tunc enim sicuti in hoc « casu beneficium, quod confertur nominato, ipsius eli- « gentis sit, ita nominatio facta inter vivos favore fi- « liorum statim révocatur, nam si cogitasset de filiis, « extraneum non nominasset ad Text. in L. Si un- « quam, ubi Barthol. et alii, Cod. de revocand. Donat. « Deinde dicta opinio locum habet, si ita lege Regia, « aut jure municipali cautum sit quamcumque nomi- « nationem, ac dispositionem ob supervenientiam libe- « rorum revocari ac infirmari, et ita loquitur Valasc. « Gam. loc. cit quod non impugnatur. »

Nota 3.ª Se o Prazo he paccionado para filhos, ou familia, não he preciso recorrer ao beneficio da L. Si unquam de revocand Donat.; porque basta a repugnancia da investidura, para pela superveniencia dos filhos se revogar a nomeação feita a extranho, como reconhece o mesmo Cald. n. 5., e bem distingue Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 19. n. 4. et 5.

§. 454.

5.º Pela ingratidão do nomeado.

Quinta causa: a nomeação, aliàs irrevogavel, se revoga pela subsequente ingratidão: pois supposto Cald. de Potest. Elig. Cap. 17. n. 49. pelos mesmos principios de que o nomeante nada confere ao nomeado, e que este recebe o Prazo do Senhorio, e não do nomeante, principios deduzidos da famosa L. unum ex familia, §. 1. ff. de Legat. 1., supposto que cegamente, e sem critica seguirão nesta parte a Caldas, Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 63. in pr. n. 14., Cost. de Privileg. Creditor. Regul. 1. Ampl. 9. a n. 19., Hermosilh. in L. 10. Tit. 8. Part 5. Gloss. 8. n. 25. comtudo o erro destes principios está assás demonstrado a §. 304. ad 308. quando o Prazo he de nomeação livre; pois que sendo assim, a nomeação delle he huma doação

DD. que negárão a revogação por esta causa.

propriamente tal, comprehendida consequentemente na generalidade da Ord. L. 4. Tit. 63.

§. 455.

Sustenta-se a revogabilidade, pela ingratidão.

Que cousa em direito mais favoravel, que a liberdade, e mais odiosa, que a escravidão? E como tudo diz a Ord. L. 4. Tit. 63. §. 7. «que se alguma forrar seu escravo «livrando-o de toda a servidão, e depois que for forro «commetter contra quem o forrou alguma ingratidão pes«soal em sua presença, ou em ausencia, quer seja verbal, «quer de feito, e real, poderá esse Patrono revogar a li«berdade, que deu a esse liberto, e reduzil-o á servidão «em que antes estava.» E bem assim por cada huma das outras causas de ingratidão, por que o doador póde re«vogar a doação feita ao donatario, como dissemos acima.» E não ha de revogar-se pela ingratidão a nomeação liberal de hum Prazo? Se hum filho ingrato póde ser deserdado da legitima devida por todos os direitos; se o pai póde revogar a legitimação de filho espurio, quando depois lhe he ingrato, e reduzi-lo ao estado de espurio, sem embargo de ser a legitimação em parte beneficio do Soberano; se o pai póde reduzir ao patrio poder o filho, que depois de manicipado lhe foi ingrato, como concede Cald. sup. n. 45., que diversa razão para não poder revogar-se pela subsequente ingratidão do nomeado a nomeação aliás irrevogavel de hum Prazo de nomeação livre; nomeação que he propriamente doação, e liberalidade do nomeante, ut a §. 304.

Comprova-se mais a 2.ª opinião pela revogabilidade.

Se lá nos Fideicommissos familiares, em que o herdeiro necessariamente deve eleger huma pessoa de certas «*non liberalitas est eligentis, qui necessario eligere debuit «sed testatoris qui unum de familia nominari præcepit*» Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 1. n. 42. Não he assim nos Prazos de nomeação livre, em que o Emphyteuta nomeando exercita para com o nomeado huma distincta liberdade, e lhe faz huma doação propria, Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 1. n. 36. et 37. ibi: «*Et donatio ob ingratitu«dinem ipso jure revocatur .... ita a pari, nam nominare, «eligere, ac donare non differunt.*»

Nota 1.ª: Omesmo Cald. de Potest. Elig. Cap. 3. a n. 29., e o seu sequaz Pinheir. Disp. 6. Sect. 5. n. 82. 83. 84., admittem revogação pela ingratidão, quando a nomeação he aliás revogavel por natureza, e ainda mesmo admittem revogação tacita, independente da expressa, pelas inimizades supervenientes entre o nomeante, e o nomeado, e não admittem revogação, ainda expressa, quando a nomeação era irrevogavel por natureza; *et sic judicatum apud* Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 353. sed vide Nett. L. 6. Tit. 12. junto o que ao diante se expõe na nota 2. ao §. 478. E que razão de differença? Não se recebe o Prazo do Senhorio, como elles querem, e não do nomeante, tanto em hum como em outro caso? Não se recebe do nomeante, e não do Senhorio o Prazo de nomeação em hum, e outro caso, como eu defendo? (§. 303. ad 308).

Nota 2.ª: Se o Prazo he concedido para filhos, e familia, e o nomeado independente da nomeação era aliás hum dos successores necessarios chamados na investidura; neste caso, e segundo a distincção que fiz a §. 303. póde com alguma plausibilidade defender-se a opinião de Cald., e dos mais que o seguirão (§. 454.); porque nesse caso o Prazo se recebe mais do Senhorio *ex vi* da vocação na investidura do que do nomeante; e menos liberalidade exercita este nomeando hum Prazo tal, do que nomeando hum de nomeação livre, e absoluta; assim o distingue o Senador apud Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 161. n. 79. Bem como o filho deserdado succede nos Prazos de providencia, que a deserdação geral não comprehende, nem póde comprehender, Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 21. sub n. 23., Cald. de Nominat. Q. 12. n. 51. et 52., et de Potest. Elig. Cap. 17. n. 62., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 1. n. 98. E bem como o filho assim chamado na investidura, ou qualquer outro consanguineo, que era necessario successor, póde, sendo herdeiro instituido, renunciar a herança, e ficar com o Prazo (§. 142. e 252.).

§. 457.

6.° Por falta do implemento de alguma condição.

Sexta causa: Sendo pelos mesmos principios (a §. 303.) doação liberal, a que se faz do Prazo de livre nomeação, esta, ainda que aliás seja por natureza irrevogavel, se póde revogar «quando o donatario prometteu ao doador, por «lhe fazer a doação, dar-lhe, ou cumprir-lhe alguma cousa, e o não fez nem cumprio, como prometteu,» Ord. L. 4. Tit. 63. §. 5. O mesmo procede em todos os casos dos que distinctamente se expozerão desde o §. 379. até 395., em que a nomeação do Prazo póde ser gravada com onus, ou condição, ainda independente da aceitação do nomeado; porque se em qualquer desses, em que o gravame subsiste válido, o nomeado não cumpre, he revogavel pelo não implemento a nomeação.

CAPITULO XVI.

Em que casos caduca por si mesma a nomeação, se o nomeado morre antes, que o nomeante.

Analise da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 5

§. 458.

Letra da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 5.

Eis-aqui a disposição deste §. 5. «Quando o que «tem poder para nomear, nomear huma pessoa *simplesmente*, sem traspassar outro direito nella, e a pessoa nomeada se finar primeiro, que o nomeante, *poderá* nomear «outra vez, pois o nomeado *morreu primeiro, que houvesse «effeito a nomeação.*» Exornão esta Ord. Molin. de Justit.

DD. que a exornão.

Disp. 483. n. 2., Pereir. Dec. 9. n. 2. et 4., Gam. Dec. 235. n. 3. et Dec. 382., Thom. Valasc. All. 61. n. 9., Cordeir. Dub. 36. a n. 43., Britt. ad Rubric. de Locat. P. 1. §. 1. n. 93., Portug. L. 2. Cap. 13. n. 40., Lim. ad hanc Ord. §. 5., Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 414. ad 424.

§. 459.

Não se duvida jámais que caduca a nomeação do Prazo, quando concedendo a investidura a faculdade de nomear até á morte, nos termos do Preambulo do dito Tit. 37., não houve plena translação do dominio, e posse nos termos do §. 1. da mesma Ord., nem quando geralmente a mesma nomeação era aliás revogavel: todas estas nomeações se comprehendem (segundo os DD. citados §. 458.) no §. 5. da mesma Ord.

Regra geral. Caduca a nomeação feita sem translação de dominio, se o nomeado morreo em vida do nomeante.

Nota: Fragozo P. 3. L. 7. Disp. 15. §. 8. diz, que os filhos do filho predefuncto, a que o pai havia feito tradição revogavel, e caducavel do Prazo (§. 418.) devem conferir nas partilhas da herança do avô os fructos, que o pai defunto percebeu, em quanto vivo, do Prazo caduco: porém eu duvido, porque disfructou como em alimentos, e com titulo, ainda que revogavel (§. 493.) e por tanto *cave a Fragoso.*

§. 460.

A dúvida mais essencial consiste, se caducão e se comprehendem na disposição do dito §. 5. as nomeações por natureza irrevogaveis, (§. 435.) e tambem aquellas, que sendo aliàs revogaveis por natureza (§. 413. 414. 415.) se transtornão irrevogaveis por circumstancias concumitantes (*ut a* §. 416. *ad* 427.) se nem nas primeiras nem nas segundas interveio *outra translação expressa do dominio, e direito emphyteutico na pessoa nomeada;* requisito que parece requer geralmente, e sem distincção o citado §. 5. da Ord.

Questão grave. Se o dito §. 5. comprehende as nomeações, aliás irrevogaveis, em que não houve translação alguma expressa do dominio.

§. 461.

O citado Cordeiro Dub. 36., o Aresto de Pereir. Dec. 9. no fim, os Senadores apud Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 161. n. 41. 53. et 116., o mesmo Cald. de Potest. Elig. Cap. 9. não se satisfazem com que a nomeação, para não ficar sugeita á caducação, seja irrevogavel, se juntamente não concorre a translação do direito emphyteutico com a nomeação; ou seja nomeação irrevogavel, nos termos do

Opinião pela caducação.

§. 2. ou qualquer outra por mais que as suas clausulas a transtornem irrevogavel: assim o sente tambem Fragos. P. 3. L. 6. Disp. 9. §. 23. n. 16.

§. 462.

Opinião contraria pela não caducação.

Porém em contrario, e que a Ord. dito §. 5. não comprehende nem faz caducas as nomeações, aliás irrevogaveis por natureza, nos termos do §. 2., ou *ex accidenti*, e só as revogaveis nos termos do Principio e §. 1. da mesma Ord. assentão uniformemente Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2. n. 11. e 12., Percir. Dec. 9. sub. n. 4., Veg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 38. sub n. 24., *optimè* Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. §. 1. n. 68., Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 45. et Cap. 9. n. 9. et 10. (Ainda que com manifesta contradicção. no n. 14. diz o contrario.

§. 463.

Comprova-se a 2.ª opinião com varias razões

1.ª razão

Esta opinião (§. 462.) necessariamente deve seguir-se, como mais conforme ao espirito da Ord. em todo o contexto do Tit. 37., e ao direito, que ella tece por fonte, o que se evidencia pelas seguintes razões. *Primeira.* Porque já largamente contra Cordeiro demonstrei desde o §. 437. até 448. que a translação do dominio, e direito Emphyteutico he hum antecedente, e consequente necessario da nomeação, que a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2. (supdo feita por acto entre vivos, e valido) constitue irrevogavel, ou a irrevogabilidade determinada na Lei seja effeito da translação presupposta do dominio, ou *vice versa* (§. 444. 445.). Logo estando nesta especie de nomeações transferido implicita, e essencialmente o dominio com a sua determinada irrevogabilidade, cessa por si mesmo *(e a contrario sensu legis)* o §. 5. que só comprehende as nomeações *simples sem translação (id est* expressa ou tacita, e virtual) *de outro direito.* E mais quando.

§. 464

2.ª

Segunda razão: quando o Prazo da poder de nomear até á morte, a nomeação que se faz simplesmente, na sua conformidade tem a natureza de *causa mortis*, e revogavel; « porque (como diz a mesma Ord. no fim do Princ).

« todos os actos que são ordenados para o tempo da morte « (como a nomeação, na conformidade do emprazamento) « se pódem mudar, e revogar até á morte. » Só huma tal nomeação se transforma em acto *inter vivos*, e irrevogavel « se o que tinha poder de nomear até á morte se trasspassar em sua vida em outra pessoa... todo o direito que « na cousa aforada tinha. » Ou se concorrerem as outras circumstancias a §. 423. demonstrativas, de que a effectiva vontade do nomeante foi, não se conformar com o emprazamento nem nomear *causa mortis*; mas apartar-se da sua providencia, renunciar a liberdade de revogar até á morte, e nomear logo irrevogavelmente *inter vivos*. De fórma que se nomeia pelo primeiro modo fica a nomeação *causa mortis*, e acto de ultima vontade; se pelo segundo modo fica *inter vivos*, e irrevogavel. Tal he a essencial differença entre hum e outro caso. E se o Emprazamento do poder de nomear simplesmente, he irrevogavel a nomeação, bem daqui se espace a sua execução para o tempo da morte do nomeante.

Outra demonstração.

Ou quando a nomeação fica simples nos termos do Principio da Ord., *causa mortis*, sem translação do dominio que a transforme *inter vivos*, ou sem outra demonstração, está como acto *causa mortis* sugeito, não só á revogação, mas juntamente á caducação; que tem lugar não só nas disposições testamentarias, ex L. un. Cod. de Caduc. Tolt. L. Heres meus. ff. de Cond. et demonstr. mas nas doações *causa mortis*, Text. in §. 1. J. de Donat. L. 1. L. si mortis. ff. de Donat. caus. mort., Portug. L. 1. Prael. 2. §. 3. n. 164., e por mais que o nomeado tivesse pela nomeação tal huma esperança da successão no Prazo por morte do nomeante (não revogando elle), esta esperança assim proveniente de acto de ultima vontade não se trasmitte aos successores; porque condicional, se o nomeado sobrevivesse ao nomeante, *signanter* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 45. n. 7. et 10., *et generaliter* Portug. L. 1. Præl. 2. §. 1. n. 160.

§. 466.

Mysteriosas palavras da Lei d. §. 5.

Por isto he que a Ord. dito §. 5. mysteriosamente, e conformando-se com estes principios do Direito Romano (Arte do Legislador) disse: «Quando o que tem poder para «nomear, nomear huma pessoa simplesmente sem traspas- «sar outro direito nella, e a pessoa nomeada se finar primeiro «que o nomeante, poderá nomear outra vez, *pois o no-* «*meado morreu primeiro que houvesse effeito a nomeação.*» Mas he bem evidente, que só teve em vista a nomeação que se faz *simplesmente*, isto he nos termos do preambulo da dit. Ord., a nomeação que se faz sem traspassar outro direito; e assim as nomeações *causa mortis* (§. 464. 465.) Nomeações em que ha caducação (quaes estas) que não chegão a ter effeito «*pois o nomeado morreu primeiro, que houvesse effeito a nomeação.*» Teve em fim em vista as nomeações taes *causa mortis*, em que só ha a faculdade de poder nomear outra vez.

§. 467.

Outras razões comprovantes da 2.ª opinião.

E he a contrario bem manifesto que aquelle §. 5. não comprehendeu, nem teve em vista, nem as nomeações, que sendo aliàs *causa mortis*, e revogaveis por natureza, quando feitas *simplesmente*, nos termos do preambulo se transtornão em *inter vivos*, e irrevogaveis, nos termos do §. 1. pela translação de todo o direito, ou por qualquer outra das ditas circumstancias, a §. 416., nem as nomeações de que trata o §. 2. por natureza *inter vivos*, e irrevogaveis, e em que he necessario antecedente, e consequente a translação do dominio (§. 437. até 448.); Nomeações estas, por actos *inter vivos*, e irrevogaveis, em que a esperança por ellas adquirida he transmissivel, aos successores do nomeado donatario, ainda que morra em vida do nomeante doador, conforme outro principio do mesmo Direito Romano (em que o Legislador era peritissimo) ex text. in §. Ex conditionali, Inst. de Verbo Obligat. L. Spem. Cod. de Donat. L. cedere diem. ff. de Verbor. Significat. L. 1., Cod. si ante apert. tabul. *generaliter*, Portug. L. 1. Prael. 2. n. 161. em caso bem semilhante Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 50. n. 44., e no

proprio caso assim destingue Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 4. 5. a n. 2. ad 5. ibi: «Itaque quaeres primo, an «nominatus decedens ante ipsum nominantem jus electionis «ad heredem transmittat? Respondeo cum distinctione, «aut heres commissarius habet facultatem nominandi «unum, vel plures de familia simpliciter, vel ad placitum, «et deinde nominavit inter vivos irrevocabiliter per viam «contractus, cum juramento et pacto non revocandi, hoc «casu ita nominatus jus ex nominatione quaesitum ad he- «redem transmittit, tametsi possessionem, et dominium «rei fideicommissariae in effectu non habuerit, L. spem. «Cod. de Donat. §. Ex conditionali. Inst. de Verb. Sign. «L. 1. Cod. si unic apert tabul. Gloss. in L. is cui, in «fin., ff. de Obligat. et cution. ibi. Item quoad hoc, ut «spem transmittat, Surd. Decis. 144. n. 24., Fontanell. «Dec. 173. n. 3., in puncto Rot. Decis. 326. n. 5., «Cor. Peutinger et clarius in Fanen. Immissionis die 18. «Junii. 1733, §. Praelaudatis Cor. Eminentissimo Cal- «cagnino, ubi quod nominatus inter vivos jus nominationis «transmittit. Eo modo quo donatio inter vivos ob praemo- «rientiam donatarii ante ipsum donantem non resolvitur, «sed potius jus in donatione quaesitum donatarius ad suos «heredes transmittit, Cutel. de Donat. contemplat. ma- «trim. Tom. 2. Tr. 2. Disc. 1. special. 24. n. 14. 15., «Nogueirol. Alleg. 37. n. 23. Dec. un. n. 6., Cor. Ac- «chilli de Donat. Decis. 10. n. 35., Cor. Ottoban. Rot. «Decis. 564. n. 45. Par. 19. recent; Et quidem paritas «stringit, nam sicuti donationis jus transmittitur ad here- «des, ita et jus nominationis, cum, ut donatarius, ita et «nominatus acceptantes donationem, et electionem, non «tam sibi, quam suis propexisse censeantur, L. pactum. «ff. de Probat. Rot. Decis. 326. n. 5.» etc.

§. 468.

Todos hoje sabem com os Estatut. da Univers. L. 2. Tit. 3. Cap. 6. §. 21. no fim, que o Direito Romano «he a fonte principal de grande parte do Patrio, que «delle trouxe muitas das suas disposições.» E por isso vendo-se «que a determinação das Leis Patrias he con-

« forme a dos Romanos.... neste caso se indagará a ver-« dadeira razão das ditas Leis dos Romanos, pela illustra-« ção que della resulta ás referidas Ordenações, que com « ellas se conformárão, e as tiverão por fontes;» como determinão os mesmos Estatutos L. 2. Tit. 5. Cap. 2. §. 8.

§. 469.

Conclusão do exposto.

Combinadas pois com a Ord. L. 4. Tit. 37. no princ. §. 1. 2. e 5. as Leis Romanas citadas §. 465. 467. que forão as suas fontes, cessa toda a dúvida, que atormentou alguns dos nossos Reiniculas; e fica mais fundamentada a opinião citada (§. 462.), que seguramente sigo, e se deve seguir, e fica convencida a opinião dos DD. contrarios (§. 461.).

Nota 1.ª: Ainda mesmo quando se trata da caducação da nomeação feita no caso da Ord. no princ. e §. 1. juncto este §. 5., não he necessario se verifique huma *translação de todo o direito*, mas basta huma simples tradição do Prazo para evitar a caducação, Cald. de Potest. Elig. Cap. 9. n. 11., Britt. in. Rubr. de Locat. P. 1. §. 1. n. 93.

Nota 2.ª: Quando caduca a nomeação se o nomeante não nomea outra vez, succede por sua morte o consanguineo mais proximo, visto que o Prazo se não transmitte aos successores do nomeado predefuncto (§. 465.).

QUESTÃO INCIDENTE.

Se o nomeante e nomeado morrem ambos em algum incendio, naufragio, ou ruina, qual se presuma falecer primeiro, para se julgar a caduca ou não a nomeação?

Quando o nomeante e nomeado morrem juntamente no mesmo incendio, naufragio, ou ruina; qual se presuma sobrevivo?

§. 470. Estes successos são raros, e sobre estranha seria ociosa ea digressão, que me propuzesse, distinguindo os diversos casos, idades, sexos que se distinguem nas LL. ff de reb. dub. e se expõe pelos DD. *cum quibus* Mull. ad Struv. Exerc. 35. Thes. 88., Menoch. de Præs. L. 6. Præs. 50., Guerreir. Tr. 2. L. 4. Cap. 7. a n. 62., Peg. Tom. 1. ad Ord. Cap. 21. a n. 60., Cald. de Nominat. Q. 16. a n. 4., *plenissime* Samuel Stryk de Succession. ab intest. Disc. 10. = *De ordine mortalitatis, sive de successione commorientium = ubi non plus ultra*, só sim advirto com Portug. L. 1. Præl. 2. §. 3. n. 65., que «si donatarius et donator simul decesserint, donatio firma «remanet, quia necessarium est donatorem supervixisse, «ut mortis causa donatio revocata dicatur.» L. 26. ff. de Donat. Caus. mort. Veja-se tambem o Cod. Civil. dos Francezes P. 1. L. 3. Tit. 1. Cap. 1., aonde conformando-se com os ditos DD. expõe as conjecturas mais provadas por elles, estabelecendo-as como Lei.

CAPITULO XVII.

Por que modos, e factos se revoga, ou subintende revogada a nomeação revogavel.

§. 471.

Nomeações que *ipso jure* ficão revogadas. 1.º As *causa mortis*, morrendo primeiro o nomeado. 2.º As *causa mortis*, se sobrevem inimisades entre o nomeante e nomeado, 3.º As *inter vivos* pela supervenencia de filhos

Ha humas nomeações que *ipso jure*, independente de outro acto, facto ou declaração do nomeante, ficão revogadas; quaes são 1.ª as que sendo *causa mortis*, e conferidas ao tempo da morte sem translação de dominio, e posse, caducão por morrer o nomeado em vida do nomeante (§. 458. 464. 465.); 2.ª as assim *causa mortis*, quando depois dellas sobrevem entre o nomeante, e o nomeado inimisades capitaes (§. 456. Not. 1.ª); 3.ª as nomeações aliás irrevogaveis, quando sobrevem filhos ao nomeante, conforme a opinião defendida (a §. 452.); pois que taes nomeações *ipso jure* se revogão pelo nascimento dos filhos, independente de outra nomeação ou revogação do pai, Altim. de Nullit. Tom 5. Q. 32. a n. 651., Valasc. Cons. 31., Tondut. Civil. Cap. 54., Conciol. All. 74. a n. 24, Fontanell. de Pact. Claus. 5. Gloss. 8. P. 3. a n. 49.; 4.ª as que são essencialmente nullas, que não precisão de revogação. (§. 448.)

§. 472.

Falta de implemento das condição accusavel pelos successores

Tambem não he necessario revogar expressamente as nomeações condicionaes, e onerozas quando por falta do implemento (ainda sendo *inter vivos*) podem revogar-se; como fica demonstrado (§ 457.), porque o direito de annullar, e revogar toda a doação pela falta do implemento do onus, e condição, passá aos successores do doador, ainda que este em vida se não queixasse, Begnudell. verbo =*Transmissio*= n. 49., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 63. §. 9. n. 20., Hermossilh. in L. 6. Tit. 4. Part. 5. Gloss. 1. n. 33., Cald. de Extinct. Cap. 10. et 26., Furgol. Trait. des Testam. Cap. 11. Sect. 1. n. 46, Faber in Cod. L. 8. Tit. 38. Def. 14. *ubi optimè.*

Sed nota com o mesmo Furgol. a n. 27. as circumstancias que devem concorrer para ser revogavel a doação, e nomeação por esta causa da falta do implemento do onus, e condição; porque nenhum D. o expõe melhor.

§. 473.

Quanto ás mais revogaveis. 1.ª regra. Revoga-se por outra subsequente. 2.ª regra. A feita em acto revogavel se revoga pela 2.ª feita em acto *interivos*, ainda que nullo.

Restão as mais que precisão de actos, ou factos para se revogarem: *Regra geral:* « Nominatio revocabilis eva- « nescit ipso facto per aliam sequentem nominationem », Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. n. 81. *Segunda regra:* « Prima nominatio facta in testamento, vel in con- « tractu revocabili, censetur revocata per aliam facta in « contractu inter vivos, licet inutiliter », Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. n. 19., Peralt. in L. Qui testamento, n. 20. ff. de Legat. 2., Cald. de Potest. Elig. Cap 3. n. 46. et 50., Pinheir. de Emphyt. Disp. 6. Sect. 5. n. 106.

Consectario da dita 2.ª regra.

Nota: Consequentemente revogada a primeira nomeação revogavel, e sendo inutil a segunda feita por contracto entre vivos (por qualquer causa) passa o Prazo ao successor *ab intestato*.

§. 474.

3.ª regra. Se a 2.ª nomeação nulla revoga a 1.ª válida, aliás revogavel: ou se sendo nulla a 2.ª subsiste a 1.ª Variedade de opiniões.

Terceira regra: « Si secundus actus in quo prima re- « vocatur nominatio validus sit; tunc vere prima nomina- « tio in totum tollitur; alioquin si nullus sit, primam no- « minationem non perimit, quod enim nullum est nullum « producit effectum. » Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. n. 8. et 9. Em contrario está Pinheir. Disp. 6. Sect. 5. n. 106. dizendo: « Quando emphyteuta me revocabiliter « nominavit, sive ex testamento, sive extra illud, et postea « invalide nominavit aliam personam extra testamentum, « revocando expresse nominationem antea factam, perire « omnino talem nominationem prius factam », Cald. de Potest. Elig. Cap. 3. n. 46. et 50. E accrescenta o mesmo Pinheiro contra Caldas, que quando não ha expressa revogação procede a sua sentença « nisi ex circumstantiis « appareat emphyteutam secundo nominantem *in tantum*

« *voluisse recedere a prima nominatione in quantum se-* « *cunda valitura erat.* ».

§. 475.

Concilião-se, quando na 2.ª disposição se não revogou expressamente a 1.ª, não assim, se a 1.ª se revogou expressamente

Porém como nunca se presume que qualquer se afasta da primeira vontade, senão em quanto a segunda chegue a ser valida, e a surtir consummado effeito, como he texto bem expresso, e applicavel na L. 18. ff. de Legat. 3. ibi: « Si jure testamento facto fideicommissum tibi « relinquero, deinde postea aliud fecero non jure, in quo « fideicommissum relictum tibi vel aliud quam quod priore « testamento, vel omnino non sit relictum: videndum est, « mens mea hac fuerit facientis postea testamentum, ut « nolim ratum tibi sit priore testamento relictum, quia « nulla voluntate fideicommissa infirmarentur? Sed vix id « obtinere potest: fortassis ideo, quod ita demum a priore « testamento velim recedi, si posterius valiturum sit: et « nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non « debetur, etiam si iidem heredes utroque testamento in- « stituti, ex priori extiterunt. » Pinheir de Testam. Disp. 6. Sect. 2. n. 9. in fin. *Signanter* Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. n. 16., *optimè* Furgol. Trait. des Testam. Cap. 11. a n. 40. Por tanto huma vez que o nomeante não revogue expressamente na segunda nomeação a primeira, nunca se subintende revogar a primeira senão em quanto a segunda seja válida, efficaz, e exequivel; e por isso abandonada a opinião de Pinheir. na segunda parte, sigo a Nigro, e Caldas na terceira regra, independente das circumstancias que requer Pinheiro.

§. 476.

4.ª regra. E consectario da precedente

Quarta regra: « sicut si prima nominatio sit nulla, « valet indistincte secunda; et contra praevalet prima « si secunda eodem nullitatis vitio laborat ... Quod ratio « suadet; nam inter duos actus, quorum unus efficax est, « et alter inefficax, primus praevalet et attenditur ». Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. n. 14. et 15., Confer. Pevalt. in L. Qui testamento. n. 25. vers. = *Prima conclusio* = ff. de Legat. 2., Cald. de Potest. Elig. Cap. 3. n. 42. 45 51.

§. 477.

5.ª regra. Revoga-se (quando revogavel) pela alienação voluntaria

Quinta regra: respeitada como doação *causa mortis* a nomeação simples do Prazo, que concede faculdade de nomear até á morte: (§§. 458. 464. 465.) Assim como a doação *causa mortis* se revoga pela alienação voluntaria da cousa doada, ou seja por titulo oneroso ou lucrativo, *ut plene* Portug. de Donat. L. 1. Prael. 2. §. 3. a n. 53. ad 60. Tambem a nomeação do Prazo, *ad instar* do legado, ou doação *causa mortis*, Cald. de Potest. Elig. Cap. 3. a n. 87., Pinheir. Disp. 6. Sect. 5. n. 85

Limitações.

Nota 1.ª As limitações desta regra se devem vêr em Nott. de Testam. L. 6. Tit. 11. a n. 16. com os mais DD. que cita: pois procedem igualmente neste caso, equiparada com a revogação do legado a da doação revogavel. (N. ao §. 478.)

Nota 2.ª Se sendo nulla, e inutil a alienação voluntaria, tem a força, e efficacia de revogar a precedente nomeação, e doação *causa mortis*? O citado Portug. n. 58. absolutamente o affirma: o citado Pinheir. Disp. 6. Sect. 5. n. 86 87. 88 faz varias distincções, e conclue no n. 89. in fin.: « Ex his ergo « in nostro casu absolute dicendum est, quod etiam « per alienationem prorsus nullam tacite revocatur « praecedens nominatio, *nisi ex circumstantiis appareat mentem alienantis esse non recedere a nomina-* « *tione facta, nisi in quantum alienatio valorem habi-* « *tura sit.* » Mas veja-se largamente Barry de Succession. L. 9. Tit. 30 n. 2. cum sequent., Nott. de Testam. L. 6. Tit. 11. sub. n. 9., e ahi as limitações desta regra.

§ 478.

6.ª regra. A nomeação *causa mortis* não se subentende revogada pela geral instituição do herdeiro

Sexta regra: a nomeação *causa mortis* válida, mas revogável até a morte do nomeante, nos termos que deixo expostos (§. 458. 464., e 465.), não se subintende revogada pela geral instituição de herdeiro, depois feita pela geral instituição de herdeiro, pelo nomeante em testamento ainda válido, Castilh. de Usufr. Cap. 39. n. 34. (aonde acres-

centa que tanto se não subintende revogada, que antes não se revogando se presume confirmada, e assim largamente o comprova); *sequitur* Portug. de Donat. L. 1. Prael. 2. §. 3. sub. n. 63.; *ita etiam* Mantic. de Conjectur. L. 12. Tit. 7. n. 6.

Limitações da 6.ª regra.

Nota 1.ª Porém se o testador revogou geralmente todos os actos de ultima vontade, que antes tivesse feito, esta geral revogação basta para comprehender a antecedente doação, e nomeação *causa mortis*, Furgol. Trait. des Testam. Cap. 14. n. 54. «Mas (continua Furgol. n. 55.) se não ha revogação especial, «ou pela clausula geral, nem disposição contraria ou «incompativel no testamento, ou codicillo, ou doação «causa mortis posterior, nada impede que a doação «causa mortis anterior não possa subsistir, porque «ella póde concorrer com o testamento, codicillo, e «outras doações *causa mortis* posteriores.»

Nota 2.ª As doações *causa mortis* se revogão da mesma forma que os legados, Furgol. sup. a n. 55., Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 24. §. 26., Text in §. 1. Instit. de Donat. L. 13. et 16. ff. de Donat. caus. mort. id. Stryk. §. 42., e quaes sejão outros modos por que aquellas se revogão expressa, ou tacitamente se póde vêr no citado Furgol. a n. 56., et a n. 51., em Nett. de Testam. L. 6. Tit. 11. e 12., e em Barry. de Succession. L. 9. Tit. 30. 31. 32.

§. 479.

7.ª regra. A nomeação em testamento válido não fica revogada pelo seguinte nullo.

Setima regra: A nomeação expressa feita em testamento válido não se revoga pela nomeação feita depois em favor de diversa pessoa em testamento nullo; *maximè* quando não se revoga neste expressamente a nomeação, feita no primeiro válido: assim com Cald., e Peralt., Pinheir. Disp. 6. Sect. 5. n. 102. E ainda que no n. 103, e 104. expõe com Peralt. duas limitações desta regra, são subtilezas frivolas, e raras vezes adaptaveis a hypotheses.

Nota: Esta regra coincide com os principios fundamentaes da terceira, §. 474. e 475.

§. 480.

Quid, se no testamento 2.º e nullo, se revoga expressamente a nomeação feita no primeiro válido.

E pelo contrario se no segundo testamento nullo se revoga expressamente a nomeação feita no primeiro válido, pelejão Cald. de Potest. elig. Cap. 3. a n. 49., e Pinheir. *supra* a n. 105. sobre a subsistencia da primeira nomeação no testamento válido, expressamente revogada no segundo nullo. Eu sigo a subsistencia da primeira nomeação pelas razões da terceira, e quarta regra, §§. 474. 475. e 476. aqui applicaveis; e são urgentes as de Cald. no lugar citado; e pelas mais infra a §. 486.

§. 484.

8.ª regra. Caso que figura Nigro.

Oitava regra: «Si nominatio eius (diz Nigr. da Nomin. L. 1. Q. 18. n. 16. e 17.) in alium de parentella translata sit, puta, si heres eligens in posteriori «dispositione dixerit, ut nominatio a se facta in priori «testamento, aut codicillo valere debeat in personam alterius, quem per praesentem actum eligit, ac nominat «sub conditione assumendi nomen et insignia testatoris, «et deinde secunda nominatio ob praemorientiam electi «ipsimet heredi nominanti effectum non habuerit, certum «est primam nominationem adhuc subsistere per Text. in «L. et ideo ff. de adimend. et transfer. Leg. ubi dicitur «legatum posse uni relictum, et in alium sub conditione «translatum, si iste moriatur vivo testatore, ad eum, a «quo translatum est, pertinere, ita a pari, sane voluntas «nominantis ea est ut conseatur, alias firma, et stabilis «maneat prima nominatio, si segunda effecta est caduca; «et ratio est quia nominatio pure facta, si sub conditione «adimatur, sub contraria confirmata intelligitur, ut ait «Text. in §. legata inutiliter. ff. de adimend. et transfer. «Legat. Haec tamen vera sunt, nisi aliud arguatur ex «contraria nominantis voluntate, nam sicuti a primo le«gato pure relicto, et sub conditione in alium translato «censetur recessum, si ita testator sehserit, L. quod si

« alii ff. de adiment et transf. Leg. ita ne prima quidem « nominatio subsistit, si talis fuerit nominantis voluntas; « idcirco neutra nominatio valet, non prima, quia ab « ea recessum est, non secunda, quia effecta est caduca « ob præmorientiam, nominati ipsimet nominanti, ut « patet. »

§. 482.

9.ª regra. Remissiva

Nona regra: quando o primeiro testamento em que se comprehende a nomeação se revoga por outro válido, ou se annulla (limitando o caso da preterição) se annulla a nomeação nelle feita. V. a §. 219. *Decima regra*: esta he a que expõe Cald. de Potestat. Elig. Cap. 3. n. 51. nestes termos, *ibi:* « Denique ubi tu me testamento, aut « inter vivos revocabiliter nominasti, et postea in favorem « incapacis, secundam nominationem fecisti, nec aliter meam nominationem revocasti, quam per consequentiam, « proculdubio, nihil egisti, ex regula L. et si transferam « 20. ff. de adimend. Leg. »

10.ª regra. A 1.ª nomeação revogavel não se revoga pela 2.ª feita no incapaz.

§. 483.

11.ª regra Applica-se a Ord. L. 4. Tit. 63. § 9.

Decima primeira regra: quanto á revogação pela causa de ingratidão, *ex dictis a* §. 454. he expresso na Ord. L. 4. Tit. 63. §. 9. vers. = *E bem assi* = *ibi.*: E « bem assi não poderá o doador revogar a doação ao « herdeiro donatario por causa da ingratidão pelo dona- « tario commettida, pois a não revogou em vida do dona- « tario que a commetteu. Porque esta faculdade de poder « revogar os beneficios por causa de ingratidão sómente « he outorgada áquelles que os beneficios derão, contra « os que delles os recebêrão, sem passar aos herdeiros, « nem contra os herdeiros de huma parte, nem da ou- « tra. »

Nota: as declarações desta Ord. aliàs conforme ao direito commum se podem vêr nos DD. que refere Lim. *ibidem*, e melhor em Furgol. Cap. 11. Sect. 1. a n. 128., e em Altim. Tom. 5. Q. 32. a n. 538. com os mais DD. que estes citão.

Decima segunda regra: se hum pai nomeou irrevogavelmente hum filho, e vivo este nomeou outro; succedendo morrer o primeiro nomeado, e succedendo-lhe o pai, convalesce a segunda nomeação pelo direito superveniente ao pai, Cald. de Potest. Elig. Cap. 10. tot.

12.ª regra. A 1.ª nomeação revogada pela 2.ª ainda que inutilmente, convalesce morrendo o 1.º nomeado em vida do pai.

CAPITULO XVIII.

Por que módos se deva neste Reino provar a revogação da nomeação alias revogavel.

§. 484.

Supposto que com Cald., e Peralt. diz Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. n. 6. que « revocatio nominationis non « subest legibus testamenti, contractus, aut distractus, sed « sufficit quaevis voluntas heredis volentis recedere a prima « nominatione, » comtudo esta doutrina he impraticavel neste Reino, attenta a nossa legislação.

§. 485.

Pois que 1.º se a primeira nomeação aliàs revogavel he celebrada por escriptura publica, lá temos a Ord. L. 3. Tit. 59. §. 3., dizendo que « se o contracto principal foi « feito, celebrado, e provado por escriptura publica. . . . « provar-se-ha. . . . o distracto por outra escriptura publica » etc. E isto ainda entre as pessoas privilegiadas, §. 11. *ibi:* « Porém se entre estas pessoas for contractado por « escriptura publica, não se poderão provar os distractos, « pagas, ou quitações entre elles mesmos feitas, senão « por outra escriptura publica; porque pois podendo con- « tractar sem escriptura a quizerão fazer, queremos que « assi mesmo o distracto, paga, ou quitação, seja por es- « criptura publica. »

Huma nomeação celebrada por escriptura, só por outra se póde revogar, (sendo revogavel).

§. 486.

Se a primeira nomeação, ainda que revogavel, foi celebrada por escriptura, lá temos 2.º a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3., dizendo: « As ditas nomeaçõesn ão se poderão provar

Ou por Testamento solemne.

« por testemunhas, quando houver outra nomeação por « escriptura publica, salvo se o nomeante fizer seu testa- « mento por palavra, com as testemunhas que nossas Or- « denações requerem. E se fazendo assi o dito testamento, « nomear, valerá a nomeação feita no dito testamento por « palavra, posto que haja outra primeiro feita por escri- « ptura, no caso onde dicemos que póde revogar a primeira « nomeação, e fazer outra. » Logo, ou huma escriptura, ou hum solemne testamento, que equivale a ella, póde pro- var a revogação de huma nomeação revogavel. Esta era a praxe da antiga França, deverem revogar-se perante Notario, e testemunhas as doações *causa mortis*, como se vê em Furgol. Trait. des Testam. Cap. 14. pag. 424. n. « 6. ibi: « Como a revogação das doações *causa mortis* se « póde fazer da mesma sorte que a dos legados, como « acabâmos de vêr, segue-se que a revogação de huma « tal doação tem lugar todas as vezes que se acha que « o doador tem mudado de vontade; e basta que esta mu- « dança seja provada por hum acto de declaração diante « do Notario, e testemunhas, isto he, que o doador não « quer que a doação *causa mortis* valha, pois que huma « tal declaração basta para revogar os legados, L. militis « 36. §. veteranus 3. ff. de testam. militis; e pela mesma « razão se aquelle que tivesse feito duas doações *causa* « *mortis* em favor de duas pessoas differentes, declarasse « por hum acto na presença do Notario, e testemunhas, que « elle revogava a ultima, e que queria que a primeira va- « lesse, a ultima seria sufficientemente revogada, e a pri- « meira ficaria valiosa; como temos mostrado na 47. ques- « tão sobre as doações. » Confira-se o Cod. Civ. dos Fran- cezes art. 324., e seguintes, Tom. 2. pag. 59.

§. 487.

Analyse da Ord. L. 4. Tit. 37 §. 4

Se a nomeação he de natureza irrevogavel, e feita em testamento (cuja natureza reveste §. 286.) subsiste, ou em quanto o testamento se não julga nullo, ou se não re- voga pelo testador nomeante, dit. Ord. Tit. 37. §. 4. ibi: « E depois revogar o dito testamento, ou for por direito « por qualquer modo havido por nenhum, fica a nomeação

« assi mesmo revogada, e poderá nomear outra vez » etc. Não declara, he verdade, esta Ordenação a solemnidad- com que hade revogar o testamento, em que estiver coma prehendida a tal nomeação para esta tambem ficar revogada: e parece que deixa a fórma, e solemnidade deste revogação ao direito Romano, combinada a outra Ord. L. 1. Tit. 62. §. 24.

§. 488.

A solemnidade necessaria para a validade do Testamento se requer para a sua revogação.

Ora « solemnitas, quæ necessaria est in testamento « de jure requiritur in ejus revocatione.... quidquid exi- « git contractus, exigit quoque distractus.... res per quas- « cunque causas nascitur per easdem dissolvitur, » Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 18. a n. 1. Hum testamento solemne não se revoga com simples palavras, por mais que o testador diga, não quer que valha, « uti enim nuda voluntate non fit testa- « mentum, ita nec eadem revocatur, » Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 24. §. 35. 39. 40. Confer. Card. de Luc. de Testam. Disc. 31. n. 6., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 17.

Nota: Outros modos, como por factos, se entende revogado o testamento, se podem vêr no citado Stryk. §. 40., Mell. Freir. L. 3. Tit. 5. a §. 47., Furgol. Tom. 4. Cap. 11., Manz. de Testam. in Append. Tit. 22., Domat. pag. 338. e seg., Cod. Frederic. Tom. 3. pag. 611.

§. 489.

A doação *causa mortis*, solemnizada com 5 testemunhas, só por outra tal se póde revogar.

A doação, e nomeação *causa mortis*, que deve solemnizar-se com cinco testemunhas (§. 373.) só com outras póde revogar-se, Stryk. sup. §. 42., ex L. fin., Cod. de Mort. Caus. Donat. Porém como neste Reino huma disposição de ultima vontade verbal só possa ter força de Escriptura publica, sendo feita como as Ordenações requerem (§. 486.) huma revogação tal da primeira nomeação *causa mortis*, e revogavel, só póde equivaler a Escriptura que revogue a primeira, reduzindo-se em publica fórma nos termos da Ord. L. 4. Tit. 80. §. 3. e 4. com as solemnidades da praxe: de outro modo he neste Reino improvavel a sua renovação.

§. 490.

Quid, se a 1.ª nomeação se provar só por testemunhas?

Só sim se a primeira nomeação revogavel se provar por testemunhas, nos termos da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 3. no fim, se poderá então provar a sua revogação por outra igual prova

§. 491.

Quid se por codicillo a feita em testamento?

E se só se trata de revogar em particular huma nomeação feita no testamento, sem a revogação do todo; (como póde ser §. 450.), e assim da revogação de hum legado, necessariamente deve haver hum codicillo, Stryk. sup. §. 25. Mas este codicillo, ou ha de ser feito por escriptura, ou approvação, ou reduzido em publica fórma, nos termos da Ord. L. 4. Tit. 80 ; porque aliás não póde revogar o solemne testamento (§. 488).

CAPITULO XIX.

Que commodos, e interesses resultam ao nomeante revogando em sua vida a nomeação revogavel, ou por natureza, ou ex accidentibus?

§. 492.

1.º commodo. Faculdade de nomear segunda vez.

Primeiro commodo, e interesse: Este consiste na liberdade de nomear segunda vez, ou livremente em qualquer pessoa nos Prazos de nomeação livre; ou em qualquer filho, e consanguineo nos de providencia, Ord. L. 4. Tit. 37. princ., e §. 4 , 5.

§. 493.

2.º commodo Em que casos revertem ao nomeante os rendimentos percebidos pelo nomeado

Segundo commodo, e interesse: Se o nomeante que tendo poder de nomear até a morte, não transferindo todo o Dominio, e posse fez ao nomeado huma tradicção simples que não altera a natureza da nomeação (§. 415.), depois, a revoga, sim póde reivindica-la do nomeado, a quem a entregou, ou de qualquer terceiro a quem o nomeado a alienou; porém não vence os rendimentos mais que da *litis contestação*, Cald. de Potest. Elig. Cap. 2. n. 20. E se a nomeação, em que não houve plena translação do dominio mas só tradição simples, caduca, devem os filhos do nomeado predefuneto restituir os fructos que o

pai percebeu em vida quando entrarem á herança do avô com os tios, Vide Fragoz. P. 3. L. 7. Disp. 15. §. 8. O que eu não sigo, porque o pai os percebeu em vida, *saltem* como alimentos, que se não conferem, Pereir. Dec. 96. n. 4., Cordeir. Dub. 32 n. 15.

§. 494.

3.° commodo. *Quid*, quando se revoga pelo nascimento dos filhos?

Da mesma forma revogando o nomeante a nomeação *pelo nascimento dos filhos*, póde reivindicar o Prazo, não só do nomeado, mas de qualquer terceiro possuidor: não póde porém repetir os fructos, mais que da *litis contestação;* ainda que alguns DD. assentão, que se devem os fructos do dia do nascimento dos filhos, Furgol. Trait. des Testam. Tom. 5. Art. 41. e Tom. 6. Question. Remarquabl. sur la matièr. des Donat. Q. 37. n. 7.

§. 495.

Quid, quando se revoga pela ingratidão?

Similhantemente se o nomeante revoga a nomeação pela *ingratidão* póde reivindicar o Prazo da mão do nomeado, ou de qualquer terceiro possuidor, Furgol. Tom. 4. Cap. 11. Sect 1. n. 138. et n. 141. aonde faz uma bella analyse da L. 7. Cod de revocand. donat. mostrando-a inampliavel ás outras doações, que não sejão feitas por May, *quidquid dicant alii, nempe*, Merlin. de Pignorib. L. 5. Tit. 1. Q. 12. Mas não vence os fructos se não depois da *litis contestação*, Furgol. Tom. 4. Cap. 11. Sect. 1. n. 166., Faber in Cod. L. 8. Tit. 38. Def. 15., Perez in Cod. de revocand. Donat. n 14.

§. 496.

Ou pelo deffeito de insinuação?

Se se revoga a nomeação pelo defeito de *insinuação*, sim póde o nomeante reivindicar o Prazo de qualquer terceiro possuidor, Antonell. de Tempor. Legal. L. 1. Cap. 34. n. 8., Furgol. Tom. 4. Cap. 11. Sect. 1. n. 15.

§. 497.

Ou pela falta do implemento do *onus*, ou condição?

Se se revoga a nomeação pela falta de implemento do onus, ou *condição*, que tem causa final, sim compete reivindicação ao nomeante, e seus herdeiros contra o nomeado, e qualquer terceiro possuidor, Furgol. Cap. 11. Sect. 1. a n. 46. 142. et 154. Mas os fructos só se devem da *litis contestação* em diante, Furgol. sup. n. 48.

CAPITULO XX.

Quando entrão em collizão duas nomeações feitas a diversas pessoas, qual deva preferir?

§. 498.

Preferem quando revogaveis a ultima á 1.ª

These 1.ª No concurso de duas nomeações revogaveis por natureza (§. 413.) prefere a ultima á primeira, Ord. L. 4. Tit. 37. princ. et §. 4. (§. 473.) e o mesmo quando a primeira caduca, nos termos do §. 5. da dita Ordenação.

§. 499.

A 2.ª á 1.ª, quando era irrevogavel, mas revogavel *ex accidenti*

These 2.ª Quando a primeira nomeação irrevogavel por natureza he revogavel *ex accidenti*, pelas causas expostas a §. 448. ad 457. prefere a segunda nomeação á primeira revogada expressa, ou tacitamente, pelos modos a §. 484.

§. 500.

Se he nulla a 2.ª subsiste a 1.ª

These 3.ª Se a segunda nomeação revogatoria da primeira revogavel he nulla, subsiste a primeira, com as declarações expostas §. 474. 475. 476. 479. 480.

§. 501.

A 1.ª irrevogavel, sem translação expressa de dominio, prefere á 2.ª em que se transferio o dominio expressamente.

These 4.ª Se huma, e outra (primeira, e segunda) nomeação, são das irrevogaveis por natureza (§. 435. e 436.) e se a primeira se fez sem expressa translação de todo o dominio, e posse por actos verdadeiros, ou simbolicos, sempre prefere á segunda, ainda que na segunda interviesse essa translação por algum modo verdadeiro, ou ficto, porque (como se mostrou a §. 437. até 448.) pela primeira nomeação irrevogavel se transferiu virtualmente, e *ex Legis ministerio*, o dominio ao primeiro nomeado, de que já não podia ser privado pela tradição feita ao segundo nomeado, limitada neste caso a L. 15. Cod. de reivindicat. *signanter* Cald. de Potest. Elig. Cap. 6. a n. 23. ibi: « Ex quibus, ex Lege Regia in hoc §. 2. ut supra ex« plicata, utiliter infertur in hac materia, nominationum « emphyteuticarum, omnino recedendum fore a dispositio-

« ne, L. quoties (15.) Cod. de reivindicat. et consequen-
« ter concurrentibus pluribus nominatis illum præcedere,
« qui primo loco nominatus est. Nam si verum est, quod
« hac lege cautum est, per solam nominationem, nominato
« jus emphyteuticum irrevocabile acquiri, consequens ne-
« cessarium est, dict. Leg. quoties, locum non esse. Ex-
« ploratum est enim illius Leg. dispositionem ea ratione
« procedere, quia ex solo titulo, emptionis et venditionis,
« in favorem primi emptoris dominium non tranferri, ne-
« que aliquod jus in re.... Quocirca necessaria est tra-
« ditio, ut dominium translatum dici queat, Leg. tradi-
« tionibus, Cod. de Pact., ac proinde secundus emptor, rei
« dominus per traditionem, preferri primo debet, omni
« jure et actione reali carente, qua evocare ab eo rem
« possit.... Unde quoties solus titulus praestat dominium,
« aut jus reale, dispositio d. l. quoties cessat, ut ibidem
« post alios resolvit Jason.... Sic ergo in proposita spe-
« cie respondendum est, d. l. quoties, dispositionem quies-
« cere, cum ex prædicta resolutione constet, solum ti-
« tulum nominationis praestare nominato jus emphyteuti-
« cum reale, et irrevocabile. Quod ita sæpius ego in praxi
« resolvendum fore respondi » etc. etc. Concordão com Cald. nesta parte, e nos termos de haver entre nós a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2., que faz irrevogavel a nomeação huma vez feita, Vell. Diss. 19. n. 46. et 47., Castilh. Tom. 5. Cap. 80. n. 45. vers. = *Verum* = ibi: « Verum ea quæ di-
« cto num. 22. et 24. adnotavit, intelligit atque accipit
« ipse in terminis Legis, aut ordinationis regiæ illius Re-
« gni, qua cautum est, per solam nominationem, nominato
« jus emphyteuticum irrevocabile acquiri, sicque attento
« jure communi, et extra constitutionem illius ordinatio-
« nis, aliter dicendum; et dicisionem d. l. quoties pro-
« cedere, asserit. Sane cum apud nos lege aliqua regia id
« decisum non sit, nec de nominatione virtute contractus
« præambuli locationi *de por vidas*, aliqua Lex data; idem
« erit observandum, quod seclusa dicta Ordinatione Regia,
« ex decisione dict. L. quoties, a præcitatis interpretibus
« apparet statutum. »

Comprova-se mais o §. 501.

Nota 1.ª He regra certa que cessa a dita L. Quoties 15. Cod. de Reivindicat., e a Ord. L. 4. Tit. 7. « in « omnibus personis et contractibus, in quibus ex solo « titulo transfertur dominium, et jus reale sine tradi- « tione vera vel ficta », ut cum Gomes, Hermosilh., Covarr. e Faria, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 7. no pr. n. 43., como na nomeação irrevogavel nos termos da Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2.

Nota 2.ª Se não tivessemos a Ord. L. 4. Tit. 37. §. 2. com os seus necessarios effeitos, que contra Cordeiro demonstrei a §. 437., nesse caso teria lugar, na collisão de duas nomeações, a L. 15. Cod. de reivindicat; como reconheceu Vell., Castilho, supra, Salgad. in Labyrint. P. 2. Cap. 27. a n. 28., e seria applicavel o Aresto de Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 607. vers. = *Licet.* =

§. 502.

Quid, se concorrem duas irrevogaveis, a 1.ª sem authoridade do Senhorio; a 2.ª com ella, qual prefere? Variedade de opiniões.

These 5.ª Se entrão em collisão duas nomeações irrevogaveis, huma, e a primeira feita sem auctoridade do Senhorio, outra, e a segunda feita com essa auctoridade, sim dão preferencia á segunda, Phæb. Dec. 105. n. 19. et 20., Gam. Dec. 116., que segue Barboz. ad Ord. L. 4. Tit. 7. n. 14. outros DD. apud. Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 105., e nos Feudos, Nigr. de Nominat. L. 3. Q. 11. 21. Porém o contrario refere julgado o mesmo Peg. pag. 607., e largamente assim o comprova pag. 608. et 609.

§. 503.

Concilião-se

Combinão-se facilmente as ditas opiniões (§. 502) fazendo-se differença entre os casos, em que para a nomeação não he necessario o consentimento do Senhorio, e entre os casos, em que he preciso, (ut a §. 366.) Quando não he necessario, como quando já está facultada no Emprazamento a licença de nomear filho, ou filha, etc. (ut §. 366). Então o primeiro nomeado em quem o Emphyteuta nomeou he o primeiro nomeado com a precedente licença do Senhorio. E tão longe está de ser preferido

pelo segundo, ainda que a segunda nomeação seja feita com outra licença especial do Senhorio; e ainda que com a segunda nomeação assim licenciada concorra a posse primeira do segundo nomeado, sempre prefere a primeira nomeação á segunda, Cald. de Extinct. Cap. 10. n. 36. et 37., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 14. n. 9., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 7. in pr. n. 55, Add. ad Gam. Decis. 116. E neste sentido he que póde defender-se o Aresto transcripto por Peg. *supra*, e he que procedem as doutrinas com que o comprova; *optimè* Salgad. in Labyr. P. 2. Cap. 4. a n. 36. et 37. No segundo caso em que he preciso para a nomeação o consentimento do Senhorio indispensavelmente sob pena de commisso (como nos casos do §. 366.), neste caso he o em que propriamente se vereficão as razões de Gam. Dec. 116., como bem expôz o seu Addicionador, as de Phæb. Dec. 105., as de Barboz., e Peg. 2 For. pag. 607. vers. = *Licet* = e em que póde proceder a opinião que dá preferencia ao segundo nomeado com licença do Senhorio (*maximè* se este primeiro se immittiu na posse) em concurso do primeiro nomeado sem esta licença. Ainda que aliàs a nomeação fosse irrevogavel por natureza.

Nota: o que assim procede entre dois nomeados, procede entre dois compradores do Prazo, dos quaes prefere o segundo, que obteve o assenso do Senhorio, ao primeiro que sem esse assenso comprou, Add. ad. Gam. Dec. 166. n. 1., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 7. in. pr. n. 55. vers. = *Et e contra* = Salgad. in Labyr. P. 2. Cap. 4. a n. 38. V. Card. de Luc. de Credit. Disc. 13. et 151. Veja-se largamente Vella Discert. 19. a n. 50. et n. 52., aonde accrescenta que ainda que o 1.° comprador obtenha depois o consentimento do Senhorio, não se retrotrahe em prejuizo do direito já adquirido ao 2.°

§. 504.

These 6.ª Nomea hum pai irrevogavelmente hum fi-

lho vivo, este nomea tambem irrevogavel (mas nullamente) outro filho. Morre o primeiro nomeado, e succede como pai outra vez no Prazo: nomea depois terceira vez em outro: neste caso, e pelo direito superveniente prefere o segundo nomeado ao terceiro; porque a nomeação do segundo se convalidou, *ut latissime* Cald. de Pottest. Elig. Cap. 10. tot.

§. 505.

Caso do §. 478. *These* 7.ª Se concorre o nomeado especialmente por huma doação *causa mortis*, que aliàs podia ser revogada até á morte, com o herdeiro universal depois geralmente instituido em testamento, em que não houve revogação da primeira especial nomeação, nem outra expressa do mesmo Prazo, prefere o nomeado especialmente ao herdeiro tacitamente nomeado pela instituição geral (§. 478.)

CAPITULO XXI.

Quando na geral obrigação, renuncia, cessão, venda, legado universal do usufructo, de todos os bens, ou herança se comprehendão os Emphyteuticos.

§. 506.

Quando o Prazo se comprehenda na hypotheca geral dos bens?

Sem dúvida se comprehende na geral obrigação renuncia, cessão, venda, etc. dos bens, ou herança os Prazos, quando elles são hereditarios; como na hypotheca geral, Merlin. de Pignorib. L. 2. Q. 8. n. 23., Cyriac. Contr. 205. n. 219., Silv. in 4. Tit. 3. n. 19. no censo constituido geralmente nos bens, Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 614. Na renuncia universal de bens e herança; que tambem se comprehendem os Prazos hereditarios, Torr. de Pact. futur. Success. L. 2. Cap. 38. a n. 43. Tambem no legado universal do usufructo dos bens do testador, Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Success. Q. 8. n. 12.

Na renuncia

Nota: Como por via de regra os Prazos se podem hypothecar sem auctoridade do Senhorio, sem pena de commisso, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 3. in pr.

a n.. 18. (o que se verá mais plenamente a §. 845.); podem legar-se sem consentimento do Senhorio (§. 367.), não he muito, que se comprehendão na universalidade dos bens. Tambem como os Prazos hereditarios se podem alienar sem consentimento do Senhorio, ex Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 15., he consequente comprehenderem-se na geral venda de bens, e herança. Sendo principio geral, que *appellatione bonorum continentur emphyteutica bona*, Peg. de Mayorat. Cap. 4. sub n. 100., citando Caldas, Egid., e Barboza.

§. 507.

Quando na renuncia de herança?

Tambem he sem dúvida, que o Prazo ainda de providencia, (com tanto, que a investidura não repugne) se comprehende na geral renuncia de bens, e herança, quando o renunciante não tem outros alguns bens, em que se verifique a renuncia. Torr. de Pact. futur. Success. L. 2. Cap. 38. n. 53., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de renuntiat. Q. 7. n. 9. Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 44. sub n. 8. vers. *sed et dictum*: comprehende-se no legado universal do usufructo, quando o testador não tenha outros bens mais que Prazos de vidas, Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Succession. Q. 8. n. 8. et Q. 13. n. 9. Comprehende-se na hypotheca universal mas subsistente só em vida do hypothecante, Silv. supra n. 22. menos, que o Senhorio não autorize essa hypotheca; porque então fica perpetua, e transcendente a seus todos os successores. Ord.

Quando no legado universal do usufructo?

Quando na hypotheca geral?

§. 508.

Quando na geral renuncia de bens?

Da mesma fórma he seguido pela mais solida opinião, que na renuncia que qualquer faz, ou de herança, ou de bens, (não havendo diversidade na expressão das palavras herança, ou bens) se não comprehendem os Prazos de vidas, de pacto e providencia, ou de nomeação, Peg. 6. For. Cap. 129. n. 23., Jul. Capon. de Pact. Q. 55. n. 15., *Latissime et omninò videndus*, Torr. de Pact. Futur. Success. L. 2. Cap. 38. a n. 12., respondendo a todas as

objecções contrarias. Conf. Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 44. n. 8., Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de renuntiat. Q. 7.

§. 509.

Se no legado universal do uso fructo dos bens se comprehende o dos Prazos de providencia?

Se no legado universal do usufructo deixado v. gr. pelo marido a mulher, se comprehende o usufructo dos Prazos de providencia, e de vidas. Disputão esta Questão largamente Cald. de Potest. Elig. Cap. 17. a n. 22., e Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Success. Q. 8. Se o testador disse, que deixava o usufructo de todos os seus bens hereditarios, he sem dúvida que se não comprehendem os Emphyteuticos de vidas, Fulgin. *supra* n. 12. in fin. Se disse simplesmente, que deixava v. gr. a sua mulher usufructuaria de seus bens; a regra he, que se não comprehendem os Emphyteuticos de providencia de vidas, Fulgin. *supra* n. 2., Cald n 22.; limita-se porém esta regra 1.°, quando o testador disse que deixava sua mulher usufructuaria «omnium singulorum, et quorumcumque bonorum et quoquomodo ad ipsum spectantium; secus si dixisset omnium et singulorum, bonorum ipsius testatoris.» Fulgin. n. 4. Se bem que Cald. n. 23. se satisfaz com que o testador dictione universali usus, omnium bonorum suorum usumfructum uxori relinquat, nam qui omne dixit nihil excludit.... Ideoque, ut etiam emphyteusis usumfructum legasse maritus intelligatur, exigitur, quod per dictionem universalem omnium bonorum usumfructum testator leget»: limita a mesma regra 2.°, o mesmo Fulgin. n. 3. ut ibi: «Nisi constaret de contraria mente testatoris, saltem ex probabilibus conjecturis, cum hæc quæstio sit voluntatis, quæ voluntas vel verbis expressis, vel ex probabilibus conjecturis probari debet» etc. Et n. 9. ibi.: «Declara, quando constaret de mente testatoris clarissimè ex conjecturis, testatorem voluisse relinquere usumfructum bonorum emphyteuticorum, tunc hæres tenetur dare dicta bona ad usumfruetandum, etc.

Hypotheses particulares, que se achão decidadas neste Reino.

§. 510.

Primeira: Antonio vendeu a Bento o que lhe pertencia herdar por falecimento de sua filha Maria predefuncta, e tudo o que por morte della pertencia a elle vendedor: duvidou-se; se hum Prazo de vidas, que havia sido dotado á mesma filha defuncta, falecida sem filhos, e em que succedeu o pai se comprehendeu naquella venda? Julgou-se que sim, em Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 213.

Julgou-se comprehendido hum Prazo em huma venda universal de bens de huma herança.

Nota: Aqui interveio hum titulo oneroso de compra; que recebe larga interpretação em favor do comprador contra o vendedor sobre as comprehensões da cousa vendida; Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 7. n. 103.; e porisso se comprehendeu o Prazo; em differença da renuncia universal de herança, que recebe stricta interpretação, Torr. de Pact. L. 2. Cap. 38. n. 34.: e em differença do legado universal do usufructo, de que fallei §. 507., em que só se comprehendem por via de regra os bens de que o testador era *pleno jure* senhor, Portug. *supra* a n. 98.

Differença entre a venda, *titulo oneroso;* e da renuncia, ou legado, por titulo lucrativo.

§. 511.

Segunda: Maria fez dote a huma sua sobrinha, e entre outros bens que lhe dotou disse = *que lhe dotava tudo o que ella herdasse de seu marido.* = Depois o marido nomeou-a em um Prazo, em que elle era 3.ª vida: duvidou-se se este Prazo se comprehendia naquelle dote? Julgou-se, que não; porque a doadora adquirio o Prazo por titulo de nomeação, e não por titulo hereditario, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 822. 823. 830.

Julgado. O dote feito do que o dotador herdasse de outro, não comprehendeo o Prazo, que lhe proveio do mesmo por nomeação.

§. 512.

Julgado. Não se comprehendeo em huma cessão de herança hum Prazo de grande valor, que o cedente ignorava pertencer-lhe.

Terceira: Bernardo fez em favor de Caetano huma cessão, e renunciação por estas palavras. = *Para que possa tirar, e reivindicar todos, e quaesquer bens a ella dita herança pertencentes, que se acharem alheados, ou sejão de Prazo, ou livres, ou de outra qualquer qualidade.* = Pertencia a esta herança hum Prazo de grande valor: disputou-se, se naquella cessão, e renunciação se comprehendia o tal Prazo? Esta hypothese refere Peg. 3. For. Cap. 28. n. 838., e o Senador Lopes de Oliveira deliberou, que o tal Prazo se não comprehendeu na cessão, e renunciação, apezar de se enunciarem bens de prazo, por ser de grande valor, e concorrião muitas circumstancias demonstrativas de que o cedente ignorava o direito, que tinha á reivindicação desse Prazo; e não se provava que elle tivesse sciencia de que lhe pertencia.

Nota para illustração desta Questão; veja-se Stryk. Vol. 12. Disp. 15. = *De certioratione jurium renuntiandorum* = Cap. 3. *De juribus in quibus necessaria est certioratio* = e Cap. 4. = *De probatione certiorationis*, et Cap. 5. = *De effectu omissæ certiorationis* =

§. 513.

Julgado. Na doação de huma quinta com suas pertenças não se comprehendeo hum Prazo adjacente.

Quarta: Anselmo fez doação a Fabricio de huma quinta com suas pertenças: Anselmo tinha hum Prazo, que muitos annos antes possuia connexo á mesma quinta: duvidou-se, se este Prazo se comprehendeu na doação? Em Peg. 3. For Cap. 28. a n. 756., se decidiu, que não, e entre outros fundamentos porque era duvidoso se o doador tinha ou não effectivamente unido o prazo á quinta, e porque havia circumstancias exclusivas da união: veja-se porém apezar desta decisão Castilh. L. 5. Controv. Cap. 62., aonde larga, e magistralmente tracta, quando pela distinação do pai de familias dois diversos predios constituem hum só para se comprehender o todo da doação, legado, etc. *Signanter*. Altimar ad Rovit. L. 1. Observ. ad Consil. 67. a n. 32.

§. 514.

Quinta: dotou o pai huma filha; e esta recebido o dote com seu esposo disserão. = *Que serião obrigados a lhe darem paga e quitação, assim do movel, como do dinheiro, e de tudo o mais que lhe couber.* = Pertencia a esta filha hum Prazo proveniente da mai defuncta: duvidou-se, se aquella renuncia lhe obstava para pedir o Prazo, e os mais bens provenientes da mai? Julgou-se, que não, em razão de ser a renuncia *stricti juris* inampliavel ao que nella se não declarou especificamente; e interpretavel quanto possivel for, para que prejudique o menos ao renunciante: V. Peg. 3. For. Cap. 28. a n. 93.

Na renuncia que a filha dotada fez ao Pai, de tudo o que lhe coubesse, não se comprehendeo hum Prazo.

TERCEIRA PARTE.

ENCARGOS, E OBRIGAÇÕES DO EMPHYTEUTA, OU RELATIVAMENTE A TERCEIROS; OU RELATIVAMENTE AO SENHORIO: TANTO POR FORÇA DOS PACTOS, COMO PELAS DISPOSIÇÕES DO DIREITO.

CAPITULO I.

Primeira obrigação do successor do Prazo: conferir a seus irmãos a estimação do Prazo, ou das bemfeitorias delle: em que casos?

Analyse da Ord. L. 4. Tit. 96. §. 23. e 24., e Tit. 97. §. 22. 23. 24. e 25.

§. 515.

Divisão

Para proceder com methodo, e clareza distinguirei quatro casos: 1.°, quando se trata da collação por estimação do Prazo hereditario puro, ou misto, ou familiar perpetuo: 2.°, quando se trata de conferir o preço ou estimação do Prazo comprado pelo pai, ou adquirido por titulo oneroso: 3.°, quando se trata da obrigação de conferir, ou não o Prazo, que não sendo fateosim, nem de vidas comprado, ou adquirido por titulo oneroso, elle foi nomeado ao successor com reserva do usufructo em vida do nomeante, ou sem ella: 4.°, quaes bemfeitorias feitas nos prazos devem conferir-se; e como devão para esse fim estimar-se?

§. 516.

Collação *só* he praticavel entre descendentes legitimos.

Antes porém que me proponha expor em particular o que ha em direito em cada hum dos ditos casos, devo advertir estas geraes prenoções. Primeira: que o direito da collação só he praticavel entre descendentes legitimos, que sejão herdeiros necessarios; e não entre filhos Igeiti-

mados, ascendentes, irmãos, ou quaesquer outros herdeiros, Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 2. Segunda: e consequentemente, que se quando são muitos herdeiros instituidos, sem que algum seja expressa, ou distinctamente nomeado no Prazo, todos nelle se subentendem nomeados, e entre todos se divide por estimação, na fórma exposta a §. 273. Se comtudo hum dos herdeiros he prelegatario, e especialmente nomeado no Prazo, cessa nelle a obrigação de conferir a sua estimação aos mais coherdeiros na universalidade da herança; ainda que o tal Prazo tivesse sido comprado pelo testador; ou adquirido por titulo oneroso, ou bemfeitorisado: e isto não só pelas ditas razões, mas pelas que terminantemente expõe Pinell. in L. 1. Cap. de Bon. matern. P. 2. sub. n. 71. vers. = *Ex quibus* = Valasc. de Partit. Cap. 13. n. 113. et n. 124., Pereir. Dec. 96. n. 5.

O herdeiro extranho prelegatario do Prazo não deve conferir aos coherdeiros nem o preço da compra, nem as bemfeitorias.

Nota: seja muito embora *lato modo quid hereditarium* o preço por que se comprou o Prazo, ou o que em bemfeitorias delle se despendeu: isto só póde vir em consideração, ou quando se trata do prejuizo dos credores do Emphyteuta, ou das legitimas dos filhos delles, que aliàs avultarião se o pai não fizesse essa compra, nem essas despezas. Hum Emphyteuta porém que compra, que melhora, não tendo credores, nem filhos, a ninguem he responsavel O Prazo assim comprado, e melhorado he seu como quaesquer outros bens. Se o nomea, ou se o deixa em prelegado, o dá, e deixa no seu todo, como quem dá e prelega outros bens; e cessando entre o donatario ou prelegatario, e seus coherdeiros o direito da collação (§. 516.) cessa a obrigação de lhes conferir o Prazo, ou bemfeitorias. O negocio versa pois só quando se trata da collação entre filhos, e herdeiros necessarios. Ora.

QUANTO AO PRIMEIRO CASO

Collação do Prazo fateosim.

§. 517.

Prazos fateosins devem conferir-se por estimação.

Já no §. 107. figurei tres diversas especies de Prazos fateosins perpetuos, segundo a nossa legislação unidos Em todos os figurados no §. 107. formul. 6. 7. 8. he geral a Ord. L. 4. Tit. 96. §. 23. ibi: « Os aforamentos « perpetuos que algumas pessoas tomão para si, e seus « herdeiros, e successores, sempre se hão de partir por « estimação entre os filhos ou herdeiros do defuncto. » E ou sejão por qualquer dos conjuges adquiridos constante o matrimonio em perpetuo por quaesquer palavras que no contracto forem postas, ou fossem por qualquer delles adquiridos antes do matrimonio, se communicão entre os conjuges, ex dict. Ord. §. 24., sendo hereditarios.

§. 518.

Os hereditarios são communicaveis entre marido e mulher, augmentão a terça, etc.

Nestas duas especies de Prazos hereditarios perpetuos, simples ou mixtos, he que com propriedade se verifica o que dizem os nossos Reinicolas, scilicet, que se equipárão aos allodiaes; que se communicão entre os conjuges; que nelles se faz execução pelas dividas dos Emphytentas, como nos bens livres; que elles são herança; que entrão nas terças, e as augmentão; que nelles succedem ab intestato os herdeiros; que na successão delles tem lugar o direito da representação, que entrão no juizo *familiae erciscundae*, e *petitionis hereditatis;* que se não podem reter pelo herdeiro repudiada a herança; nem pelo filho desherdado; que se comprehendem no fideicommisso geral dos bens, etc., etc. *Ita* Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. a n. 15., Peg. 2. For. Cap. 9. a n. 16., Portug. de Donat. L. 3. Cap. 43. a n. 26., Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. a n. 214.

§. 519.

Os fateosins familiares.

A outra especie de Prazos fateosins, que são dados para aquelles que os recebem, e para seus filhos, e descendentes, sem fazer menção de herdeiros ou successores,

he familiar perpetuo: a mulher, ou marido não communicão nesta especie de Prazos, como declara a dita Ord. §. 24. Porém elles sempre se devidem por estimação entre os herdeiros do solteiro, ou conjuge que foi senhor delles: e ainda que a dita Ord. §. 24. o não declare com clareza, assim o entendem Valasc. de Partit. Cap. 26. a n. 10., et Pinheir. Jur. Emphyt. Disp. 5. Sect. 2. §. 5. n. 42., Cald. de Nominat. Q. 23. n. 15.

§. 520.

Huns, e outros Prazos fateosins das tres especies se devem dividir por estimação, sejão ou não comprados, sejão ou não dados em vida pelos pais; porque quanto a estes cessa a Ord. L. 4. Tit. 97. §. 23., como bem adverte Cordeir. Dub. 35. a n. 2, e esse §. 22. só he applicavel aos Prazos de vidas, como delle se vê.

§. 521.

Differença dos fateosins hereditarios puros ou mixtos.

Differem porém os fateosins hereditarios puros, ou hereditarios mixtos, dos fateosins familiares para filhos descendentes ou familia; differem, digo, 1.°, quanto á successão; como já fica advertido; (§. 319.): differem 2.°, quando a communicação entre marido, e mulher, para se communicar entre elles a estimação; pois que a dos hereditarios puros ou mixtos se communica, como se nota na citada Ord. §. 24., ou sejão adquiridos antes ou depois do matrimonio *exornant* Valasc. de Partit. Cap. 26., Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. a n. 169., Cald. de Nominat. Q. 23. n. 17. et 18., Gam. Dec. 50.: mas dos fateosins familiares se não communica a estimação entre o marido, e mulher, ex dict. Ord. §. 24., Pinheir. sup. n. 173., Molin. de Just. Disp. 476. n. 4., Cald. de Emphyt. Cap. 27. n. 36.; *aliter* nos de vidas comprados antes do matrimonio, Vide §. 542.

§ 522.

Continuão as differenças.

Differem 3.°, em que os fateosins hereditarios puros se dividem entre os herdeiros; conforme cada hum tem porção na herança; mas os fateosins em que estão chamados perpetuamente os filhos, os descendentes, as pessoas

da familia por palavras de numero plural, se dividem por iguaes partes, ainda entre os instituidos por partes desiguaes, Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sec. 2. n. 42., Valasc. de Partit. Cap. 26. n. 11., et de Jur. Emphyt. Q. 47. n. 7. in fin. et n. 8. E ainda que alguns DD. quizerão fazer esta mesma differença entre os hereditarios mixtos, para se deverem dividir *pro æquis portionibus*, ainda *inter inæqualiter institutos*, com tudo Pinheir. supra a n. 41. satisfaz bem essa contraria opinião: *Ita etiam* Valasc. de Partit. Cap. 26. n. 12.

QUESTÃO INCIDENTE.

Como se deva fazer o encabeçamento nos Prazos fateosins?

§. 523.

Letra da Ord. Lib. 4. Tit. 96. §. 23.

« Porque os taes bens (diz a citada Ord. §. 23.) se-
« gundo a natureza dos foros não se hão de partir....
« Mandâmos que se encabecem em hum dos herdeiros,
« em que se todos ou a maior parte delles concordarem,
« (concorda o Tit. 36. §. 1.) do dia que se o foreiro fi-
« nar até seis mezes; e o que assim os houver, pagará a
« estimação aos outros herdeiros, a cada hum seu quinhão,
« e a pensão ao Senhorio, segundo a fórma do contracto.
« E não se acordando, sejão obrigados vender os ditos bens
« aforados dentro de seis mezes, requerendo primeiro o
« Senhorio, se os quer tanto por tanto. E o que comprar o dito
« foro pagará a pensão ao Senhorio, e os herdeiros par-
« tirão entre si o preço, que assi houverem da venda
« segundo forem herdeiros. E passados os seis mezes sem
« o encabeçarem em algum delles, ou venderem, man-
« dâmos que o foro seja devoluto ao Senhorio se o elle
« quizer. »

§. 524.

Casos em que cessa a necessidade do encabeçamento. 1.° e 2.°

Não he porém necessaria esta fórma de encabeçamento 1.°, quando o fateosim he adquirido constante o matrimonio; porque pelo §. 24. cit. *ipso jure*, encabeçado no conjuge que sobrevive, Valasc. Cap. 26. n. 4. et 5.: 2.°,

quando foi adquirido por hum dos conjuges antes do matrimonio; porque fica *ipso jure* encabeçado nelle, se he o que sobrevive, ou em seus herdeiros se não sobrevive, dit. Ord. §. 24., Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 5. a n. 170., Valasc. Cap. 26. a n. 6.

§. 525.

Não he necessaria a formula do encabeçamento 3.°, quando o pai em vida nomea, e entrega a hum dos filhos o Prazo fateosim inteiramente: porque esta disposição do pai faz cessar a providencia da Lei, só praticavel quando o pai morre *ab intestato*; e o filho assim nomeado, e encabeçado pelo pai he o que independente do encabeçamento, que manda fazer a Lei, deve pagar a estimação aos mais filhos, e coherdeiros, Valasc. de Partit. Cap. 25. n. 21. 22. 23. 3.° O mesmo.

Nota: em quanto Valas. supra n. 23. obriga tambem ao filho nomeado no Prazo fateosim, que alem da estimação delle « refundet post mortem patris, « quantum ex fructibus emphyteusis in vita ejus col- « legit, » merece nesta parte aguda lima; porque o pai entregou o Prazo fateosim a titulo de dote, e não está o dotado obrigado a restituir os fructos percebidos em vida do dotador; ou foi doação simples, e tambem não, como he expressa a Ord. L. 4. Tit. 97. no princ.; porque se subentendem dados os fructos para alimentos, que se não conferem, Gam. Dec. 140. et 164., Thom. Valasc. All. 59. n. 10 et 11., *signanter* Pereir. Dec. 96. n. 4., Cordeir. Dub. 32. n. 15.

§. 526.

Não he necessaria 4.° a formalidade do encabeçamento, quando o pai em seu testamento manda, que o Prazo fateosim se encabece em tal seu filho; porque prevalesce a disposição do pai á determinação da Lei, Valasc. de Partit. Cap. 25. a n. 24. ad 28., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 36. et 37. O mesmo quando o pai toma em terça o Prazo fateosim, e o deixa assim a hum filho; por- 4.° O mesmo.

que o deve levar precipuo sem encabeçamento, dentro dos limites da terça, Valasc. Cons. 53. a n. 8., *quidquid dicat ipse Valasc.* n. 7.

§. 527.

5.° O mesmo

Não he necessaria 5.° a formalidade do encabeçamento por votos, quando hum dos coherdeiros tem a maior, e a mais principal parte na herança; como por exemplo, se tem legitima, e terço (*) porque nestes termos se deve adjudicar ao maior porcionario, Valasc. Cons. 53. n. 12., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 37. et 38., e ou os votos são iguaes, ou só ha dois herdeiros. *Aliter* sendo o Prazo fateosim familiar perpetuo para filhos, e descendentes, em que a partilha nelle por estimação se deve fazer por igual, e não conforme qualquer participa na herança (§. 522) Não he necessaria 6.°, no caso, *de quo* Valasc. Cons. 69. n. 17. in fin., *scilicet*, quando vendendo o pai o Prazo fateosim, hum filho reivindica a sua parte do comprador; porque este he obrigado receber a estimação do todo alienado pelo pai, para ficar encabeçado no filho que reivindicou a sua parte.

(*) Nota: declara porém Valasc. Cons. 53. n. 13. « debere portionem considerari, respectu illius rei em- « phyteuticae. Contingere enim potest, quod quis in « maiori portione sit hæres; et alius in minori, qui « tamen in illa re emphyteutica multum expendit, vel « multa debita solvit pro testatore, quibus per acci- « dens adjunctis, majorem portionem habet in bonis « testatoris, quam alter cui testator maiorem portio- « nem reliquit. Et eum verum sit dicere, quod iste « qui etiam per accidens, et non ex destinatione tes- « tatoris habet maiorem partem hereditatis, habet e- « tiam maiorem in re illa emphyteutica, quæ est de « bonis hereditatis, videtur quod sit præferendus, jam « quod hic non attendimus destinationem testatoris. « sed dispositionem legis, ne præjudicetur maiorem « portionem habenti ex aequitate et ratione » etc.

§. 528.

Fórma com que deve praticar-se o encabeçamento.

Sendo porém necessario o encabeçamento, elle, havendo menores, deve fazer-se a votos em presença do Magistrado, Valasc. Cons. 53. n. 4. et 5. « E não se concordando (diz o mesmo §. 23.) sejão obrigados vender « os ditos bens aforados dentro de seis mezes.... E pas- « sados os seis mezes sem o encabeçarem em algum del- « les ou venderem, o foro seja devoluto ao Senhorio, etc. » *Sed quid* se huns instarem pelo encabeçamento, e outros forem contumazes em cooperar para elle? Por ventura hão de incorrer na pena os innocentes pela culpa dos contumazes?

§. 529.

Cautella contra os coherdeiros contumazes em votar para o encabeçamento.

O remedio pratico para evitarem a pena cominada na Lei, he, e deve ser: os coherdeiros que instão pelo encabeçamento devem recorrer ao Magistrado, para que faça citar os outros, que compareção em certo dia para votarem, e elegerem entre si hum que fique encabeçado, com a cominação de ficarem privados dos seus votos, e se devolver ao Magistrado o direito de eleger em lugar delles. Pratica fundada na Lei 6. ff. de Option. Legat., e nas doutrinas de Cyriac. Contr. 481. a n. 3. E se elles não comparecem, ou são *aliundè* contumazes, a eleição se devolve ao Juiz, como se deduz da L. 79. ff pro socio, da L. 3. in fin. Cod. Commun. utriusq. jud., Nigr. de Nominat. L. 1. Q. 44. n. 1. et 2., Cyriac. supra, Gratian. For. Cap. 239. n. 1. 2. et 10., De Luc. ad eund. Gratian. a n. 1. et *signanter* n. 8. E accusada então a contumacia, ou se não comparecem *re integra*, ex Cyriac. supr. n. 24. se faz o encabeçamento á sua revelia, e o julgador elege em nome delles.

Nota: que o dinheiro pelo qual o coherdeiro, em que o Prazo ficou encabeçado, ficou devedor aos coherdeiros na estimação do Prazo, vence juros legaes, ainda não estipulados, ex Cabed. Dec 166., Guerreir. Tr. 2. L. 8. Cap. 21., e bem se prova com a Resolução de 12 de Junho de 1770 (sobre as Decimas),

As estimações do Prazo adjudicadas aos coherdeiros vencem juros legaes.

§. 12., e com o Alvar. de 14 de Dezembro de 1775, §. 9. E fica com este encargo real, transcendente aos successores, onerado o Prazo de que se devião estas estimações, Peg. Tom. 7. ad Ord. L. 1. Tit. 87. §. 4. n. 222.

QUANTO AO SEGUNDO CASO

Collação do Prazo de vidas adquirido pelo pai por titulo oneroso.

§. 530.

Collação do Prazo de vidas comprado.

«E não lhe sendo (o Prazo) dado em vida do pai, «ou mai, mas nomeando-o sómente ao prazo depois de «sua morte, não será (o filho) obrigado trazer o Prazo «nem a valia delle á collação, nem lhe será imputado «em sua legitima, nem descontado della, salvo se fosse «comprado, ou adquirido do dinheiro, ou fazenda do pai, «ou mai, que o nomeou;» Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22. E accrescenta que «será o filho nomeado obrigado trazer «á collação, ou lhe será contado em seu quinhão o preço «por que o Prazo foi comprado, ou o que valia ao tempo, «que o houve, qual o filho nomeado mais quizer.» Tratarei distinctamente de cada huma destas duas partes.

Letra da Ord. Lib. 4. Tit. 97. §. 22.

§. 531.

Razão da Lei

E por quanto a razão da dita Ord. na 1.ª parte he «quia emphyteusis sic empta dicitur in jure profectitia, «et ut talis imputanda venit, maxime quia pater tantum «diminuit de patrimonio quantum pretii dedit pro tali «emphyteusi, quod sane inter fratres erat dividendum: «ergo æquitas expostulat ut filius nominatus, (seu legalis «successor), qui percipuam percipit Emphyteusim in suam «legitimam teneatur imputare, ut servetur æqualitas in-«ter filios;» como com Valasc., Gam., Cald., Mendes de Castr., Gabriel Pereir., Egid., Molin., e outros diz o Mestre Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. sub. n. 180. *sequitur* Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 2. sub n. 31. E esta

razão comprehende na sua generalidade todos os casos em que se identifica. Portanto:

§. 532.

Consectarios da Lei, e da sua razão para dever conferir-se. 1.° Quando comprado. 2.° Quando adquirido por permutação. 3.° Por doação remuneratoria. 4.° Em pagamento de vida ou serviços. 5.° Por qualquer titulo oneroso.

Segue-se da primeira parte desta Ord., e da sua razão 1.° que huma, e outra procedem «sive pater titulo «emptionis, permutationis, (1.ª) sive donationis remune- «ratoriae, (2.ª) sive dationis in solutum, (3.ª) pro debito «vel servitio, (4.ª) sive alio quocunque titulo oneroso (5.ª) «illum adquisiverit; nam in omnibus prædictis casibus «verum est dicere patrem diminuisse proprium patrimo- «nium, emphyteusim adquirendo ut filio donet; qua di- «minuitione considerata, ut servetur æqualitas inter filios, «merito debet imputari, vel conferri: deinde quia in om- «nibus prædicta emphyteusis censetur profectitia a patre; «ac per consequens necessario imputanda» etc. *Ita cum* Molin. et Valasc. Carvalh. P. 4. Cap. 1. n. 181., e o seguem Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 2. a n. 31., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. a n. 56.

Nota 1.ª = Permutationis. = «Nam quod dictum est in emptione, etiam in adquisitis ex permutatione observandum est,» Cald. de Potest. Elig. Cap. 17. n. 17. in fin: de fórma que o Predio adquirido pela permutação fica como subrogado em lugar do allodial permutado; e a mulher que he meeira no preço, ou estimação do Prazo comprado com dinheiro, fica communicando no valor do adquirido pela permuta, Cald. supra.

Nota 2.ª = Sive donationis remuneratoriae. = Porque (como largamente comprova Peg. a L. 1., a n. 128.) «aquella doação, que se faz em remuneração, «não se reputa por doação, mas por pagamento de di- «vida, L. Aquilius, ff. de Donat.... E outro sim se re- «puta a dita doação remuneratoria por permutação.... «Pela qual razão dizem os DD. que a doação remu- «neratoria se reputa por venda, e se equipara a ella» etc., etc.

Nota 3.ª = Sive dationis in solutum = «quia da-

« tio in solutum voluntaria non solum similis est ven- « ditioni, et in omnibus vim verae venditionis habet, « sed etiam dicitur vera venditio », Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 12. in pr. a n. 19.

Nota 4.ª = Pro debito vel servitio = que o Prazo adquirido pelo pai em remuneração de serviços proprios, ainda que nelle seja chamado para segunda vida, ou substituido o filho, he hum bem profecticio, que o filho necessariamente deve conferir, o comprova admiravelmente Cald. 48. a n. 16. et 19., Valasc. Cap. 13. n. 108, *ubi distinguit.*

Explicão-se diversos titulos oneroso.

Despeza na reivindicação do Prazo.

O que se deo para o haver por composição.

Nota 5.ª = Sive alio quocunque titulo oneroso = consequentemente he o filho obrigado 1.º a satisfazer, e conferir, ou imputar na sua legitima o que o pai dispendeo em reivindicar o Prazo; com a declaração porém, que resolvendo-o assim, expõe Cald. de Emption. Cap. 27. n. 41. et 42. *Confer in simili*, Molin. de Primogen. L. 1. Cap. 27. in fin., Valer. de Transact. Tit. 4. Q. 2. sub. n. 33. He obrigado 2.º satisfazer tudo quanto o pai Emphyteuta dispendeo para remir por composição a acção com que hum terceiro tentava reivindicar-lhe o Prazo, ex Valer. sup. n. 32., e ainda que no n. 34. siga o contrario *rationę infinitatis vitandae*, esta infinidade cessa entre nós huma vez conferida essa despeza, attenta a Ord. L. 4. Tit. 97. §. 23., e cessa a doutrina de Valasc. Cons. 96. n. 10.

§. 533.

Amplia-se a regra o caso em que o pai dolosamente renuncia Prazo na mão do senhorio, para que o renove no filho.

Da mesma Ord., e sua razão (§. 530., e 531.) segue-se 2.º que « si pater acquirens renuntiet emphyteu- « sim in manibus domini directi, ut novo renovationis ti- « tulo ad filium deveniat, quasi hac cautella velint paren- « tes filios eximere ab imputatione pretii, quo emphyteusis « empta fuit. Quia cum titulo oneroso ad patrem pre- « venerit, et ipsius patrimonium diminuisset, in ipsa adqui- « renda semper erit imputanda » etc. *Ita cum* Cald. de Nominat. Q. 18. n. 7. et ad §. *sed haec.* n. 60. et 89. de Inoficios. Testam. Valasc. Cap. 13. n. 105., Carvalh.

P. 4. Cap. 1. n. 182., que seguem Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 2. n. 33., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. n. 59.

§. 534.

O mesmo procede no Prazo dos bens da Corôa (que se regula *ad instar* dos particulares, ex Ord. L. 2. Tit. 35. §. 7. et. L. 4. Tit. 36. §. penult.), pois se o pai o renunciar nas mãos do Soberanno para de novo ser conferido ao filho, deve este imputa-lo na legitima, havendo sido adquirido pelo pai por titulo oneroso, Cald. de Nominat. Q. 18. n. 7. et 52., Carvalh. sup. n. 183., ampliando esta mesma resolução ás tenças e juros reaes, tendo sido comprados pelo pai, ex Gam. Dec. 29. n. 5., Valasc. dit. Cap. 13. n. 179.

O mesmo nos Prazos dos bens da Coroa

§. 535.

Segue-se 3.° da Lei e sua razão (§. 530. e 531.), que deve o filho conferir o Prazo comprado « etiam in « casu quo pater emptor Emphyteusis fuerit ultima vita, « et renovationem a domino directo obtinuerit, ita ut fi- « lius virtute nominationis in emphyteusim succedat; nam « licet filius magis ex renovationis jure, quam virtute « emptionis emphyteusim capiat, tamen cum adquisitio « paterna fuisset onerosa, ita ut patrimonium diminueret, « semper venit imputandum pretium, quia quando pater « emit, etiam renovationis jus emisse censetur. » *Ita cum* Cald. de Nominat. Q. 18. n. 53., Gam. Decis. 229. n. 2 et 3., Valasc. dit. Cap. 13. a n. 106., Carvalh. *supra* n. 184., aonde amplia, ainda que o pai comprador morra em vida do vendedor que era a terceira e não chegasse o comprador a figurar vida, ex Ord. L. 4. Tit. 38. §. 3., seguem Carvalh. Pinheir. *supra* n. 33., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. a n. 59. ad 62.

Amplia-se ainda que o pai e comprados fosse ultima vida, e o filho fosse renovado.

Nota: Ainda que Barboz. ad Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22. n. 10. et 12. seguisse o contrario, he confutado pelos DD. citados (§. 531.), se bem que essa opinião de Barboz. só póde ser seguida quando o Senhorio, segundo a distincção dos casos que se expo-

Declara-se, quando o senhorio não he obrigado ronovar findas as vidas.

*

rão (a §. 1063.) não he obrigado renovar o Prazo, e a renovação que lhe concede he livre, e arbitraria.

§. 536.

Quid se o filho successor resgata os bens de Prazo vendidos pelo pai com o pacto de retrovendendo?

Segue-se 4.° da mesma Lei, e da mesma razão (§. 530. e 531.), se os pais senhores plenos de seus bens os venderem, e outra vez por pacto de venda os receberem emprazados da mão do comprador, constituindo o Prazo improprio de que fallei nos §§. 101. e 102, neste caso, como são em effeito huma diversa especie, e commummente se vendem com esse pacto as fazendas por menos do justo valor, ficando-se pagando medidas só correspondentes ao dinheiro recebido, se com effeito as fazendas assim sugeitas ao prazo valerem muito mais que o dinheiro recebido, deve o excesso do valor conferir-se pelo filho successor do Prazo; porque vem a ser prejudicial ás legitimas dos máis filhos.

§. 537.

Amplia-se ao Prazo recebido em dote com estimação, que induz venda.

Segue-se 5.°, que se o pai não comprou ao sogro o Prazo, mas sim o recebeu em dote estimado, com estimação tal, que induzisse venda, deve tambem o filho conferir a sua estimação, Carvalh. P. 4. Cap. 1. sub. n. 194., Cordeir. Dub. 33. n. 4.

Nota 1.ª Quando a estimação, do dote seja, ou não venda em effeito, ou só huma simples estimação, para o caso da sua restituição, Veja-se largamente Bagu. Cap. 22., aonde reassumin toda a materia.

Nota 2.ª Já adverti (§. 529. N.) que vence juros legaes a divida da estimação do Prazo, que se deve aos coherdeiros.

Casos em que cessa a obrigação de conferir a estimação do Prazo assim adquirido por titulo oneroso.

§. 538.

Cessa a obrigação da collação. 1.° Quando o pai tomou em 3.ª a estimação e a legou ao filho successor do Prazo

Cessa, e se limita esta obrigação do filho, 1.° quando o pai nomeando o Prazo assim adquirido em hum filho, lhe lega e deixa expressamente a estimação delle, ou o preço da compra, tomando-o em seu terço, cabendo nos limites delle, e não tendo doado a outro filho o mesmo terço, nem estando em todo ou parte sugeito aos dotes. *Ita* Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. n. 182. vers. =*Potest tamen.*=Valasc de Partit. Cap. 13. n. 111.

§. 539.

2.° Quando o pai deixou a hum filho o Prazo comprado e intencionou legar-lhe a estimação em terço

Cessa, e se limita 2.°, quando o pai lega em testamento ao filho o Prazo comprado, ainda que expressamente não tome no terço a sua estimação; porque a Ord. dit. §. 22. só procede quando o pai comprador do Prazo o nomea por contracto, e não quando por testamento; e por outras mais razões, que resolvendo assim este caso, expõe contra Valasc. de Partit. Cap. 13. a n. 90. et 102. o nosso Egidio na L. *Ex hoc jure* Tom. 1. Cap. fin. n. 65. Huma e outra opinião concilia Carvalh. supra sub n. 191. in fin. (conciliação que seguem Pinheir. de Emphyt. Disp. 5. Sect. 2. n. 34., e depois de Carvalho, e Pinheiro Peg. 2. For. Cap. 9. n. 36., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. n. 64. 65. 66.) nesta fórma. Se o pai no testamento nomeou o Prazo comprado no filho simplesmente, procede a opinião de Valasco; porque se subintende que assim só o quiz nomear, e não melhorar no preço: se porém (diz Carvalho) «ex mente patris constiterit quod filio voluit prælegare ultra legitimam, tunc «dicendum est verum dicere Ægidum; nec filius tenetur «ad imputationem» etc.

Nota: sobre as ultimas palavras de Carvalho = si ex mente patris constiterit = etc., e dos mais que seguem a sua conciliação, he Questão nervosa: se

para se subintender *ex mente patris*, que quiz excluir a necessidade da collação, he preciso huma vontade expressa; ou se bastão conjecturas, e quaes? Que seja necessaria huma clara expressão do pai o diz com Valasc. Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. a n. 214., e com muitos DD. Samuel Stryk. de successionib. ab intestat. Diss. 11. Cap. 6. §. 7. Pelo contrario, que bastem para excluir a necessidade da collação conjecturas demonstrativas da vontade do pai, o resolve, e defende com Brunneman., Carpzov., Zoez., Per., Fabr., Molin. e outros, o mesmo Stryk. de Jur. Sens. Diss. 9. Cap. 3. a n. 8., e melhor Barry de Successionib. L. 14. Tit. 6., aonde refutando o nosso Valasc. não só segue o contrario, mas expõe especificamente as conjecturas demonstrativas da vontade do pai. Vejão-se quando for preciso.

§. 540.

3.° Quando o pai legou a extranho o Prazo nomeavel ou extranho

Cessa, e se limita 3.°, quando o pai que havia comprado o Prazo o legou a extranho, ainda que expressamente não tomasse o preço da compra em sua terça; porque como só entre filhos he praticavel o direito da collação, huma vez que o pai legou a extranho o Prazo comprado, foi visto legar o preço na sua terça, *dummoda* a não tenha antes obrigado a dotes, ou della não dispozesse de outro modo, Valasc. de Partit. Cap. 13. n. 124. et 125., Pereir. Dec. 96. sub n. 5

§. 541.

4.° Quando huma vez conferido?

Cesso, e se limita 4.°, quando huma vez foi conferido o preço da compra, como he expresso na Ord. dit. Tit. 97. §. 25. ibi: «depois que huma vez se fizer partilha «do preço.... não tornará outra vez á colação» etc., *exornant* Carvalh. P. 4. Cap. 1. n. 195., Cabed. P. 2. Dec. 111. n. 7., Pinheir. Disp. 5. Sec. 2. n. 36., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. n. 164. Só sim póde vir em dúvida, o que muitas vezes tem occorrido, e se vê largamente disputada, e decidida no Reperton. debaixo da conclusão. = Mulher he meeira na valia do Prazo de no-

meação = ut ibi: « Si maritus, constante matrimonio, em-
« phyteusim emerit pro se, et certis personis nominandis,
« habebit uxor per mortem illius dimidium aestimationis,
« seu pretii, quo ipsa emphyteusis empta fuit, ut disponi-
« tur in hac Ordinatione, et tenet Valasc. de Partit. Cap.
« 26. n. 15., Carvalh. in Cap. Raynaldus, de Testament.
« P. 4. Cap 1. n. 197., Pinheir. de Emphyt. Disp. 5.
« Sect. 5. §. 5. n. 174., Peg. Tom. 7. ad Ord. L. 1. Tit.
« 87. §. 4. Gloss. 6. n. 148. et 151. 152. 171. 178.
« et 187., Guerreir. de Division. L. 2. Cap. 8. n. 174. Lo-
« quitur autem hæc lex alternative, scilicet quod mulier
« habeat dimidium aestimationis, aut dimidium pretii, quod
« expensum fuit in emptione emphyteusis, sed non declarat
« ad quem pertineat electio hujus alternativae; et ideo
« cum in alternativis, per regulas juris, electio sit debi-
« toris, pertinet ad heredes eligere, ut declarat Valasc.
« de Partit d. Cap. 26. n. 16., Pinheir. de Emphyt. d.
« Disp. 5. 174. Quid autem si mortua uxore maritus in
« prima divisione solverit filiis medietatem pretii, quo em-
« phyteusis empta fuit, retenta sua medietate, an postea
« filius nominatus in ipsa emphyteusi, teneatur eandem
« Patris medietatem post ejus mortem in secunda divi-
« sionem fratribus conferre? hanc quæstionem proponit,
« ac resolvit, Carvalh. de Testam. in Cap. Raynald. P. 4.
« Cap. 1. n. 197., dicens, quod filius tenetur imputare
« medietatem patris; Peg. de Maior. P. 2. Cap. 19. sub
« n. 19. vers. 4. in fin, aliàs daretur inæqualitas inter
« liberos, ut considerant idem doctores. Ex quo clare in-
« fertur, quod si pater, aut mater totam emphyteusim in
« suam medietatem acceperit, tenebitur filius nominatus
« totum pretium fratribus conferre, ut ait idem Peg. d.
« Cap. 19. d. n. 19. et ita bis judicatum fuit in duobus
« casibus, quos notavit Senator Joann. Alvar. da Costa ad
« Ord. L. 4. Tit. 97. §. 23. ibi: anno 1677, Judicibus,
« Quifel, Meirelles, Freire. Alvares. Coelho, Scriba, Lou-
« renço Correa Torres, et post Diogo Soares da Gama, Par-
« tes, Joseph Gomes Teixeira, com Paula Branca, judica-
« tum fuit quod pars emphyteusis, seu pretii adjudicati

Quid se na partilha se imputar a metade da estimação na meação do conjuge, se na morte delle, se deve outra vez conferir esta ametade?

« conjugi, debet iterum conferri, mortuo altero conjuge. « E na Appellação de Christovão Gomes de Paiva com o Ca- « pitão Matheus da Silva, scriba Domingos Dias do Couto, « eodem anno judicatum, quod totum pretium est confe- « rendum in secundis divisionibus, quando in primis uni « conjugi tota emphiteusis fuit adjudicata, tum propter « præjudicium filiorum, quia parens, si lucraretur bona « allodialia, haberent filii partem, et aliàs unus conjux to- « tum pretium lucraretur. Et ita etiam judicatum fuit in « Lite inter D. Mariam de Bem Salinas, et Ludovicum de « Bem Salinas, die 28 Augusti, anno 1664, Scriba Luiz « Lopes Soares do Avellar. Et postea etiam evictum fuit « in Lite inter Isidorum a Luce Freire de Barros, com a- « liis litis consortibus, et Antonium Ludovicum de Sa Pe- « reira, die 25 Februarii, anno 1649, Scriba Joachim « Pinto da Silva. E noviter me auxilium præstante, judi- « catum fuit in favorem Damini de Ceita Correia, Equi- « tis Divi Jacobi, contra Antonium Ferreira Coelho, hoc « anno 1751, Judicibus, Cordeiro, Sampayo, Carvalho: « Scriba Emmanuel da Costa Pereira; a qua sententia fuit « petita et concessa Revisio, sed in eodem gradu Revisio- « nis fuit sententia confirmata. Et super hoc puncto vide « judicium Senatoris Joann. Alvares da Costa in sequenti « Nota ad dictam ordinationem, ibi: Nota, que morrendo « hum dos conjuges, se dá partilha da ametade do prazo; « e tem muitos para si que morrendo depois o outro con- « juge, se não deve partir a outra ametade, por ter já o « Prazo vindo em partilha, o qual partido huma vez não « entra mais em juiso divisorio. O que parece mais co- « herente he que, se pela morte do primeiro conjuge se « encabeçar o Prazo, que custou v. g. e vale vinte mil « cruzados, em hum filho, e este der a seu irmão a le- « gitima de cinco mil cruzados, e a sua mãi ametade, que « são dez mil cruzados: ao depois, morrendo a mãi não « deve o encabeçado dar partilha ao irmão, porque viria « a comprar todo o Prazo, e a ficar sem legitima: se po- « rém o Prazo ficar na mãi, se deve então da sua ametade, « que não foi partida, dar partilha; e o contrario seria

« iniquo. E se o Prazo ficar em hum dos conjuges sem « tornas, parece que não entrou na partilha da herança « e ha de vir todo na segunda partilha, para igua'ar os, « filhos. Porém se o Prazo for estimado com mais bens, « e adjudicado a huma parte, não torna á partilha, ha- « vendo tornas.»

§. 545.

Cessa 5.° a obrigação de pagar a metade da estimação do Prazo comprado, nos termos da Ord. L. 4. Tit. 97. § 24., á mulher do Emphyteuta comprador, se o marido o comprou antes do matrimonio, pois que a dita Ord. procede quando a compra do Prazo foi feita constante o matrimonio, ut ibi: «Se algum homem sendo casado por « carta de ametade, comprar, etc.», e não quando foi pelo marido comprado antes do matrimonio, caso em que não cummunica no preço da compra, Peg. 5. For. Cap. 80. n. 242. 246. 247., et Tom. 7. ad Ord. L. 1. Tit. 87. §. 4. n. 149. et 152.

5.° A mulher não tem parte do preço do Prazo comprado pelo marido antes do matrimonio.

§. 546.

Cessa em fim quando v. g. Ticio comprando hum Prazo teve só hum filho Antonio que succedeo nelle; e não tendo este unico filho Antonio irmãos a quem pagasse a estimação indemnizando-os das suas legitimas, e cessando nelle a razão da Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22. (§. 531.), casando depois teve muitos filhos. Succedendo hum delles no Prazo, os mais lhe exigem a estimação, porque comprado pelo avô, e nunca estimado huma vez. *Quid juris?* Cordeiro Dub. 35. a n. 40. (e eu com elle) assenta que o filho de Antonio successor do Prazo já não he obrigado pagar aos irmãos a estimação delle comprado pelo avô. E isto 1.°, porque, sendo Antonio filho unico do compeador Ticio, cessavão a respeito delle as razões da Lei (de quib. §. 533.): 2.ª, porque *actio et passio dari non possunt in eodem subjecto*: e não sendo Antonio devedor a alguem de estimação, se confundio nelle, e se extinguio qualquer obrigação: 3.°, porque esta acção assim extincta em Antonio não podia reviver nos filhos, *signanter* Pinheir. Disp. 5. Sect. 2. sub n. 36.: 4.°, não tendo a quem pagar a esti-

6.° Se o emphyteuta comprador teve hum só filho, não ha mais collação nos netos filhos desse unico filho.

mação não differe de a pagar se houvesse a quem a devesse: e assim como huma vez paga por elle não se devia mais pelo successor; *ita similiter*, etc. O citado Cordeiro expõe outras, mais diversas razões. Veja-se porém bem ao proposito Carvalh. P. 4. Cap. 1. n. 195. vers. = *Sed contrarium* = aonde assenta «primam imputationem «fieri ex præcepto legis ad compensandum documentum «inter filios amptoris, qua compensatione facta, cum filius «succedens illud pretium solvat imputando ex debito ci«vili, non consideratur patrimonium diminuere, ac proinde «cessat obligatio imputandi in nepote» etc. Assim não ha muito tempo, *me patrocinante*, se julgou na Relação do Porto.

Casos em que cessa a eleição que concede a Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22. no periodo transcripto §. 530.

§. 547.

Quando cessa a eleição de conferir o preço, ou o valor.

Cessa esta eleição quando o nomeante transfere ao nomeado logo em vida sem reserva de usufructo o Prazo comprado; porque variando este caso de circumstancia entra a diversa disposição da mesma Ord. vers. = Querendo = de cuja intelligencia vou tratar no seguinte.

QUANTO AO TERCEIRO CASO.

Obrigação de conferir ou não o Prazo, quando não sendo comprado, foi nomeado logo, e transferido em vida do nomeante ao nomeado sem reserva do usufructo, ou com ella.

§. 548.

Letra da Ord. L. 4. Tit. 97. §. 24. v. Se o pai.

«Se o pai, ou mãi (diz o mesmo §. 24.) tiver algum «Emprazamento que lhe seja feito em pessoas, ou para elle, «e para seus filhos, ou para elle, e sua mulher, e hum fi«lho que de entre ambos nascer, ou que o derradeiro del«les nomear; e em sua vida o der em casamento, ou por «outro titulo a cada hum de seus filhos, e o nomear ao «dito Prazo, seja obrigado o dito filho ao trazer á colla-

« ção, se quizer herdar com seus irmãos, ou lhe será impu-
« tado em seu quinhão a valia, e estimação do Prazo, que
« valia ao tempo que lhe foi dado. »

§. 549.

Diversos systemas sobre a interpretação desta Lei, e diversos consectarios.

Sobre a intelligencia desta Ordenação, e da sua razão intrinseca, tem sido diversos os systemas dos nossos Reinicolas; os primeiros interpretes até ao tempo de Cordeiro, ideárão huma só razão, e firmando nella seu systema, deduzirão della por inferencias os casos em que o filho, a quem se nomeou o Prazo com tradição, sem reserva de usufructo, he ou não obrigado á sua estimação: Cordeiro ideou diversa razão da Lei, firmou nella diverso systema, e deste fez diversas illações. Exporei pois hum e outro systema com as deducções de cada hum; e entre ambos os meus sentimentos.

Expõe-se o antigo systema sobre a intelligencia desta Ordenação com todas as suas deducções.

§. 550.

Antigo systema da interpretação desta Lei

Ainda que Valasc. de Partit Cap. 13. n. 127. disse, que aquellas palavras da Lei forão mal concebidas: ainda que Caldas no §. Sed hæc. Cap. 2. n. 65. Instit. de Inoffic. Testam. chama dura esta Ord., e mais que dura no Tratado de Neminat. Q. 18. n. 14. « quia pro modico « interesse (usus fructus) totius emphyteusis aestimationem « præcipit imputare filium; satis enim erat imputari dicti « interusurii pretium, et aestimationem » etc. Comtudo o mesmo Valasc. n. 126., o mesmo Cald. n. 19., Molin., Egid., e com elles Carvalh. P. 4. Cap. 1. sub. n. 185., se virão forçados a assignar esta razão intrinseca da Lei, *ut patet ex eod.* Carvalh. *ibi:* « Cujus rei ea ratio est, « quia pater tradendo Emphyteusim filio, statim finien- « dam in vita sua, revera diminuit patrimonium suum, « quo casu possunt conqueri alii filii de injustitia, et inae- « qualitate. L. Inter filios. C. famil. erciscund. Deinde com- « probatur ex L. ut Liberis C. de Collat..... intelligendo « Ordinationem loqui in casu quo pater tradidit emphy-

Quando o pai nomeia sem reserva de usufructo he o filho obrigado conferir a estimação do valor do Praso. Razão deste systema.

« teusim realiter cum fructibus fruendam filio, etc. » Este systema parece ter em vista o Assento de 21 de Julho de 1797.

§. 551.

Illações delle *a contrario.* 1.ª

Desta razão pois, conforme este systema, inferem 1.º, que: « Praedicta Ord. d. §. 22. non procedat quando « pater in vita sua fructus percipit, etiam si filium irrevo- « cabiliter ad illam nominasset in terminis Ord. L. 4. Tit. « 37. §. 1. Ratio quia Lex Regia d. §. 22. solummodo « jubet imputari emphyteusim, quando filius lucratus est « fructus in vita patris, quos pater ipse donavit, et ex ea « donatione seu traditione patrimonium diminuit in prae- « judicium aliorum filiorum inter quos debet servari « aequalitas: nam si pater sibi in vita reservavit, quid per- « cipit filius de bonis paternis quod teneatur computare? « Nominatio enim non consideratur ad effectum imputatio- « nis, quia pater ex vi concessionis, et natura emphy- « teusis illam facere tenetur, juxta L. unum ex familia ff. « de Legat. 2. *Ita in terminis*, Call. d. Q. 18. n. 3. 4. et « 23., Valasc. d. Cap. 13. n. 133.» Pinheir. Disp. 5. Sect. 2. n. 28. vers. = Hoc tamen = Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. n. 188.

Cessa no filho a obrigação se o o pai reservou usufructo. Razão.

§. 552.

No mesmo assentão muitos DD.

Da mesma razão (§. 551.) inferem 2.º os já citados DD. (§. 550.) a conclusão da mesma Lei, e a firmão na mesma razão: conclusão, que depois dos originaes Valasco, Egidio, Caldas, e Carvalho, seguirão Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. n. 53., Pinheir. Disp. 5. Sect. 2. §. 3. n. 28.

§. 553.

Ampliação, ainda que o pai em vida sem nomeação fez tradição do Prazo ao filho.

E amplião os mesmos DD. o dito §. 22.: « Etiam in « casu, quo pater filium possessorem efficiat emphyteusis, « ut ea fruatur in vita patris absque aliqua nominatione, « adhuc filius tenetur illam imputare, quia etiam hoc casu « pater diminuit patrimonium suum tradendo emphyteu- « sim filio in vita, et respectu interusurii, seu ususfructus «quem filius percipit, privat alios filios sua debita portione, « contra L. Inter filios. C. famil. ercisc. » etc. *Ita* Carvalh. n. 186., Valasc. Cap. 13. n. 127., Cald. de Nominat. Q.

Pela mesma razão.

18. n. 25. Amplião ao caso de o pai tranferir a hum neto o Prazo subcarregando na estimação ao filho, Valasc. Cap. 13. n. 110., Carvalh. sup. n. 189.

Ainda que assim se transfira a hum neto.

§. 554.

Pela mesma identidade de razão amplião esta Ord. ao caso em que o pai em sua vida renuncie o Prazo na mão do Senhorio, e este aceitando a renuncia, e demissão passe logo a fazer renovação ao filho do Emphyteuta renunciante. Carvalh. sup. n. 187., Cald. de Nominat. Q. 18. a n. 52., Pinheir. Disp. 5. Sect. 2. n. 30., Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 12. n. 55. et 59.

Amplião ao caso que o pai dimitte o Prazo ao senhorio, e este o renova no filho.

§. 555.

Pela combinação das razões de differença entre o caso de se reservar ou não o usufructo, e no caso mixto de o pai reservar só ametade do usufructo em quanto vivo, assentão que neste caso só o filho deve imputar ametade da estimação do Prazo, visto que só se lhe dimittio ametade do usufructo. *Ita ex eadem Ord.* §. 22. Cald., Carvalh., e Valasc., Guerreir. For. Q. 47. n. 7.

Quando o pai reserva ametade do usufructo, e cede ao filho a outra, deve conferir ametade.

§. 556.

E como a citada Ord. continua dizendo: « E se o pai « que lho deu for a derradeira pessoa, trará á collação o « que valia na vida do pai que lho deu; » daqui inferem por huma parte: « Circa hanc aestimationem, quando pa- « ter erat prima, vel secunda vita aestimandam esse em- « phyteusim non solum illo pretio, quo in vita patris vendi « poterat, sed etiam pro illo, quo per reliquas vitas, donec « adimpleatur concessio dominica, quod aperte deducitur « ex mente ipsius Ord. cit. §. 22. ibi: a valia, e estima- « ção que valia: quibus verbis simpliciter prolatis satis « insinuat non habuisse respectum ad pretium tantum, quo « in vita patris vendi poterat, sed etiam ad illud, quo per « reliquas vitas vendi poterat usque ad emphyteusim fini- « tam, ut bene advertit Valasc. d. Cap. 13. n. 128. » Ita Carvalh. sup. n. 192.

Quid se o pai que dimittio o Prazo era 3.ª vida.

§. 557.

Inferem por outra parte que. « Si pater non sit prima, « vel secunda vita in Emphyteusi, sed tantum tertia, Em-

Do mesmo.

« phyteusis aestimari debeat juxta valorem, quo in vita « patris solummodo vendi poterat, ex eadem Ord. §. 22. » ex quibus verbis colligitur legem Regiam circa aesti- « mandam Emphyteusim nullum habuisse respectum ad Jus « renovationis, quod noluit considerare ad augendam aes- « timationem in hac materia imputationis. » Carvalh. supr. n. 193. Concluindo que: « Ideo semper ex mente Ordi- « nationis resolvendum est, quod si pater sit tertia vita, « et tradat Emphyteusim, a filio solummodo, illud interu- « surium, quod filius percipit in vita patris, veniet impu- « tandum, quasi diminuisset, paternum patrimonium in illo, « quod pater lucrari poterat in vita, ne alii fratres redan- « tur deterioris conditionis. » Carvalh. sup., Pinheir. Disp. 5. Sect. 2. n. 29.

§. 558.

Abre-se genuino o sentido da Ord. em quanto neste caso só mandava avaliar o que o Prazo valia na 3ª vida.

Como porem no tempo da antiga Ordenação, de que foi *per formalia verba* compilada a Filippina no dit. §. 22. não estava ainda introduzido o direito da renovação neste Reino, e por isso he que se suppõe, que neste §. sendo ultima vida o nomeante não respeitou tal direito futuro, e por esta razão só mandou estimar e imputar o *interusurio* até o fim da terceira vida: hoje que o direito da renovação está introduzido, cessando as vistas e razão da Lei nesta parte, como discorre Valasc. C. 13. n. 131. e 132.; hoje que a torrente dos DD. assenta dever o Senhorio, *velit, nolit*, renovar ao successor da terceira vida por esta nomeado, variado assim o estado das cousas, resolvem contra esses antigos o mais moderno Guerreir. Tr. 2. L. 2. Cap. 8. a n. 109. ad 113. e Cordeir. Dub. 33. a n. 59. et. Dub. 38. a n. 37.. que transferido pelo pai ultima vida o prazo com demissão dos fructos, deve o filho successor no direito da renovação conferir (no systema que estou referindo) a estimação do prazo, como se o nomeante pai fosse primeira ou segunda vida.

Conciliação e distincção de casos.

Nota: Eu concilio huma e outra opinião com esta distincção: nos casos que exporei a §. 1063. em que o Senhorio não he obrigado renovar precisamente o

prazo, procede sem dúvida a opinião, *de qua supra* §. 554.: nos casos porêm em que o Senhorio he precisamente obrigado fazer renovação procede, e no meu arbitrio sem dúvida, a moderna opinião de Guerreiro e Cordeiro: e com effeito no systema que estou referindo assim o vejo julgar.

§. 559.

O que se excomputa da estimação.

Presuposto este systema só os mesmos DD. excomputão da estimação do Prazo, que o filho ha de conferir, ou computar nos referidos casos o equivalente aos gravames, prestações e encargos com que o nomeante pai gravou ao filho quando lhe nomeou o prazo, e fez delle tradição, Cald. de Potest. Elig. C. 17. n. 8.

Quid, quando o filho que devia conferir a estimação se abstem da herança do pai.

Nota: Tambem os DD. excusavão ao nomeado se elle se abstinha da herança do pai nomeante, *ut cum* Pereir. et Valasc., Carvalh. P. 4. C. 1. n. 209 (de quo dubitat Cordeir. Dub 33. n. 49.) comtanto que a estimação do prazo, comprado ou dado em vida, não exceda a terça do pai, e este não tenha antes dotado a mesma terça a outro filho em parte ou em todo, como declara Carvalh. *supra*, vej. Peg 2. For. C. 9. n. 36. comtanto que abstendo-se da herança, tenha sido insinuada a nomeação; porque não o sendo, só se imputa na terça a estimação até 120$000 réis sendo pai, e até 60$000 réis sendo mãi; e o excesso da estimação o deve repôr aos irmãos. Assent. de 21 de Julho de 1797, assim entendido.

Expõe-se o novo systema de Cordeiro Dub. 32. *e seguintes com suas deducções.*

§. 560.

Systema contrario, que só porque o pai não reserva o sufructo, não deve o filho conferir a estimação.

Seria na verdade mal concebida, seria mais que dura esta Ord. como parece a Valasco e Caldas (§. 550.) se a sua razão verdadeira fosse aquella que elles ideárão e exhibírão, e se procedesse a sua disposição em toda a especie de prazos novos e antigos, alienaveis e inalienaveis em prejuizo dos successores; em toda a tradição do prazo

com nomeação ou sem ella, e em toda a nomeação com tradição revogavel ou irrevogavel: em todo o caso suppõem os nossos antigos, que milita a unica razão que ideárão, (§. 551. 553.) e que a todos comprehende sem differença.

§. 561.

Razões, que se oppõem ao 1.° systema convencendo o iniquo.

Pois que, e com effeito, que turbilhão de absurdos não occorre ás primeiras vistas que, se essa fosse a razão da Lei, applicavel com aquella generalidade (§. 557.), serião huns necessarios resultados de tal razão, e da sua tão geral applicação? 1.° Hum filho que só disfructou o prazo hum anno ficaria obrigado ao total do seu valor só porque o disfructou hum anno: 2.° O nomeado no prazo comprado seria obrigado a paga-lo duas vezes; huma porque comprado, outra porque percebeo em vida do pai o *interusurio* cedido, quando a boa fé e razão não soffre que huma cousa se pague ou confira duas vezes, nem a mesma Ord. §. 23.: 3.° o nomeado revogavelmente que disfructou em vida do pai o prazo seria obrigado á sua estimação; e deixando o pai o mesmo prazo, revogada aquella nomeação, em Testamento, levaria o filho, neste nomeado, livre o prazo que o outro pagava a elle mesmo e aos mais coherdeiros, só porque o disfructou alguns annos: 4.° o gravame da estimação, e do valor da propriedade do prazo, quasi sempre excederia o commodo do filho contra os principios mais naturaes e juridicos, que não permittem sem injustiça, que o gravame exceda o commodo, L. 114. §. 1. ff. de Legat. 1, L. 122. §. 2. ff. eod. Tit., L. 70. §. 1. ff. de Legat. 2., L. 36. §. 1. ff. ad Leg Falcid., L. 2. ff. de Dot. Praeleg., L. 70. §. 2. ff. de Legat. 2., L. 78. §. 14. ff. ad Trebelian.

§. 562.

Continuão as razões.

Por outra parte 5.°, se quando se reserva o usofructo não se confere o valor da propriedade, porque como ideárão esses DD. (§. 548.) se recebe do Senhorio, e não do pai nomeante, conforme a celebre L. Unum ex familia. ff. de Legat. 1.; Se não precisa de insinuação a nomeação do prazo quanto á propriedade quando o pai reserva o usofructo, como declarou o Assento citado (§ 396.): pela mesma

razão: segue-se que quando sem reserva tal, e com translação do *interusurio* o pai nomeia, não dá a propriedade, pois o filho a recebe do Senhorio, e só vem a dar o seu *interusurio:* só este he profecticio do pai, porque a propriedade (nesse systema) he adventicia do Senhorio; logo, se o adventicio não vem á collação, só deve vir a ella o *interusurio*, que he profecticio de pai, e não o adventicio do Senhorio: e isto quando a mesma Ord. está fazendo repetidas vezes a differença entre profecticios e adventicios, para só aquelles e não estes se deverem conferir.

§. 563.

Proseguem as razões.

Por outra parte 6.°, a igualdade, que as Leis tanto querem haja entre os filhos, se transtornaria em lesão gravissima do nomeado no Prazo, porque recebendo do Senhorio (nesse systema §. 548.) a propriedade, e do pai só o *interusurio* (§. 559.), ficaria, para satisfazer a estimação do prazo (muitas vezes superior a esse *interusurio*), aos mais coherdeiros, não só sem legitima igual nos bens allodiaes, mas demais a mais devedor aos Irmãos, executado e penhorado por elles mesmos na propriedade do prazo para pagamento da estimação; e assim sem legitima igual, sem legitima alguma, e sem o prazo, arrematando-se pela estimação. Assim se tem visto muitas vezes.

§. 564.

O mesmo.

E não cabendo em Juizo sensato, que a nossa Ord. se fundasse em huma tal razão, de que os resultados da comprehensão nella dos casos occorrentes, serão tantos e tamanhos absurdos, quaes os expostos §. 558. 559. 560. justamente com algumas das expostas razões, e com outras mais que não repito, declamou Cordeiro contra essa razão unica, ideada e exhibida pelos nossos antigos interpretes, mostrando-a absurda, e inadequada, indigna, e impropria de hum sabio legislador, na dúvida 32. desde o n. 1. até o n. 32.

Regra da interpretação da Lei.

Nota: «In omni dispositione ita fieri debet, in« terpretatio ut absurditas evitetur .... fugiendam in« terpretationem per quam in absurditatem prolabere-

«mur... Judicium est argumenti ex falso petiti, ex «quo ineptus, et absurdus exitus resultat.... Ad ab- «surdum vitandum eam interpretationem operari de- «bere quæ absurdum ostendat atque evitet» etc. Veja-se Barbos. et Tab. L. 1. C. 14.

§. 565

Razões de Cordeiro contra o 1.° systema interpretando de outro modo a Lei.

Trabalhou pois Cordeiro por indagar a genuina applicação da Lei, e a sua intrinseca razão: elle em summa exhibe, defende, e juridicamente raciocina 1.° na dúvida 32. a n. 33., que esta Ord. procede no prazo de novo adquirido, que o pai aliás podia vender, e com o producto melhorar aos mais filhos; e que pela liberdade de que se privou de o alienar e receber o producto, quando assim o nomeou irrevogavelmente a hum filho; por isso he que foi profecticio, e como do proprio patrimonio o prazo que assim nomeou e transferio ao filho; e não pela demissão dos fructos, que regularmente succedem em lugar de alimentos, etc.

§. 566.

Confirmão-se augmentão-se as razões de Cordeiro.

Com effeito a Ord. mesma assim está patenteando esta intelligencia: porque logo no principio do mesmo §. 22. tracta do prazo comprado, sobre o qual dá as providencias que já vimos á §. 530.: logo passa a tractar do prazo *noviter* adquirido; porque isto he o que exprimem as palavras: «isto mesmo alguns hão por emprazamento alguns «bens damnificados, ou matos maninhos, e fazem nelles «muitas bemfeitorias, e nomeão algum filho» etc. «Et ibi: «Se o pai ou mãi tiver algum emprazamento que lhe seja «feito em pessoas» etc. E não estando nesse tempo em rigor o direito da renovação (§. 555.) he bem claro que não teve em vista prazos antigos, mas só os *noviter* adquiridos pelos pais: sendo doutrina de Barthol. na L. Qui Romæ. §. Flavius ff. de Verb. Oblig., como refere Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 625., Col. 2. que prazos taes *noviter* adquiridos podem vender-se: sendo Bartholo tão respeitado do nosso Legislador, como se vê na Ord. L. 3. T. 64. he bem evidente que o citado §. só teve em vista os prazos, ou comprados, ou *noviter* adquiridos, que o pai

póde alias vender, e com o producto engrossar os mais filhos; e que por isso julgou profecticio do pai o prazo assim transferido, porque nomeando-o irrevogavelmente se privou da faculdade de o alienar, e dando-o ao filho foi o mesmo que dar-lhe o dinheiro, porque o podia aliás vender, e augmentar os mais filhos, segundo as regras dos profecticios.

§. 567.

Outras razões de Cordeiro.

Prosegue Cordeiro na dúvida 33. a n. 23. analysando todas as palavras do dito §. 22. e provando demonstrativamente 2.°, que nem ainda o prazo *noviter* adquirido deve conferir-se, menos que não concorrão todos os requisitos que faz precisos o mesmo §., *scilicet*, 1.°, em sua vida o der, isto he com translação de dominio e posse, por força da propriedade desta palavra der: 2.°, por qualquer titulo: 3.°, que juntamente nomeie no prazo ao filho; porque nos prazos que tem faculdade de nomear até á morte só assim fica irrevogavel a nomeação; só assim se priva o pai da faculdade de revogar e alienar, etc. Eu não quero expillar os trabalhos de Cordeiro, nem apropriar as suas razões neste caso genuinas.

§. 568.

Illações, que do seu systema fez Cordeiro.

Do seu systema assim provado contra o dos nossos antigos Interpretes, passa Cordeiro na Dub. 34. a fazer nove Illações, com outras tantas hypotheses que figura, e a que as applica: todas ellas se reduzem a estas Theses geraes: 1.ª, se a nomeação ou a tradição he revogavel, por mais que o pai dimitta ao filho o prazo com os fructos não he elle obrigado conferir a estimação: 2.ª, pelo contrario, se he irrevogavel, e com a irrevogabilidade da nomeação concorre a effectiva tradição ao nomeado. Bem entendido, tudo quando se trata do prazo *noviter* adquirido, e por natureza alienavel (ut §. 568).

§. 569.

Outra, que a Ord. d. §. 22. não comprehende os Prazos antigos.

Na dúvida 35. passa Cordeiro a mostrar, que a Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22. não comprehende os prazos antigos, e que foi caso omisso na Ordenação: e desde o n. 25. extravagancêa a persuadir, que por mais que os prazos antigos possão em algum caso vender-se como os *no-*

Systema novo. *viter* adquiridos, não procede nelles a Lei, ainda por identidade de razão, segundo o seu novo systema: e isto 1.°, porque este caso dos prazos antigos foi omisso na Lei, e sugeita a sua decisão ao Direito commum, conforme o qual taes prazos se não conferem, ut a n. 30.: 2.°, porque sendo deste Direito corrector a nossa Ord. he inampliavel, ainda por identidade de razão: 3.°, porque consistindo a disposição do §. 22. em duas razões, huma na possibilidade de adquirir pela possibilidade de vender o Prazo; 2.ª, na igualdade entre os filhos; esta está satisfeita, huma vez que lá *in illo tempore* se tivesse conferido o prazo antigo, quando de novo foi adquirido, e ainda que aliás em taes Prazos seja verificavel a primeira razão, cessa a segunda, e falta a **união de ambas**; união que a Lei requer.

§ 570.

Reprovão-se humas regras, em que se funda Cordeiro.

Quem admittiria hoje depois da Lei de 18 de Agosto de 1769 humas taes regras hermeneuticas, como a primeira e a segunda? Pelo contrario: toda a nossa Lei comprehende os casos que podem incluir-se na sua razão; e se conforme o systema de Cordeiro huma razão he a possibilidade de vender o prazo *noviter* adquirido, e a privação desta possibilidade, e de engrossar os mais filhos; segue-se que o mesmo deve julgar-se em todo o caso em que o prazo antigo possa vender-se; e tantas quantas vezes occorra no pai a possibilidade de vender o prazo antigo por mais que huma vez fosse conferido, pois que o §. 23. só decide sobre o prazo comprado, etc.

Expõe o Author o seu sentimento, e a conciliação de embos os systemas.

§. 571.

Exhibe o Author os seus sentimentos na variedade de systemas.

These 1.ª Não he dura, como julgárão os nossos Interpretes antigos (§. 550.), mas por elles mal entendida esta Ordenação; e a razão intrinseca della que ideárão, e exhibirão (§. 550. 551.), he frivola; e não póde cogitar-se que ella se fundasse em huma razão, de que os re-

sultados são tantos e tamanhos absurdos, quaes os ponderados (561. 562. 563. 564.). E por tanto:

§. 572.

These 2.ª Consequentemente devemos indagar outra razão mais conforme: e recorrendo, como devemos recorrer, para profundar o espirito da Lei a historia dos prazos, segundo o tempo desta legislação, e ao systema de doutrina, de que o legislador era imbuido, Estatut. da Univers. L. 2. Tit. 6. Cap. 3. a §. 12., Compend. Histor. C. 2. a §. 182., Ekard. Hermen. Jur. Diss. 1. §. 34. Não podemos deixar de interpretar pelo exposto no §. 563. que o nosso Legislador no dito §. 22. só teve em vista os prazos de novo adquiridos (de que nesse tempo não havia renovações, *ut a* . 1056.); os prazos que como taes podião alienar-se livremente pelo systema de Bartholo, em que o Legislador era imbuido (§. 563.); e só quanto a estes determinou a collação, se o pai os der em sua vida em casamento, ou por outro titulo, etc., suppondo os profecticios do pai, que doando-os com tradição irrevogavel doou o que podia vender; e foi o mesmo que dar ao filho irrevogavelmente o valor, que vendendo podia adquirir para todos os filhos (§. 563.); sem que se possa assignar outra razão, que não fique sugeita a tantos absurdos.

Quanto aos prazos que adquirio de novo o pai, e que elle podia alienar, engrossando com o producto as legitimas dos filhos.

§. 570.

These 3.ª Sendo esta (§ 563.) a genuina razão conforme as regras Hermeneuticas (§. 569. junto o §. 561.), vem esta Lei a comprehender todos os casos em que hum prazo antigo possa livremente vender-se pelos pais e com o producto engrossar as Legitimas dos mais filhos (*quidquid dicat* Cordeir. Dub. 35. ut §. 567.). E mais quando

O mesmo quanto aos prazos antigos, mas alienaveis.

§. 571.

These 4.ª Ja vimos desde o §. 301. até 308., que a Doação irrevogavel de hum prazo de nomeação livre, sem differença de ser o prazo novo ou antigo, he huma Doação propriamente tal que se recebe do Nomeante, e não do Senhorio: consequentemente huma nomeação de hum tal prazo, não pertencendo á classe dos Adventicios,

O mesmo quando he irrevogavelmente nomeado, porque fica doação adventicia.

fica na dos Profecticios do Pai; e tambem por esta legal razão he que sendo irrevogavel, e com tradição, fica sugeita á collação pela regra dos profecticios; em differença dos prazos de Providencia, de que se trata na These 9.ª

§. 572.

Com tanto que a nomeação seja irrevogavel.

These 5.ª He porém necessario que a Nomeação com a effectiva tradição seja em si irrevogavel pelo pai: porque só sendo assim se satisfazem os mysteriosos requisitos deste §. 22. (*ut* §. 564.): só assim abdica o pai de si a faculdade de alienar, e augmentar as legitimas dos mais filhos; só assim melhora hum com o prazo, com cujo producto podia aliás beneficiar a todos; só assim he a doação profecticia não sendo assim, he hum consequente a seguinte

§ 573.

Aliter sendo a nomeação revogavel, e o pai alienou depois o prazo; não deve o filho conferir o interusurio.

These 6.ª Se o prazo concede a faculdade de nomear até á morte, e he revogavel por natureza a nomeação (§. 413. e 414.) se depois desta nomeação revogavel se subsegue com relação a ella huma tradição simples, que lhe não faça alterar aquella natureza nos termos expostos (§. 415.), e que não transtorne irrevogavel, como nos casos especificados a §. 416.; huma nomeação tal assim revogavel até a morte he especie de ultima vontade revogavel até a morte (DD. citad. §. 413.); consequentemente não se privou o pai nomeante da faculdade de revogar a tal nomeação, e vender o prazo; e só por sua morte tem aquella o seu consummado effeito (§. 463. 464. 465.): se pois a revoga ou vende o prazo depois de muitos annos de fruição do nomeado, não tem este obrigação de conferir a sua estimação; não da propriedade, porque não chegou a possuir depois da morte do nomeante, tempo em que só he praticavel a collação, nem chegou a ficar com o dominio; não dos fructos, porque em tal caso não os deve pagar, *ut* §. 494. et seg. Da mesma fórma:

§. 574.

Nem se o pai não chegou a alienar o prazo revogavelmente nomeado.

These 7.ª Se no caso da These 6.ª o nomeante que nomeou revogavelmente, e fez huma tradição igualmente revogavel, não revogou em vida; segue-se tambem: 1.º, que cessa aqui a genuina razão da Lei; porque não se

privou da faculdade de vender (§. 562. 563.): segue-se 2.°, que tendo só por morte confirmação huma nomeação tal como *causa mortis*, e acto de ultima vontade (Ord. L. 4. T. 37. no fim do princ. DD. §. 413. 464. 465.), vem o nomeado a receber o prazo como por acto de ultima vontade, em que cessa a necessidade da collação, *ex dict.* Ord. §. 22. ŷ. = E não lhe sendo dado em vida = (*id est* irrevogavelmente) Cordeir. Dub. 33. a n. 65. et Dub. 34. n. 9. et 16.: e como o *interusurio*, que recebeu, não he a razão da Lei, para só com respeito a elle dever conferir o prazo (§. 568. e seg.), segue-se que o gozou por livre arbitrio do pai, que podia revogar *ad libitum*; ou como alimentos que se não conferem, (§. 525.) exceptuados estes dois casos (§. 573. 574.). Segue-se:

Nota: O mesmo procede geralmente em todo o caso em que a nomeação he revogavel até á morte. Cordeir. Dub. 34.

§. 575.

These 8.ª Geralmente em todo o caso dos expostos a §. 416. em que a nomeação revogavel se transforma irrevogavel, se com ella ha tradição real de prazo, ou se subsegue a tradição á nomeação; em todos estes casos deve conferir-se o prazo, porque em todos se verificão as razões de ambos os systemas; ainda que o filho não chegasse a perceber os fructos de hum anno, Cordeir. Dub. 34. a n. 18: mas com a limitação que passo a expor.

Confere-se, ou quando a nomeação foi irrevogavel, ou quando ex accidenti se transformou em irrevogavel.

§. 576.

These 9.ª Se o prazo nomeado he de providencia para filhos; inalienavel em todo o caso; e o pai o nomea em hum com translação do usofructo, só o filho deve conferir o equivalente ao usofructo e nada mais: porque sendo inalienavel pelo pai, cessa a razão da Lei quanto á propriedade: esta a recebe o filho do Senhorio, e não do pai medeante a nomeação; tanto assim que em prazos taes

Não se confere o prazo nomeado irrevogavelmente que era inalienavel.

não necessita de insinuação: (ut a §. 396) recebendo o filho do Senhorio, e não do pai a propriedade, fica esta na classe dos Adventicios, que se não conferem: só pois o pai dá o *interusurio*, que demitte em vida; só este *interusurio* pode soffrer gravame proporcionado, e não a propriedade recebida do Senhorio: (§. 386. e 558.) logo neste unico caso he o filho responsavel pela estimação do *interusurio*, que recebeu do pai, e não da propriedade, que pela vocação do emprazamento, medeante a nomeação, recebeu do Senhorio. (§. 381. e 383).

Só se confere o interusurio

Nota: ou os prazos de providencia *capiuntur a domino*, em quanto ao dominio util, *ex vi* das vocações das Investiduras, ou não; *si prius* he nestes adventicio o dominio util adquirido ao nomeado medeante a nomeação, e livre por tanto de collação, segundo as Leis todas, e só conferivel como profecticio o usofructo recebido do pai; *si secundum*, então o prazo irrevogavelmente, ainda que com reserva do usofructo, se ha de conferir a propriedade; pois que esta nesse supposto se recebe do pai nomeante, e não do Senhorio; he profecticia, e não adventicia: em todo o caso ha de insinuar-se a nomeação, ainda que com reserva do usofructo, se não fôra contraria a decisão do Assento de 21 de Julho de 1797.; em todo o caso póde sem differença gravar-se a nomeação sem distincção dos casos expostos a §. 382. Ou pois se hade admittir esta distincção e These, ou hão de ficar em antinomia as nossas Leis sem outra possivel conciliação, e em incerteza toda a jurisprudencia neste ponto. O certo he (e agora melhor se vê) que o dito §. 22. só teve em vista os prazos *noviter* adquiridos, e os que podem livremente vender-se pelos paes e com o producto da venda melhorar os mais filhos; e não huns de providencia tal, e de que fallo nesta These 9.ª absolutamente inalienaveis, que os filhos recebem, quanto á propriedade, como adventicia pela vocação do Senhorio, etc.

§. 577.

These 10.ª Seja ou não o prazo alienavel, possa ou não o pai vende-lo, se o pai o nomea irrevogavelmente por algum dos modos expostos a §. 416. e 435., por mais que transfira o dominio ao nomeado, e ainda nos termos da opinião defendida a §. 436, por mais que abdique de si a faculdade de vender e melhorar outros filhos; huma vez que com esta nomeação irrevogavel e translativa do dominio não demitta juntamente ao filho nomeado o usofructo, não ha obrigação de conferir a estimação do prazo: assim o julgo, não pelas razões dos antigos, §. 458.; não pelas de Cordeir. Dub. 34. a n. 55.; mas porque a nossa Ord. §. 22., para dever o filho conferir a estimação do prazo, requer a união destas circumstancias: 1.ª, que o prazo lhe seja transferido em vida: 2.ª, por titulo irrevogavel: e isto por palavras de conjunção, *ut ibi* = o der e o nomear = etc.; e não basta que se verifique só huma destas circumstancias, *signanter* Cordeir. Dub. 33. a n. 32. junct. n. 23. et 24. Em huma palavra, quer a Lei huma nomeação total, absoluta, e plena, em termos que nada fique ao nomeante, nem dominio que possa vender, nem usofructo que possa gozar jámais, nem possibilidade de revogar e nomear outra pessoa.

Não se confere geralmente em todo o caso, em que o pai não dimita o usufructo.

Nota: Como deva avaliar-se, e com que respeitos e deducções o prazo quando se avalia para satisfazer a sua estimação, ou seja fateozim ou de vidas, vej. DD. *cum quib.* Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 93. §. 3. a n. 24., Peg. 5. For. Cap. 103. n. 24., Guerreir. Tr. 4. L. 8. Cap. 9. n. 73., a Obra do Dr. Vicente José Ferreira Cardozo, Memoria da avaliação dos bens de prazo, e o meu Tratado das avaliações.

QUANTO AO QUARTO CASO.

Quaes bemfeitorias feitas nos Prazos devão conferir-se, e como estimar-se.

§. 578.

Letra da Ord. L. 4 Tit 97 § 22.

Quanto á collação das bemfeitorias.

Continua o mesmo §. 22. dizendo que «será contado (no successor no prazo) no caso das bemfeitorias o «preço, que o prazo mais valer por razão dellas ao tempo, «que elle houver o prazo; ou o que custárão as ditas bem-«feitorias, qual elle mais quizer: e isto não se entenderá «em algumas despezas e bemfeitorias pequenas, nem em «algumas outras, que o nomeante de necessidade conforme «a Direito, sem outra convenção das partes, nem condi-«ção posta no contracto Emphyteutico, he obrigado fazer.»

§. 579.

Letra do §. 24. obre o mesmo objecto.

O §. 24. manda que «quando o marido fizer nos bens «foreiros grandes despezas e bemfeitorias, segundo a de-«claração do § 22., quer esses bens bouvesse por com-«pra, quer por outro qualquer titulo, sera sua mulher «meeira na valia das ditas bemfeitorias.» Concorda o Titulo. 95. §. 1. mandando que o conjuge que vivo ficar, ficará em posse dos bens até lhe ser dada a parte que na valia ou preço das bemfeitorias deve haver.»

§ 580.

A mulher só communica na estimação s bemfeitorias itas constante matrimonio, e não antecedentes.

Esta obrigação pois do successor he relativa já á mulher do Emphyteuta, já a seus coherdeiros: deve porém, em quanto á mulher, declarar-se e entender-se, sendo as bemfeitorias, como da mesma Ord. se deduz, feitas na constancia do matrimonio, em que ella só communica; e não nas feitas pelo marido antes do matrimonio; porque nestas não communica a mulher; nem o successor do prazo lhe deve pagar a meação dellas, Cald. de Emphiou. Cap. 27. n. 35. et 36., Repertor. debaixo da conclusão = bemfeitorias deve pagar o nomeado no prazo á mulher do nomeante = *ubi judicatum: ita etiam* Peg. Tom. 7. ad Ord. L. 1. Tit. 87. §. 4. n. 172. 178. 187., ainda que ahi

se vê o contrário deliberado por alguns Senadores no n. 135. 156. 112. 113

§. 581.

A mulher só communica nas grandes e não nas modicas

Deve tambem, em quanto á mulher, declarar-se, que o successor do prazo só he obrigado pagar a meação das bemfeitorias feitas constante o matrimonio, sendo, como diz o §. 24., grandes despezas, e não as modicas, que exceptua o §. 22. no fim: e quaes estas sejão logo o veremos nos §§. seguintes.

§. 582.

Não he o successor obrigado, nem ás modicas, nem ás feitas *ex necessitate juris*

E quanto á obrigação relativa aos mais coherdeiros: o §. 24. exceptua da regra geral: 1.°, as bemfeitorias pequenas; 2.°, as outras que o nomeante *ex necessitate juris*, sem convenção de contracto he obrigado fazer. Tratarei pois de cada huma destas limitações em particular, expondo-as e illustrando-as praticamente.

§. 583.

Quaes se reputão bemfeitorias modicas

Quanto á 1.ª limitação: quaes sejão no sentido da Lei as despezas e bemfeitorias pequenas, não está estabelecido em Direito, mas fica commettido ao arbitrio do julgador. Valasc de jur. Emphyt. Q. 25 n. 13., Garcia de Expens. Cap. 11. a n. 16., Cald. de Nominat. Q. 18. n. 47., Pinell. in Leg. 1. Part. 2. Cod. de Bon. Matern. n. 72. *Confer. cum* Valasc., Molin., Barbos et Cald., Pinheir. Disp. 3. Sect. 1. n. 9. et 10.

Nota 1.°: Como porém o julgador deva regular o seu prudente arbitrio, *consule* Garc. de Espens. Cap. 11. n. 16., Angel. de Impens. et Meliorat. Art. 3. n. 42., Art. 5. n. 18, et Art. 36. n. 38., os quaes assentão, que o arbitrio sobre serem modicas ou grandes as despezas se deve regular *ex qualitate rei secundum ipsius magnitudinem, ex qualitate actus, ex qualitate personarum:* convém Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 25 sub n. 15.: se bem que a n 13. especificamente reputa modicas as despezas que respeitão á colheita dos fructos duravel em quanto dura o prazo, ainda que sejão sumptuosas; e pelo contrario gran-

des as que produzem huma perpetua utilidade: mas logo se aparta desta opinião, e nada firma em especial: Mulina de Primogen. L. 1. Cap. 27. n. 6. diz: « Id vero a judice secundum qualitatem rerum ac personarum aestimandum est. » e reprova a opinião de Valasc. supra O Jesuita Pinheiro sup. sub n. 18., depois de refutar Valasc., tambem conclue: « Ad judicandum quæ sit magna vel modica impensa attendere debet Judex magnitudinem rei melioratæ, et emolumentum quod Emphyteuta inde percipit caeterasque circumstantias »; Molin de Just. Disp. 463. n. 5. *Confer.* Pacion de Locat. Cap. 34. § 4. n. 55. *Vidend. etiam* Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Meliorum. Q. 2. n. 12. 13. 14., onde distingue bem quaes são as modicas bemfeitorias.

Nota 2.ª: Mas deve advertir-se que « non ex eo « quod expensæ omnes simul consideratæ faciunt quantitatem relevantem dicuntur ad hunc effectum expensæ magnæ; sed si paulatim factæ, reputantur parvæ »: Pacion. sup. n. 56.

§. 584.

Quaes se reputão bemfeitorias x necessitate juris?

Quanto á 2.ª limitação: « Si quæras quænam sint melioramenta, quæ de necessitate juris facienda sunt ab « Emphyteuta »? *Respondetur* ex Valasc. Q. 26. n. 4., Molin. Disp. 456. n. 1. et 3., Carvalh. P. 4. Cap. 1. n. 21.: « Quod illa sint hæc, refectio dormos, putei, et fossarum reparatio, vias reficere, vel similia, tum ad sui « utilitatem, quam etiam fructuum colligendorum causa. » Pinheir. de Emphyt. Disp. 3. Sect. 1. n. 13. et 14. ibi: « Esse illa quæ pertinent ad conservationem, et ordinariam culturam rei Emphyteuticæ, fructusque illius « augendos, et colligendos, et consequenter reficere domos « Emphyteuticas, reparare puteos, et vallos, purgare fossas, « et similia; ac præterea si quid aliud ex loci consuetudine, aut particulari statuto fieri solet ab Emphyteutis: « nam ad hoc etiam tacite se obligat Emphyteuta ipso « contractu Emphyteutico Non tenetur autem Emphyteuta

« augere ædificium, neque dirutum aut exustum absque « sua culpa, instaurare, unde si hæc faciet potest æstima- « tionem repetere, Sic Valasc.... et Molina... addens si- « militer dicendum, si puteum utiliter aperuit, vel aggeris « de novo confecit, aut quid simile ad perpetuam fundi « utilitatem spectans; cum hæc si modica non sint, extra « naturam contractus Emphyteutici esse censeantur. De « melioratiombus vero quæ in plantando consistunt, dubium « est, an finita Emphyteusi cedant omnino proprietario, « etiam si magnæ sint cum plantationes sint de natura hujus « contractus, quicea de causa nomen accepit ab Emphytew, « id est, implanto, insero, ut initio hujus materiæ dictum « est?... Meliorationes autem in plantando fieri videantur « ex juris necessitate, atque ex natura contractus Emphy- « teutici.... licet omnis plantatio, et cultura sit secundum « naturam Emphyteusis, quæ ex primæva institutione ad me- « liorandum tendit; tamen non quælibet plantatio, et cul- « tura est de necessitate juris, ipsiusve contractus Emphyteu- « tici, sed tantum ordinaria, et modica, attenta magnitu- « dine et qualitate agri Emphyteutici Quare si Emphy- « teuta magnas impensas fecit in plantandis de novo ar- « boribus fructiferis, potest illas repetere, quia non tene- « batur illas facere: secus si parvas. Et similiter vult Va- « lasc.... impensam factam in deboscando, et nemora ad « culturam reducendo, repeti posse, si fuit magna: secus « autem si parva, esto maxima utilitas inde fuerit se- « cuta.» *Confer. latissime* Fulgin. de Jur Emphyt. in Tit. de Melioram Q. 9.

§. 585.

Quid quanto nas bemfeitorias feitas por obrigação imposta na Investidura?

Quanto porém as bemfeitorias feitas *ex necessitate specialis conventionis*, nada decide o nosso §. 22. nas palavras transcriptas: (§. 578) Caldas de Nominat. Q. 18. n. 38. in fin. refere julgado que « quia ibid ex patrimonio et « substantia parentis provenit, imputari debet.» Mas Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. n. 212. in fin. diz que « distinguendum est inter casum quo expensæ factæ ex « lege conventionis sint considerabiles et magnæ, an vero « modicæ et parvi valoris; ita ut primo casu teneatur

«filius imputare, in secundo non» etc. *Quid quid sit* quanto a obrigação do Senhorio quando o prazo se lhe devolve por commisso, *de quo casu* Carvalh. sup. n. 12. cum Valasc., Gam, Pinell., Fragoz. et aliis Pinheir. sup. n. 11 Peg. 1. For. Cap. 5. pag 389 et 390.

§. 586.

Bemfeitorias extrinsecas, e separaveis não se confundem no prazo, e ficão allodiaes.

Nota porém que se não une ao prazo como bemfeitoria aquella porção de Maninhos, que sendo adjacentes ás terras do prazo, o Emphyteuta unio a ellas. Nem as extrinsecas e separaveis que por si podem subsistir, como quando compra algum predio contiguo ao Emphyteutico, ou lhe mete aguas *aliunde* provenientes, vej. Pinheir. Disp. 3. Sect. 2. n. 20. et 21., Molin. de Primogen. L. 2. Cap. 26., Cald. de Emphyt. Cap. 27. n. 46., menos que não haja conjecturas de que quiz que essas partes aggregadas ficassem perpetuamente unidas ao Prazo, *de quo* vej. Altim. ad Rovit. L. 1. Obs. ad Cons. 67. a n. 32., aonde expõe os requisitos necessarios para ficar perpetua a união. Não he assim porém quando o Senhorio universal de hum povo empraza algumas terras com a clausula, entradas, sahidas, e logradouros; porque subintende facultada ao Emphyteuta a liberdade de ampliar as terras emprazadas aos baldios adjacentes, que são do mesmo Senhorio, e tudo o que se amplia fica Emphyteutico por força de Investidura, e da dita clausula, Cald. de Emption. Cap. 22. n. 13.; e só a bemfeitoria da desbosquação, ou de desbravação he que se deverá satisfazer, segundo as referidas distincções a §. 583.

§ 587.

Quid no augmento por alluvião?

Não he assim tambem quando os predios Emphyteuticos se augmentão pela alluvião occulta, ou patente, por mais que os mesmos predios sejão medidos por varas e demarcados; pois que este augmento se une ao Emphyteusi, e toma a mesma natureza. Vejão-se Pinheir. Disp. 3. Sect. 3. n. 60., Valasc. Q. 25. n. 20., Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 13., *late* Bagn. Cap. 14. a n. 229.: e só poderá vir em consideração alguma estacada ou marachão, que se fizesse para occasionar esse augmento; se

não fosse despeza modica, conforme as sobreditas distincções.

§. 588.

E como a citada Ord. nas palavras « o preço que o « prazo mais valer por razão dellas ao tempo que elle « houver o prazo, ou o que custárão as ditas bemfeitorias, « qual elle mais quizer » faz cessar, como adverte Carvalh. P. 4. Cap. 1. a n. 199., as questões, que segundo o Direito commum elle ahi suscita, e resolve e de que tambem tratão Peg. Tom. 1. ad Ord *in Proemio* pag. 53 a n. 47., Amat. Variar. Res. 14, e além dos muitos que estes referem, Angel. de Melioram. Art. 7., *signanter* a n. 55., Fulgin. de Emphyt. in Tit. de Melioram. Q. 7. Portanto he ociosa toda a disputa sobre a maior probabilidade de taes opiniões, tendo nós huma Lei tão clara, e decisiva na materia sugeita.

A eleição que dá a Lei ao successor do prazo, supprime muitas questões

Nota 1.ª: Como, e com que requisitos se devão provar as bemfeitorias quando se tratar da imputação, da sua estimação, vej. Peg. Tom. 1. ad Ord. in Proem. Gloss. 43. a n. 7. ad 46., Fulgin. in Tit. de Meliorament. Q. 6., Angel de Impens. et Meliorat. Art. 6., Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 4.

Como se devão estimar as bemfeitorias.

Nota 2.ª: Bem intendido que as bemfeitorias se devem arbitrar por peritos, que o sejão na materia sugeita, L. de 20. de Junho de 1774. §. 11. juntas as Doutrinas de Guerreir. Tr. 4. L. 5 Cap. 9 a n. 15.

§. 589.

Cessa porém a obrigação de conferir e imputar as bemfeitorias não exceptuadas na Lei (§. 580. ad 585.), e as mais que ficão especializadas a §. 586.: 1.º, quando forão já huma vez estimadas e conferidas, como he expresso na Ord. §. 23. menos que se não verifique « se de « novo houver outras bemfeitorias feitas por aquelle que « houve o prazo, e de cujos bens agora se faz a partilha; « porque neste caso se partirão sómente e virão á collação « as bemfeitorias e o preço dellas, que de novo se fize« rão» ; como he bem expresso no dito §. 23. Conf. § 541.

Casos em que cessa a obrigação de conferir as bemfeitorias 1.º

§ 590.

2.° Cessa e se limita 2.°, por identidade de razão no caso que fica figurado e demonstrado no §. 543.; porque se identificão nas bemfeitorias as mesmas razões, que no preço do prazo comprado, sem differença, como se nota nos §§. 22. e 23. desta Ord.

§. 591.

3.° Cessa esta obrigação 3.°, quando o prazo bemfeitorisado he deixado a estranho, com quem não he praticavel o direito da collação; pois que nomeado o prazo com ellas se imputão na terça do nomeante, menos que elle antecedentemente a não tenha em todo ou parte dado ou dotado irrevogavelmente; e só o nomeado estranho será obrigado, excedendo a terça, indemnizar as legitimas dos filhos, Valasc. de Partit. Cap. 13. n. 124. et 125.

§. 592.

4.° Cessa esta obrigação 4.°, se o nomeado no prazo se abstem da herança, e as bemfeitorias não excedem a terça do pai, nem esta esteja antes consummida com doações ou dotes irrevogaveis, Valasc. sup. n. 122., Pereir. Dec. 96., Carvalh. P. 4. C. 1. n. 209. Conf. §. 539. 540. 556. Not.

CAPITULO II.

Segunda obrigação: Encargos reaes, ou pessoaes de Tributos, a que o Emphyteuta, além da obrigação da pensão relativa ao Senhorio, he obrigado á Corôa, ou a terceiro ratione rei possessæ.

§. 593.

As prestações ou encargos devem regular-se pelo contracto.

« In præstatione tributorum (diz Mul. ad Struv. Exerc. « 24. Thes. 19. lit. a) ante omnia conventio contrahen- « tium, quæ legem contractibus dat, inspicienda est. Si « hæc non apparet, quid in regione constitutum, aut con- « suetum est, spectandum venit.. ubi et hoc deficit, tan-

« dem secundum Jus commune facienda est decisio. » Conf. Harprect. Dissert Tubingeus, Academ. Vol. 4. Disp. 69. *De pacto privato collectarum in alios devolutivo*, Thes. 1. Muitas vezes os Senhorios convencionão, que a pensão que para si reservão será livre para elles de todo o tributo, imposto, collecta, e encargo real e pessoal, presente e futuro, ficando a tudo obrigados os Emphyteutas: outras vezes se encarregão os Senhorios de todos estes encargos: e intervindo estes pactos e convenções, elles são a primeira Lei do contracto; em falta delles o costume da Região *ex DD. supra:* resta só, em falta de tudo isto, expor o que o Direito dispõe a este respeito. Bem entendido que nos arrendamentos são diversas ao mesmo respeito as regras, como póde ver-se em Mul. *supra*, Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 1., Cyriac. Contr. 61., Ciarlin. Contr. 209., Garcia de Expens. Cap. 14., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 17., Caroc. de Locat. P. 4. Tit. de Collat. Portanto nos casos omissos nas convenções Emphyteuticas, e segundo o Direito subsidiario nesta falta procedem as seguintes regras.

Estes pactos são a primeira Lei.

O omisso se regula pelo Direito

Diversas as regras nos arrendamentos.

§. 594.

Primeira regra: o Emphyteuta, e não o Senhorio, deve pagar todos os onus, e encargos reaes, censos e tributos publicos, a que estavão sugeitos os predios antes de Emphyteuticados, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 666. 667. Harprectr. *supra* Thes. 26., Fulgin. de J. E. in Tit. de Melioram. et expens. Q. 10., Valasc. Q. 17. n. 1., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 11. n. 235., Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 68. Let. D., *ubi optime*, Ferreir. de Nov. Oper. L. 3. Disc. 10. n. 5., Cod. Freder. P. 2. L 3. Tit. 3. §. 26.

Deve o emphyteuta pagar os encargos reaes, a que antes erão affectos os predios.

§. 595.

E isto ainda que os bens emprazados passassem a pessoas Ecclesiasticas, ou á Igreja, que (em outro tempo) erão privilegiados: Pinheir. *supra* n. 236., Valasc. n. 17., Fulgin n. 14. Mul. ŷ. =Not. 1.=; ou os onus sejão grandes, ordinarios, ou extraordinarios, Mul. ŷ. 111. *Solvenda;* ou o Emphyteuta o seja de bens seculares, ou da Igreja;

Ainda que os bens sejão Ecclesiasticos

porque o dominio util he secular e profano, Fulgin. n. 19.; e hoje ainda mesmo o dominio directo.

Nota: Todas essas disputas de Valasc., Pinheir; Molin., Fulgin., e outros, com os quaes na mesma questão Balmased. de Collect. Q. 126, onde largamente disputa *Emphyteutæ Ecclesiarum collectas pro bonis Emphyteuticis an solvere tenaentur?* Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. n. 13.; estas disputas, digo, cessão hoje neste luminioso Seculo, em que está assentado: 1.°, que os bens das Igrejas são temporaes, e pela natureza propria delles só são dependentes do poder temporal; Estat. da Universidade L. 2. Tit. 8. Cap. 2. §. 29.: 2.°, são hoje demonstradas estas proposições = *clerici à jure naturali à præstatione tributorum non sunt immunes* = *Christus Clericos à præstatione tributorum non exemit.* = *Pontifex aut Ecclesia Clericos ab obligatione præstandi tributa liberare nequit* =, Gmein. Instit. Jur. Eccles. Sect. 2. a §. 248., Eeybel Introd. ad Jus. Eccles., Tom 2. L. 2. Cap. 5. §. 127.

E como a immunidade dos Ecclesiasticos he hum privilegio do Summo Imperante *(DD. supra)*; e este stricto por natureza, só os Colonos, ou Emphyteutas parciarios das Igrejas são isemptos do onus real das jugadas, qualificando-se com os requisitos da Ord. L. 2. Tit. 35. §. 9. e seguintes, §. 25., e 32., segundo a exposição de Pegas *ibidem*, e melhor do Repertor. debaixo da palavra *Jugada*, aonde se achão bellissimas Notas que ahi se podem ver sobre a intelligencia da dita Ordenação.

Se porém o Senhorio, quando emprazou as propriedades sugeitas a outros censos, ou tributos illudia ao Emphyteuta, ou dizendo-as livres, ou não declarando esses encargos, e por isso extorquiu do Emphyteuta a convenção de huma maior pensão; compete ao Emphyteuta a acção dá evicção, ou *quanto minoris*, como se verá ao diante P. 7. Cap. 10.

§. 596.

Segunda regra: São tão inherentes aos predios os encargos reaes, a que antes da Emphyteuticação estavão sugeitos, que por mais, que os Senhorios os tomem por si, e exonerem delles aos Foreiros, sempre estes ficão sugeitos, e responsaveis ao fisco, e outras pessoas, a que os taes tributos, ou foros erão, e são devidos: e sendo valido o pacto respectivamente aos contrahentes para deverem entre si indemnizar-se, he nullo respectivamente ao fisco, ou outro Senhorio dos taes antecedentes encargos, porque lhes não prejudica, Pinheir. *supra* n. 237., Valasc. Q. 17. n. 24., Fulgin. n. 24., Mul. *supra* ŷ. Præstare etiam: convém porém nesta regra o mesmo Mul. e Harprectr. *supra* Thes. 26., e só convém na resolução dos citados DD. « nisi vel canonis Emphyteutici magnitudo, vel Principis confirmatio, vel contraria consuetudo tale pactum sustentet. » E conclue geralmente o mesmo Harprectr. na Thes. 33. ut ibi:

He o Emhyteuta obrigado directamente a estes encargos, como possuidor, ainda que o Emphyteuticante os tomasse sobre si.

« Ex quibus simul prono alveo fluit, quod sicut hoc « pactum in ordine ad fiscum, nullum, ullo fère casu, ef- « fectum producit, dum hoc pactum ei non obest, nec pro- « dest; ita nempe ut ipse contra talem vicarium collectæ « promissorem ullam habeat actionem: ita illis in casibus, « in quibus hoc pactum prohibitum est, illud neque quoad « ipsas personas paciscentium ullum effectum producere « possit: sic ut proinde, non obstante hoc pacto Donata- « rius, Emptor, et sic deinceps publicas pensitationes agnos- « cere teneatur; neque tamen tali pacto, vel stipulatione « in casum contraventionis promissa pæna ea propter com- « mittatur... Ipsa vero venditio, vel aliud negotium, cui « hoc pactum accessit, nihil inde nullitatis. vel vitii contra- « hit, sed hoc pacto, seu maximè separabili, vitiato, illud « utique subsistit, cum certum sit, utile per inutile regu- « lariter haud vitiari » etc.

§. 597.

Terceira regra: « Etiam onera, et tributa personalia « ratione rei imposita, aut imponenda solvi debent a solo « Emphyteuta » Pinheir. supra n. 238. cum Valasc. d. Q.

Quid, nos encargos pessoaes ou mixtos?

17. n. 8., Fragoz. et Molin.: Conf Mul. *supra* §. 3. = Solvenda = Fulgin. *supra* n. 29.: porém, como com Valasc. n. 9. e 10. Fragoso, e outros adverte Pinheir. n. 239. e 240., hum tributo, como entre nós o da Decima em si mixto, se deve pagar *pro rata emolumenti*; de fórma, que o Emphyteuta só o deve pagar do que deduzidas as despezas da cultura, lhe fica como resto do lucro; e o Senhorio o deve pagar da pensão, que o Emphyteuta lhe paga.

Nota: Assim com effeito se pratica neste Reino na conformidade da L. de 9. de Maio de 1654. Tit. 2. §. 7. junto o §. 23, e Tit. 3. §. 12. 13. e 14. e seguintes: o mesmo na Decima dos fructos, de que se paga ao Senhorio certa quota, como determina o d. §. 23. do Tit. 2.: em termos, que o Senhorio deve pagar na fórma deste §. 23. a Decima da sua quota, e o Emphyteuta, ou Colono parciario só deve na fórma do §. 7. pagar Decima do que, tirada a quota do Senhorio, lhe resta, depois de abatida a semente, despeza do serviço, criados e gados: vejão-se Lauterbach. Disp. de Colon. Partiar. §. 18., Stryk. Us Mod. L. 19. Tit. 2. §. 19., Pinheir. *supra* n. 239.

§. 598.

Quid, quando o tributo he imposto conforme o valor dos bens?

Quarta regra: Quando o tributo se impõe a qualquer conforme o valor dos seus bens, o Emphyteuta só he obrigado no correspondente ao valor do seu dominio util, e o Senhorio ao valor do correspondente ao seu dominio directo: como com Valasc.. e Molin o mesmo Pinheir. n. 246. Porém até agora não temos tal tributo neste Reino

§. 599.

He obrigado Emphyteuta ellas collectas para marachões, aminhos, etc.

Quinta regra: Como pelo Regimento dos Marachões, transcripto por Peg. Tom. 9. a Ord. a pag. 612, se mandão impor e derramar collectas para a sua refeição: e *pro rata* em razão das geiras, que os individuos herdeos tiverem nos campos: como pela Ord. L. 1. Tit. 66. §. 40. junto o §. 24. se mandão fazer collectas para refeição dos caminhos, fontes, calçadas, pontes, etc. a todas

estas collectas he obrigado o emphyteuta; e não o Senhorio; cum Valasc., Portug., Pecch. et *aliis* Ferreir de Nov. Oper L. 3. Disc. 9 n. 14 e 18., Fulgin. supra n. 38.

§. 600.

Sexta regra: O Emphyteuta não só he obrigado aos tributos antigos, com que as terras antes de emprazadas estavão oneradas, mas aos reaes novos, e supervenientes, bem como está sugeito a quaesquer casos fortuitos, Valasc. Q. 17. n. 7., Fulgin. *supra* n. 37.; comtanto, que pagando os tributos novos, lhe não fique quasi inutil o prazo (vej. infra §. 603).

Aos tributos novos

A casos fortuitos.

§. 601.

Septima regra: He o Emphyteuta obrigado, não só pelos tributos, e encargos desde o tempo da sua posse, mas pelos, que se devião do tempo dos antepossuidores, tendo só regresso contra estes, ou seus herdeiros, Fulgin. *supra* n. 30. et 31., Pinheir. n. 243., Valasc. n. 21., Muler ad Struv. *supra* ŷ. 4. = Emphyteuta = Cod. Freder. *supra* P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 26.

E aos anteriores vencidos antes do tempo da sua posse.

§. 602.

Oitava regra: Ainda que Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 17. n. 4. surcarrega aos Emphyteutas com todos os referidos encargos sublevando inteiramente os Senhorios, não só quando a sua pensão he modica, mas ainda quando grande, e correspondente aos fructos; comtudo em contrario está Jul. Clar. §. Emphyteusis Q. 46., demonstrando, que quando a pensão he grande, e correspondente aos fructos, deve carregar o onus sobre o Emphyteuta, e Senhorio á proporção do commodo. D'esta opinião são outros, que refere Fulgin. *supra* n. 7. e 8.: e no n 9. passa a distinguir entre o caso de propender o contracto para arrendamento, ou pela grandeza da pensão, ou pelas outras circumstancias, que ficão referidas P. 1. a §. 73.: de fórma, que quando assim propende para arrendamento, se deve regular esta obrigação da contribuição dos encargos pelas regras dos arrendamentos, que expõem os DD. citados no princip. deste Cap. §. 593.: *ita signanter* Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 41. Cap. 9. Thes 4.

Quid, se a pensão, que paga ao Emphyteuta he grande?

Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Defin. 36., Begnudell. verbo Emphyteusis n. 112. O mesmo procede nos prazos de nova especie, quaes os que expuz na 1.ª P. §. 96., a que a Lei de 4 de Julho de 1776. manda regular pelas regras dos arrendamentos.

§. 603.

Declaração de todas as regras precedentes.

Ultima regra, (e declaratoria de todas as precedentes). Esta he a que com Jul. Clar., Grocio, Anton., Math. e com hum Voto do Collegio dos Ictos da Hollanda segue Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. n. 12. *ibi:* « Ex oppo- « sito onera quoque Emphyteutam fructuarii exemplo (*) « ferre nomine rei emphyteuticariæ, necesse est; quem « in finem huc reducenda, quæ plenius titulo de usufru- « ctu traduntur: nisi canonis, indictionisque magnitudo « suadeat onus inter emphyteutam, et dominum directum « dividendum esse » etc. Esta a meu ver he a regra mais justa, e conforme á razão, que deveria, e deve ser a unica na materia sugeita, abandonadas as mais, deduzidas unicamente de duas palavras de huma Lei Romana: sobre todas, a observancia de pagarem os Senhorios em todo ou em parte os referidos encargos, aqui he regra sobre todas, Valasc. d. Q. 17. n. 29., Fulgin. supra n. 40.

(*) Equiparados nesta parte o Emphyteuta e o usufructuario; assim como sobre o proprietario recahem estes encargos, quando aliás o usufructo ficaria quasi inutil ao usufructuario. Angelis de Impens. e Melior. Q. 15. n. 8. et 9. et in Manuel. Flumin. Opusc. 12 Q. 17. n. 30., confira-se o Cod. Civ. dos Francez. art. 598. e seguintes. Semelhantemente o Senhorio, quando o prazo ficaria quasi inutil ao Emphyteuta.

CAPITULO III.

Obrigação 3.ª de bemfeitorizar os bens emprazados, ou seja por força da convenção, ou seja pelo Direito. Damnificações causadas pelo Emphyteuta; responsabilidade por ellas á pena do Commisso; e ao interesse do Senhorio: reparações a que he obrigado.

ARTIGO I.

Bemfeitorias, que o Emphyteuta he obrigado fazer por força do pacto.

§. 604.

Bemfeitorias convencionadas no contracto do emprazamento.

A Ord. L. 4. Tit. 97. §. 22. no fim suppõe, e authoriza poderem-se convencionar no contracto Emphyteutico bemfeitorias, que geral, ou especialmente o Emphyteuta deva fazer. Com effeito, segundo o Direito não se duvida de validade do pacto, pelo qual o Senhorio, ou o Locador, convenciona com o Emphyteuta, ou conductor, que estes serão obrigados fazer taes e taes especies de bemfeitorias, taes e taes despezas á sua propria custa; e este pacto obriga precisamente ao Emphyteuta, e conductor até o ponto de poderem ser accionados pelo Senhorio, que o cumprão, Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 11. a n. 231., et Disp. 3. Sect. 1. n. 11., Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 2. a n. 1., Fragoz. P. 3. Disp. 10. §. 4. n. 10

§. 605.

He necessaria huma especialissima convenção.

He porém necessaria huma especialissima convenção sobre quaes, e quantas bemfeitorias o Emphyteuta por força do contracto deverá fazer; porque aliás sem esta especial convenção, a clausula geral de que o foreiro será obrigado a bemfeitorizar, se entende só das bemfeitorias modicas, a que aliás *ex necessitate juris* he obrigado, sem

A obrigação geral de bemfeitorizar só obriga ao mesmo que o Direito.

esta clausula, sendo assim generica, opere outra maior obrigação: bem como faltando aquella especifica convenção de se fazarem *taes, e taes* bemfeitorias; a outra clausula frequente, de que o prazo no caso do commisso e devolução reverterá ao Senhorio com as bemfeitorias se entende só das modicas, e das feitas *ex necessitate juris*, e não das grandes, e avultadas feitas arbitrariamente pelo Emphyteuta, sem obrigação de expresso pacto: havendo-o porém expresso de se fazerem *taes, e taes*, e de se devolver com todas o prazo ao Senhorio; he sem dúvida, que se devolve, e consolida com humas e outras, sem que o Senhorio neste caso tenha obrigação de as satisfazer. Tal he a commum distincção dos DD., Pacion de Locat. Cap. 37. §. 2. a n. 12, Fulgin. in Tit. de Melioram. Q. 2. n. 24., Valasc. Q. 25. n. 34., Gratian. For. Cap. 810. n. 8. et 934, no fim; Luc. de Emphyt. Disc. 72. n. 8., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 11. a n. 231. *optime* Britt. de Locat. in rubr. P. 2. §. 3. sub. n. 58. et 59., Fragos. P. 3 Disp. 10. §. 4. n. 5.: *idem* Pinheir. Disp. 3. Sect. 1. n. 11.

Quaes passão livres ao Senhorio no caso da devolução?

§. 606.

O pacto especial não escusa da juridica obrigação de fazer as modicas.

Este pacto porém, que obriga o Emphyteuta fazer á sua despeza *taes, e taes* bemfeitorias, não o excusa aliás de fazer as modicas, que he obrigado *ex necessitate juris*, e não póde repetir estas no caso da consolidação, assim como não póde repetir as expressamente pacteadas, Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 2. n. 17. 18. 19.

§. 607.

Podem convencionar-se bemfeitorias como parte de pensão, sendo esta mais modica.

Esta mesma obrigação imposta ao Emphyteuta de fazer *taes, e taes* avultadas bemfeitorias se póde tambem convencionar como parte de pensão; para em consequencia se não repetirem no caso da devolução do prazo ao Senhorio nem se satisfazerem por elle ao Emphyteuta ou successores: Britt. *supra* n. 58., Valasc. Q. 25. n. 18., *Senator apud* Peg. 1. For. Cap. 5. pag. 390. Col. 1., Pinheir. Disput. 3. Sect. 1. n. 7. et 11., Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 2 sub n. 15.: sendo esta a mais forçosa razão, porque no caso da devolução se não restituem pelo

Senhorio estas convencionadas bemfeitorias por maiores que sejão, por se julgarem compensadas com a parte remettida da annual pensão, estipulando por isso em menor quantidade; segundo a commum distincção dos DD. referidos no §. 605.

Neste caso, succedendo a devolução não paga o Senhorio bemfeitorias

§. 608.

Adverte porém, (e justamente) o Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 72. n. 8. que « verius attendi debeat substancia verosimilis voluntatis contrahentium, desumenda ex « singulorum casuum qualitate, ac particularibus circumstantiis pro arbitrio boni viri, ponderata potissime illa ratione, et æquitate quæ prohibet locupletationem de alieno præter domini voluntatem. Ita scilicet ponderando, aut notabilium melioramentorum lucrum vere ab initio in « consideratione habitum esset *tanquam pars pretii, sive « tanquam pactum correspectivum ad canonis, vel pensionis « diminutionem, aliave pacta.* » E portanto o mesmo Luca conclue assim « quod ista censenda sit quæstio potius facti, et voluntatis, quam juris; ideoque decidenda non « cum verborum formalitatibus, et grammaticalibus, significationibus, minusque cum regulis, et propositionibus « generalibus, decisonibus, doctrinis, *sed habendo præ oculis dictam æquitativam rationem prohibentem locupletationem de alieno, sine probabili causa* » etc Conf. eund. Luc. Disc. 73. n. 12.

Juizo do Card. de Luca sobre o exposto no § 607

Nota: Na verdade: que iniquidade não resultaria, emprazando alguns bens por huma ordinaria pensão proporcionada á sua producção, convencionasse bemfeitorias avultadas, sem rebater, com respeito a ellas, a pensão e depois no caso do commisso ou devolução lucrasse tudo? Poderia elle sem usura perceber hum tal commodo? E que diremos daquelles, de que fallei a § 101.? Hum, que compra bens ao vendedor, e lhos deixa emprazados por pensão correspondente só ao preço da compra, e muitas vezes excessiva; poderia elle convencionar avultadas bemfeitorias; e lucralas, além do equivalente ao preço desembolsado, no

caso da devolução? Aqui he com mais razão applicavel o que adverti na Nota ao §. 105.

§. 609.

Declaração do §. 607. e 608.

Ainda mesmo havendo este pacto expresso, e sendo em si justo; elle só he praticavel, quando o prazo se devolve ao Senhorio por commisso; ou por extincção das vidas: quando porém o Senhorio adquire do Emphyteuta o dominio util por compra, ou outro titulo oneroso não deve fazer desconto das taes bemfeitorias convencionadas, Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 2. n. 20., Fulgin. in Tit. de Meliorat. Q. 1. n. 7. et de Renov. Q. 1. n. 9.: porque com effeito ha muitas essenciaes differenças entre o caso de o Senhorio consolidar o dominio util pelo direito analogo; e entre o caso de o comprar, e adquirir como qualquer terceiro: vej. Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 3. in princ. n. 25.

Cessão. quando o Senhorio compra o dominio util do Emphyteuta.

ARTIGO II.

Quaes bemfeitorias se reputão modicas, quaes as a que o Emphyteuta he obrigado ex necessitate juris?

Já no Cap. 1. desta 3.ª P. desde o §. 635. demonstrei, quaes sejão humas, quaes outras, para o fim de se deverem conferir pelo successor do prazo; o mesmo procede para o objecto de que trato no seguinte

COROLLARIO

Quaes de todas estas especies de bemfeitorias cedão no caso da consolidação, ao Senhorio com, ou sem obrigação, de as satisfazer ao Emphyteuta ou seus herdeiros.

§. 610.

Intelligencia da clausula commum que Emphyteuta fá obrigado emfeitorizar.

Faltando na Investidura hum pacto expresso, e nos termos que fica exposto (§. 605.); ou quando assim o seja, faltando nelle a Justiça, e a equidade (§ 608.), nestes casos, por mais, que nos emprazamentos se encontre a

clausula generica que o Emphyteuta será obrigado a melhorar; só se deve entender, quanto ás bemfeitorias modicas, e *ex necessitate juris;* e não se estende as bemfeitorias avultadas de grande despeza e valor. Barbos. in L. Divortio §. fin. P. 1. n. 36. ff. Solut. matr., Garcia de Expens. Cap. 14. n. 12, Pacion. de Locat Cap. 34. §. 2. n 13.

§ 611.

E por tanto: succedendo o caso da devolução e consolidação, só cedem para o Senhorio, sem obrigação de as satisfazer, as bemfeitorias modicas, Fulgin. in Tit. de Meliorat. Q. 2. n. 10.; Pinheir. Disp. 3. Sect. 1. n. 9.; as feitas *ex necessitate juris*, Fulgin. *supra* n. 23. Pinheir. n. 12.; as feitas por pacto expresso (§. 604.) sendo porém licito e racionavel (§. 608.); mas não as bemfeitorias de grande despeza, que o Emphyteuta não era obrigado fazer, nem por necessidade imposta pelo Direito, nem por pacto expresso e justo: e isto ainda que no emprazamento haja a clausula de que o prazo se devolverá ao Senhorio *com todas as bemfeitorias*, porque só se deve entender das modicas e *ex necessitate juris*, e das feitas por pacto expresso, em que não intervenha iniquidade; e não das immodicas, arbitrarias, necessarias ou uteis, feitas sem o estimulo de alguma destas obrigações, Fulgin. in Tit de Melioram. Q. 2. n. 21. 23., Pacion de Locat. Cap. 34. §. 2. a n. 13. ad 16., Valasc. Q. 25. n. 19, Cald. de Emphyt. Cap. 27. a n. 19., Pinheir. Disp. 3. Sect. 1. a n. 2. et 3., *optimè* Fragos. P. 3. L. 6. Disp. 10. §. 4. n. 6., Garcia de Expens. Cap. 6. n. 22. *omnino videndus.*

No caso da devolução só cedem para o Senhorio as bemfeitorias modicas, e as feitas *ex necessitate juris*

Sem attenção a quaesquer clausulas exuberantes em contrario.

§ 612.

Alguns DD., como Gam. Decis. 75., Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. n. 213., tentárão, que havendo huma clausula tal, como a referida no §. precedente, *scilicet*, que o prazo se devolverá ao Senhorio *livre, e com todas as bemfeitorias;* esta clausula basta para não dever satisfaze-las, ainda que não haja a respeito dellas algum pacto especial, e por maiores e mais avultadas, que sejão: porém tal opinião he opposta a toda a equidade, e convencida pelos DD. referidos no §. precedente.

O que em contrario discorrêrão alguns DD.

§. 613.

Distincção que outros fizerão.

Outros DD. quizerão distinguir o caso da devolução e consolidação *ob lineam finitam* do caso de perdimento pelo culpavel, e criminoso commisso: de fórma, que neste caso perde o Emphyteuta todas em consequencia da sua culpa, e não no inculpavel da devolução *ob lineam finitam*; Cald. de Extinct. Cap. 10. sub n. 50.; que seguem o citado Pinheir. n. 15 et 16., Fulgin *supra* Q. 1. n. 10.: porém ainda mesmo no caso do commisso; he mais certo, racionavel, e seguido pelos DD. que o Emphyteuta só perde aquellas bemfeitorias, ainda que grandes, que fez por força de pacto, recompensadas com rebate de pensão, que aliás seria maior se não houvesse esse pacto especial; mas não perde, a que voluntariamente sem pacto especial, sem necessidade de Direito, fez avultadas; bem como só perde as molicas feitas *ex necessitate juris*; ut *optimè cum* Fachin., Zoez, Perez, et *aliis* Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. §. 52., Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 74., Fragos. P. 3. Disp. 10 §. 4. n. 1., Garcia de Expens. Cap. 6. n. 22.: e o mesmo Caldas (a si contrario) no Tract. de Emption. Cap. 27. n. 20. 21. 22.: *et maxime* se a pensão era grande, Fragos. *supra*, Valasc. Q. 25. n. 30., Fulgin. Tit. de Melioram. Q. 1. n. 4.

A pezar tudo subsiste a resolução do §. 611.

Comprova-se a segunda opinião

Nota: O commisso he pena, que não deve ser desproporcionada, nem excessiva da culpa. A Ord. L. 4. Tit. 97. §. 23., Tit. 95. §. 1. faz proprias do Emphyteuta as bemfeitorias, que não são feitas *ex necessitate juris*, ou *ex vi pacti*; tanto que manda se confirão entre seus herdeiros, e que a elles seja transitoria a sua estimação, Peg. Tom. 7. ad Ord. L. 1. Tit. 87. §. 4. pag. 66. Ora, o Emphyteuta incurso em commisso viria não só a perder para o Senhorio o que delle proveio, e reverteu para elle *ob pacta non adimpleta*; mas de mais a mais viria a perder para o Senhorio o que delle não proveio, quaes as bemfeitorias, bens proprios do Emphyteuta (ex Pegas *supra*). A Ord. L. 4. Tit. 38. e 39. só comina a pena

de perdimento *do Direito* que o Emphyteuta *tinha no Prazo*, isto he o direito havido do Senhorio; e não lhe comina perdimento das bemfeitorias (que o mesmo Legislador Tit. 95. §. 1., e Tit. 97. §. 23, reputou suas proprias): ora a pena não se póde exigir sem haver Lei, que a comine, ou autho:ise: se vamos analysar o Direito Romano: sim notâmos na L. 2. Cod. de Jur. Emphyt. que pela falta de pagamento de pensão seja o Emphyteuta privado do prazo para o Senhorio, se elle o quizer, *nulla in posterum allegatione nomine melioralionis:* porém aqui só desattende a excepção das bemfeitorias, quando opposta para evitar esse commisso, e não manda que, como em pena, se lhe não paguem pelo Senhorio: a L. 3. Cod. eod Tit. melhor confirma esta intelligencia; porque reputa tão proprias do Emphyteuta as bemfeitorias, e distinctas dos Direitos dominicaes, que obriga ao Senhorio, quando usa do direito da opção, paga-las juntamente com o valor do mais do prazo. Por outra parte (sobre a declamação do Card. de Luc. transcripta §. 608.) os Imperadores Theodozio, e Valentiniano, antecessores de Justiniano na L. fin. §. similiter, e na L. 16. Cod. de Omn. agr. deser., favorecêrão aos Agricultores bemfeitorisantes, tanto, que não permittirão, que jámais fossem expulsos, para que não se doessem, e chorassem os fructos dos seus trabalhos: tanto favorecião a industria dos Agricultores: estas Leis erão geraes: Justiniano Successor, tendo-as talvez em vista, só na L. 2. Cod. de Jur. Emphyt. as limitou no caso de não pagarem a pensão: e só então *nulla* (obstante) *allegatione nomine melioralionis;* isto he para que as bemfeitorias não podessem neste caso ser pretexto para a sua conservação; e cessasse neste caso a equidade das ditas Leis de Theodosio, e Valentiniano; vindo assim a ser aquella de Justiniano huma limitação das Leis geraes. Mas daqui não se segue, que Justiniano privasse aos Emphyteutas das suas bemfeitorias, tambem em pena de não

Conclusão do exposto a §. 604.

pagarem ao Senhorio a pensão; em consequencia do exposto: por mais que na Investidura haja huma tal clausula de reverter o prazo com as bemfeitoria; só deve reverter, ou 1.°, com as modicas e feitas *ex necessitate juris:* ou 2.°, com as especialmente paccionadas com justiça, estipulando-se por esse respeito huma menor pensão, do que aliás se estipularia não havendo esse pacto; mas 3.°, não avultadas, necessarias, ou uteis, feitas sem pacto especial, ou sem coacção do Direito: e isto 4.°, sem differença de se devolver o prazo *ob lineam finitam,* ou por commisso.

O mais, que aqui podia discorrer-se sobre a avaliação das bemfeitorias, fórma o modo do pagamento dellas; sobre o quanto de augmentos se devolve ao Senhorio, se verá na Parte 5.ª Cap 8.°

ARTIGO III.

Damnificações causadas pelo Emphyteuta: variações da cultura dos predios: commissos, e responsabilidades por estas causas.

§. 614.

Força propria da convenção sobre as damnificações

Se sobre as damnificações ha na Investidura pacto expresso, que regule, por quaes, e quantas, por quaes córtes d'arvores ceduas, ou não ceduas, por quaes variações de culturas; por quaes omissões será o Emphyteuta responsavel por commisso, ou pela indemnisação do dominio directo, etc., taes pactos são a primeira Lei do contracto (§. 7).

§ 615.

A Novella 120. Cap. 8. que cominou o commisso pelas damnificações foi Lei geral, tanto para os prazos Ecclesiasticos, como para os Seculares.

Porém em falta de tal pacto, não temos, que eu saiba, Lei Patria, que comine a pena de commisso por causa destas damnificações. A Novell. 120. Cap. 8., Auth. *si rem* Cod. de Sacross. Eccles. cominou essa pena quanto aos Emphyteutas de bens das Igrejas, e causas pias; mas porque não foi por privilegio especial, e porque nesse tempo era mais frequente emprazarem-se os bens das Igrejas, e causas pias; e nunca, ou raras vezes emprazavão suas her-

dades ou seculares, como bem adverte Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. n. 46,: portanto e por identidade de razão se ampliou a determinação da dita Novella a todos os prazos seculares, como com Pinello, Fabr., Zoez., e outros assenta o mesmo Voet. sub. n. 46, e uniformemente os mais DD. Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 4. n. 56., Fulgin. Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n. 2, Ciarlin. Contr. 2. n. 6., Pecch. de Servitut. Cap. 8. Q 28. n. 83., Cod. Freder. P. 2. L 3. Tit. 3. §. 30. n 8.

§. 616.

Requisitos para em falta de pacto se incorrer por esta causa a pena

Para se incorrer por estas causas,(em falta de pacto expresso) o commisso, fazem os DD. preciso o concurso de tres requisitos: 1.°, que a damnificação seja grave, e não modica: 2.°, que consista na propriedade, e a respeito della; e não nos fructos, ou a respeito delles: 3.°, que a determinação seja causada por culpa dolosa, culpa lata, ou leve, e não levissima, Mant. de Tacit. L. 22. Tit. 29. a n. 17., Leizer. Jus. Georg. L. 3. Cap. 8. sub. n 45, et L. 1. Cap 15. n. 42, Muler. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 72., Pinheir. de Emphyt. Disp 8. Sect. 4. n. 57., Cyriac. Contr. 268. n. 9., Gam. Dec. 342. n. 3, Pecch. de Servit. Cap. 8. Q. 28. a n. 85., et. de Aquæduct. L. 2. Cap. 11. Q. 4. Quæs. 6 n. 26., Fulgin. in Tit. de Var. Caduc Q 2 a n. 35., Cod. Freder. *supra* (se bem que só admitte o dolo, e culpa lata, e não a leve para este effeito)

§. 617.

Exposição de cada hum dos requisitos, Quanto ao 1.°

Esta (§. precedente,) he a These geral dos DD.: elles expondo o 1.° dos ditos requisitos; assentão, que qual seja a damnificação grave, qual a modica, se deve commetter a hum prudente, e bem regulado arbitrio do Julgador, Cyriac. Contr. 268. n. 11., Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 23., Pinheir. *supra* n. 57., Pecch. *supra* n. 90. Ciarlin. Contr. 2. n. 58., Manz. Cons. 23. n. 14., Mantic. de Tacit L. 22. Tit. 29. n. 27.: elles dão em razão do 2.° requisito, (ou da fallencia delle) que como os fructos pertencem ao Emphyteuta, pouco importa, que a respeito delles, e da sua cultura cause damno, cultivando bem

ou mal, huma vez que pague ao Senhorio a sua pensão, Pacion. *supra* n. 6., Mul. ad Struv. supra.

Nota: Supposto que o Cod. Freder. *supra*, e Gam Dec. 305., (quanto ao 3.° requisito,) isemptem neste caso ao Emphyteuta da culpa leve, fazendo-o responsavel só pelo dolo, e culpa lata; comtudo o commum sentimento dos DD. o sacrificão tambem á responsabilidade pela leve, e não pela levissima; Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 45, Pinheir. *supra* sub. n. 57., Mul. ad Struv. *supra:* ainda muitos DD. o sugeitão á levissima quando esta consiste *in committendo*, porque se equipara á leve *in omittendo*, Pacion. n. 47. et 48.

§. 618.

Se pela variação da cultura se incorre a pena

Estabelecem commummente os DD. outra conclusão, qual he: que o Emphyteuta não póde variar e mudar a forma e estado, em que estavão as propriedades ao tempo do Emprazamento, e fazendo o contrario, sem licença do Senhorio, incorre em commisso: Cyriac. Contr. 268. n. 4. et 5., Valasc. Cons. 50. n. 9, Fulgin. de Var. Caducitat. Q. 3. n. 4. et 6. (onde contra Valasc. *supra* sub n. 9. equipara nesta parte com boas razões, o Emphyteuta ao usufructuario; bem que Castilh. de Usufr. Cap. 5. a n. 12. ad 18 attribue mais liberdades juridicas ao Emphyteuta, que ao usufructuario), *Conf. optime* Lagunez de Fructib. P. 1. Cap. 6. a n. 30: *maxime*, e sem duvida, se assim se convencionou na Investidura: Krebi de Lign. et Lapid. P. 1. Class 4. Sect 5. §. 8. n 1.

§. 619.

O mesmo e variedade de opiniões

Sem embargo desta conclusão geral tem os DD. controvertido; se o Emphyteuta sem incorrer nesta pena, póde extirpando huma mata ou floresta emprazada reduzi-la a terra de lavoira, vinha ou olival, etc., como se vê nos DD. que refere Fulgin. de Var. Caducit. Q. 3, huns pela affirmativa, outros pela negativa; fazendo outros varias distincções, que por extensas, e pouco uteis não refiro: tambem pela negativa absoluta estão Mul. ad Struv.

Exerc. 11. Thes. 72. pag. 729. Prosp. Rendell. *de Vinea et vino* P. 2. Cap. 3. á mesma questão tractou largamente Krebs de Lign, et Lapid. P. 1. Class. 1. Sect. 5. §. 8. e assenta pela affirmativa, fazendo com a mudança da cultura mais rendoso o feudo ou o prazo; respondendo no §. 9. 10. e 11. ás objecções contrarias. Neste Reino, *teste* Valasc. Cons. 50. se vê disputado, se incorreu em commisso o Emphyteuta, que arrancando hum olival plantou huma vinha? Julgou-se, que não; já por ser velho o olival, sem esperança de renovar, e o solo delle incapaz para produzir pão; já por ser nesse Paiz mais interessante e rendosa a vinha do que era o olival: declarou porém o Senado, como diz o mesmo Valasco debaixo do n. 9. que «solum non permittetur mutatio etiam in melius, quando «dominus reluctabitur; quia invito, non confertur benefi«cium; et ideo Senatores adjecerunt clausulam in senten«tia, quod si dominus directus voluerit, ut prædium plan«tetur in oliveto, teneatur emphyteuta facere, et cum hac «clausula transiit sententia per Cancellariam rejectis multis «exceptionibus.» Nesta doutrina concordão Pinheir. de Emphyt. Disp 8. Sect. 4. n. 59. et. 60, Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 72. pag 729. Col. 2., Surd. Dec. 80. Gall. de Fruct. Disp. 26. Art. 1. n. 8. et. 9. Em Gam. 147. n. 5., que seguirão Valasc. e Pinheir. *supra* n. 59. se escusou do accusado commisso em caso semelhante: hum Emphyteuta «quando quidem (diz Gam.) articulavit, «et probavit, consuetudinem in illis partibus in contrarium «esse, et hoc suffecit ad reum absolvendum.»

§. 620.

Quanto ao moinho mudado.

Tambem em João Hering. de Molendin. Q. 14. n. 11. e 12. se acha com variedade de opiniões a questão: se o Emphyteuta do moinho o póde mudar, ou alterar ainda para melhor sem authoridade do Senhorio? e deixando Heringio de interpor ahi o seu voto; elle na Q. 32. n. 14., se desembaraça de tudo dizendo «Emphyteuta habet do«minium, saltem utile in re emphyteuticaria; quo fit, ut «videatur de ea posse disponere prout vult, *nisi quatenus fa-*

« *ceret eam deteriorem quoad proprietatem, vel nisi qua-* « *tenus legem conventionis offenderet* » Outros DD. assentão incorrerem commisso o foreiro, que demoliu a casa ou moinho, que elle mesmo edificou: Fulgin. de Var. Caducit. Q. 2. n. 72., Pacion. de Locat. Cap. 54. n 16. et 19., Ciarlin. Contr. 2. n. 5., 69. et. 70., Surd. Dec. 68 a n. 10., et Dec. 300. n. 6., Pinheir. Disp. 8. Sect. 4. n. 60. ỳ. Adhuc.

Conciliação

Nota: Para evitar esta variedade, será muito providente que na Investidura se acautelle o que o Emphyteuta poderá não variar de cultura nos solos emprazados: Krebs. de Lign. et Lapid. P. 1. Class. 4. Sect. 5. §. 8. Póde ser que das especies de fructos, que produzião as terras, quando se emprazavão, se pagassem quotas ou foros sabidos ao Senhorio, e huma variação da cultura para producção de fructos diversos não pode deixar de prejudicar ao Senhorio; ou já porque faltando por essa mudança as quotas, ou foros dos fructos que as terras produzião, e carecendo delles o Emphyteuta se veria o Senhorio obrigado receber em dinheiro a sua pensão; ou já porque variada a cultura, e produzindo as terras fructos diversos, ficaria privado da faculdade de os arrestar em quanto pendentes para se pagar da sua pensão em especie, etc.: neste caso não admitte Krebs. *supra* n. 7. a extirpação das arvores; quando o Emphyteuta paga cada anno tantos carros de lenha. Experimentando pois o Senhorio qualquer ainda leve prejuizo da variação da cultura; não se deve permittir ao Emphyteuta, segundo as doutrinas de Fulgin. de Var. Caduc. Q. 3. n. 2. et 5., e quando o Emphyteuta despoticamente tenha variado a cultura, devera praticar-se a decisão de Valasco acima referida (§. 619.): *aliter*, se a tal variação, sendo util ao Emphyteuta, e augmentando o valor essencial do prazo, não prejudica de modo algum ao Senhorio: assim conciliaria eu a variedade de opiniões: e assim finalmente *discusso plene articulo*, o citado Krebs. §. 8., 9., 10. 11., só com a dita limitação,

de se pagar do predio mesmo, e do que elle produz. parte do fructo ao Senhorio.

§. 621.

Quando o córte das arvores constitue dammificação notavel, que causa a pena

Estabelecem tambem os DD. outra proposição: que o córte de muitas arvores não *ceduas*, e fructiferas, causa huma deterioração natural na propriedade, e he outro motivo para se impor a pena de commisso, Surd. Dec. 102. n. 7., Ciarlin. Contr. 2. n. 2, Mauz. Cons. 23. n. 7., Pecch. de Servit. Cap. 8. Q. 28. n. 82., Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n. 10.; ampliando « etiam quod incisio « pluribus vicibus facta fuerit; ad effectum enim, de quo « agitur successivæ, ac interpolatæ incisiones cummulan- « tur. » Pecch. *supra* n. 82., Conf. Lagun. de Fruct. 1. P. Cap. 6. n. 36. et. 40., Gall. de Fructib. Disp. 26. Art. 1. n. 4., et. Disp. 3. Art. 5. n. 19.: porque como com muitos DD. continua Pecch. n. 86. « ex incisione arborum « non cæduarum, grandium, fructiferum, et non renascen- « tium fundus in proprietate deterior redditur. » Conf. Ciarlin. sub. n. 3., Fulgin. sub. n. 38., Surd. n. 8.

§. 622.

Variedade dos DD. sobre a quantidade de arvores capazes para fundamentar a pena.

Como porém a gravidade deste damno fica ao arbitrio dos julgadores (*ut supra* §. 617.), que aliás não deve ser livre e desenfreado, Pecch. *supra* n. 91., Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 24.; he bem notavel o quanto os DD. desvairárão sobre o regulamento deste arbitrio: huns, como Jason. Cons. 17. L. 9. arbitrárão não ser damno grave o corte até quatro arvores, ou duas cereijeiras. Roland. Cons. 49. reputou leve o de tres amendoeiras; Giovagnor. Cons. 15. L. 2. defendeu inculpavel o de cinco arvores, em cujo numero entrava huma secca. Ciarlin. Controv. 2. persudiu não haver causa para commisso pela incisão de seis arvores, das quaes duas erão infructiferas, duas muito pequenas, e outras duas cortadas de licença do Senhorio. Mart. Medic. Decis. 47. n. 8. arbitrou damno grave o córte de duas, ainda que conjuncto com o de outras seccas, e necessarias para reparação das casas do prazo.

§. 623.

O que discorrerão huns.

Quando no emprazamento he expressa a clausula, que o Emphyteuta será obrigado melhorar, e não peiorar as fazendas emprazadas; quizerão alguns DD., que este pacto, *tunquam expressivum eorum, quæ tacite insunt, nihil operantur*, Ciarlin. *supra* n. 107., Fulgin. *supra* a n. 15., Mel. L. 2. Alleg. 98. n. 24. Outros justamente defendem, que este pacto liga mais fortemente ao Emphyteuta, e que por força delle he perda notavel, e fundamento do commisso o córte de duas arvores de fructo: Ciarlin. *supra* n. 10., Surd. Decis. 102. n. 9., Cyriac. Contr. 266. n. 9., Pecch. *supra* n. 98., Paccion de Locat. Cap. 54. a n. 10., Actolin. Resol. 92. n. 22.

§. 624.

Outros.

Em falta de tal pacto, ou de outro mais especifico e adstringente, o certo he que em tal occurrencia « videtur « recurrendum ad inspectionem qualitatis fundi, et ex ea « arbitrandum, an considerata etiam qualitate ipsarum « arborum deterioratio sit considerabilis: poterit enim « prædium esse adeo magnum, et arboribus abundans, ut « duarum arborum incisio non sit considerabilis... famosi « juris-consulti (§. 622.) præfati, ut plurimum loquuntur « in casibus particularibus, a quibus in proposito non po- « test resultare regula generalis propter bonorum locato- « rum, et ipsarum arborum diversitatem a judice consi- « derandam » *Ita* Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 30. et 31. Nisto mesmo depois dessas opiniões convém Fulgin. in Tit. de Var. Caduc. Q. 2. n. 52. dizendo « forte Ju- « dex poterit ex prædiis, et arborum qualitate judicare « duas maximum detrimentum proprietati attulisse: quod « ego quoque credo, quia fortasse erit fundus parvus, in « quo paucæ arbores fructiferæ essent; et si Emphyteuta « illas incideret, damnum notabile afferret. » Conf. Castilh. de Usufruct. Cap. 21. n. 12, 18., 19, Pecch. de Aquæduct. L. 2. Cap. 11. Q. 4. Quæsit. 6. n. 27.

Em que assentárão outros

§. 625.

Sem dúvida havendo pacto expresso

Havendo porém no emprazamento hum pacto tão expresso como este « não cortarão arvores de fructo por pou-

cas, que ellas sejão» e sendo sem dúvida válido, e obrigatorio este pacto, cessa toda a variedade de arbitrios dos DD, e do Julgador, e o commisso se incorre por huma só arvore de fructo, que se corte pelo Emphyteuta, e por menor, que seja a deterioração, Fulgin. in Tit. de Var. Caduc. Q. 2. sub n. 51., Pecch. de Servit. Cap. 8. Q. 28. n. 97., Cyriac. Contr. 266. n. 8. et 9., Surd. Dec. 102. n 9.

§. 626.

Requisitos que a damnificação seja dolosa.

Circumstancias exclusivas do dolo e da pena.

Tambem em falta de pacto he preciso que a deterioração seja feita com dolo, culpa lata, ou leve (§. 616.) «In dubio autem (diz Pecch. de Aquæd. L. 2. Cap. 11. «Q. 4. Quæsit. 6. n. 29.) an præsumatur deterioratio- «nem factam fuisse animo doloso, ac fraudulento? affir- «mative respondet Petr. Barbos. in L. Divortio §. si fun- «dum sub. n. 20. ff. Solut. matrim, dummodo probetur «culpa saltem levi deteriorationem evenisse. Ita ille: et «discretus Judex fraudem, vel malum animum deducet «ex rei, et facti evidentia... Nam si quis occidisset ar- «bores non fructiferas, seu quæ non sunt aptæ nisi ad «ignem, hujusmodi incisio non dicitur deterioratio, sed «in fructibus comprehenduntur; et in hoc casu cessat do- «lus, vel fraus. Quando vero incideret arbores fructiferas, «seu eas arbores, quæ inservire possunt ædificiis, et eis «non est usus incidens, sed eas vendidit, tunc censetur «fecisse animo doloso, etc.: por outra parte, o mesmo Pec- «ch. de Servitut. Cap. 8. Q. 28. n. 87. diz que culpa «Investiti, saltem levis eo ipso probatur, quod constat de «incisione arborum non cæduarum, nec apparet de aliquo «casu fortuito, etc.» Mas todo o arbitrio cessa havendo hum tal pacto, como o referido (§. 623.) em que se comine a pena do commisso; porque só pela falta do seu implemento tem lugar esta pena, independente d'outra culpa, Cyriac. Contr. 266. a n. 4.

§. 627.

Outras exclusivas, ou não exclusivas.

Da mesma fórma muitos DD. (em falta de pacto expresso em contrario) escusão do commisso por esta causa ao Emphyteuta, quando elle em logar das arvores corta-

das plantou e subrogou outras, Fulgin. d. Q. 2. n. 59., Gam. Dec. 147. n. 5., Bersan. de Compensat. Cap. 2. Q. 21. n. 11., Pecch. de Servitut. Cap. 8. Q. 28. n. 99. (confira-se o §. 640.): porém o mesmo Fulgin. n. 60. «declarat, non habere locum quando minor quantitas fuis-«set subrogata... adeo quod etsi deficeret una tantum «arbor, quæ non fuisset reposita in locum ejecturum ar-«borum, vel minima particula vineæ non æquivalens pri-«ori vineæ, et prioribus arboribus, possit expelli; arbi-«trio tamen Judicis, qui circumspicere debet qualitatem «arborum evulsarum, puta, si essent quercus viginti, et «supplantasset decem fructiferas, et domesticas arbores, «quæ decem arbores possent esse magis conferentes fundo, «quam illæ viginti quercus. Sic bonus judex arbitrabitur, «an vinea evulsa esset adeo vetusta, quod parum, aut nihil «utilitatis afferret, et magis utile esset domino habere «minorem vineam fructiferam, quam magnam quantita-«tem parvi, aut nullius fructus, Menoch. de Arbitr. Cas. «78. n. 8., Tiraquell. de Retract. Convent. Gloss. 1. n. 25.»

«Prædicta etiam intelligas, quando incidisset arbores «vetustas, aut corruptas, non alias, ut declarat idem Ti-«raquel., etc. Constat enim hujusmodi arbores fructiferas «paulo vetustiores, multo fœcundiores esse, quam juniores, «fructuque suaves, meliores que afferre solitas, nisi præ «nimia vetustate corruptæ essent... et ideo, si incideret «arbores admodum antiquas, et corruptas non posset ex-«pelli.... quod est relinquendum Judicis arbitrio, ut «dictum est: et bonus Judex considerabit, an arbores es-«sent parum fructiferæ ex nimia jam vetustate, vel cor-«ruptæ, alias secus; quia, ut dictum est, licet sint vetus-«tiores, tamen afferunt fructum; et modo in locum ea-«rum alias substituat: et quando utilius erit istas arbores «succidere, et in earum locum alias substituere, hoc ma-«gis industriæ, quam culpæ adscribi debet, ut dicunt «DD, etc. Conf. Lagun. de Fructib. P. 1. Cap. 6. n. «47 et 48.

Accrescenta mais e declara com Pedro Barbosa, Pecch. de Aquæd. L. 2. Cap. 11. Q. 4. Quæsit. 6. n 24. et 25.

ut ibi « Ad hoc, ut intret hujusmodi compensatio, exem-
« pli gratia si essemus in arboribus ad usufructuario, vel
« Emphyteuta cæsis, et loco cæsarum aliis subrogatis, quod
« arbores subrogatæ, vel in alia parte plantatæ debent
« esse aptæ ad fructus ferendos, seu quando cessaverit jus
« cædentis arbores plantatæ sint preventæ ad bonitatem,
« et æstimationem aliarum cæsarum, alias non est locus
« compensationi, Barbos. supra... Nam durante jure cæ-
« dentis, deteriorario erit solum in fructibus, quos interim
« percipere, potuisset ipsemet cædens, si arbores illas non
« cædisset. Quoties autem arbores noviter subrogatæ non
« pervenerint ad eandem bonitatem, cujus erant excisæ,
« tunc cessabit compensatio, et poterit intrare pæna pri-
« vationis; ait idem Petr. Barbosa: sicuti idem esset di-
« cendum quando non substituisset arbores tot, quot erant
« excisæ, etc. » Conf. Bersan. de Compensat. Cap. 2.
Q. 21. n. 12. et. 13. *Idem* Peech. de Servitut. Cap. 8.
Q. 28. a n. 100.

Nota: Presuppostas estas doutrinas, raras vezes se poderá verificar caso em que as arvores de novo plantadas, possão compensar o valor das antigas, que não fossem totalmente seccas, ou caducas: porque póde succeder, que antes de findas as vidas o prazo se venda: se se vendesse com as arvores antigas, não seccas nem caducas, avultaria mais o preço com respeito a ellas, e consequentemente o Laudemio; e eis-aqui hum prejuizo do Senhorio: póde ser que o Emphyteuta antes de findas as vidas, e antes de equivalerem ás velhas as arvores novas incorra o Emphyteuta em commisso; e o praso se devolva com essa diminuição: logo não póde ser em caso algum praticavel essa compensação, menos, que as arvores cortadas não fossem seccas ou caducas. Mais: as arvores velhas, quanto ao dominio directo erão do Senhorio; as novas subrogadas só valem o que valem em novas, e o custo do plantio; ellas se nutrem em terra d'ambos os dominios: logo, ainda menos póde haver tal compensação para evitar o com- Juizo do A.

misso de presente com o que hão de valer de futuro, como bem argumenta Gob. Cons. 5. in fin.

§. 628.

Sylvas ceduas.

Passemos á sylva cedua: esta se connumera entre os fructos, Lagunez de Fruct. P. 1. Cap. 6. a n. 9., Gall. de Fruct. Disp. 3. Art. 5. a n. 11., Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 32. E por tanto o fructo della pertence ao Emphyteuta, Lagunez *supra* n. 22., Gall. de Fruct. Disp. 26. Art. 1. n. 7., Fulgin. in Tit. de Var., Caducit. Q. 2 n. 57. «Dummodo id faciat, vel ea utatur sicut bonus «paterfamilias, Lagunez *supra* n. 23. arbitrio boni viri «secundum rei naturam, et consuetudinem Regionis; ita «ut cæsio ad fructum, non ad destructionem pertineat. «idem Lagunez n. 28. et 29., Garcia de Expens. Cap. «11. n. 35., Fulgin. post Tract. Dec. 1. n. 39.

São fructo do Emphyteuta.

§. 629.

Que arvores são ceduas, ou não ceduas.

As sylvas ceduas (ex Leizer. Jus. Georg. L. 3. Cap. 11. n. 13.) dicuntur (1.) «quæ in hoc habentur, ut cæ- «dantur, L. 30. ff. de verb. signif. (2) quæ maturæ sunt «(3.) quæ cum succisæ sunt, rursus ex stirpitibus, vel «radicibus renascuntur, sive ab eodem stipite, sive ex «stipitibus; ut salix, arundo, cornus, fraxinus, quercus, «laurus, betula, sambucus, populus, multæque id genus «species, Alciat., etc. Pro cædibus arboribus (4.) et gre- «miales habentur, L. 7. §. 12. ff. Solut. matr., etc.» E conforme Lagunez *supra* n. 16. «Ad assentiam sylvæ «cæduæ copulative requiritur, ut scilicet in hoc habeatur, «ut cædatur, et quod scisa iterata vice germinet.» Acrescentando no n. 18. «quod ut arbor, vel sylva cædua di- «catur, non sufficit, ut cæsa renascit possit, sed etiam, «quod ad id habeatur, ut cædatur, et ita principaliter «pro pastura pecorum, non ut cædatur, destinata, cædua «dici non potest, licet cæsa renasci posset.... E contra «autem, ut si cædatur principaliter sylva est destinata, «licet glandes ferat, et pasturæ quoque deserviat, in fru- «ctu erit.... quia semper attenditur id, ad quod prin- «cipaliter destinatur, ut cædua dicatur, vel non.» Conf.

Fulgin. post Tract. de Jur. Emphyt. Dec. 1. n. 43.: e propondo o mesmo Lagun. n. 29. esta questão: «An re-«quiratur ad renascentiam istam, quod statim brevi tem-«pore sylva renasci debeat, vel sufficiat tarde, et post «longum tempus renasci?» Elle depois de expor huma opinião, conclue com a mais segura. *Satis esse, quod post longum tempus renascatur.*

§. 630.

O mesmo assumpto

Pelo contrário são sylvas não ceduas as arvores grandes, Leizer. supra n. 14. «Ideoque (diz Leizer) quod ar-«bores annosæ, sublimes, et crassæ, cum excisæ, aut eversæ «sunt, recrescere et in pristinum restitui non possunt... «Arbores juvenculas bonam spem de se præbentes, non «minus sacras esse debere, quam annosas, et grandiores, «etc.» Os carvalhos, os sobreiros, os castanheiros, e todas as arvores que produzem fructos para alimentos do homem, e do bruto se connumerão entre as fructiferas não ceduas; Fulgin. d. Dec. 1. n. 21.. Videndus Lagun. de Fruct. 1.ª P. Cap. 4. a n. 12. aonde dinumera toda a especie de arvore de fructo: de fórma que, como prosegue a citada Decisão 1.ª post Fulgin. n. 23.: «Non ex «hoc, quod arbores renascantur dici potest sylva cædua, «cum etiam illæ destinatæ ad ædificium renascantur, li-«cet sylvam cæduam non efficiant, sed ultra hanc quali-«tatem necesse est, duas alias supra relatas concurrere; «quod nempe arbores grandes non sint, quodque alium «fructum non pariant, quam illum incisionis»

O que dizem outros DD a este respeito.

E melhor ao proposito; quaes sejão as arvores não cedu as que os Emphyteutas, sem incorrerem na pena do commisso não possão cortar, expõe o mesmo Lagunez de Fruct. P. 1. Cap. 6. a n. 35. ad 10 ibi:

«Notandum est, sylvam non cæduam eam esse, quæ «non habetur ad cædendum, sed ad alios usus, et quæ «cesa non renascitur ex stirpibus vel radicibus... unde «arbores procebæ, sive grandes, quæ ut cædantur, non «sunt destinatæ, in fructu non erunt, nec per Emphyteu-«tam excidi poterunt... Et de arboribus grandibus, quæ «ob frondositatem habent, ut deambulationes opacas, et

« amænas reddant, quod in fructu non sint, nec per dictas « personas excidi possunt... Secundo intelligunt DD. de « arboribus frugiferis, quæ similiter in fructu non sunt, « nec per Emphyteutam, et similes cædi possunt, cum ad « id non habeantur... Quod ita procedit, ut propter hu- « jusmodi arborum, quæ in fructu non sunt, incisionem « Emphyteuta in commissum cadat » etc.

§. 631.

Quid, nas arvores velhas, ou arrancadas

Adjudicão os DD. aos Emphyteutas, como em limitação da regra geral, as arvores velhas, ou as arrancadas por violencia dos ventos, ou cortadas acintemente por terceiros; com tanto porém, que as appliquem para a refeição das casas e obras do prazo, e em lugar dellas subroguem outras, como bem concilia Lagunez de Fruct. P 1. Cap. 6. a n. 53. junto o n. 48., e o n 59., Conf. Fulgin. in Tit. de Var. Caduc. Q. 2. n. 63. et 72. (aonde limita não havendo pacto em contrario). Não póde porém o Emphyteuta cortar, ainda para edificios, arvores grandes não ceduas, que estão ainda bem vegetaveis, e só apenas alguns ramos dellas, Lagun. *supra* n. 49.: nem tão pouco póde cortar arvores de fructo, ou só ramos dellas, ainda mesmo para reforma dos edificios do prazo; Lagun. n. 50. et 51.: assim o sente, ainda que confusamente Fulgin. n. 64. (*quidquid* Mantica). *Videndus ad omnia* Castilh. de Usufr. Cap. 25., Confira-se Gall. de Fruct. Disput. 3. Art. 5. a n. 22.

Quid, se cortarem alguma não cedua para obras do prazo.

§. 632.

Quid, se cortar arvores opacas infructiferas?

Muitos DD. desculpão do commisso ao Emphyteuta, que corta arvores opacas infructiferas, só com os unicos fins de fazer mais fructifero o predio, Fulgin. *supra* n. 62. Lagun. n. 44. referindo outros; porém a esta liberdade, como advertem os mesmos DD., repugna a juridica prohibição de alterar o estado dos predios: e por tanto Lagunez n. 46. entende essa opinião « si aliquæ dumtaxat arbores exci- « duntur, vel earum rami putentur, ut fæcundiores alii « reddantur; secus vero si omnes devastentur, et ita forma, « et substantia rei mutetur; quia tunc potius destructio, « et extirpatio esset. »

§ 633.

Pinhaes

Quanto aos pinhaes: Se são ou não sylva cedua *varii varia dixerunt;* como se nota em Gam. Dec. 104., Gutier. de Tutell. Cap. 27. n. 6., Barbos. na L. 8. §. Si fundum ff. Solut. matrim.; Mierez de mayorat. P. 4. Q. 39. n. 5., Lagunez de Fruct. P. 1. Cap. 6. n. 20. et 21., Gall. de Fructib. Disp. 3. Art. 5. n. 20. et. 21.: o que mais sólida, e conformemente se deduz destes DD., he, que seja ou não sylva cedua, o usofructuario, e o Emphyteuta só podem usar do pinhal *arbitrio boni viri* approveitando-se dos ramos e páos para as vinhas, ou lenhas, cortando os de menos prestimo para madeiras, e aonde estiverem vastos para darem logar a que outros medrem, e engrossem.

§. 634.

Quid, se o todo ou maior parte dos predios consistir em pinhaes, sobraes, etc.

Quando porém o todo ou a maior parte dos bens emprazados consistir em pinhaes, matas, devezas, sobraes destinados pelo uso commum da região para córtes de madeiras de annos em annos; ou para córtes das arvores entresachadas, capazes de madeiras, sem outro fructo, ou emolumento, que dellas possa perceber o Emphyteuta; neste caso se limita tudo o exposto; e póde o Emphyteuta *arbitrio boni viri* vender estas arvores, sem comtudo passar a huma devastação notavel; porque nesta venda consiste unicamente o fructo, com respeito ao qual paga a pensão ao Senhorio, Lagun. de Fruct. P. 1. Cap. 6. a n. 41., Fulgin. in Tit. de Var. Caduc. Q. 2. n. 12. et 58.; aonde junctamente adverte, que se o Emphyteuta paga ao Senhorio ração ou quota de fructos por convenção do contracto, tambem lhe deve a quota parte destas arvores, que corta, e vende, Conf. Gall. de Fruct. Disp. 3. Art. 5. a. 14. et. 15.

Ainda que o Emphyteuta se escuse da pena, sempre deve responder ao Senhorio pelo valor

Nota: Escusando-se do commisso o Emphyteuta, por ser modica a damnificação pelo córte das arvores, sempre fica responsavel ao Senhorio pelo damno dellas; a qual deve regular-se, não com respeito ao valor das arvores no tempo da incisão, mas com res-

peito ao dubio evento, e á utilidade futura, Pecch. de Servit. Cap. 8. Q. 28. a n. 106., Fulgin. de Var. Caduçit. Q. 2. n. 43. et. 44.: veja-se o meu Tractado dos damnos e sua estimação.

§. 635.

Culpas damnosas por omissão

Temos tractado desde o §. 618. das damnificações por culpa de commisso: resta tractar das causadas por culpa de omissão culpavel: esta he *contrario-relativa* ás obrigações de que o Direito surcarrega o Emphyteuta, não só de conservar, ou não peiorar, mas de preservar de ruinas as cousas emprazadas: pois que he huma regra certa e geral, que o Emphyteuta *ex necessitate juris* tem obrigação de fazer as despezas, sem a differença de pequenas ou grandes, quando necessarias para a refeição da cousa aforada (se totalmente se não arruinou por casualidade imprevista); e isto em differença do Colono, Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 26. n. 1., Fulgin. in Tit. de Meliorament. Q. 9. n. 1.: quaes destas despezas possa repetir do Senhorio na extincção do emprazamento, fica tractado a §. 604.: confirão-se Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 37., *et ad omnia* Ferreir. de Nov. Oper. L. 3. Disp. 9. a n. 14.

Refeições a que o Emphyteuta he obrigado

§. 636.

Especificão-se

Em consequencia daquella obrigação *ex necessitate juris*, (§. 635.) incumbe ao Emphyteuta a despeza da reparação dos poços e cisternas, dos aqueductos, dos caminhos, dos marachões, das casas Emphyteuticas, e semelhantes, Valasc. supra n. 4., Fulgin. n. 2., Angelis de Impens. et melioration. Art. 7. n. 28., Ferreir. supra n 14., Pinheir. de Emphyt. Disp. 3. Sect. 1. n. 13, et. Disp. 4. Sect. 11. n. 232. (aonde limita, quando a despeza dos marachões para occorrer ás invasões do rio he extraordinaria, caso em que, diz, deve concorrer o Senhorio), Conf. Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. n. 211.

Quando pela ruina culpavel, ou inculpavel, de todo ou parte do Emphyteuse se deva reduzir ou não a menor a pensão se verá no Cap. 8. Art. 1.

§. 637.

Quanto á má cultura, que póde ser causa de producção de menos fructos: supposto os DD. não julguem sufficiente esta omissão para a pena do commisso, porque o damno na diminuição dos fructos não o he na propriedade, nem perpetuo, só diminue os interesses do Emphyteuta; e nada prejudica ao Senhorio, huma vez que lhe satisfaça a sua pensão (DD. citados §. 616.); com tudo esta regra se limita quando o foreiro paga ao Senhorio quota de fructos, como se verá no Cap. 4. a §. 647.: pois neste caso faltando o Emphyteuta á boa cultura, maximè sendo convencionado, ou póde o Senhorio usar dos remedios, que se expoem a §. 662., ou accusar o commisso por esta damnificação dos fructos, sendo ella notavel, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 24. in pr. n. 25., Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 7.

Má cultura dos predios occasiona a pena.

1.° Havendo pacto que obrigue a boa cultura.

2.° Pagando-se quota de fructos.

§. 638.

E ainda que Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n. 45. diz: «Quod ego intelligerem quando Emphyteuta «per longum arbitrio Judicis non ligenizosset, vel non ara«ret pro viribus fundum, et effossata non emundaret, ex «quibus fundus redditur inutilis pro multis annis, contra eum «agi posset ad interesse, non ad expulsionem, quia requi«ritur longum tempus, *arbitrio, tamen Judicis.*» Com tudo huma vez que haja pacto que obrigue o Emphyteuta a cultivar bem as terras todos os annos, não he necessario esperar muitos, nem o arbitrio do Juiz, nem huma perda notavel na quota do Senhorio (§. 623.) *signanter* Cyriac. Contr. 266.

3.° Quando o Emphyteuta por tempo consideravel desamparou a boa cultura.

§. 639.

Pelo que respeita á má cultura das vinhas (ainda que do vinho se não pague certa quota), he bem notavel a doutrina de Leizer. Jus. Georg L. 3. Cap. 8. sub. n. 45. ibi: «Quamvis Emphyteuta prædii rustici non aliter pro«pter deteriorationem expelli possit, nisi tribus copulative «concurrentibus: 1.°, ut deterioratio sit magna non mo«dica; 2.°, ut consistat in proprietate respectu rei, non «fructuum; 3.°, ut deterioratio proveniat ex dolo, lata et

Má cultura de vinhas.

Quando occasiona a pena.

« levi culpa; hoc tamen non procedit in Emphyteuta vi-« neam possidente, qui propter culturæ, et curæ intermis-« sionem æque ac colonus, vel conductor, vinea privatur. « Vinea enim si non putatur, nec summa diligentia cul-« tivetur, dessicatur, et in perpetuum quasi deterioratur « non tam in fructibus, quam in proprietate, dum quam « difficulter ad debitum statum reduci possit... Et hoc « Castrens. declarat in colono, qui vineam non putavit, nec « tempore hyemali contegit, ac multa capita vitibus dimisit, « quem merito a vinea repellendum esse... Quæ assertio « limitatur in minima negligentia culturæ » etc Conf. Pa-cion. de Locat. Cap. 54. n. 8., Fulgin in Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n. 39. et 40.: e ainda que Fulgin. n. 42. declara que esta resolução « non habere locum si pro una « vice non putare vineam, vel non coleret, quia quod pos-« sit expellit requiritur tempus longum arbitrio judicis sed « agatur ad interesse. » Com tudo esta doutrina tem a mesma censura do §. 638. Tambem declara Fulgin n. 41. « non habere locum in vinea vetusta, quia ob senium fa-« cta est sterilis, et ideo non dicitur deteriorata. » Porém isto seria lá no Paiz de Fulgineo; porque neste Reino, cultivando-se bem as vinhas, mergulhando-se e subterrando-se as cepas velhas; lançando-se as que tem boas varas, multiplicando-se com estas outras tantas novas videiras, e estrumando-se de annos em annos (á excepção da Provincia do Douro em que ha prohibição de se estrumarem pela L. de 30 de Agosto de 1757), nunca jámais se deteriorão nem acabão: eu as tenho plantadas ha mais de 150. annos, produzindo como novas.

§. 640.

Se para evitar o commisso se admitte compensação das bemfeitorias com as damnificações.

Se no emprazamento ha esta clausula=que ainda que o Emphyteuta melhore as terras em parte, damnificando-as em outra, não haverá compensação das bemfeitorias, com as damnificações para evitar a pena do commisso=he sem dúvida que prevalesce o pacteado, Flores ad Gam. Decis. 17.: se porém no emprazamento falta esta clausula; he muito questionado, se para evitar o commisso tem lógar a compensação, equivalendo, ou excedendo o

melhorado ao damnificado? Questão, que póde ver-se em Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 4. n. 62., Gam. Dec. 17., Fulgin. in Tit. de Var. Caduc., Q. 2. n. 24., Bersan. de Compensat. Cap. 2. Q. 21. a n. 11. et Cap. 3. Q. 17. a n. 13., Pacion. de Locat. Cap. 54. n. 50. Huns negão a compensação, outros distinguem, que sendo muitos os predios emprazados, o melhoramento em huns evita a pena, se equivale á damnificacão em outros: Leizer. ad Pandect. Specim. 102. Medit. 8. admitte a compensação do damno pelo córte de muitas arvores com o plantio de outras, e melhoramentos no prazo: e assim o diz julgado em 1717. Pelo contrario alguns dos ditos DD. que se perde só o predio damnificado sem attenção ás bemfeitorias do melhorado; e só admittem a compensação no caso de ser hum unico predio o emprazado, que achando-se em parte melhorado com excesso da damnificação feita em outra parte. Nada de certo: todas estas opiniões tem sua probabilidade. Só advirto, que em nenhum caso devem entrar em compensação as bemfeitorias, que o Emphyteuta he obrigado a fazer, ou por convenção (ut a §. 604.), ou *ex necessitate juris* (ut a §. 635.).

§. 641.

Se o Emphyteuta perde o todo ou só a parte damnificada, ou quando?

He semelhante a questão: se o Emphyteuta perde o todo, ou só a parte damnificada; ou quando nada melhorou; ou quando a compensação se não admitte? Se he pacto expresso, este tambem ao proposito he Lei, Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n. 3. Em falta de pacto; he mais racionavel a opinião, que defende dever perder o Emphyteuta só a parte damnificada, e não o todo quando são distinctos e diversos os predios, e não quando só hum; e este só em parte damnificado, Cald. de Extinct. Cap. 9. sub. n. 6. et 26., Pinheir. Disp. 8. Sect. 4. n. 61., Fulgin. in Tit. de Var. Caduc. Q. 2. n. 3. et 4., ainda que no n. 8. duvida muito desta opinião.

Notas, e advertencias para ter procedimento a pena de commisso por esta causa.

§. 642.

Provas da damnificação que incumbem ao Senhorio, accusante do commisso. 1.ª

Primeira: Accusando o Senhorio algumas damnificações, ou para o fim do commisso, ou só para o interesse (§. 634. Not.); elle deve provar o antigo estado das fazendas, para conforme a esse estado se fazer a combinação dos damnos no estado presente; e as testemunhas devem especificamente depôr do estado em hum e outro tempo, para concluirem a precisa damnificação no presente, Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n. 74., Leizer. Jus. Georg. L. 3. Cap. 8. n. 46., limitando no n. 47. a respeito das vinhas, que achando-se de presente damnificadas, não he necessario provar o antecedente estado, porque se presumem damnificadas por culpa dos Emphyteutas. (Conf. §. 639.)

§. 643.

2.ª *Segunda:* Supposto que Gama Decis. 305. exculpou por causa de pobreza ao Emphyteuta, que pela má cultura deteriorou huma vinha; com tudo em contrario está Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 2. n 76.; aonde diz, que seria absurdo exculpar em tal caso a hum pobre da pena do commisso; menos que elle não pague a pensão, e assegure para o futuro ao Senhorio; accrescentando Fulgin., que neste caso se deve assignar tempo ao Emphyteuta para tornar a cultivar bem a terra, ou a vinha, e resarcir o interesse ao Senhorio.

§. 644.

3.ª *Terceira:* Que este commisso deve ser accusado em vida do Emphyteuta, que damnificou as vinhas, as casas, etc. e não póde ser accusado contra seus herdeiros: Gam Decis. 17. (bem como a respeito dos commissos incursos por outras causas se dirá em logar competente, aonde juntamente se exporão as limitações desta regra e que attingia o addicionador de Gama *supra* ad n. 2.).

§. 645.

Quarta: Se a damnificação, ou mudança do estado do predio, se póde reparar, e reduzir ao antigo estado: e o Emphyteuta a isso se offerece, e cauciona todo o interesse do Senhorio, evita a pena do commisso, Cyriac. Controv. 268. n. 12. 13. 14., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. sub §. 30. n. 8.

Quinta: Se no emprazamento se confere ao Emphyteuta a faculdade de remir a pensão em todo o tempo; elle offerecendo ao Senhorio a remissão effectiva, evita o commisso, por mais que esteja convencido de ter feito damnificações notaveis, Cyriac. Contr. 268. n. 27.: porém esta doutrina se deve entender debaixo da distincção que fiz no §. 83., e na Nota ao §. 105.

CAPITULO IV.

Obrigação 4.ª Pagamento das pensões ao Senhorio: diversas especies de pensões neste Reino, que pelos contractos, ou posses pagão os Emphyteutas aos Senhorios.

Prenoção geral.

§. 646.

«Mandámos (diz a Ord. L. 4. Tit. 40.) que ne- Letra da Ord. L. 4. Tit. 40
«nhuma pessoa possa dar nem tomar de foro em pessoas,
«ou em perpetuo, ou por contracto de dez annos, ou dahi
«para cima, casas nem chão em que se hajão de fazer,
«por pensão e foro de pão, vinho, e azeite, nem d'outras
«causas semelhantes, sómente a dinheiro. Poderão porém Casas só podem aforar-se com foro de dinheiro, ou aves.
«pôr no dito foro quaesquer aves, que quizerem; e fazendo
«o contrario havemos os taes contractos por nenhuns, e
«de nenhum effeito.»

Nota: Esta Ord. parece ter por fonte a L. 5. Cod. de Agricol. et Censit. L. 11.: a sua razão intrinseca exhibiu Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 20. n. 6. deduzida da Ord. L. 4. Tit. 68., e L. 5. Tit. 65.: a Va- Analyse da dita Ordenação.

Ampliação della.

lasc. segue Lim. commentando o dito Tit. 40. n. 2.: ella procede geralmente, ainda que o Emphyteuta, a quem se aforão casas com pensão de pão, tenha predios rusticos de que o possa haver, e contribuir pelo foro imposto nas casas, Valasc. supra n. 6. §. *Juxta:* Lim. supra n. 5. et 6.: ella procede nos prazos Ecclesiasticos, independente da razão de ser abraçado pelo uso de longo tempo no foro Ecclesiastico, como disserão Valasc., e Lim. supra, Cardos. verbo *Pensio* n. 28., Barbos. in castigat. ad eand. Ord. n. 171., Pinheir. de Emphyteusi, Disp. 4. Sect 1. sub. n. 2: pois que em contrario he hoje certo e de nenhum douto ignorado, que os bens temporaes da Igreja pela natureza propria delles só são dependentes do poder temporal, Estat. da Universidade L 2. Tit. 8. Cap. 2. §. 29.: ella procede nas pensões censuarias, ainda que o contrario dizem Lim. supra n. 4., Barbos. in Castigat. n. 172., Molin. de Just. Disp. 389. n. 13; pois que as razões exhibidas pelo original Valasc. são aptas a comprehender na sua geral disposição os censos; e não menos a Ord. L. 4. Tit. 68. no princip., e L. 5. Tit. 65.; e essa razão, de que a Ordenação correctoria, e exorbitante do direito commum (em que se fundão Lim. Barbos., e Molin) he inampliavel a outro caso; he hoje razão geralmente reprovada para a interpretação das Leis Patrias, pela L. de 18 de Agosto de 1769. §. 10.; devendo-se pelo contrario ampliar a todos os casos comprehendidos na identidade da sua razão. Omitto a L. de 23 de Maio de 1698, que parece exigir na constituição do censo predios fructiferos, que o produzão; não fallando na Bulla de Pio V., que formalmente assim o requer, porque não recebida neste Reino: Portug. de Donat. L. 2. Cap. 10. n. 93.

ARTIGO I.

Pensão consistente em quota de fructos, vulgo reção.

§. 647.

Já vimos (§. 57.) que a pensão Emphyteutica póde consistir em quota de fructos incertos, em quantidade certa delles; em dinheiro; em aves, caças, geiras, e luctuozas: o objecto do presente Artigo he a pensão de quota de fructos, que com effeito póde convencionar-se no Emphyteuse, como suppõem a Ord. L. 2. Tit. 33. §. 9. 10. 15. 25., e Man. L. 4. Tit. 45. §. 2. e 3. E assim o attestão Molin. de Jus. Disp. 451. n. 4., Valasc. Q. 30. n. 3., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. n. 7. no fim, Gama Decis. 244. n. 2: a estipulação do contracto he o que deve regular, ou a quota, v.g. de 5, 6, 7, 8, etc. ou as especies de fructos, de que a quota se deverá pagar, Ord. L. 2. Tit. 35. §. 7., L. 4. Tit. 38. §. 4., L. 4. Tit. 36. §. 5. (Conf. o §. 7. desta obra): em falta de Titulo o costume antigo, que equivale a contracto: Ord. L. 2. Tit. 62. §. 76., e L. 2. T. 33. §. 1. e 2., e Tit. 27., confira-se o §. 115. e o §. 118. junctos o §. 108. e seguintes.

Pensão em quota de fructos, *vulgo* reção.

Regulão a quantidade e quota.

O contracto.

O costume.

§. 648.

He frequente em foraes, e emprazamentos estipular-se a quota de pão, vinho, e linho, sem outra especificação de mais fructos: não se duvida hoje, que na palavra pão se comprehende o *milho grosso*, vulgarmente chamado *Maiz*, porque ainda que o não havia neste Reino ao tempo dos foraes, tempo em que a palavra *pão* só se verificava no centeio, e a palavra *milho* no meudo; se veio a declarar depois dos foraes, que na palavra *pão* se comprehende o milho grosso, Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. in Rubr. sub. n. 42. pag. 211. Col. 2., et §. 1. n. 25. et 37.: o mais que se comprehende na palavra *pão* póde vêr-se em Lagun. de Fruct. P. 2 Cap. 1. §. 3., Barbos. in Apellativ. *verbo.* = Frumentum. = Peg. Tom.

O que se comprehende na palavra *pão* quando o foral ou Investidura manda pagar quota de pão

9. ad Ord. pag. 361. n. 35., e o P. Bent. Pereir. no Elucidar. n. 797.

§. 649.

Na palavra *vinho.*

Quanto ao que se comprehende na palavra *vinho*, *hoc opus hic labor est*: a L. 9. ff. de Trit. et Vin. geralmente diz: «Si quis vinum legavit, omne continetur, quod «ex vinea natum vinum permansit»: e Bartholo ahi: «omnis «Licor ex vinea procedens est vinum»: o que dá motivo ao nosso proposito a estas dúvidas.

§. 650.

Se a *aguapé*

Primeira: Se a *aguapé* se comprehende? Os Lavradores a costumão fazer de dois modos; huns lançando agoa no bagaço em quanto não está totalmente expremido delle o vinho no lagar; e amassando a agoa com o bagaço, espremem o liquido que resulta; outro, misturando no tonel o vinho puro com agoa: na condicção 6.ª do contracto do Subsidio litterario, datado em 11 de Setembro de 1800, se chama *mistura*, que tanto póde dizer-se por qualquer dos modos que a *aguapé* se faça. Ahi para o respectivo fim do tributo se não reputa vinho, *com tanto que não haja fraude.* Havendo porém fraude da parte dos Lavradores, e reduzindo grande porção dos seus vinhos, ou todos *á mistura;* então a *aguapé* se comprehende na nomenclatura de *vinho*, quando o vinho prevalesce á agua, Gratian. Dec. 184. a n. 18., Menoch. de Arbitr. Jud. Cas. 585. n. 15., Barbos. Appellat. 274. n. 13., Cortead. Dec. 209. n. 22.

§. 651.

Sobre o mesmo.

Já ao nosso proposito: o foreiro deve a quota do vinho que produzirem as vinhas emprazadas: se faz a mistura pelo primeiro modo; he facil de saber o quanto era de vinho, contando-se os almudes de agua, que se misturárão no bagaço; como v.g. se se lançárão 10 almudes de agua, e se espremerão 20 almudes do bagaço e agua; he certo serem 10 de vinho, que restava no bagaço, se se espremesse sem a mistura de agua; se se faz pelo 2.º modo; tambem certificado o quanto no tonel se misturou do vinho com agua, he certa a quota respectiva ao Senho-

rio: veja-se Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in Rubr. sub. n. 33.: a estas fraudes se occorre usando-se das providencias legaes, que ao diante exporei a § 662.

§. 652.

Segunda: Se se deve a quota respectivamente ao que podião produzir as uvas, que o Emphyteuta vendeu em verde, ou em passas? Em Cabed. P. 2. Art. 99. se vê julgado, que se não deve pagar quota das uvas, que o foreiro vendesse, senão do vinho, que fazia das que não vendia: porém Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in. rubr. n. 32. e 33. justamente distingue nesta fórma: « vel « vendit agricolas uvas, aut facit passas modici præjudicii, « quod parum officit vindemiæ, et vino conficiendo, et non « est curandum de his, ut modicis... at si universas uvas, « vel majorem partem, commercii causa, in hoc expendit, « fraudem Forali fecisse videtur, et in hoc casu uvas ve- « nire appellatione vini docet Bald., etc. » (o mesmo, quando o Lavrador deve pagar quota das favas; porque não a deve das que gasta no seu uso, mas só das que vender, ou prodigalizar, como se vê julgado no mesmo Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. in rubr. n. 62).

Só se deve a quota do vinho computado o que produzirião as uvas vendidas verdes ou secas.

Nota: No mesmo Peg. Tom. 6. For. Cap. 170. n. 12. se vê julgado que não estando o A. em posse de cobrar o quinto senão do vinho em mosto, e não das uvas, que se vendem pelo miudo, e principalmente do bastardo, o qual se costuma tirar das vinhas antes das vindimas, não procedia a acção, etc. Os Senadores, ainda que variárão em suas deliberações, julgando huns, que se devia o quinto das taes uvas, prevalesceu a pluralidade de votos (bem que hum dos fundamentos era ser summaria a causa e possessoria), pela confirmação da Sentença; e só hum declarou que a confirmava (ut n. 19), porque não constava que o foreiro se portasse com dolo; sobre o que devia o agente recorrer a outra acção.

§. 653.

Se das uvas separadas para tinta.

Terceira: Se o foreiro, separando parte das uvas, faz com estas tintas para compor os vinhos, deva a quota do vinho correspondente ás uvas, que separou para o dito fim? Por mais que Peg. no Tom. 9. á Ord. L. 2. Tit. 27. §. 1. a n. 73. em huma sua allegação ahi transcripta, se fatigou para persuadir, que do correspondente a estas uvasse devia ao Mosteiro d'Alcobaça a quota do vinho determinada pelo Foral; com tudo o mesmo Peg. no n. 126. diz, que se julgou o contrario; e no n. 128. confessou que a Sentença era justa, em quanto julgou, que os foreiros não devião pagar os direitos das tintas, que lhes fossem necessarias para os seus vinhos, e que nelles gastassem sem dolo; mas que da mais tinta, que lhe sobejasse devião pagar os direitos, como do vinho: e assim com effeito se aclarou no Accordão transcripto pelo mesmo Peg. ad Ord. L. 2. Tit. 27. §. 1. n. 62.

§. 654.

Se a *agua-ardente, arrobe, geropia.*

Quarta: Se se deve da *agua-ardente, arrobe, geropia,* que o Lavrador faz do vinho mosto? Ainda que Peg. Tom. 9. ad. Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. diz: « Idemque dicen« dum in aqua ardenti facta ex uvis, et vino, ut inquit « Sessè 4.ª P.ª Dec. 391. n. 5, et in heblemate, vulgo ar« robe, facto ex musto, ut ibi inquit, quia hæc omnia « reputantur pro vino, ex quo jugata debetur, et qualitas « accidens non diversificat vinum » etc., etc. » Comtudo eu faço a distincção que a semelhantes respeitos fiz com o mesmo Peg. nos §§ 652. e 653., para se não dever a quota nem do pouco vinho mosto, que se converte em arrobe, ou géropia para o consummo do Lavrador: *aliter* para commercio; nem da pouca agua-ardente, que se faça do mosto só para o uso do Lavrador, ou para compor o seu vinho; sem intervir fraude. Tudo se occorre, praticada a providencia, que exporei a §. 662. E só quando se não pratique entrará isto em disputa.

§. 655.

Que se comprehende na palavra *linho.*

Quanto ao que se comprehende na palavra *linho:* conhecemos não só o linho commum, mas o canha-mo, mou-

risco, em Latim *canabis*, ex Pereir. in Elucid. sub. n. 637. ou *canape*, ex Lagun. de Fruct. P. 1 Cap. 4. n. 39, ou *cannabum* ex Heynecc. ad Vicatum hoc verbo; et ex Calepin. hoc verbo *cannabis:* e como os ultimos servem tambem para tecidos, cordas, etc. ex DD supra; se comprehendem sem dúvida na palavra *linho.*

§. 656.

A maior dúvida he esta: Se o Lavrador, que só paga quota de pão, vinho, e linho, e não do azeite, nem d'outro fructo, varia a cultura plantando de olival a terra que era vinha, ou de lavoura de pão, deve a quota do azeite, como subrogado, ou d'outro fructo? Peg. no Tom. 9. a Ord. L. 2. Tit. 33. da rubr. n. 28. 29. e 30. com Valasc. Cons. 58., Cabed. Art. 25. e 90., Gam. Dec. 244. n. 5., Pereir. de Man. Reg. Cap. 70. e outros DD. distingue nesta fórma: 1.°, não se deve quota do azeite, plantado o olival em terra inculta, e que nunca foi cultivada: 2.°, não se deve de fructo diverso, que sem perpetua mudança da cultura se semea de annos em annos nas terras proprias de pão, e trigo, de que aliás, semeando-se, se pagava a quota: 3.°, e pelo contrario deve-se do azeite, como subrogado, quando arrancada a vinha se plantou em terra que d'antes se semeava de pão: vej. eund Peg. ad L. 2. Tit. 27. in rubr. n. 94.

Se o Lavrador, que só pagava quota de pão, vinho, e linho, varia a cultura plantando olival, só deverá a quota do azeite, como subrogado.

Nota: Isto sempre se seguio na praxe; porém Mell. Instit. Jur. Publ. L. 1. Tit. 7. § 16. avançou a persuadir o contrario; e regamente o seguiu seu Discipulo Nunez de Oliveir. Disc. Jurid. Not. Só lembro o Regimento de 20 de Abril de 1755. §. 64. em que se determinou, ut ibi: «Sendo-me tambem «presente o abuso, com que de muitos annós a esta «parte os moradores dos reguengos pertencentes áquelle «Hospital tem reduzido a pomares as terras dos mes«mos reguengos, deixando de pagar o quinto devido «com o errado fundamento de não ser especificada «nos foraes a contribuição de semelhantes fructos, sem «attenção, a que no tempo dos ditos foraes se não

« achavão as terras occupadas com taes pomares, que « só vierão a plantar-se nestes ultimos annos com tal « augmento, que presentemente constituem a maior « parte dos fructos dos ditos reguengos. Sou servido « declarar que pela mesma identidade de razão os ter- « renos dos ditos pomares são obrigados contribuir « annualmente com aquella porção de fructos, que el- « les produzirião, se taes pomares não existissem nelles. « Ordenando que por justas avaliações se estime, o « que cada hum dos ditos terrenos poderia produzir « em trigo, milho, ou cevada para pagarem os quin- « tos, que deverem a respeito das ditas producções. » *Quid*, quanto aos dizimos, quando em terras, que produzião certas especies de fructos, de que os dizimos se pagavão, se semeão diversas especies de que nunca se pagarão por costume? Veja-se Addit. ad Luc. Ferrar. verbo Decimæ. Art. 3., Rousseaud de La Combe Jurisprud. Canon. verbo Decimæ Sect. 10. Q. 6. et 7.

§. 657.

Quid, se o Emprazamento manda pagar a quota de todos os fructos.

Em muitos emprazamentos se encontra esta clausula mais geral: « Pagarão tal quota de todos os fructos, e renovos que Deos der nas terras deste prazo. » Se esta clausula he assim geral e indefinida; comprehende-se na accepção de palavra *fructos*, maximè com a universalidade da palavra *todos;* quantos a terra produz, e largamente dinumera Lagunez. de Fructib. P. 1. Cap. 4.; que póde ver-se; bastando a L. 10. ff. de Usufr. ibi: « *Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipitur, ipsius fructus est.* » Confira-se Peg. 6. For. Cap. 185. a n. 11.; comprehendem-se os naturaes, L. 41. ff. de Us. et Usufr, Legat., Stryk. Us. mod. L. 19. Tit. 2. sub. §. 22.

Que se comprehende?

§. 658.

Quid, se depois a generalidade, se especifição algumas especies?

Se porém depois da generalidade daquella clausula se segue a especificação, a saber *centeio, trigo, milho, cevada, painço, linho, vinho, azeite, etc.:* esta especificação subsequente restringe a generalidade antecedente, ex L. 80., et 147. ff. de Reg. Jur.; Leis de que se deduz o

Axioma, *generi per speciem derogatur*, Barb s et Tab. L. 7. Cap. 9. Ax. 8., Castilh. L. 5. Cap. 95. tot: e ainda que esta regra padece varias limitaçõ s, que expõem estes DD., e entre ellas a mais essencial, quando a subsequente especificação be *gratia demonstrationis, non limitationis, aut derogationis generis*, Castilh. *supra* n. 36., Gracian. For. Cap. 404., Surd. Cons. 352.; comtudo, como na materia sugeita se deve fazer toda a interpretação contra o Senhorio, em cuja boca estava exprimir-se com mais individuação, e clareza, ex L. *Veteribus* 39. ff. de Pact. (veja-se Boehmer. âd Pand. Exerc. 30. aonde analysa esta Lei); propende o meu voto contra o Senhorio, que depois da generalidade, especificou só certos fructos. de que as reções se havião de pagar: *maximè* se concorrer a subsequente observancia de só se pagar a quota dos fructos especificados; por ser a observancia subsequente o melhor interprete dos contractos, e outras disposições, Arouc. All. 60., Castilh. L. 5 Cap. 93. § 7., e dos emprazamentos, Fulgin. de Jur Emphyt. post Tract Dec. 1. n. 36., Dec. 10. n. 14., Dec. 8. n. 25., Dec 16. a n. 14, Dec. 18. a n. 8, Dec. 24. a n. 29.

Effeitos da observancia.

§. 639

Se no emprazamento se convenciona quota de legumes, e sem outra e-pecificação, que se comprehenda na accepção desta palavra, expõe Lagun. de Fruct. P. 2. Cap. 1. §. 4. a n. 100., ut ibi: «*legumina a legendo dicuntur, quia manibus leguntur, et qui non aristis, sed siliquis continentur, hoc est folliculis, seu teguminibus, quibus grana includuntur ut sunt cicera, faba, lentes, lenticula, pisa, sesamum, faxioli, et similia.*» Conf. Barbos. appellativ. verbo *Legumina.*, Percir., in Elucidar. n. 800. et 801.: se se não convencionão, nem especificão legumes, mas só quotas de pão, não se comprehendem sem huma clara expressão, e comprehensão delles, Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. §. 1. n. 130., e Tit. 33. in rubr. n 35., Lagunez de Fruct. P. 2. Cap. 1. §. 4. n. 103

Quid, se se convencione a quota de legumes?

Que se comprehende nesta palavra?

§. 660.

Se não expressos se comprehende na generalidade de fructos.

Se porém a quota de legumes se não exprime; mas só ha huma clausula geral, como a descripta (§. 657.); elles, ainda não expressos, se comprehendem na convenção geral da quota de todos os fructos, que Deos der nas terras, Lagun. *supra* n. 102. et P. 1. Cap. 4. n. 34., Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. in rubr. n. 30. (aonde se julgou comprehendida a fructa); et n. 39., aonde se julgou, que em tal generalidade se comprehendem os legumes das terras quarteiras, e dos fructos, que dão as arroteas nas mesmas terras: e no n. 40., aonde se julgou o quarto dos feijões como legumes: o mesmo debaixo dos n. 34. e 42., aonde se julgou, que na generalidade das palavras *quartos de todas as novidades, que Deos der* se comprehendem os feijões, que são legumes; accrescentando o mesmo Aresto que *por «aquellas palavras genericas e «absolutas de todos os renovos de fructos, se comprehendem «todos e quaesquer fructos,» etc.:* e no n. 62., aonde do legume *favas* só se exceptuarão as que o foreiro come em verde, e no uso da sua casa; devendo pagar a reção das mais, que vendesse, désse, desbaratasse, ou recolhesse.

§. 661.

Comprehendem-se na generalidade nozes, avelãs, etc.

Finalmente na geral nomenclatura de fructos se comprehendem as nozes, avelans, castanhas, amendoas, pecegos, peras, maçans, cerejas, e semelhantes, Lagun. de Fruct. P. 1. Cap. 4. a n. 21., menos, que não haja em contrario huma legitima observancia (§. 68. no fim).

§ 662.

Providencias contra o foreiro indolente em cultivar os predios de que devia quota.

Quid vero, se o foreiro foi indolente em cultivar as terras de que devia a quota, ou reção de fructos? Ou se convencionou que elle seria obrigado a cultiva-las bem, semea-las, etc. sob pena de se arbitrar para a quota o que produzirão as não cultivadas, como tenho visto muitas vezes convencionado, e hum exemplo refere Peg. 6. For. Cap. 185. n. 10.: e em monumentos dos annos de 1377 e 1531, que refere Fr. Joaquim de Santa Roza, Tom. 2. Supplement. ao Elucidario, verbo *Estymo:* ou não se convencionou assim: *si prius*, he sem duvida, que esse pacto

he huma das Leis do Emphyteuse (§. 7.): *si secundum:* ainda independente de tal pacto expresso he o Emphyteuta parciario que paga quotas ou reções de fructos, não só obrigado a semear as terras de que as deve pagar, e cultiva-las como hum bom pai de familias; mas está responsavel ao Senhorio por toda a indolencia na boa cultura; e pela quota do quanto as terras e vinhas sendo cultivadas e bem, pertenceria ao Senhorio: assim he expresso, e bem decisivo no Estatuto de Eugubio L. 6. rubr. 39. ibi: «Volumus igitur, quod si inter dominum, et colonum « partiarium in apocha, sive in instrumento locationis ali- « qua pacta, et conventiones, intercesserint, illa omnino « serventur. Si vero simpliciter conductio facta sit teneantur coloni ad usum boni laboratoris terras arativas rumpere... et serere, seu seminare... mundando semen, « sappando griphos, prout locorum qualitas requirit, et ex- « purgando debito tempore fossata solita, et consueta... « Teneatur etiam propriis sumptibus, et expensis solitas « terras seminare; deinde frumenta bene; et diligenter « mundare, et curare ne a bestiis devastentur; alioquin « ad interesse domino teneatur... vineas, et arbusta, quæ « conduxerit, teneatur debitis temporibus colere, et omnia « adhibere, quæ pro eorum cultura oportuna, et necessaria « sint... et cætera omnia facere teneatur secundum con- « suetudinem loci... Quod si colonus terras, ut supra, non « aravit, nec seminavit, sive debitum semen non exhibue- « rit, aut seminata non mundaverit, arbusta et vineas « debito modo non excoluerit, et in aliquo prædictorum « defecerit, teneatur domino, ad totale interesse arbitrio « duorum hominum communiter eligendorum » etc.

Isto mesmo era expresso em huma extravagante de Justiniano, que do Grego traduzio Francisco Balduino, como attestão Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 30. prop. fin., e Leizer. Jus. Georg. L. 1. Cap 23. n. 24.: e em tudo, o que assim determinou o dito Estatuto, depois de Justiniano, concordão os DD. como Valasc. e Leizer. *supra;* Curoc. de Locat. P. Tit. de Soc. person. exercent. pag. (mihi) 24. n. 5., Conciol. ao dito Estatuto de Eugubio

n. 8., Gall. de Fruct. Disp. 28. Art. 4. n. 7., Stryk. Us. modern. L. 19. Tit. 2 §. 21., Pacion. de Locat. Cap. 29. a n. 69., conduz Guerr. Tr. 3. L. 7. Cap. 13. a n. 16., e a regra geral do Cod. Civ. dos Francezes Art. 1735.

Nota 1.ª: O mais seguro he fazer preceitar o Senhorio ao foreiro; para que cultive o inculto, (ainda que o occasionasse a guerra,) com a comminação do perdimento das terras. Vej. Peg. 3. For. Cap. 40. n. 5.

Nota 2.ª: Muitos DD. absolutamente assentárão que a Colonia parciaria tem a natureza propria do contracto de sociedade, e que inteiramente se deve regular pelas regras deste contracto, Mell. Freir. L. 4. Tit. 3. §. 20. na no , Valasc. Q. 30. a n. 9., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 6. in pr. n. 2, 4. et §. 1. n. 2. et Cald. de Emphyt. Cap. 26. n. 4., Conciol. ad Stat. Eug. L. 6. rubr. 39. a n. 2., Gall. de Fructib. Disp. 28. Art. 4 n. 1., Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 29. p. 44., Fragos. P. 3. Disp. 11. §. 1. n. 3., Guerreir. Tr. 4. L. 7. Cap. 13. n. 26.; fundados na L. 25. §. 6. ff. Locat. Outros DD. pelo contrário, interpretando esta Lei, concilião, que a colonia parciaria participa da sociedade em quanto ao lucro e ao damno; e no mais se regula pelas regras da colonia: vejão-se Pacion. de Locat. Cap. 5. a n. 17., Stryk. Us. Mod. L. 19. Tit. 2. §. 15., et de Cautell. Contract. Sect. 2. Cap. 9. §. 13., Posth. Civil. Resol. 70., Leizer. Jus. Georg. L. 1. Cap. 23. a n. 7., Brunneman. na L. 52. n. 5. ff. Pro Soc.: seja como for, o certo he que comparada a colonia parciaria á sociedade, o foreiro, que não cultiva, ou cultiva mal as terras, fica responsavel ao Senhorio, como consocio, por tudo quanto, cultivando bem podia lucrar para ambos, e por sua omissão se não lucrou, Felic. de Societ. Cap. 21. n .90., Stryk. Us. Mod. L. 19. Tit. 2. §. 21.: e considerado como colono desta especie, fica da mesma fórma responsavel pela falta de cultura, ou má cultura, ex LL. et DD. (§. 662.).

De que contracto tem natureza a colonia parciaria.

Responsabilidade pela falta de cultura

§. 663

A quem incumba provar, que o colono não cumpriu este seu dever? Varião os DD.: huns incumbem ao colono a prova de que elle cultivou bem, Gall. de Fruct. Disp. 28. Art. 4. sub n. 7., Conciol. ad Stat. Eug. L. 6. rubr. 39. n. 9.: pelo contrario Stryk. Us. Mod. L. 19. Tit. 2. sub. §. 21. incumbe ao Senhorio a prova de que o colono, ou o Emphyteuta se portou com culpa, e omissão: por outra parte Pacion. de Locat. Cap. 29. a n. 65. diz que vendo-se damnificados os predios, basta para fundamentar a intenção do Senhorio: mas melhor distingue Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 29. Art. 2. n. 83., ut ibi.:

A quem incumbe a prova de que o colono faltou á devida cultura?

« Distinctio tamen in hoc communiter recepta est, « quod si colonus per scripturam se obligavit bene colere, « vel arbitrio boni viri juxta morem regionis, tenetur ipse « probare se coluisse: si tamen deficiat talis obligatio ex- « pressa coloni, tunc dominus tenetur probare negativam « non factæ culturæ... An colonus fecerit bonam, vel ma- « lam culturam probatur ex relatione peritorum in arte « campestri, etc.

Nota: Se a primeira semente se perde, deve o foreiro semear segunda vez; mas para a segunda deve o Senhorio por equidade concorrer com ajuda, Surd. Dec. 87., Gall. supra a n. 9. ad 11., Stryk., supra sub. §. 20.: se porém o colono semeou do seu segunda vez nada póde descontar ou repetir do Senhorio, Pacion. de Locat. Cap. 5. n. 40. E por via de regra geral, o colono, ou emphyteuta parciario deve pôr do seu toda a semente, menos que não haja pacto, ou costume em contrario, Pacion. de Locat. Cap. 5. a n. 28., Conciol. ad Stat. Eug. L. 6 rubr. 39. n. 16., Valasc. Q. 30. n. 9., Gall. de Fructib. Disp. 28. Art. 4. n. 2., Stryk. Us. Mod. L. 19. Tit. 2. §. 20., Bagn. Cap. 25. n. 117., Constantin. *supra* n. 48., Sabell. §. colonus n. 6. e §. conductor n. 18.

O colono deve pôr toda a semente

Se a primeira semeada se affoga he de equidade que o Senhorio concorra para a 2ª sementeira

O costume tambem aqui regula

ARTIGO II.

Outras obrigações especiaes dos foreiros, que pagão certas quotas de fructos: partilha delles entre o Senhorio, e Emphyteuta: penas em que incorrem os que não chamão os Senhorios á partilha: escusas destas penas.

§. 664.

Obrigação de não partir os fructos sem presença do Senhorio.

Colonus? Ergo Fur: Conciol. ad Stat. Eng. L. 6. rubr. 39. n. 1.: por isto he que Justiniano em huma Extravagante das traduzidas por Balduino, e substanciadas por Valasc. Q. 30. prop. fin. determinou: «Si partiarius «colonus citra domini consensum fundum demessuerit, «ejusque manipulos *interverterit, seu fur, universis fructi-* «*bus, multacto.*» Por isto he que a Ord. L. 4. Tit. 45. §. 4. manda que «todos os Lavradores, que trouxerem herda- «des de parceria a mêas, terço, quarto, ou certa outra «quota, não tirem nem levantem o pão da eira até pri- «meiro o fazerem saber ao Senhorio, ou a quem seu cargo «tiver no lugar, ou termo: e não sendo ahi o tirem, e «meção perante duas testemunhas sem suspeita. E tirando-o «d'outra maneira, a terra será estimada por dois ou «tres homens bons ajuramentados, e do que estimarem, que «a terra poderia dar pagarão a parte, que havião de dar, «em dobro para o Senhorio, ou para o que lhe deu a «terra a lavrar, sem mais por isso lhe ser dada outra «pena alguma, crime nem civil.»

Pena do que contravém este dever.

Concorda a Ord. L. 2. Tit. 33. §. 6. (que deve concordar-se com a citada L. 4. Tit. 45. §. 4.) em quanto diz, ut ibi: «Os officiaes, ou rendeiros, que hão de par- «tir, e arrecadar (o oitavo) serão obrigados de partir e «arrecadar nas eiras do dia, que requeridos forem a dois «dias; e tanto que assim o pão for partido, não serão os «lavradores obrigados a guardarem o pão da jugada. E «não indo os rendeiros, ou officiaes partir o pão, passado «o dito tempo de dois dias, os ditos lavradores o partirão

« perante duas testemunhas, e deitarão o pão da jugada, « a hum cabo da eira, sem mais serem obrigados a esperar. »

Continúa o §. 7. cominando ao lavrador a pena de perdimento de todo o pão que extrahir da eira antes de ser assim partido: o Regimento das Jugadas Cap. 26. (transcripto por Peg. Tom. 9. á Ord. pag. 510.) accrescenta a isto que « para se saber quanto pão foi o que o « lavrador tirou, e levantou sem ser partido, ou mudou, « lhe serão estimadas as terras, que nesse anno tiverão « pão por dois visinhos lavradores, e o pão, que se esti- « mar, esse perderá » etc. E quanto ao vinho, de que se deve quota, determina a Ord. L. 2. Tit. 33. §. 3. e 4., que se pratique o mesmo, avisando-se o rendeiro para ir partir ao lagar, sob pena de perder o lavrador o vinho que levar, sem ter precedido aviso ao rendeiro para a partilha: que não indo elle, depois de avisado, o lavrador meça com testemunhas, e lance a jugada em huma dorna; e havendo-a mister, e não tendo outra sua, ou alhea em que possa deitar o vinho da jugada, avisado o official, ou rendeiro o poderá vazar.

Providencias e cautellas de que póde usar o Senhorio, pendentes ainda os fructos para occorrer a futuras fraudes.

Nota: Concordão com a nossa legislação o Estatuto de Roma Cap. 123. apud Constantin. ad. Stat. Urb. Annot. 29.: em Eugubio o Estatuto L. 6. rubr. 39.: esta he a praxe mesma em Catalunha, Cortead. Dec. 187. n. 14., Fontanell. de Pact. Cl. 4. Gloss. 19. P. 2. n. 27.: exornão as nossas Leis citadas, Peg. T. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. a n. 54., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 45. §. 4., Valasc. Q. 27. n. 32., et Q. 30. n. 16. Ainda mesmo antes da colheita dos fructos, e para occorrer ás futuras subtracções póde o Senhorio mandar examinar os fructos em quanto pendentes; e cominar ao colono pena para que não os recolha sem primeiro se verem pelo seu feitor ou rendeiro, Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. §. 1. n. 122., Conf. Leizer. Jus. Georg. L. 1. Cap. 23. n. 16., Constantin. *supra* n. 29 et 30.: bem como póde o Senhorio preceitar ao parciario, que não vendime

as uvas sem estarem maduras, vej. Constantin. *supra* a n. 24.

§. 665

Como se deve regular a partilha.

Se o Emphyteuta cumpre da sua parte este dever (§. 664) e o Senhorio, ou seu Feitor comparecem á partilha: esta se deve regular 1.°, pela convenção ou costume da região, Gall. de Fruct. Disp. 28. Art. 1. n. 1, Statut. de Eugub. L. 6 rubr. 39., *et ibi* Conciol. n. 6., Pacion. de Locat. Cap. 5 a n. 35, Stryk. Us. Mod. L. 19. Tit. 2. §. 22.

1.° Pela convenção ou costume.

§. 666.

2.° Em falta de convenção ou costume, se deve antes da partilha deduzir o dizimo.

2.° Em falta de pacto expresso, ou do costume; se deve antes da partilha deduzir em primeiro lugar de todo o cumulo o dizimo Ecclesiastico, Stryk. *supra* §. 20., Valasc. Q. 30. n. 15., Bagn. Cap. 25. n. 117., Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. §. 3. n. 6.

§. 667.

3.° O restante se parte, sem que o foreiro deduza sementes, ou culturas.

3.° Tirado assim o dizimo; os fructos, que restão, se partem por igual entre o Senhorio, e o Colono, sem que este deduza, nem as sementes, (§. 664. na Nota), nem as despezas da cultura, se outra convenção ou costume não ha em contrario, Gall. de Fruct. Disp. 28. Art. 4. n. 5., Stryk. *supra* §. 20., Valasc. Q. 30. n. 9., Mantic. de Tacit. L. 5. Tit. 2. n. 33. et 34., Pacion de Locat. Cap. 5. a n. 30., et 35., Sabell. §. Colonus n. 6.: e isto ainda que os fructos produzidos não igualem a semente, Mantic. *supra* n. 32., Pacion. d. Cap. 5. n. 40. in fin; nem neste caso parte alguma das despezas, que fez nesses fructos, que não igualárão a semente, Mantic. a n. 34.; *et ad omnia* Constantin. ad Stat. Urb. Antiot. 29 a n. 50., Bagn. Cap. 25. n. 116.: e se o Senhorio emprestou a semente ao Colono, póde de mais a mais repeti-la delle, Pacion. *supra* n. 41., Constantin. a n. 46., Fragoz. P. 3 Disp. 11. §. 1. a n. 3.

Ainda que os fructos não igualem a semente.

Se a palha entra em partilha

Nota: Se a palha deve entrar nesta partilha? A regra he que sim, como especie de fructo (nos termos da clausula geral §. 657), como se vê julgado

em Peg. 6. For. Cap. 185. a n. 7. 10. 15. 17.; menos que não haja costume em contrario de ficar a palha para o colono: Conciol. supra n. 6., Pacion. de Locat. Cap. 5. n. 36. et 37., Sabell. §. Colonus. n. 12., Constantin. *supra* n. 45.

Se os fructos naturaes entrão em partilha a favor do colono.

A maior dúvida he quanto aos fructos naturaes das arvores; em que o colono parciario (fallo no supposto de haver a dita clausula, de qua §. 657.) não poz trabalho, ou industria, como nozes, castanhas, azeitonas, peras, figos, etc.: huns nada dão ao colono, Pacion. n. 38., Garcia de Expens. Cap. 14. n. 25.: outros pelo contrario, Gall. n. 13.: confira-se porém o §. 660.

§. 668.

O colono parciario não pede remissão da pensão.

Em fim diz a L. 25. §. 6. ff. Locat. « *Partiarius* « *colonus quasi societatis jure, et damnum et lucrum cum* « *domino fundi partitur.* » Desta Lei deduz Brunneman. ibidem n. 19. esta conclusão « *Additur hic limitatio in* « *colono partiario, qui pro pensione dat partem fructuum*; « *hic enim remissionem petere non potest, sed cum domino* « *damnum et lucrum pariter partitur.* » Conf. Valasc. Q. 30. n. 6., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 27. in pr. n. 52.: e até mesmo se a semente se perde he a perda total do colono, sem que o Senhorio contribua para ella, Cocey. Vol. 1. Disp. 83. de Jur. Seminis. Sect. ult. Thes. 1. e 2.

§. 669.

A quem he imputavel, e a quem cede a perda dos fructos já colhidos em quanto existentes na eira ou lagar.

Quid vero, se os fructos perecerão depois de colhidos; mas em quanto estavão na eira, ou no lagar antes da partilha? Resolutivamente digo, que se o arrendatario, ou Emphyteuta foi moroso, ou culpavel em entregar ao Senhorio a sua parte, recahe a perda toda sobre o colono: Cod. Civ. dos Francez. Art. 1771. et 1778. Se foi imputavel ao Senhorio, tendo sido avisado para a partilha na fórma das Leis referidas, (§. 664.) e o colono usou das providencias destas Leis, recahe a perda no Senhorio: se porém a nenhum he imputavel a culpa, e a consequente perda dos fructos já colhidos, em quanto assim communs,

ficamos na regra, que os fructos já colhidos perecem para ambos, como senhores delles, Corey. *supra* Thes. 3., Pacion. de Locat. Cap. 46. n. 106., *signanter* Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 42. Defin. 22.

§. 670.

O dobro em que o Emphyteuta incorre (§. 664) he pena.

Isto (a §. 665.) quando o Emphyteuta cumpre o determinado nas Leis (§. 664.). Se porém assim o não cumpre incorre na pena que ellas lhe comminão; qual o dobro: este dobro he propriamente pena, Maced. Dec. 76. n. 6., Larrea Alleg. 37. et 38.; pena, que por via de regra geral se não incorre sem intervir dolo no transgressor, ou culpa lata, que se equipare a dolo, Maced. a n. 8., Moraes. L. 2. Cap. 14. n. 26., Fontanell. Dec. 356. n. 19. et Dec. 359. a n. 13.: e ainda que para se excluir o dolo e a pena se deva fazer toda a benigna interpretação ex Maced. n. 12.; comtudo neste caso em que se trata da fidelidade do foreiro, de quem sempre se presume o mal e o furto (§. 664.), e se presume doloso só porque não avisou ao Senhorio; neste caso, digo, o foreiro, que não cumpriu estes deveres legaes, deve justificar-se innocente, contra a presumpção da Lei, que o julga doloso, Maced. Dec 76. n. 12. et 13., *optime* Larrea Alleg. 38. tot., Rox. de Incompatibilit. P. 3. Cap. 1. n. 44.

Que para se incorrer exige dolo.

O foreiro se presume doloso.

Em quanto se não justifica

§. 671.

Desculpas a que póde recorrer para evitar a pena. 1.ª Se o Senhorio buscado não appareceu.

Portanto o foreiro parciario, que assim não cumpre, e que se presume doloso, só póde exculpar-se: 1.°, provando, ou que o Senhorio não estava ahi, nem ahi tinha feitor; e que nestas faltas fizera a partilha, conforme as Leis, perante testemunhas; ou que sendo avizado o feitor para ir assistir e partir, não quizera por acinte; como em tal caso se escusou de semelhante pena outro foreiro, no Acordão que refere Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. §. 3. n. 4.

§. 672.

Se os rendeiros costumavão acreditá-lo na conta que lhe dava.

Só póde escusar-se, ou 2.°, provando que era costume não se avisarem os Senhorios, ou Rendeiros para a tal partilha; e que elles se satisfazião com o que os foreiros lhes davão em conta: porque supposto o costume não

póde abrogar as Leis, sempre pelo menos escusa da pena. Assim no proprio caso se vê julgado em Peg. Tom 9. á Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. n. 59 et n. 68.

Nota: O costume contrario á Lei penal, que não he forçoso para a abrogar quanto ao futuro, sempre he bastante para exonerar da pena aquelle, que seguiu os passos trilhados do mesmo costume: Guerreir. Tr. 2. L. 8. Cap. 25. a n. 110., Peg Tom. 6. For. Cap. 204. n. 6., Olea de Cess. Jur. Tit. 3. Q. 12. a n. 29 ; e em casos bem semelhantes Lim. de Gabell. pag. 105. n. 67 , Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 73. n. 24. e 26. He terminante a este respeito o Decreto de 10 de Fevereiro de 1710., e Alvará de 13 de Novembro de 1756. §. 24.

§. 673.

Só póde escusar-se 3.°, ou imputando a culpa ao feitor que havia proposto á administração da fazénda, de que se devia pagar a quota, ou reção, como duas vezes se vê julgado em Peg. Tom 9. a Ord. L. 2. Tit. 33 in rubr. n. 61. et n. 66.

3.ª Imputando a culpa a seu feitor.

Nota: Não deixa de ser duvidoso, se pelo facto do criado, ou feitor, que não manifestou a cousa de que se devia o tributo, incorre o proprietario na pena cominada na Lei, como se póde ver nos DD. que por huma e outra parte refere Lim. de Gabell. pag. 119. a n. 114.

O que não deixa de ser duvidoso

§. 674.

Só póde escusar-se 4.°, ou com avença que o foreiro fizesse sobre a reção expressa ou tacitamente com o actual rendeiro, que lhe exige a pena, como refere julgado Peg. Tom. 9. a Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. n. 72., e §. 1 n. 3. e 4.: bem que taes avenças não obrigão bilateralmente, porque voluntarias, e facultativas, nem aos successores dos rendeiros, nem aos foreiros, Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. §. 1. n. 7. et 10.

4.ª Com a avença.

Bem que não obriga para sempre

§. 675.

Com huma justa e provavel ignorancia.

Em fim só o foreiro póde escusar-se com huma justa e provavel ignorancia; como por exemplo, se antes se não costumavão pagar (ainda que realmente se devessem) reções de taes predios, Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 372. n. 74. Se o possuidor he hum novo successor por compra, em que o vendedor não declarou tal foro; pois neste caso se presume o comprador ignorante delle, Surd. Cons. 13. a n. 32., Gusman. de Evict. Q. 23. n. 14.; e a ignorancia o escusa da pena. Se he herdeiro, e nunca teve razão de saber, que o antecessor pagava taes reções: pois tambem o herdeiro se presume ignorante, Ord. L. 3. Tit. 59. §. 6. e 7., Barbos. et Tabor. L. 11. Cap. 6. ax 28.: e quando a ignorancia se presume affectada: vej. Barbos. *supra* ax. 9. et 13.

Causas provaveis da ignorancia.

Na pena do dobro se inclue o simplo.

Nota: Convencido o foreiro incurso na pena das Leis (§. 664.); e feito por Louvados o arbitramento; he sem dúvida, que no dobro se inclue o simplo da reção, Lim. de Gabell. pag. 135. n. 4., Maced. Dec. 77.: mas parece, que esta pena se deve depois pedir ordinariamente, ou a equiparemos á pena cominada na Ord. L. 4. Tit. 54., ex Solan. Cogit. 69. n. 20. et 29., et ad Regim. Fodin. §. 1. n. 144.: ou a equiparemos á pena cominada na Ord. L. 4. Tit. 58., que tambem se deve demandar ordinariamente, Lim. ibidem n. 59. et 60., Cordeir. Dub. 41. n. 33.; e como qualquer outra pena legal, ex Ferreir. de Nov. Oper. L. 5. Disc. 4. n. 35.: com effeito em Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2 Tit. 26. §. 33. et Tit. 33. in rubr. a n. 61., et ad §. 1. sub. n. 7. et §. 2. n. 2. se observão accionadas ordinariamente, e por libello humas penas taes como esta: e com razão ao nosso proposito; porque os foreiros podem defender-se com alguma das causas expostas desde o §. 671.

Se esta pena se deve pedir depois ordinariamente.

ARTIGO III.

Pensão de medidas certas, e de certos fructos: obrigação de se pagar em especie capaz de receber-se: obrigação do interesse ao Senhorio no caso da mora no pagamento: quando por força de prescripção possa subrogar-se huma especie em logar d'outra, ou dinheiro em logar de especie; pagar-se menor ou maior foro, que o estipulado no prazo.

§. 676.

Se o prazo impõe pensão de trigo, póde pagar-se em qualquer especie de trigo.

Se a pensão consiste em medidas de trigo simplesmente: como ha varias especies de trigo; e entre nós, (não fallo dos que se vão introduzindo e semeando de sementes vindas de outras Nações,) são communs os trigos chamados, *Tremez*, e *Gallego;* e em algumas Provincias he melhor o *Tremez;* se no emprazamento falta a expressão da especie do trigo, de que a pensão se hade pagar, fica na eleição do Emphyteuta pagar huma ou outra especie de trigo. Gomez 2. Var. Cap. 11. n. 50., Barry de Succession. L. 9. Tit. 8. n. 8., Conf. Moraes L. 3. Cap. 3. n. 3, e n. 36.; *quid* nos Legados? Vej. Barry *supra*. Cod. Freder. Tom. 3. P. 2. L. 8. Tit. 2. §. 18.

§. 677.

O milho graúdo comprehende-se na nomenclatura de milho.

Deve pagar-se o que produzem as mesmas terras

Se a pensão consiste em tantos alqueires, ou moios de pão, ou milho, e o prazo he antiquissimo; já vimos (§. 648.) que se comprehende o milho graúdo: estas pensões devem-se dos fructos mesmos, que produzem as terras emprazadas, ainda que assim se não exprima no emprazamento, Pacion. de Locat. Cap. 37. n. 12. et 71. no fim: *maxime*, quando assim se convenciona, o que he util para occorrer a fraudes, dando medidas de fructos de infima qualidade á que ordinariamente produzem, de melhor qualidade as terras emprazadas.

§. 678.

Deve pagar-se do bom e mediocre.

He frequente nos emprazamentos a clausula de que as medidas do grão se pagarão sendo elle bom, limpo,

bem secco, e de receber. Esta clausula obriga, por mais que o foreiro diga, que as terras do prazo o não produzirão melhor; *maxime* quando não semeou, bom trigo, nem o mondou, como se vê julgado em Peg. Tom. 6. For. Cap. 152. n. 4. ibi:

« Julgo os embargos recebidos por não provados, visto « mostrar-se pela Escriptura junta, que o embargante se « obrigou a dar trigo bom, e de receber, e o que dava « ser muito çujo, e mais de meiado de joyo, termos, em « que não satisfaz com este. dado que seja das mesmas ter- « ras: demais, que o embargante não mostra, que mon- « dasse, e semeasse bom trigo, antes se collige o contrá- « rio; e no tal anno se mostra serem os mais dos trigos « limpos » etc.

§. 679.

Não do optimo.

Não he porém o Emphyteuta obrigado a contribuir o optimo, mas satisfaz com o mediocre, Ord. L. 4. Tit. 78. §. 7. ¥. = Se hum homem = Moraes L. 3. Cap 3. sub. n. 36., Gomez 2. Var. Cap. 11. p. 50.; *videndus* Fontanell. de Pact. nuptial. Claus. 4. Gloss. 18. P. 1. n. 198.

§. 680.

Devem pagar-se na propria especie.

Estas pensões de medidas certas devem pagar-se na propria especie: de fórma, que nem o Senhorio póde obrigar ao foreiro, que lhe pague a dinheiro a pensão estipulada em fructos, L. 5. Cod. de Agricol. et Censit. L. 11., *ubi* Brunneman. a n. 1.: nem o foreiro satisfaz, querendo pagar a pensão em dinheiro; nem se escusa por mais que diga, que não lavrou taes fructos nas terras emprazadas, ou que os não produzirão; pois deve compra-los, ainda mesmo em terra visinha, para satisfazer na propria especie ao Senhorio, Escobar. de Ratiocin. Cap. 17. a n. 1., Pacion. de Locat. Cap. 37. a n. 38., Begnudell. verbo *Decimæ* n. 57., Amostaz. de Caus. Piis. L. 7. Cap. 10. a n. 60., Geurb. Obs. 15., Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. §. 2. sub. n. 1.: e quanto ao foro do vinho, o foreiro o deve na propria especie, e não he o Senhorio obrigado aceita-lo em dinheiro por mais que

Ainda que o foreiro queira pagar a dinheiro.

Ainda que não lavrasse taes fructos

O mesmo quanto ao foro de vinho.

o foreiro diga, que não tem vinhas, em que o lavre; porque deve compra-lo para o pagar ao Senhorio; como se vê julgado em Peg. Tom. 6. For. Cap. 169. a n. 2.

§. 681.

Se não paga no tempo fica constituido em mora.

Se o Emphyteuta não paga assim a pensão no tempo prefixo (de que se tractará no Artigo seguinte), elle, só pelo lapso do tempo fica incurso em mora, independente d'outra interpellação, Surd. Dec. 57. n. 4., Geurb. Dec. 114. n. 6. e 7., Pacion. de Locat. Cap. 37. n. 79 e 84.: conduz a geral regra, *de qua* Barbos. et Tab. L. 11. Cap. 46. ax. 17.: *signanter* Begnudell. verbo *mora* n. 28., aonde declara «*dummodo adsit damnum emergens, vel lucrum cessans.*»

§. 682.

Póde estipular-se pena convencional no caso da mora.

Nada ha que obste a que o Senhorio convencione que não pagando o foreiro a pensão no tempo assignalado, a pague em dobro, como se nota na Ord. L. 4. Tit. 70 §. 2. com a exposição de Cald. de Emphyt. Cap. 30., e perfunctoriamente Moraes de Execut. L. 2. Cap. 12. n. 5., Maced. Dec. 65. n. 8. Com especialidade nos emprazamentos diz Perez in Cod. L. 6. Tit. 66. n. 25., que «*Improbanda non est conventio illa, ut pœnam certam «præstet Emphyteuta, si suo die pensionem non solvat; «quod hodie in prædiis censualibus frequentatur multis «locis.*» Concordão Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de Var., Caducit. Q. 1. a n. 34. et de Solution. Canon. Q 1. a n. 84., Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 21. a n. 57. O Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3 pag. 174. Let. (c) suppõe justa esta convenção penal.

Nota: Eu só admittiria esta pena convencional nos prazos propriamente taes, em que o Senhorio dá de emprazamento os seus proprios bens com os pactos e condições que quer, e todos são licitos (§. 7., menos que não sejão lezivos: porém não admittiria tal pena, convencional nos emprazamentos improprios) de que tratei (§. 83., e §. 105.) pela sua diversa natureza: e se nestes se estipulasse tal pena, resisti-

ria á sua validade a dita Ord. §. 1. e 2. como pacto usurario.

§. 683.

Se se póde accusar o commisso depois de exigir a pena.

Duvida-se porém, se o Senhorio exigindo a pena póde accusar depois o commisso? E assentando-se, que só alternativamente póde exigir ou a pena, ou o commisso, limitão commummente os DD. *nisi expresse hoc actum sit*, Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 21. n. 58., Fulgin. de Var. Caducit. Q. 1. n. 35., et de Solut. Canon. Q. 1. a n. 88.: accusando-se porém pelo Senhorio o commisso, não se liberta delle o Emphyteuta offerecendo-se á pena, Perez *supra*, Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 84. et 85.; porque (dizem estes DD.) *pœna est adjecta in favorem domini, et in odium Emphyteutæ non solventis*, etc. *Aliter* o Cod. Freder. *supra*.

§. 684.

Vale a convenção que o foreiro pagará tanto por dia ao procurador, que solicitar a execução.

Variedade de sentimentos.

Tambem póde o Senhorio convencionar, que sendo precisa execução contra os foreiros, para a satisfação das pensões; elles, como interesse, serão obrigados pagar a tanto por dia ao procurador, que solicitar a execução: esta clausula, que he frequente, se vê canonisada válida em Peg. 2. For. Cap. 11. pag. 802., e ao proposito no mesmo Peg. Tom. 6. For. Cap. 152. n. 4.; porém Moraes L. 2. Cap. 12. n. 3., referindo Arestos em contrario, concilia estas opiniões no n. 4. e 5.; de fórma que vale esta clausula no caso de que aqui tratâmos; e he nulla no caso em que ha suspeita de usura, como no caso da Nota ao §. 682.: Conf. Maced. Dec. 65., aonde faz a mesma distincção, advertindo no n. 2. que os dias da demanda ou execução não se devem contar continuos, mas só os necessarios, e empregados na solicitação da demanda, nos termos da Ord. L. 1. Tit. 90. §. 11. 12. 13. etc.

§. 685.

O interesse póde remittir-se expressa, ou tacitamente.

O interesse resultante da mora (§. 681.), e ainda a pena do dobro convencionada (§. 682.) póde o Senhorio, passado o tempo prefixo para a solução, remittir ao Emphyteuta não só expressa, mas tacitamente, recebendo-lhe sem protesto a pensão em especie, Escobar. de Ratiocin.

Cap. 17. n. 32., Pacion. de Locat. Cap. 37 n. 37 , Stryk Volum. 1. Disp. 8. *de Purgatione moræ* Cap. 3. a n. 38., et Cap. 4. n. 44. et a n. 61 : e geralmente em que casos e circumstancias se póde purgar a mora, vejão-se Stryk. *supra*, Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. § 1. a n. 104., Pacion. de Locat., Cap. 37. n. 75.. *et sub* n 84., et Cap. 55., Fulgin. de Solution.. Canon. Q. 6.

Quando a mora se póde purgar

§ 686.

Se o Emphyteuta não paga em especie a pensão nos termos aprazados; como devão liquidar-se os preços dos fructos, de que ella se deve? O modo mais frequente na praxe he por certidão das tarifas das Camaras dos respectivos territorios, Guerreir. For. Q. 15. n. 17., sem que com tudo sejão norma impreterivel, porque apezar dessas tarifas sempre fica livre aos interessados provar maior, ou menor preço commum dos fructos nesses annos, Peg. 3. For. Cap. 23. sub. n. 660.

Como deva liquidar se o preço dos fructos.

Se pela tarifa?

Não he norma certa.

§. 687.

Muito menos podem essas tarifas ser norma geral, e inalteravel para a liquidação das pensões Emphyteuticas; porque ha variadade de casos, que fazem variar o Direito, e o preço a que o Emphyteuta seja responsavel; pois que em Peg. 1. For. Cap. 3. pag. 132. Col. 1. no fim, se mandou pagar hum censo de trigo, conforme o valor delle até Agosto. Em Barbosa á Ord. L. 4. Tit. 20. vemos dizer elle, que a dita Ord. só procede quanto ao pão vendido, ou emprestado; mas não quanto ao das pensões colonicas, ou Emphyteuticas, as quaes (diz) se devem estimar pelo maior preço que teve o pão dentro em tres annos, menos que o devedor não fosse pobre, e deixasse de pagar por pobreza, referindo-o assim julgado: porém contra Barbosa declama com Egidio Silv. á Ord. L. 4. Tit. 20. n. 6., e muitas vezes refere julgado o Repertor. debaixo da conclusão *contracto da compra e venda do pão*, etc. (deixando-nos porém na dúvida, se devem os foreiros pagar o pão á maior valia do 1.° anno até 15 de Agosto seguinte): no mesmo Peg. 1. For. Cap. 3. pag. 134. col

Devem distinguir-se diversos casos.

Variedade de opiniões.

2. se mandou liquidar o pão de censo pelo preço mais baixo de cada hum dos annos, de que se devia.

§. 688

Ainda que se mandem pagar os foros devidos conforme a maior valia do anno.

Em muitos foraes do Reino, que tenho visto se manda que os foreiros morosos paguem o pão á maior valia do anno até 15 de Agosto, na forma da Ord. L. 4. Tit. 20. a que se referem, (ou aliás á Manuelina L. 4. Tit. 43.) e o mesmo attesta Peg To.m. 9. ad Ord. L. 2. T. 33. in rubr. n. 46. «Caeterum (continua Peg. n. 47.) «hoc jure obtineri non potest; quia hodie ex Senatus stilo «in favorem miserorum agricolarum introductum est, quod «solutio fiat juxta pretium medium, sive mediocre; cum «hac tamen differentia, quod pretium frumenti in juga- «tione metitur ut in die Natalis illius anni, quo factum «est, usque ad totum mensem Maii anni sequentis, hoc est, «usque ad principium novæ messis; ad solutionem vero «censuum, et pensionum frumenti inspicietur tantum pre- «tium medium illius temporis, quo secundum contractum «solvere tenebantur secundum unum intellectum, licet de «jure communi secus sit: immo æstimatio quanti plurimi «crescati usque ad sententiam in æstimatione debita officio «judicis. Et ita in praxi obtinui.»

Sempre em favor dos lavradores se elege nos Tribunaes o preço medio.

§. 689.

O mesmo

Este favor dos foreiros que devem foros pelas determinações dos foraes, transcende geralmente a todos os mais foreiros de quaesquer pessoas particulares, pelo estylo de julgar no Senado, que attesta Moraes de Execut. L. 2. Cap. 11. sub. n. 11. dizendo: «In favorem tamen «pauperum debitorum ex stilo nostri Senatus introductum «est, quod frumentum et vinum promissum solvatur juxta «valorem tantum temporis, quo solvi debeat, quinimo «nec illius temporis supremum, nec infimum pretium «attenditur, sed medium, quod hodierna Praxis Regni in- «dubitanter admissit, juris rigore revogato» etc. A mesma Praxe attesta Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 20. sub. n. 4.: e coincide o principio geral, de que nas liquidações se deve sempre seguir a summa media, entre a menor e a infima,

Guerreir. Tr. 4. L. 8. C. 8. n. 29. Peg. 6. For. Cap. 134. n. 26., Barbos. Vot. 126. n. 173.

§. 690.

Tal he a variedade que na materia sugeita encontrão nos Reiniculas. Sendo porém certo que a Ord. L. 4. Tit. 20., que por huma especial razão favoreceu os pobres contra as usuras dos ricos, e dos rendeiros, não he ampliavel aos mais casos, nem a outros fructos mais que ao pão vendido ou emprestado, Moraes de Execut. L. 2. C. 11. n. 12., Egid. na L. ex hoc jure. 2. P. Cap. 12 differ. 3. n. 52. et 53. Eu quanto ás Pensões Colonicas, Emphyteuticás, ou Censuarias faço as seguintes distincções.

A Ord. L. 4 Tit. 20. he só especial para o seu caso.

Distincções que devem praticar-se em casos diversos

§. 691.

Ou 1.°, o Senhorio era obrigado por contracto, ou costume ir buscar o pão ou vinho a casa do foreiro no tempo do pagamento (que commummente he do S. Miguel até o Natal, e em algumas Provincias de Junho até Setembro), e nem o Senhorio foi nem mandou Procurador com mandato expresso pedir e receber a pensão a casa do foreiro: e neste caso he só o foreiro obrigado, passado o anno regular da consumpção, a pagar o pão ou vinho conforme o valor commum do tempo em que faria a solução da especie, se então se lhe pedisse, Cod. de Sardenh. L. 5. Tit. 17. Cap. 2. §. 1. et 2., Escobar. de Ratiocin. Cap. 17. n. 26. et 28., Luc. de Gratian. Cap. 243. n. 7. et sub. n. 28.

1.° Não he obrigado ao preço supremo se o Senhorio devendo ir buscar o pão a casa do foreiro em tempo certo, não foi buscallo

§. 692.

Ou 2.°, o foreiro era obrigado levar o pão a certa casa do Senhorio até certo tempo, e dentro deste tempo o foreiro cumpriu a obrigação, mas ou não achou quem recebesse a pensão, ou sendo capaz e de receber, se lhe não quiz aceitar; tambem neste caso não se póde dizer moroso; não esteve mais da sua parte, e satisfaz pagando o preço commum desse tempo, como tenho visto em alguns Foraes do Reino: se bem que neste caso será mais provident cautella requerer e fazer deposito, citado o Senhorio.

2.° Se offerecendo-o o foreiro não o quiz aceitar o Senhorio.

§. 693.

3.º O foreiro moroso só deve pela equidade pagar o preço medio.

Ou 3.º, o foreiro que era obrigado levar o pão sem outra interpellação, por força de contracto ou costume até certo tempo a casa do Senhorio, faltou a esta obrigação: e neste caso he que procede a equidade da praxe attestada pelos DD. citados § 688. e 689. para só deverem o preço medio dos tres mais communs, que teve o pão nesse anno. Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. sub. n. 49. ỳ. = *Et procedunt omnia.* =

§. 694.

4.º Da mesma fórma aquelle que por justa ignorancia deixou de pagar em tempo.

Ou 4.º, o que devia a pensão com a obrigação de a levar ao celeiro do Senhorio, teve justa ignorancia desta obrigação, v. g. por ser herdeiro, ou terceiro possuidor, e não foi interpellado: e tambem neste caso não tem obrigação de pagar o *quanti plurimi* subiu o preço do pão desde o tempo que devia levallo ao celeiro do Senhorio, Escobar. de Ratiocin. Cap. 17. n. 34.

§. 695.

5.º Se interpellado, em tempo não pagou o pão, então fica obrigado á maior valia.

Ou 5.º, o foreiro foi interpellado em tempo competente para pagar a pensão, e deixou de a satisfazer: e então sem dúvida fica obrigado pagalla á maior valia do anno: e isto ou por effeito da mora em que pela interpellação foi constituido, Cod. de Sardenh. *supra*, §. 2. no fim; ou porque neste caso, e como por ficção de breve mão, fica o pão como vendido ao foreiro, que não o pagando em especie, sendo interpellado, se sacrifica, como se o comprasse, pagallo á maior valia do anno; e não o demandando o Senhorio pela especie, he o mesmo que deixar-lhe como vendido o pão: sendo neste caso applicavel a Ord. L. 4. Tit. 20.: bem que não basta para constituir em mora, que essa interpellação se faça em dias de lucto, ou nupcias, Luc. ad Gratian. Cap. 243. n. 8.

§. 696.

Maiormente concorrendo lucro cessante do Senhorio.

Maiormente se constituido em mora o devedor pela interpellação, o Senhorio prova lucro cessante, como v. g. vender nesse anno o pão por tal preço; ou damno emergente, como v. g. se por falta daquelle pagamento do pão em especie fosse obrigado comprar por preço subido igual

quantidade, Begnudeli. verbo = *Mora* = n. 28, Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 87. Sect. 4. §. 6. e conduz a razão de Stryk. Us. Mod. L. 22. Tit. 1. §. 38. ỳ *Tantum*. Mas he necessario que este interesse, verificados os seus requisitos, se peça juntamente com a pensão, ou preço della; porque não se pedindo, nem se julgando expressamente não póde liquidar-se na execução, Cabed. 1. P. Art. 69. Vidend. Silv. ad Ord. L. 3. Tit 20. a n. 24.

§. 697.

Ou 6.°, se nesse anno houve huma grande carestia de fructos, e impossiblidade de os pagar em especie não póde dizer-se moroso o devedor, para ser obrigado ao *quanti plurimi*, Escobar. *supra* n. 31., Gratian. For. Cap. 243. a n. 1. (*Aliter in fure* Gratian. n. 3. *et ibi* Luca.)

6.° Quando houve grande carestia, e impossibilidade de pagar em especie

Alteração da pensão convencionada reduzida por força de prescripção; ou a diversa especie de fructos; ou a dinheiro; ou a menor quantidade na mesma especie.

§. 698.

Quando se trata não da prescripção da quantidade, mas da qualidade da pensão, pagando-se de tempo antigo huma especie diversa em lugar da especie estipulada, ou dinheiro em lugar da especie: eis-aqui o discurso de Dunod. Trait. des Prescriptions. P. 1. Cap. 8. pag. 50. ibi: « Pretende-se sobre as mesmas razões, que se não póde « pela posse mudar em huma outra especie a prestação « que tem sido constituida originalmente, como de pagar « dinheiro pelo trigo, ou pelo contrario, menos que não « conste d'algum tractado, ou abono que authorise a pos- « se: eu creio que este abono he presumido depois de cem « annos de posse » etc. E na Part. 3.ª Cap. 10. pag. 364. no fim, e pag. 365. ibi: « Se se não trata da quantidade, « mas da qualidade ou da especie do censo, como se de hum « censo Senhorial se quizesse fazer hum censo de renda pe- « la prescripção, ou de hum constituido em trigo fazer hum « em dinheiro; quasi todos os Authores julgão que não ha

Se admitte prescripção pagar-se em outra especie ou em dinheiro a pensão convencionada em outra especie.

Porque tempo?

« lugar a prescripção, porque, dizem elles, ella destruiria « o censo em destruindo a sua especie, e a sua qualidade; « menos que isto não seja em favor de hum terceiro « acquirente, ao qual se tivesse denunciado huma qualidade « ou huma especie differente da do titulo premittivo, que « possuisse em virtude de hum titulo novo, e que estivesse « em boa fé. Eu não vejo porém razão sufficiente para « impedir a prescriptibilidade da especie, ao menos por « 100 annos, que fazem presumir que interveio hum novo « titulo, e alguma convenção legitima, que occasionou esta « mudança. A mudança da especie não destroe a obriga- « ção nem a essencia em geral do contracto Emphyteu- « tico, que consiste em receber alguma cousa, e não tal « cousa; e se se póde prescrever a quotidade, porque não « se prescreveria o direito de pagar em huma especie dif- « ferente, que muitas vezes traz mais commodidade ás par- « tes, e menos diminuição ao Feudo? A posse durante o « tempo determinado pela Lei he hum titulo que destroe « os que o precedem, e não se exige outra cousa para o « sustentar senão que seja verdadeira. »

§. 699.

Em outra opinião por 30 annos.

Com o tempo de 30 ou 40 annos se satisfazem para este fim muitos DD., com os quaes Altim. de Nullit. Tom. 7. Q. 43. n. 246. ibi: « Adversus dominum directum, « etiam si sit Ecclesia præscribitur modus solvendi dictus cen- « sus seu canones, quoties per 30 annos, quoad privatos, « et 40 quoad Ecclesiam fuerit facta uniformis solutio « unius speciei pro alia debita, seu pro specie pecunia fue- « rit soluta, præcipue quando ipsa uniformis solutio fuerit « facta, per centum annos, seu alium longissimum, aut « immemorabile tempus; nam tunc ex lapsu dicti tempo- « ris præscriptus manet talis modus solvendi, ita ut non « possint solventes cogi ad aliam solutionem, quam ad eam « jam factam ex longa observantia, etiam absque proba- « tione tituli in similibus solutionibus unius rei pro alia, « cum hujusmmodi tempus 30 vel 40 annorum seu aliud « longævum faciat præsumere bonam fidem. » *Confer.*

Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. §. 2. sub. n. 1., Brunnem. na L. 5. Cap. de Agricul. et Censit.

Quid, nos dizimos?

Nota: O mesmo procede quanto aos Dizimos, que supposto se devão pagar na propria especie, póde prevalescer costume de se pagarem a dinheiro, Begnudell. verbo=*Decima*=sub n. 57. He porém preciso, que a solução em diversa especie, ou em dinheiro tenha sido sempre uniforme, sem variedade, Brunneman. *supra* n. 4., Cancer. 3 Var. Cap. 1. a n. 24. et Cap. 7. n. 180, Begnudell. supr., Altimar. *supra*., Fontanell. de Pact. Nupt. Claus. 4. Glos. 18. P. 1. a n. 168. et 182.

§. 700.

Se he prescriptivel pagar-se a pensão em quantidade menor da estipulada no contracto. E por quanto tempo.

Quanto á prescripção da pensão em especie, se esta se paga em menos quantidade da convencionada no emprazamento, *varii varia dixerunt.* Eis-aqui o discurso de Dunot P. 3. Cap. 10. pag. 363. *ibi:* «Tem-se duvidado «se a quotidade do censo he prescriptivel. Diz-se pela ne- «gativa, que o pagamento de huma parte conserva o di- «reito para o resto, e que quando o titulo primitivo «apparece, elle destroe toda a posse contraria. Mr. de «Mainard attesta que esta he a Jurisprudencia do Parla- «mento de Tolosa. Esta opinião tem dado lugar a outra, «qual he, que se consta pelo titulo primordial, que com «o censo se tem estabelecido outros direitos Senhoriaes, «como hum Laudemio, e outros, elles são igualmente im- «prescriptiveis, porque elles não compõem mais que hum «mesmo censo, elles tem a mesma causa, elles tem a «mesma natureza, e elles devem ter o mesmo privilegio. — «A opinião commum dos DD. he que se deve distinguir, «se o Senhorio tem sabido a verdadeira quantidade do «censo, ou se elle a tem ignorado. Que no primeiro caso «não ha lugar a prescripção, porque o Senhorio se julga «ter querido gozar do todo em se fazendo pagar de huma «parte: mas que no segundo a quotidade se prescreve: «elles se fundão sobre hum texto, que faz esta distincção «ao sugeito do usofructo. — Mas o que as Leis tem deci-

« dido em os casos das servidões individuas em que se « se conserva a posse no todo pelo uso de huma parte, « não he applicavel ao censo, que he divisivel de sua na- « tureza. O Senhorio que sabe tudo o que lhe he devido, « he bem menos escusavel quando elle o não exige, como « quando elle o ignorava. Porém ao devedor prejudicaria « o conhecimento de não pagar tudo o que deve, porque « este conhecimento o constituiria em má fé; e a Lei de- « cedindo que o credor que recebe interesses menores que « aquelles que elle sabe serem-lhe devidos, se prejudica, « e perde o excesso pela prescripção; deve-se julgar da « mesma fórma em materia de censo; porque de outra « parte o mais ou menos nada faz á sua essencia, e elle « póde ser constituido, e conservar o dominio directo, tanto « com huma menor, como com huma maior quotidade; « assim se acha, que a quotidade do censo he pres- « criptivel pelo espaço de 30 annos em os costumes de « Berry, Nivernois, d'Auvergue de Montargis, de Lice, de « Peronne. »

§. 701.

Outros DD que basta o longissimo

Outros indistinctamente firmão a conclusão, que a parte da pensão, ou prestação annua prescreve pelo espaço de tempo longissimo, Altim. Tom. 7. Q. 43. sub. n. 434., Cancer. 1. Variar. Cap. 12. n. 13. et 3., Var. Cap. 1. n. 189. et Cap. 4. n. 201., Olea de Cession. Jur. Tom. 3. Q. 6. n. 30., Boehmer. ad Pandect. Tom. 5. Exerc. 85. §. 28., Harprectr. Disp. 71. a n. 794.

§. 702.

Opinião diversa

De outro modo Jul. Capon Contr. For. 33. n. 25. e 26. distingue, que o proprio Emphyteuta, que se obrigou á pensão, não póde elle nem seu herdeiro, pela transcendencia da má fé, prescrever o pagar huma pensão menor que a do contracto; e só o terceiro comprador, ou successor singular, quando no titulo se lhe declarárão os predios sugeitos a menor foro, que o conteudo no contracto, e com esta boa fé continuou a pagar o menor foro por 10 ou 20 annos. De outro modo Barbos. na L. 7. §. *Immo* a n. 46 depois de expor (como Dunod

Distincção das opiniões

supra,) a distincção entre o Senhorio sciente e ignorante, vem a concluir com razões contrarias, a que responde; que se o que paga diz que paga v. g. 5, declarando que só deve os 5, e o Senhorio assim os recebe, se prejudica. Em fim Fontanell. de Pact. Nuptialib. Claus. 4. Gloss. 18. P. 1. n. 146. depois de ter seguido a prescriptibilidade de parte do censo, occorrendo tempo legitimo para a prescripção; declara a n. 168., *ut ibi:* « Omnia autem supra« dicta de partis census præscriptione sane sunt intelligenda, « quando per tempus legitimum ad præscribendum facta « foret solutio semper uniformis, puta quinque, si deberen« tur 10; secus tamen est si difformiter solutio facta fo« ret, puta uno anno 5., alio 6., vel. 4., et alias non per« sistendo semper in unius et ejusdem quantitatis solutio« ne; tunc enim nihil præscriberetur » etc. Concorda Romaguer. ad Stat. Eugub. L. 2. rubr. 30. n. 52. et 53.

Nota: Tal he a variedade de opiniões a este respeito: eu tendo em vista a censura do Card. de Luc. de Emphyt. in Sumum. n. 63., que faz dependente a decisão de circumstancias de facto, e verosimilhanças que concorrão, delibero assim: se no emprazamento se concedeu ao Emphyteuta a faculdade de remir a pensão, como nos casos referidos no §. 80., facil he de presumir, que pagando-se só parte da pensão convencionada por tempo diuturno, se remiria a outra parte, assim como se podia remir o todo, Antonell. de Tempor. Leg. L. 2. Cap. 48. n. 14., Fulgin. in Tit. de Solut. Can. Q. 9. n. 10. Póde ser que ainda não sendo remivel a pensão, ou tivesse havido alguma reducção necessaria por causa de ruinas, ou voluntaria de parte da mesma pensão, que o Emphyteuta comprasse ao Senhorio, ex Boehmer. ad Pandect. Exerc. 85. §. 28. no fim: advertindo que neste caso he mais segura a cautella de recorrer á presumpção de remissão ou reducção, fundada em qualquer adminiculo, do que recorrer á prescripção formal, que facilmente se destroe constando, que o Emphy- Conciliação dellas

teuta tinha em seu poder o prazo, cuja detenção o constitue em má fe, para não poder prescrever contra a obrigação nelle constituida, segundo os principios geraes, ex Bagn. Cap. 31. a n. 101., Barbos. in rubr. C. de Præscript. a n. 343., Pereir. Dec. 24. n. 10.: no successor particular não ha dúvida (§. 702)

§. 703.

Se por meio de prescripção póde o Senhorio adquirir pensão maior que a declarada no contracto?

Pelo contrario: se o Senhorio, medeante a posse, e prescripção de 30 annos, póde exigir para o futuro maior pensão que a estipulada no emprazamento; e se o Emphyteuta pagando-a se prejudicou? Fulgin. de Solution. Canon. Q. 1. n. 254. se expediu facilmente desta questão dizendo: « *Aut emphyteuta solvit per errorem, aut scien-* « *ter? Si scienter, non potest* » etc. A Fulgin. segue Jul. « Capon. Controv. For. 33. n. 28. *ibi:* « *Quid dicendum,* « *si emphyteuta plus solverit, quam tenetur? Aut solvit per* « *errorem, et potest repetere: si scienter, non potest.* » Cancer. 3. Var. Cap. 3. no Summario n. 125. absolutamente attribue a erro do Emphyteuta a maior pensão, que tem pago, ainda que por 40 annos, e o desobriga para o futuro. Se o Senhorio tem em seu poder o emprazamento, resiste-lhe a Ord. L. 2. Tit. 27. para não poder em tempo algum exigir mais foros, que os conteudos nelle: como porém era possivel, que o Senhorio por novo pacto augmentasse ao Emphyteuta a pensão, ou dando-lhe mais dinheiro sobre a hypotheca dos mesmos predios já emprazados; ou amontoando a huma divida as pensões devidas, e a esse respeito augmenta-las, (anatocismo neste caso permittido, Cocey Disp. de Anatocism. Sect. 4. §. 6.); ou em alguma renovação presumida (que tambem póde dar-se, como se verá P. 6. §. 1:187) e que o mesmo augmento faz presumir, (em termos habeis tendo depois da data da investidura passado tantos annos, que reguladas a 20 ou 30 annos cada vida, ex Valasc. Cons. 93. n. 7., Luc. de Feud. Disc. 133. a n. 22., não só estejão as vidas extinctas, mas tenha decurrido tempo para presumir renovação) Peg. 2. For. Cap. 9. n. 187., França ad Mend. Art.

3. n. 72. Portanto naquella variedade de opiniões, e nesta possibilidade de causas licitas e verosimeis para o augmento da pensão, he razoavel o que discorre Dunot. Trait. des Prescriptiones, P. 3.ª Cap. 10. pag. 364. *ibi:*

« Se o Senhorio póde prescrever huma maior quan-« tidade que a que he conteuda no titulo primitivo? « A negativa he fundada sobre que não se presume huma « causa legitima da augmentação do censo, como se pre-« sume da sua moderação; e que a sua augmentação he « ordinariamente extorquida da parte do Senhorio (*): esta « he a razão por que a opinião commum não admitte pres-« cripção. Dumoulin crê com tudo, que o augmento póde « prescrever-se por 100 annos, porque elles fazem presu-« mir hum novo titulo, e elles tem a força de titulo. A « sua opinião poderá ser sustentada nos casos em que as « circumstancias determinarão a crer, que ahi houve huma « justa causa do augmento do censo. »

(*) Nota: Ainda que em hum Barão, Senhorio Jurisdiccional de huma terra se presumem humas extorsões taes, Lagun. de Fruct. P. 1. Cap. 15. §. 4.; comtudo esta presumpção cessa, quando com o longissimo tempo concorre alguma causa verosimil e justa da prestação, que se diz extorquida por prepotencia, ou injustiça: *videndus* Lagun. *supra* a n. 47., *et maxime* se ha huma posse immemorial, Lagun. a n. 54.

ARTIGO IV.

Pensão consistente em aves, marrans, corasis, caças, carneiros, dinheiro, geiras, luctuosas.

§. 704.

As aves, os carneiros, os cabritos devem pagar-se no estado de vivios; só não o foro de perdizes, coelhos, e outra caça que com difficuldade se colhe viva, Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 40. n. 7., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 1. n. 2., Fontanell. de Pact. Nupt. Claus. 4. Gloss. Devem pagar-se vivos e não mortos

18. P. 1.ª n. 202, Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 20. sub n. 6., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 2. n. 16.

§. 705.

O que se entende pela palavra *marram*.

Pelo que respeita ao foro de huma *marram*, quando nos prazos se não diz, que se pagarão tantos arrateis de *marram*, mas simplesmente *huma marram:* eis-aqui o facto historico por Fr. Joaquim de Santa Rosa no seu Elucidar. verbo = marram = *ibi:*

« Em muitos prazos se acha o foro de marram. Em « hum de Almacave do anno de 1579. se declara, que a « marram era hum porco de 40 arrateis. Geralmente fal- « lando, a marram era huma leitoa grande, que ainda não « tinha parido, mas que já não era de espeto, ou freama « como se vê pelos documentos seguintes = *Huma boa mar- « ram recebonda, ou* 120 *réis por ella — E huma mar- « ram ou* 150 *reis por ella — E huma marram de* 30 *ar- « rateis. — E huma marram de* 25, *ou* 30 *arrateis de « peso por todo o mez de Outubro: e não pagando dentro « do dito mez, a pagará de peso de* 50 *arrateis. — Meio « alqueire de manteiga, e duas freamas, ou* 11 *reis por « ellas. — E huma leitoa, ou* 50 *reis por ella...* Do so- « bredito se mostra, que supposto não fosse uniforme o « peso da marram, o seu preço com tudo bem claramente « a distinguia da *freama*, ou leitão pequeno, a que cha- « mavão de espeto. Hoje se diz *marram* a carne fresca de « porco; prescindindo de ser macho, ou femea. » Pelo que eu tenho visto, quando nos prazos antigos se impõe o foro de huma marram, se regula por 40 arrateis. Mas a observancia aqui póde tudo. (§. 658.)

§. 706.

O que he *corazil*.

Pelo que respeita ao foro de *corasil*, que se encontra em foraes e prasos antigos: quando não consta da sua quantidade ou peso pelos mesmos titulos; ou nos devemos regular pela observancia (§. 658.); ou nada de certo; ou o modello que figurou o foral de Sabugosa; attendido o que discorre o mesmo Fr. Joaquim de Santa Rosa, verbo = corasil = *ibi:*

« Segundo as Escripturas das Salzedas de 1466. e

« 1481, *o corasil deve ter duas costas da pá do porco « até á cabeça, e pezar 14 arrateis.* Porém no foral, que « El-Rei D. Manoel deu ao couto das Salzedas no anno « de 1504., fallando dos vinte moradores de Granja Nova « diz que *pagará cada hum huma espadoa de porco, a sa- « ber todo o quarto dianteiro com doze costas, que he mais « que quarto; e não serão obrigados darem do melhor por- « co que matarem, mas dalo-hão de qualquer porco arra- « zoado; com tanto que o dito quarto passe de 20 arra- « teis, e não passe de 27, e quem não tiver porco paga- « rá 20 arrateis a dinheiro.* Este foral refere-se ao an- « tigo praso que o Mosteiro fizera com os 21 moradores « da Granja Nova no de 1295, e nelle se declara que a « pensão seria : *senhas espadoas de porco de 12 costas pelos « corasis, senhos, cabritos vivos, etc.* Não he logo o mes- « mo *espadoa* que *corasil*; pois em lugar dos corasis he « que se estipulárão as espadoas. O certo he que esta pensão « de carne de porco variava muito, segundo os usos e con- « tractos, e não se póde affirmar com certeza hum pezo « e figura delles, que fossem geraes e costumados em to- « do o Reino.

« No foral de Sabugosa... se diz: « *Pagão mais quaes- « quer moradores nos lugares das Sabugosas, se matarem « porco macho hum guorazel, a saber: cortado o porco « pelo meio, e fendido, toma-se de ametade daquelle porco « hum pedaço contra o rabo, donde tomão huma medida « de couto; e dali correm contra as costas, até chegarem « na segunda costa, contando a mondinha: e cortão por « aquelle direito da medida grande, e pequena a cordel « direito; e áquillo chamão guorazel. A qual marca fica de- « marcada na parede da Igreja do seu Lugar, a que cha- « mão S. Mamede. E por ella mandâmos, que todas as « da Comarca se julguem.* » (O mesmo Fr. Joaquim que viu) (e eu tambem já vi) a figura, diz que he a seguinte: a saber, cinco palmos largos da parte de cima, quatro palmos, e tres dedos largos pela parte debaixo, hum palmo largo de alto. Os cinco palmos são da parte da barriga. ficando a parte mais curta da soam.

§. 707.

Na alternativa da pensão v. gr. huma galinha ou 120 réis por ella, de quem he a eleição, se do Senhorio, se do Foreiro.

He frequentissimo nos prazos antigos e modernos, e foraes dizer-se, *pagará humà gallinha, hum capão, ou tanto por elles;* hum *carneiro, ou tanto por elle; huma marram, ou tanto por ella, tantos arrateis de marram, ou tanto por cada hum,* etc. Entra pois a dúvida; de quem he a escolha; se do Senhorio, se do Emphyteuta? A opinião mais commum defende, que a eleição he do Senhorio pelas razões que expõe o Padre Cordeir. Resol. 18., Cald. de Nomin. Q. 10. n. 57., e o Repertor. debaixo da conclusão = *foreiro he obrigado a pagar a pensão do prazos* etc. = ainda que o contrário quer persuadir o mesmo Cald. n. 60.: e sendo assim do Senhorio a eleição, elle não perde este direito, por mais que sempre tenha usado de huma das alternativas pelas razões que pondera Dunot. de Præscript. P. 3. Cap. 11. pag. 379.

§. 708.

Em que moeda se deve pagar a pensão Emphyteutica.

Pelo que respeita á pensão em dinheiro: A Ord. L. 1. Tit. 62. §. 47. determinou « que no preço que os forei- « ros hão de pagar será declarado nos contractos, e será « da moeda que correr ao tempo do contracto. E posto « que as valias das ditas moedas se mudem, sempre se pa- « gará a respeito da valia da dita moeda declarada no « contracto. » Concorda a Ord. L. 1. T. 78. §. 16. Pela Lei de 4 de Agosto de 1688 sim se augmentou neste Reino o valor intrinseco da moeda metalica, bem como o dos pezos do ouro e prata; e se declarou « que todas « as dividas contrahidas, e contractos celebrados antes da « publicação desta Lei, se hão de intender e praticar como « se depois della se contrahissem e celebrassem, cedendo « sempre a favor dos devédores a utilidade do levantamento « da moeda. »

§. 709.

O mesmo

Póde pois hoje vir em dúvida se os Senhorios dos prazos são obrigados por força da Lei de 25 de Fevereiro de 1801 receber em moeda papel as suas pensões, ad instar do que determinou a dita Lei de 4 de Agosto de 1688. Parece-me 1.°, que sendo especial a Ord. L. 1. Tit. 62. §. 47

estas Leis geraes recebem limitação no caso daquella Lei especial; porque regra geral he, que quando huma Lei he geral e outra especial, ou a geral, seja antecedente, ou seja subsequente á especial, sempre esta fica sendo limitativa da Lei geral. Moraes de Execut. L. 1. Cap. 4. n. 3., Boehmer. ad Jus Digest. L. 1. Tit. 1. §. 6. n. 4.

§. 710.

O mesmo

Parece-me 2.°, que não póde hoje fazer-se argumento com a dita Lei de 4 de Agosto de 1688 para se observar o mesmo no omisso na L. de 25 de Fevereiro de 1801.; porque aquella só augmentou o valor intrinseco da materia metalica da moeda, e esta deu valor extrinseco a hum papel que o não tem intrinseco, que ainda suppondo a Regia Auctoridade, sempre he de menor estimação: e por isso sim deve receber-se pelo preceito da Lei, mas só com o rebate commum e vulgar, tratando-se do pagamento de dividas originadas antes da dita Lei de 1801., Gob. de Monet. Q. 4. a n. 10., Silv. ad Ord. L. 4. T. 21. in pr. n. 28. 46. et 50., *optime* Fabr. in Cod. L. 8. Tit. 30. Def. 11. 15. 21. 27. e 37.

§. 711.

O mesmo

Maiormente quando o Aviso de 12 de Julho de 1801 declarou, que quanto ás obrigações, que tinhão huma origem anterior á Lei, não fossem os credores obrigados a aceitar pagamentos, nem ainda por metade, nesta moeda papel, menos que o que faz o pagamento lhe não dê o rebate consuetudinario na Praça ao tempo do pagamento, Aviso que veio a coincidir com as citadas Ordenações L. 1. Tit. 62. §. 47., Tit. 78. §. 16. e L. 4. Tit. 22. no fim., e abraçar a racionavel opinião dos DD. citados; veja-se huma minha especial Dissertação sobre o uso do Papel moeda, escrita depois desta Obra.

Nota: Ainda que as pensões Emphyteuticas se venção depois da dita Lei de 1801., a divida dellas he a mesma que a do original contracto, he huma e unica obrigação, ainda que as prestações sejão successivas, attendendo-se a origem da obrigação, e não o tem-

po das subsequentes prestações, *ut optime* Portug. de Donat. L. 3. Cap. 26. a n. 61., Boehmer. ad Pandect. Exerc. 85. a §. 8.: e portanto o dito Aviso, declaratorio da Lei de 1801, que manda respeitar as obrigações, cuja origem he anterior á Lei, comprehende as pensões Emphyteuticas, para só se dever aceitar ametade do pagamento em moeda papel com o rebate consuetudinario ao tempo do mesmo pagamento; ficando por este modo salva e conciliada a disposição das ditas Ordenações: á vista disto julguem os Leitores do que diz Mell. L. 1. Tit. 8 §. 32. na Nota.

§. 712.

O que he *geira*

Pelo que respeita ás geiras: Esta palavra tem duas accepções, ou *quatenus* geiras de terras; ou *quatenus* geiras pessoaes, isto he, dias de serviço que os foreiros são obrigados prestar ao Senhorio na sua agricultura; como bem mostra e explica o citado Fr. Joaquim no Elucidario verbo=*geira*=.

§ 713.

O que he *luctuoza*

Em fim pelo que respeita ás *luctuozas:* deixando de tractar das que recebem os Bispos e Cabidos na morte dos Beneficiados (que muito censurou Mell. L. 3. Tit. 8. §. 11. na Nota; mas que tem justo fundamento original nas causas que expoz o citado Fr. Joaquim verbo=*Loitoza*=e Amestaz. de caus. piis); ao nosso proposito diz o mesmo Antiquario que «Igualmente se introduziu em «algumas partes receber o direito Senhorio luctuosa por «morte do Emphyteuta, que segundo os Documentos das «Salzedas era outro tanto, como o foro, *ou como nos prazos «se estipulava*» etc. Este Direito Dominical ainda hoje se vê convencionado em muitos aforamentos, mas com variedade: e para se reputar justo basta advertir o exposto no §. 7.

Sobre a origem das luctuosas Ecclesiasticas, justo ou injusto dellas, podem ver-se Garcia de Expens. Cap. 9., Molin. de Just. Disp. 147. n. 17., Barbos. de Jur. Eccles. L. 3. Cap. 17. n. 71., Navarr. de Spol. §. 16. a n. 1., Amostaz. de Caus. piis L. 8. Cap. 14. a n. 71.

CAPITULO V.

Outras obrigações do foreiro. Em que tempo; em que lugar, a risco de quem, e por que medida, se devão pagar ao Senhorio as pensões de grãos, e liquidos.

§. 714.

Só se deve a pensão de annos em annos quando as terras só de annos a annos produzem fructos.

Se as propriedades emprazadas não produzem fructos senão de dois em dois annos, ou de muitos em muitos; só pelos annos em que os produzem se regula o annual pagamento da pensão convencionada, Boehmer. ad Pand. Exerc. 7. = *De juribus diversis ex diversitate climatum natis* = a §. 11.

§. 715.

Só no fim da colheita e do anno se póde pedir a pensão.

Sendo a pensão annua constituida em especies de fructos, que hajão de produzir os predios emprazados, he necessariamente obrigado o Senhorio a esperar o tempo da colheita para exigir a pensão, sem que antes a possa exigir, Mantic. de Tacit. L. 5. Tit. 6 n. 13., Pacion. de Locat. Cap. 37. a n. 9. E em falta de expressa convenção (racionavel digo, colhidos que sejão os fructos) he regra geral, que só no fim do anno póde exigir a pensão, Fulgin. in Titul. de Solution. Canon. Q. 8. Se o Emphyteuta quer satisfazer antes de findo o anno, e antecipadamente, o Senhorio lha deve receber consistindo ella em dinheiro; mas não consistindo ella em fructos, Pacion. de Locat. Cap. 37. a n. 38. ad 49., Ceus. de Censib. Q. 84. tot.

Quid, se o foreiro a quizer pagar antecipada?

§. 716.

Póde o Senhorio antes do tempo assegurar a pensão por meio de sequestro.

Pode porém o Senhorio antes de chegar o tempo do pagamento requerer assecuração da sua pensão para se lhe pagar promptamente no tempo competente, Pacion. de Locat. Cap. 37. n. 34.; por exemplo: póde antecipadamente requerer sequestro nos fructos pendentes pelo temor de que o Emphyteuta os consumma, Pereir. Dec. 66. n. 3., Moraes de Execut. L. 1. Cap. 4. §. 2. n. 47. Sem que neste caso seja preciso, que o Senhorio verifique

os requisitos que são regulares nas outras especies de sequestros. Peg. 1. For. Cap. 3. pag. 151. Col. 1. in fin., et Col. 2. in pr. *Aliter*, quando se faz (o que póde fazer-se) embargo pelas pensões futuras: veja-se o Repert. verbo = *Penhora póde mandar* = etc.

§. 717.

Ou quando o foreiro desampara as casas e terras. Ou logo que o Emphyteuta receba do seu sub Emphyteuta.

Tambem antes do tempo do pagamento póde o Senhorio exigil-o, se o Emphyteuta desamparar as casas, ou cultura dos predios, L. 27. §. *Si Domus*, ff. Locat. Pacion. de Locat. Cap. 37. n. 36.: bem como, se o Emphyteuta subemphyteuticar, ou arrendar as terras do Prazo, logo que elle receber do subemphyteuta, ou arrendatario a pensão, póde ser accionado pelo Senhorio, ainda antes do tempo assignado para o pagamento, Caroc. de Locat. in Tit. de Sublocat. Q. 10. n. 2. Pacion. supra n. 37.

§. 718.

Em que lugar deve o foreiro pagar o foro.

A convenção decide.

Quanto ao lugar em que o foreiro deve satisfazer a pensão: devemos distinguir dois casos: 1.°, quando na Investidura houve convenção expressa a este respeito: 2.°, quando a não houve: no 1.° caso he sem duvida válida e obligatoria a convenção no contracto Emphyteutico, ou de Locação, Pacion. de Locat. Cap. 38. n. 15. et a n. 27., Romaguer. ad Stat. Eug. L. 6. rubr. 39. n. 13., Cens. de Censib. Q. 86. n. 17. juncto n. 11., Gracian. For. Cap. 128. n. 18.; (*aliter* no contracto censuario, porque tal convenção *sapit usuram* Guerreir. Tr. 3. L. 7. Cap. 9. n. 95. et 102.): e supposta a validade da convenção; se a pensão, que o Foreiro *ex vi* della leva ao lugar convencionado, perece no caminho, ainda por caso fortuito, recahe sobre o Senhorio toda a perda. Gracian. For. Cap. 128. n. 19., Pacion. de Locat. Cap. 38. n. 34., Romaguer. ad Stat. Eug. L. 6. rubr. 39. n. 13. Conf. Solan. Cog. 11. n. 12. et 13.

Quid, se a pensão que o foreiro leva a casa do Senhorio, perece no caminho?

Variedades de opiniões.

Nota: Fortemente se combatêrão os dois Sabios, Patricios, e Coetaneos, Cancerio, e Fontanella, aquelle no L. 3. Var. Cap. 1. a n. 183., e este no Trac., de Pact. Claus. 4. Gloss. 18. P. 1. a n. 188. so-

bre se deverem *in genere*, ou *in specie* taes pensões, para se applicar ou não a regra *genus perire non potest*. Deixemos a sua controversia. O certo he que havendo no emprazamento esta clausula, que o foreiro será obrigado levar a pensão a casa do Senhorio, toda a perda no transporte deve recahir no Emphyteuta; porque a clausula vale como Lei do contracto (§. 7.). Gratian. Cap. 128. n. 18., Cens. de Censib. Q. 86. n. 11., Pacion. de Locat. Cap. 38. n. 30.: em quanto o Emphyteuta não mede a pensão em casa do Senhorio; ou a pensão seja reputada como genero, ou como especie (subtil differença dos Jurisconsultos) não cumpre a sua obrigação; e portanto se a pensão perece, perece por conta do Emphyteuta, por argumento da Ord. L. 4. Tit. 8. §. 5.: e por tanto sou obrigado a apartar-me dos DD., que incumbem a fatal perda ao Senhorio, exonerando o Emphyteuta.

Concilião-se com distincções.

Porém isto nos termos abstractos de não ter precedido mora no pagamento da pensão da parte do Emphyteuta, e do recebimento da parte do Senhorio. Havendo mora da parte do Emphyteuta, a elle he imputavel, como, quando não levou a pensão ao tempo devido, *nisi quoque res illa peritura quoque fuisset etiam in manibus locatoris, seu domini directi, si ei tradita fuisset*, Pacion. *supra* a n. 33., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 8. §. 5. a n. 5., Altim. Tom. 7. Q. 47. n. 519. ad 512.: ou havendo mora da parte do Senhorio; como quando estando destinado o tempo e o lugar para o pagamento da pensão, o Emphyteuta ahi a conduz, não acha o Senhorio nem bastante procurador; e no entretanto a pensão perece por casualidade, Pacion. de Locat. Cap. 38. a n. 34.: D'outro modo distingue Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 137. no caso em que a pensão consistia em dinheiro, e o Emphyteuta a mandou por nuncio infiel, etc.

§. 719.

Quid vero, se o Senhorio muda de domicilio? Resolutivamente digo, que se ao Emphyteuta resulta o mes-

Quid, se o Senhorio muda de domicilio?

mo, ou pouco maior incommodo de levar a pensão ao novo domicilio do Senhorio, deve ahi leval-a; d'outro modo não sendo muito maior o incommodo do transporte, Pacion. de Locat. Cap. 38. n. 17. et 18., Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. n. 132.

§. 720.

Se o Emphyteuta contra a clausula que o obriga levar o foro a casa do Senhorio póde prescrever esta liberdade?

Se havendo huma tal clausula (§ 718.) póde o Emphyteuta prescrever contra ella a liberdade de levar a pensão a casa do Senhorio? Dunod., no Tract. das Prescripções pag. 368, refere hum Aresto do Parlamento de París, em que se julgou imprescriptivel esta obrigação do Emphyteuta, quando expressamente convencionada: porém Dunod. se oppõe a esse Aresto, admittindo a prescripção da liberdade ao Emphyteuta, quando o Senhorio podendo demanda-lo, que lhe levasse a casa a pensão, o Senhorio mesmo renunciando esse direito, a mandou buscar a casa do Emphyteuta successivamente por tempo longissimo.

§. 721.

Pelo contrario: se em falta de pacto que obrigue o Emphyteuta a levar a pensão a casa do Senhorio, póde este adquirir esse direito pela observancia do foreiro?

No 2.° caso dos distinctos no §. 718., substanciando do muito que aqui discorrem os DD., o que nelles he mais solido: digo 1.°, se depois do emprazamento em que não interveio o pacto de levar o Emphyteuta a pensão a casa do Senhorio, elle a levou por alguns annos, fica obrigado a continuar a levar-lha para o futuro, Pacion. de Locat. Cap. 38. n. 32., Antonell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 21. n. 12., Gracian. For. Cap. 62. a n 5., Fulgin in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. n. 125. e 138., Altim. Tom. 7. Q 47. n. 506. et 511., Fabr. in Cod. L. 8. Tit. 30. Def. 4., e conduz Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. n. 50., e *signanter* Brunnem. na L. 5. Cod. de Agricol. n. 7.

§. 722.

Em falta de pacto he o foreiro obrigado quando habita na terra em que habita o Senhorio.

Digo 2.°, que em falta de pacto, e do referido costume (§. 721.) e quando depois do emprazamento se suscita esta duvida; a verdadeira distincção he, que se o Emphyteuta e o Senhorio habitão na mesma terra, deve aquel-

le levar a pensão a casa deste; d'outro modo não he obrigado se o Senhorio, e o Emphyteuta habitão em diversas terras e domicilios, Antonell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 21. n. 3., Olea de Cess. Jur. Tit. 1. Q. 6. n. 62., Fulgin. de Solution. Canon. Q. 1. a n. 122. 123. 131., Altim. Tom. 7. Q. 47. n. 498. no fim., Statut. de Eugub. L. 6. rubr. 39., ubi Conciol. n. 7., Gall. de Fructib. Disp. 28. Art. 4. n. 15. et 16. Só sim sendo em dinheiro a pensão Emphyteutica, deve o Emphyteuta leval-a a casa do Senhorio, ainda que este habite em diversa terra, Card. de Luc. de Benef. Disc. 89. n. 8.: e neste sentido he que falla Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 137. sobre a perda do dinheiro remettido pelo Emphyteuta ao Senhorio.

D'outro modo habitando remotos

Menos que o foro não seja em dinheiro.

§. 723.

Quanto á medida: Figure-se o caso de estarem os predios situados em hum Concelho, aonde a medida he menor; ser ahi morador o Emphyteuta; e morador o Senhorio em outro concelho, aonde a medida he maior: estipulão-se no emprazamento tantas medidas de grãos, ou liquidos simplesmente: duvida-se pois por qual medida se hão de pagar; se pela do Concelho do Emphyteuta em que he menor; se pela do Concelho do Senhorio, em que he maior? Sobre esta duvida diz Antonell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 15. Q. 5. n. 65., ut ibi:

Porque medida se deva pagar o foro

« Mensura ejus loci adhibenda est, ubi vere contra-
« ctus est celebratus: si ambo contrahentes sint ejusdem
« regionis, in qua contractum est, aut in ea soliti sint
« versari: secus si sint ejusdem regionis, in qua prædia
« sint sita; quia tunc verosimilius videtur, eos sensisse de
« mensura illius regionis, in qua prædia existunt: quod
« si unus ex contrahentibus fuerit ejus regionis, in qua
« negotium gestum est, alter illius, in qua prædia sunt
« sita, vel in quam solutio collata est, ea mensura adhi-
« beri debet, quæ promissori utilior est: quia in dubio
« secundum promissorem interpretamur, et quod minimum
« est sequimur. » Concordão Fragos. de Regim. Rep. P. 1. L. 7. Disp. 19. §. 2. n. 71., Mantic. de Tacit. L. 3. Tit. 13. a n. 34, aonde faz estas, e outras distincções:

Concorda em substancia o Cod. de Sardenha L. 5. Tit. 17. Cap. 2. §. 3. ibi:

« O pagamento dos ditos censos ou rendimentos Em-« phyteuticos annuaes se exigirão pela medida costumada « em os lugares, aonde elles são devidos; menos que não « haja ahi huma obrigação differente, ou por costume, ou « por convenção. »

§. 724.

Póde aqui muito a observancia.

A observancia subsequente porém aqui póde muito em falta de expressão do contracto: de fórma, que se os primeiros pagamentos se fizerão pela medida maior, ou menor de hum dos Concelhos, esta observancia immediata regula o futuro; *signanter* Brunneman. na L. 5. Cod. de Agricol. et Censit. n. 7. e conduzem as generalidades de Arouc. Alleg. 60.

§. 725.

Deve o foro pagar-se pela medida corrente ao tempo do contracto.

Se a medida costumada e dominante ao tempo do emprazamento varía depois, alterando-se ou diminuindo-se, sempre a pensão se deve pagar pela medida corrente ao tempo do contracto, Cabed. P. 1. Dec. 110., Fulgin. in Tit. de Solution. Canon. Q. 4. n. 5., Altimar. de Nullit. Tom. 7. Q. 47. a n. 460., Concer. 2. Var. Cap. 6. n. 152., Repertor. debaixo da conclusão = *Foreiro deve pagar o preço do foro* = etc.

CAPITULO VI.

Outras obrigações dos Co-Emphyteutas. Divididos os predios do prazo entre muitos consortes. Elles tem obrigação eleger entre si hum cabeça, que contribua a totalidade do foro ao Senhorio: quando se escuzem desta obrigação: convencidos, como devão ratear entre si o foro á proporção do que cada hum possue, etc.

§ 726.

Em pensões censuarias não ha necessidade de *Cabecel.*

Quando as pensões são censuarias, e se provão ser desta natureza pelas circumstancias expostas a §. 125.: não ha necessidade de requerer eleição de *Cabecel:* porque

he especial no censo poder exigir-se a totalidade delle a qualquer compossuidor de parte do predio, ou predios affectos ao mesmo censo, *ex late congestis per* Bagn. Cap. 62. a n. 27., Guerra ad Ord. pag. 205. Contr. 4., Moraes L. 1. Cap. 4. §. 2. n. 28., Mend. P. 1. L. 3. Cap. 21. §. 10. n. 56, Peg. 1. For. Cap. 3. sub. n. 353.: com tanto porém que 1.°, o predio, que possue esse demandado, produza fructos sufficientes para a satisfação da totalidade do foro, Bagn. a n. 28.: 2.°, os bens sugeitos não fossem divididos a instancia do Senhorio do censo, Bagn. n. 30.; ou tivesse recebido o censo parcialmente sem protesto, etc. Bagn. a n. 30. *(quem vide)*: e se aqui póde dar-se prescripção que obrigue o Senhorio do censo a recebe-lo parcialmente vej. Dunod. de Præscript. pag. 361., Peg. Tom. 7. For. Cap. 229. a pag. 165.

Razão da especialidade nos censos.

§. 727.

Quanto porém ao caso de que tratamos, quando o prazo anda dividido entre muitos, ha diversa razão; porque nos censos procede aquella regra (§. 726.) pela especialissima razão (sem duvida) de que nos predios affectos ao censo se dá o direito da hypotheca em todos e cada hum e na parte dividida de cada hum *in solidum*: porém nos bens sugeitos ao Emphyteuse quando no emprazamento se não hypothecão especialmente os bens á satisfação da pensão; he assas controverso, se *ad instar* dos censos compete ao Senhorio o direito da hypotheca para o referido fim de exigir *in solidum* de cada compossuidor de parte; e prevalece a negativa, Valasc. Q. 4. sub. n. 7., Cald. de Extinct. Cap. 3. n. 34., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 2. n. 13. et 14., Lauterb. de Legat. Hypothec. §. 14. a n. 38., Harprectr. Disp. 83. a n. 60., Merlin. de Pignor. L. 3. Tit. 1. Q. 10. a n. 12.: assim o sente o Cod. de Sardenh. L. 5. Tit. 17. Cap. 2. §. 6. e 7.: e attingiu o Senador apud Peg. 3. For. Cap. 28. sub. n. 793.: *aliter* Britt. in Cap. Potuit de Locat. § 2. n. 3., Barbos. in d. Cap. Potuit n. 165 *optime* Salgad. in Labyr. P. 3. Cap. 4. a n. 87., os quaes sustentão o direito da hypotheca.

Sim, quando o prazo se divide em muitos compossuidores.

Se compete, ou não o direito da hypotheca pelas pensões Emphyteuticas.

§. 728.

São os co-Emphyteutas obrigados eleger hum cabeça, que exigindo dos mais as suas *ratas*, contribua o foro total ao Senhorio.

O remedio pois mais sem duvida, no caso de que tratamos, e mais proficuo ao Senhorio, he recorrer ao remedio de demandar todos os co-Emphyteutas, que elejão entre si hum cabeça, que exigindo dos mais as suas *ratas*, lhe contribua o foro por inteiro: este remedio tem fundamento no Direito Romano, nas Leis Patrias: e no consuetudinario deste Reino. No Direito Romano, por argumento da L. 3. ff. de Altim. et Cibar. Legat.: Nas Leis Patrias; porque sendo por ellas prohibida a divisão dos prazos, para que se não confundão os direitos do Senhorio; e porque o recebimento do foro por partes lhe he muito incommodo, L. de 6 de Março de 1669.: (confirão-se a L. 8. §. 9. ff. de Transact. a L. 7. ff. Commun. divid., e a L. 3. ff. Famil. erciscund.); tendo prevalecido contra a prohibição desta Lei o costume em algum caso, de se dividir o prazo (o que suppoz a L. de 9 de Julho de 1773 §. 28.); assim como para se não dividir a pensão. manda a Ord. L. 4. Tit. 36. encabeçar o prazo em hum dos herdeiros, e o Tit. 96. §. 23. em hum dos filhos: semelhantemente e pela mesma razão do favor do Senhorio, dividido por costume o prazo, se deve incapitar em hum, que exigindo dos mais as suas partes contribua ao Senhorio a totalidade da pensão: em fim no Direito Consuetudinario, como póde ver-se em Carvalh. de Testament. P. 4. Cap. 1. sub. n. 214., Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. sub. n. 316., Teit. fin. regund. Cap. 7. n. 7. Peg. 3. For. Cap. 28. n. 790. et 793., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 5. §. 8. n. 64. no fim.

§. 729.

Defezas desta obrigação, a que commummente recorrem os foreiros 1.ª Que o Senhorio consentiu a divisão.

Desta obrigação de eleger *Cabecel* se costumão defender os foreiros por hum de tres fundamentos: ou 1.º, porque o Senhorio consentiu na divisão, ou desmembração do prazo sem protesto algum: ou 2.º, porque recebeu sem protesto, dividida, e separadamente de cada hum a sua parte: ou 3.º, porque estão na antiga posse de nunca elegerem entre si *Cabecel*. Tratarei pois em que casos, e

circunstancias póde attender-se qualquer destas defezas dos Co-Emphyteutas, em que como já vimos (§. 726. 727.) ha razões diversas das dos censuarios.

2.ª Que recebeo delles a pensão rateada a e dividida.

3.ª A posse de nunca elegerem cabeça.

Quanto á 1.ª defeza.

Quando ella seja ou não attendivel.

§. 730.

Quanto á 1.ª *defeza dos Co-Emphyteutas:* huma vez tolerado o costume contra a L. de 1669 (§. 725.) ficão tantos os prazos, quantos os predios devidos, se he certo o que se lê em huma Allegação transcripta por Peg. Tom. 9. ad Ord. pag. 596.: e por consequencia consentida pelo Senhorio a divisão; e ficando tantos os prazos quantas as porções divididas; cessando aqui o direito da hypotheca (§. 727.); necessariamente deve exigir de cada Emphyteuta o correspondente ao seu predio como já diverso, e dividido prazo.

§. 731.

Por outra parte: a prolongação da divisão he só relativa ao particular interesse do Senhorio, que póde renunciar, e renuncia huma vez que sem protesto consente expressa, ou tacitamente na divisão do prazo: Guerreir Tr. 2. L. 2. Cap. 8. n. 115, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 207. et sub. n 690.; *vers. Consentiente*, Gam. Dec. 268. n. 1.: e huma vez, que o Senhorio sem protesto consente na divisão do prazo, diz Guerreir. Tr. 1. L. 2. Cap. 12. n. 50. que « *ex dicta divisione censetur facta multiplicatio unius* « *rei in plures, et perinde est, ac si a principio essent di-* « *videntibus concessæ, et censentur renovari pro parte; et* « *ideo non tenentur ad solutionem canonis in solidum.* »

Nota: Devemos aqui exceptuar os casos de não poder prejudicar-se a si, nem aos successores o Senhorio, que consentiu nessa divisão; porque sendo ella essencialmente prejudicial (§. 728.), se o Senhorio he hum menor, tem o beneficio da restituição, contra o consentimento que prestou á divisão, Gratian. For. Cap. 359. n. 12., Amat. Var. Resol. 70. n. 31., Cald. de Emption. Cap. 33. n. 93. Se o que consen-

tiu na divisão prejudicial era tutor, curador, ou administrador do Senhorio, tambem não podia prejudica-lo, Amat. n. 33., Cald. n. 93., Gratian. n. 11.: se era administrador de Morgado, tambem não podia prejudicar aos successores, consentindo na prejudicial divisão do prazo, Amat. et Cald. *supra;* e só huma posse immemorial póde prejudicar a todos os successores, Peg. Tom. 2. ad Ord. in Regim. Senat. §. 39. Cap. 2. a n. 79. pag. 264., et Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 33. in rubr. sub. n. 432.: o mesmo digo, sendo dotal o prazo; pois assim como o marido não póde alienar os bens dotaes, nem impor-lhe *onus*, ou servidão, etc., *ita similiter:* o mesmo quanto ao pai nos bens adventicios do filho, a que não póde prejudicar: o Prelado nos bens da Igreja, etc., etc.: tambem não prejudica o recebimento parcial por rendeiros e feitores, Amat. n. 33., Peg. 7. For. Cap. 229. a n. 25; Conf. Salgad. in Labyr. P. 1. Cap. 40. a n. 33., Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 27. §. 1. a n. 93.

§. 732.

2.ª Defeza: Quando possa e deva attender-se.

Quanto á 2.ª *defeza dos Co-Emphyteutas:* que o Senhorio recebendo o foro dividido de cada hum, não só approva a divisão, mas se prejudica no futuro quando assim o recebe sem protesto do sólido, ninguem jámais o duvidou, Peg. 3. For. Cap. 28. sub. n. 690., Gam. Dec. 268. n. 1. *optime* Amat. Variar. Resol. 76. n. 33. no Summario; e por isso não póde o Senhorio ja ter regresso a pedir o sólido por meio da eleição de Cabeça, pela regra da L. 18. Cod. de Pact., Iranz. de Protest. Consider. 33., Luc. ad Gratian. Cap. 36. n. 7. *v. Præterea.* Com tanto que o recebimento do foro rateado seja uniforme, e por tempo sufficiente para a prescripção, Addit. ad Iranz. *supra* n. 2., Gratian. For. Cap. 359. a n. 13., *et ibi* Luc. a n. 4. ad 7., Cens. de Censib. Q. 73. n. 26.

Nota: Esta defeza dos Co-Emphyteutas não so admitte a réplica, quando o que recebeu a pensão di-

vidida he alguma das pessoas relatadas na Nota ao §. 731.; mas, para que se subintenda que o Senhorio approvou o rateio, e divisão do foro pelo recebimento parcial, he necessario que declare que recebe de cada hum *pela sua parte:* veja-se o Cod. Civ. dos Francezes Art. 1210. até 1212., Dunod. de Præscript. P. 3. Cap. 10. pag. 361. *ubi signanter*, Addit. ad Franz. *supra* n. 2., Cens. de Censib. Q. 73. a n. 22., Luc. ad Gratian. Cap. 359. n. 3. 4.

§. 733.

3.ª Defeza. Quando mereça ou não attenção.

Quanto á 3.ª *defeza dos Co-Emphyteutas:* se a prescripção he contra hum Mosteiro precisa da uniformidade por espaço de 40 annos, Peg. 7. For. Cap. 229. sub. n. 25. (conf. §. 732. no fim): se contra hum Administrador actual do Morgado preciza-se de tempo immemorial (Not. ao § 731.): se contra qualquer outra pessoa não privilegiada para lhe não obstar prescripção; supposto, que alguns DD. não admittirão neste caso prescripção alguma, os quaes refere Dunod. Traité des Præscriptions P. 3. Cap. 10. pag. 361.; «eu creio (continúa Dunod.) que o «lapso do tempo não he necessario, porque o sólido não «he da essencia do censo, e elle, ou o direito de exigir «o sólido não se perde neste caso pela prescripção, *mas «pela vontade do Senhorio que o divide, e que póde ser «conhecida sem o soccorro do tempo por conjecturas, e «pela maneira, que elle se tem explicado nas suas quita-«ções.* Em huma palavra: desde que parece que o Se-«nhorio tem quitado do sólido hum dos seus censuarios, «elle não póde mais pertende-lo contra algum dos outros »

O rateio do foro deve fazer-se pelos Emphyteutas á sua custa

Nota 1.ª: O Cod. de Sardenha L. 5. Tit. 17. Cap. 2. tratando do pagamento das rendas Emphyteuticas, dispoz nos §§. 6 e 7.: «*Quando hum fundo «tiver sido reconhecido por hum só, e depois elle fôr «partido por qualquer causa que seja entre muitas «pessoas, os novos possuidores serão obrigados de fazer «huma repartição proporcionada dos rendimentos, o*

Em quanto o não fazem, póde o Senhorio exigir o solido de cada hum

« *que se fará ás despezas dos ditos possuidores. O se-* « *nhor directo poderá demandar aquelle dos possuido-* « *res, que elle quizer para ser pago de todo o rendi-* « *mento até que elles tenhão feito a repartição, ceden-* « *do-lhe a acção de recurso contra os mais devedores.* « *Se o retardamento do rateio provém da culpa par-* « *ticular de algum dos ditos possuidores, elle se fará* « *á custa daquelle, que tiver causado o retardamento.* » Confira-se Fabro in Cod. L. 4. Tit. 43. Defin. 10., 39. e 45., Dunod. de Præscript. P. 3. Cap. 10 pag. 361., Peg. Tom. 7. For. Cap. 229. n. 27. Esta determinação he bem racionavel, e subsidiaria, quando por qualquer dos fundamentos referidos (§. 730. até 733.) os foreiros se excusem de eleger *Cabecel*, e subdividão entre si os predios, de que aliás devidamente já se pagavão fóros: pelo menos, occasionando elles novas confusões, devem entre si fazer o rateio, que presentem ao Senhorio para saber o quanto ha de exigir de cada hum; e em quanto o não fazem, só póde castigar-se a sua mora (que póde ser dolosa) com a pena de poder o Senhorio exigir o sólido de cada hum delles. He porém o Senhorio obrigado a fornecer aos foreiros os prazos, tombos, e mais titulos que tiver, para se apurarem as terras sugeitas, e se repartir por ellas a totalidade do foro, Dunod. *supra*. Fabr. *supra* Defin. 10. e 39., e conduz Parex. de Instrum. Edit. Tit. 5. Resol. 12.

O que deve respeitar-se no arbitramento deste rateio.

Nota 2.ª: Neste rateio assim praticado, entre os Co-Emphyteutas, e para se regular, não deve entrar em computo o quanto o predio d'algum delles vale mais por causa das suas bemfeitorias; mas só se deve olhar o estado antes de bemfeitorisado, Fabr. *supra* Defin. 45.; e são bem urgentes as razões da L. fin. Cod. de Alluvion., e da L. 16. Cod. de omn. agr. desert.

Fórma da eleição de cabeças.

Nota 3.ª: Se os foreiros elegem, ou são obrigados a eleger cabeça, diz Carvalh. de Testam. P. 4. Cap. 1. n. 215. e 219. ser costume fazerem a eleição de

anno em anno, ou de 3 em 3 annos perante o Juiz: para esta eleição devem concorrer os votos de todos, ex Peg. Tom. 6. ad Ord. L. 1. Tit. 67. in rubr. Cap. 2. n. 24. menos que, sendo citados, se portem com contumacia. O eleito deve necessariamente aceitar sem poder excusar-se por privilegio por ser hum *onus* real, de que nem ainda a malicia escusa, Heynec. ad Pand. L. 50. Tit. 5. §. 321., Perez. in Cod. L. 10. Tit. 41. a n. 6., Brunneman. in L. 6. ff. de Muner. et Honor. n. 3. et 5. E em quanto o eleito para hum, ou tres annos não entrega a Sentença de repartição, está responsavel pela cobrança d'outro anno, como vi julgado.

CAPITULO VII.

Quando o Emphyteuta, para se exonerar dos fóros preteritos, e futuros, possa, ou não dimittir o prazo ao Senhorio?

§. 734.

Não havendo ruina casual, não póde o Emphyteuta dimittir o prazo *invito domino* para se livrar do foro.

Deve fazer-se huma essencial distincção entre o caso de não sobrevir ruina nos bens emprazados, e entre o caso de sobrevir: no primeiro caso he regra geral, que o Emphyteuta mesmo primeira vida, que adquiriu o prazo, não póde *invito domino* renuncia-lo para se livrar do *onus* da pensão preterita ou futura, Pecch. de Servit. C. 6. Q. 8. n. 6. et 16., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 38. a n. 3. et Dellationib. Disc. 61. n. 27., de Feud. Disc. 78., Fulgin. in Tit. de Renuntiation. Q. 5., Arouc. in L. 2. §. 1. ff. de Rer. Divis. sub. n. 26, Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 7. §. 9. n. 152., Ferreir. de Nov. Oper. L. 3. Disc. 10. n. 16. et 19. com Cald. Pereir., Mend., Barbos. e Cancer., Peg. 2. For. Cap. 10. sub. n. 55. et 3, For. Cap. 28. n. 673.: conduz a Ord. L. 4. Tit. 42. no fim, Rot. Roman. in Collect. ad Card. de Luc. L. 4. de Servitut. Dec. 22. n. 9., Scop. ad Gratian. D. 87.

§. 735.

A 2.ª ou 3.ª vida podem dimitti-lo comtanto que 1.º não sejão herdeiros 2.º não o sendo, fação admissão antes da immissão na posse, e antes de pagarem algum foro.

A segunda ou terceira vida no prazo sim podem renuncia-lo nas mãos do Senhorio *invito eo;* com tanto que não sejão herdeiros da primeira ou segunda vida: sendo-o porém, e obrigados como taes, e por acção pessoal, não podem *invito domino* renunciar o prazo, Card. de Luc. nos lugares citados, Peg. 2. For. Cap. 10. n. 54. *ubi judicatum:* conduz a Ord. L. 4. Tit. 42. no fim., Arouc. sup. sub. n. 26., Fulgin. de Renunciat. Q. 5. n. 3.: nem tão pouco, depois que o successor sem primeiro dimittir o prazo ao Senhorio, se immittiu na posse delle, ou de outro algum modo, (como pagando a pensão) reconheceu e se obrigou, Peg. sup. n. 55. et v. Neque etiam =*ubi judicatum.*=

§. 736.

Quid, no direito da renovação se póde renunciar-se

O successor da terceira vida, e a quem compete o direito da renovação, sim, diz Cald. de Renovat. Q. 5. n. 10., que sendo a renovação hum beneficio do Senhorio póde o successor renuncia-lo livremente. Porém esta doutrina na sua generalidade não deve seguir-se; porque huma vez admittida no Senhorio a preciza obrigação de renovar nos casos, que se relatarão a §. 1061., já não he beneficio que não possa conferir-se *in invitum*; he sim huma obrigação reciproca do Senhorio, e do successor na renovação que não deve por via de regra claudicar. E por tanto deve este caso decidir-se pelas regras da renunciação do prazo na duração das vidas: de fórma que só não sendo herdeiro o successor não he obrigado renovar; mas he obrigado, e não póde renunciar, huma vez que por morte da terceira vida tomasse posse do prazo, sem antes o dimittir; *et maxime* pagando algum anno a pensão (§. 735.).

§. 737.

Póde renunciar-se no caso do figurado exemplo.

He porém permittida a renunciação a qualquer das vidas, e successor da renovação em qualquer tempo que o prazo lhe venha a ser inutil, e mais laborioso em beneficio do Senhorio, que lucroso em favor do Emphyteuta; como no caso que figurão os DD. de receber elle huns moinhos com a obrigação de moer a farinha necessaria

para a familia do Senhorio; e augmentar depois esta familia tanto, que moendo o necessario para ella, lhe não reste tempo em que lucre o equivalente ao seu trabalho; Fulgin. in Tit. de Renuntiat. Q. 5 n. 4., e neste sentido he que se intende Ferreir.ª de Nov. Oper. L. 3. Disc. 10. n. 18., Scop. ad Gratian. Dec. 87. n. 2.: vej. Jul. Capon. Contr. For. 5. a n. 3. et Contr. 34. a n. 21.

§. 738.

Tambem qualquer terceiro que comprou ou recebeu os bens de prazo na intelligencia de serem livres e allodiaes, póde renuncia-los ao Senhorio, e exonerar-se das pensões preteritas e futuras, logo que tenha sciencia de serem Emphyteuticos os bens (seja qualquer a vida que dure das tres da Investidura, ou esteja o prazo em termos da renovação), Cancer 3. Var. Cap. 1. a n. 183., Arouc. in L. 2. §. 1. ff. de rer. divis. n. 27. in fin., Fontanell. de Pact. Clausul. 4. Gloss. 18. P. 1. n. 125. et 130., Card. de Luc. de Donat. Disc. 61. n. 21. *Aliter* se quando comprou sabia serem Emphyteuticos os bens, Cancer. sup. n. 181. et 182. Arouc. sup.

Tambem no caso aqui figurado

§. 739.

Mas em todo o caso, em que, segundo a distincção dos expostos, he permittido renunciar o prazo nas mãos do Senhorio *invito eo*, deve certifica-lo da renuncia e dimissão, e não deve deixar o prazo *pro derelicto*; aliás não se exonera, Themud. Dec. 270.

Quando permittida a renuncia, deve citar-se para ella o Senhorio.

Nota: Se o pai voluntario póde dimittir ao Senhorio o prazo de providencia em prejuizo dos filhos chamados, não he disputa propria deste lugar. *Sed interim* vej. Fulgin. in Tit. de Renunt. Q. 10., Peg. 2. For. Cap. 9. pag. 674. cum seqq.: vej. ao diante §. 962., 963., 1052., 1065.

Se o prazo de providencia póde renunciar-se (convindo o Senhorio) em prejuizo dos successores

§. 740.

No segundo membro da distincção, quando o Emphyteuta quer renunciar o prazo por causa da ruina superveniente, subdistingue o citado Fulgin. de Renunt. Q. 5.

Quid, se o prazo perece por casualidades?

sub. n. 5. com Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 24. n. 10.: que em todos os casos, em que o Emphyteuta não he obrigado a reformar á sua custa os estragos, póde dimittir os restos ao Senhorio, e pelo contrario não póde dimittir-lh'os, quando está em algum caso responsavel pelos estragos e ruinas. (Veja-se a §§. 618. et 635. e o Cap. seguinte).

Nota: Que o Senhorio não he obrigado acceitar a dimissão, senão restituindo-se-lhe o prazo no estado do tempo do emprazamento, se as damnificações forão culpaveis: nem tambem he obrigado pagar bemfeitorias algumas quando assim o prazo se lhe dimitte ou renuncia, Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 13. et Def. 37.

CAPITULO VIII.

Quando o Emphyteuta possa pretender remissão, ou rebate do foro por causa de ruinas, ou esterilidades.

ARTIGO I.

Quando por causa de ruinas.

§. 741.

Prenoções

Antes que me proponha o detalhe dos casos especificos em que se deva diminuir a antiga pensão do Emphyteusi, (ou na duração das vidas antes de chegar o tempo da renovação, ou na conjunctura da renovação), julgo preciso analisar a L. 1. Cod. de Jur. Emphyt. e a nossa nova Lei de 4 de Julho de 1776, unica entre nós que toca a reducção das pensões Emphyteuticas. Quanto á 1.ª ella se vê concebida nestes termos: *ibi.* « Si interdum ea quæ « fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conven- « tione concepta, siquidem tanta emerserit clades quæ « prorsus etiam ipsius rei quæ per Emphyteusin data est, « faciat interitum: hoc non Emphyteuticario, cui nihil re-

Analyse da L. 1. Cod. de Jur. Emphyt.

« liquum permansit, sed rei domino, qui quod fatalitate « ingruebat etiam nullo intercedente contractu habiturus « fuerat, imputetur. Sin vero particulare, vel aliud leve « contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus læda- « tur substantia: hoc Emphyteuticarius suis partibus non « dubitet adscribendum. »

§. 742.

« Emphyteusis proprie (diz Hering. de Molendin post « Tract. Cons. 6. n. 56.) et præcipue ad ejusdem fere « natales in foro Romano respectu habito, illa dicetur, cum « res sterilis, et inculta datur melioranda modica aliqua « pensione, in recognitionem dominii directi pro singulis « annis concedenti promissa. » Vinn. ad Instit. de Locat Conduct §. 3. n. 2.: e esta he a razão porque (continua o mesmo Hering. a n. 59.) « juxta L. 1. Cod. de Jur. « Emphyt. omne particulare damnum quantumcumque « illud sit, ad Emphyteutam spectare dicitur; ut quæ non « solum in eo, quod ipso in prædio Emphyteuticario jus « dominio proximum, sive utile, quod dicimus dominium « habeat; sed et æque principaliter in hoc consistit, quod « jus dominii directi, seu indivisibili, quod dicunt, consis- « tens, etiam quantulacumque Emphyteuticæ rei parte ad- « huc superstite, tali modica pensione, quæ secundum or- « dinariam Emphyteusis naturam, constitui adsolet, nihi- « lominus recognosci adhuc possit et debeat. » Eis-aqui a razão da dita L. 1. analoga á historia dos Emphyteuses dos Romanos, de que fallou a dita Lei.

O mesmo ex Hering de Molendin

Ex Vinn.

Quando o foro he minimo

§. 743.

Quando porém a pensão Emphyteutica não he mínima, mas correspondente aos fructos, como que se o predio se desse de arrendamento, ou se emprazasse pela pensão, pela qual costuma arrendar-se; em tal caso com Aymon. de Aluvionib. et Thezaur. diz o citado Hering. n. 58.: « talem contractum nec proprie Emphyteusim, nec loca- « tionem; sed mixtum quid esse: ac proinde de illo ex « natura negotii prævalentis judicari debet. » E por isso diz primeiro no n. 54. que « Ex eo, quod in tali casu « canon magis solvatur pro usu rei, quam dominii directi

Quando correspondente aos fructos

«recognitione, unde merito Emphyteuta eodem jure, quod «colono indultum censeri debet.» Por isso diz 2.° no n. 57. com gravissimos DD. que «In tali quadantenus «irregulari, et proxime ad locationis naturam accedente «Emphyteusi, jura circa pensionis remissionem in lo- «catione obtinentia, etiam obtineant.» E portanto no n. 61. e seguintes conclue com outros graves DD. dizendo: «Cum vero hæc ratio (L. 1. Cap. de Jur. Emphyt. ut «supr. §. 742.) in canone eatenus, quatenus ille non hanc «directi dominii recognitionem, sed fructuum quotannis «percipiendorum compensationem pro fine habeat, irregu- «lari, et notissime ejus terminos excedente, nullum locum «obtineat: quare facile apparet, quod ratione dictæ legis «1. Cod. de Jur. Emphyt. cessant, etiam ab illius dis- «positione haud immerito hactenus discessio fiat» etc. E continua no n. 62 dizendo em certa hypothese: «Istud ve- «ctigal adeo ingens, de quo hic agebatur, faciebat, ut «res accedere videatur potius locationi perpetuæ, quam «contractui Emphyteutico: unde cum hic contractus suos «excederet terminos, non enim solitum est in Emphyteu- «tico contractu tam ingens vectigal annuum reservari: «merito a suis regulis discedendum videbatur, et judican- «dum de eo sicut de locatione, cui magis accedebat» etc. Emfim accresceata com Molina ad Consuetudin. Paris.: «quod cum propter magnitudinem pensionis hujusmodi «concessio in Emphyteusim excedat suos terminos, illa «merito a non suis terminis excedatur, ut idem obtineat «quod in locatione, cui magis accedit inspecta quantitate «mercedis» etc.

Em que especie de prazos procede a L. 1 Cod. de J. E.

Nota: Tal he a justa analyse da L. 1. Cap. de Jur. Emphyt. tal a sua razão: ella só procede no Emphyteuse propriamente tal, em que se concedem terras incultas para desbravar, e com huma pequena pensão, não correspondente aos fructos, mas só em reconhecimento do dominio directo; e não quando, como he sequente, se emprazão terras ja cultivadas, casas edificadas, pelas pensões proporcionadas aos fru-

ctos e reddítos, ou pelas em que costumavão dar-se de arrendamento: de fórma que tendo as primeiras a propria e peculiar natureza de Emphyteuticas, he a respeito dellas no caso da ruina total ou parcial praticavel a dita L. 1.: e tendo as segundas emprazadas huma natureza de Emphyteuse improprio, (vej. §. 96. e seg.) hum mixto de Emphyteuse e arrendamento, propendendo *ex parte praevalentiori* mais para arrendamento, se devem na materia sugeita da diminuição da pensão, por causa das supervenientes ruinas, julgar e decidir pelas regras dos arrendamentos, e não pelas dos prazos propria, e verdadeiramente taes.

§. 744.

Quanto á nossa Lei de 4 de Julho de 1776; ella com esta luminosa tocha (§. 742. e 743.) facilmente se interpreta ao proposito de que trato (seu primario fim): pois que occorrendo no Proemio aos dolos dos Emphyteutas, que aforando casas, quintas, ou terras humas vezes pelo valor dos interesses respectivos aos preços das vendas; outras por preços, ou quasi equivalentes, ou iguaes ás rendas das sobreditas propriedades; quando se vião obrigados ao pagamento das pensões Emphyteuticas, recorrião ao remedio da lesão, e reducção das pensões ao arbitrio de bom varão (e sem causa de ruina superveniente ao contracto); com transgressão da Ord. L. 4 Tit 13. §. 6. e 10. e L. 1. Tit. 62. §. 45.: confundindo, para assim se pretender e julgar, a natureza do contracto Emphyteutico, que essencialmente consiste em aforar, ou terrenos para edificar casas, ou terras incultas para abrir, com outra diversa natureza do contracto da locação por longo tempo de annos ou de vidas, que consiste em aforar casas, quintas, e terras fructiferas pela mesma renda que costumão andar, sem a necessidade de nellas se fazer bemfeitoria alguma para produzirem as sobreditas rendas, em que são aforadas: occorrendo; digo, ao exposto, determina o Legislador: «Que todos aquelles contractos, nos quaes «se emprazárão, ou emprazarem terrenos para edificarem

Analyse da L. de 4 de Julho de 1776

« casas, ou terras, e matos incultos para abrir, e melhorar « com os fins da lavoura, e de plantios de vinhas, e arvo- « redos, forão e são verdadeiros contractos Emphyteuticos, « os quaes se devem julgar pelas regras dos prazos: que todos « os outros contractos nos quaes se aforárão, ou aforarem ca- « sas já feitas, quintas habitaveis, e terras fructiferas pela « mesma renda, em que costumavão andar, contiverão, e « contém pela sua natureza contractos de locação por longos « tempos de annos, e de vidas, ou colonias perpetuas, para « serem julgados pelas outras differentes regras, porque se « costumão decidir as convenções entre os rendeiros, ou co- « lonos, e os seus respectivos Senhorios, sem outra diffe- « rença que não seja a de serem obrigados os colonos desta « nova especie aos Direitos Dominicaes estipulados nos seus « respectivos contractos. »

O que se deduz da dita Lei.

Nota: He bem manifesto que esta Lei 1.°, teve em vista os luminosos principios (§§. 742. 743.) para discernir quanto aos effeitos juridicos do Emphyteusi proprio do improprio e mixto, complicado com locação e conducção, que prevalesça sem attenção á denominação de prazo: 2.°, que a não haver causa superveniente de ruinas dos bens arrendados, se não possão os colonos desta nova especie queixar lesos, nem pedir reducção das pensões, menos que se não prove a lesão dos contractos nos termos do preambulo, e conforme a Ord. L. 4. Tit. 13. §. 6. e 10. n. 3.°, que geralmente os prazos propriamente taes se devem julgar pelas regras dos prazos: e os improprios, que propendem para colonias de vidas, ou perpetuas, se devem geralmente, e para o caso de que tratámos, pelas outras differentes regras das locações e conducções, etc

§. 745.

Quando se deva reduzir a menos a pensão

Primeira distincção.

Supposta assim a verdadeira intelligencia das Leis Romana e Patria, e propondo-me já ao detalhe dos casos especificos; eu faço as seguintes distincções: *primeira distincção:* seja o prazo propriamente tal, ou improprio: ou

depois do contracto não sobreveio ruina casual nas casas ou fazendas aforadas: ou sobreveio depois do contracto: *si prius*, não compete ao Emphyteuta ou Colono da nova especie o remedio da reducção da pensão; mas só o remedio da lesão enorme ou enormissima, verificando a nos termos da Ord. L. 4. Tit. 13. §. 6. e 10 (como determina a dita Lei § 744) *et ita signanter judicatum refert* Peg. 2. For. Cap 9. a n. 435., com que parece se conformou nesta parte a dita Lei: *Ita etiam* Pereir. Decis. 101. aonde tambem faz a mesma distincção: concorda o Card de Luc. de Emphyt. Disc. 54: vej Fragos. P. 3. L 7. Disc. 5 §. 2., aonde tambem o distingue. *Si secundum*, então recorramos á seguinte: E quanto aos prazos propriamente taes

§. 746.

Segunda Distincção: Ou a ruina superveniente aconteceu casualmente nos bens do emprazamento propriamente tal, (§. 96 et 742.) ou no improprio: (§. 744. e 745) *Si prius*, estamos na regra da Lei 1. Cod. de Jur. Emphyt. e no *Brocardico* da Glossa no §. Adeo. Instit. de Locat. «*Res periit tota, liberatur Emphyteuta. Si pro «part perit, non ita liber erit*» de que vej. Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. a n. 91. Comtanto porém que o Emphyteuta, no caso de não ser a extincção total, mas só parcial, reste da parte salva da ruina porção sufficiente, de que excomputado o seu trabalho da cultura, e da despeza necessaria para ella, possa contribuir a annual pensão ao Senhorio, como (deixada a variedade de opiniões a este respeito) seguem Valasc. Q. 27. a n. 4., Pinheir. Disp. 4. Sect. 3. a n. 22. et 23., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 95. v. *caeterum*, Hering. de Molendin. Cons. 6. n. 96., Gob. de Aqbis. Q 27. n. 28., Cost. de Rat. Q. 11. n. 12, Peg 2. For. Cap. 9. n. 134., Maced. Dec. 32. n. 4, Cyriac. Contr. 440. n. 19: veja-se a Rota Romana in Collect. ad Luc. L. 4. de Servit. Decis. 21. e 22. Segunda distincção.

§. 747.

De outro modo não ficando dos restos das inculpaveis ruinas o com que, satisfeito primeiro do seu trabalho, possa contribuir o Canon ao Senhorio, necessariamente,

o pela equidade canonisada na praxe de julgar, deve haver reducção do foro a huma justa porporção, Valasc. sup. n. 5., Pinheir. sup. sub. n. 23., Gare. de Expens. Cap. 14. n. 9., *Latissime* Peg 2. For. Cap. 9. a n. 442. até 447. aonde o refere muitas vezes julgado, Maced Dec. 32. Rota Romana *supra*.

Se destruida a casa subsist o prazo na area

Nota 1.ª Ainda que alguns DD. quizerão, que destruida a casa ou o moinho, subsistindo só a area, não se extingue o prazo, e he o Emphyteuta só pela area da casa ou do moinho obrigado ao foro, em quanto não as reforma, Fulgin. in Tit. de Melioram Q. 9. a n. 6. et de Solut. Canon. Q. 1. a n. 92., Pinheir. de Emphyt. Disp. 4. Sect. 3. a n. 19., Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 24. a n. 12., Peg. 5. For. Cap. 98. n 152.: comtudo a melhor opinião he a contraria, Pinheir. sup. a n. 20, e he expresso em huma Lei de Hespanha, que refere e segue Vell. Diss. 33. n. 63.: huma e outra opinião refere Ferreir. de Nov. Oper. L. 3 Disc. 10. a n. 10: *quem vide* n. 14. in fin. E esta opinião se vê abraçada no Alvar. de 21 de Janeiro de 1766, aonde declarou extinctos todos os prazos de propriedades de casas, de que pelo terremoto do 1.º de Novembro de 1755 só restárão as ruinas.

Se vale o pacto que obrigue o Emphyteuta reformar, e entretanto pagar o foro

Nota 2.ª Ainda que alguns DD. sustentão, que póde haver pacto obligatorio, de que supposto a casa ou predio totalmente se extinguão, sempre o Emphyteuta deve pagar a pensão, *ut cum* Valasc. Q. 27. n. 2., et Molin. de Just. Disp. 454., Pinheir. sup. n. 18., Themud. Dec. 110., Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. n. 96. Comtudo eu julgo este pacto nullo, por ser contra a substancia do contracto, que depois de extincta a cousa aforada não existe, nem o Emphyteuta deve pagar do que não possue, *ex late congestis per* Peg. 1. For. Cap. 3 a n. 913, Pacion. de Locat. Cap. 49. a n. 72.; aonde limita, sendo compensado no principio do contracto; o que nunca

se verifica; *Adde* Antonell. de Tempor. Legal. L. 1 Cap. 38. n. 19. ibi: «Notandum, quod licet conduc-«ctor casus omnes fortuitos suscepisset, adhuc non te-«neretur, quando rei conductæ substantia deficit, puta «si aquæ impetu molendinum, quod quis conduxit, «totaliter destruatur: hoc enim casu non solum fit «remissio sed neque solvitur pensio, cum nulla debea-«tur pensio rei non subsistentis... quod procedit «etiam si tempore belli, vel casus similis facta condu-«ctio fuerit... si substantia rei pro parte tollatur, pro «parte sit remissio.» Vej. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 10. sub. §. 1

Se não póde reformar, v. g., a casa, deve cede-la ao Senhorio

Nota 3.ª Se o Emphyteuta, podendo, não quer reformar, v. gr., a casa totalmente arruinada, deve cede-la ao Senhorio, e não póde rete-la, Peg. 2. For. Cap. 9. n. 430. et n. 450. *et judicat.* n. 447. 448. 450., et 1 For. Cap. 3. sub. n. 971. Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 36.

§. 748.

Quid nos prazos improprios, que propendem para a natureza de arrendamentos

Si secundum: Isto he se se trata de hum prazo improprio, e que propende, a pezar do nome, para arrendamento, por ser a pensão correspondente á commum dos arrendamentos, e não minima (§. 742., 743., 744.): neste caso, conforme a mais sólida opinião, ainda que só em parte pereção os bens assim emprazados, se deve a pensão reduzir ao justo, com respeito e rebate da parte extincta, ou casualmente arruinada: vejão-se com innumeraveis DD. Hering. de Molendin. Cons. 6., Themud. Dec. 153., Maced. Dec. 32. n 6. 7. 8., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 36., Fulgin. in Tit. de Melioram. Q. 9. n. 9., Antonell. de Tempor. Leg. Lib. 1. Cap. 38 a n. 24., Cyriac. Contr. 410. n. 7. et 14., Vell. Dissert. 33. n. 64., Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. a n. 97., Henriq. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 9. § 4.

Nota: Quando para este fim propenda o contracto mais para locação, que para Emphyteuse, tanto pelo avultado da pensão, como pelas mais circunstan-

cias, *vej. generaliter* P. 1. a §. 73. *et specialiter* Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. a n. 104. Q. 9. a n. 8.

§. 749.

3.ª distincção. Ruina casual, ou culpavel

Terceira distincção: Ou a ruina do predio Emphyteuticado he casual, e não póde attribuir-se culpa ao Emphyteuta; ou lhe he imputavel culpa: *si prius*, procede o que tenho exposto a §. 746.: *si secundum*, fica responsavel pela culpa; e não póde por esse culpavel damno pedir remissão da pensão, nem dimittir ao Senhorio o resto dos bens, com Vallasc., Molin., Pinheir., Surd., Mantic., e outros, Ferreir. de N. Op. L. 3. Disc. 10. n. 9., Mated. Dec. 32. n. 8., Anton. Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 37. aonde figura varios exemplos ut ibi: «Sed quod «proxime diximus liberari Emphyteutam, si tota res perie«rit, ita accipiendum est, si casu fortuito et uno impetu «forte chasmate vel inundatione perierit, non si paula«tim et per negligentiam possessoris, qui, si in ripa mu«nienda aut protegenda insula fuisset, ut esse debuerat, «deligentior, servare rem potuisset. Itaque cum quidam «in Emphyteusim accepisset moletrinam, quæ postea ve«tustate et per possessorum injuriam ita erat collapsa, ut «nihil ex pristina facie, solum tamen superesset, placuit «condemnandos nihilominus possessores ad annui canonis «præstationem.: sufficit enim facere solum, et jus fluvii, «ac consequenter reædificandi facultatem: quænam enim «alia ab initio causa fuit constituendæ Emphyteuseos, «nisi ut vilissima quæque, res et nullius momenti vel «usus aut pretii modici sumptibus Emphyteutæ melior fie«rit: qua ratione nec male a plerisque melioralionis «contractus appellatur, cui et illud quoque consequens «est, quod jam supra monuimus. Ut quamvis Emphyteutæ «licet rem dereliquendo immunitatem canonis consequi; «id tamen ei permittendum non sit si rem deteriorem «velit relinquere, quam ipse aut ii a quibus haberet ac«cepissent, dummodo per eorum culpam et negligentiam «ea deterioratio contigerit. Rursus ut impensas ad rem «meliorandam factas reposcere non possit Emphyteuta,

« qui rem derelinquit. Ita senatus in eadem causa. » Luc. Ferrar. *verbo* = *Emphyteusis* = Art. 2. n. 28. ibi: « Si « res Emphyteutica culpa Emphyteutæ pereat. v. gr. Do- « mus corruat, quia Emphyteuta eam debito tempore non « refecit, et a ruina, uti tenebatur, non custodivit, tunc « ipsi perit, et de toto damno tenetur. »

A que gráo de culpa he responsavel o foreiro.

Nota: A que gráo de culpa esteja responsavel o Emphyteuta? Assenta-se que só á leve, Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 2. sub. n. 29., Luc. Ferrar. *verbo* = *Emphyteusis* = Art. 2. n. 28.

§. 750.

O que não he imputavel ao foreiro.

Não he porém imputavel ao actual Emphyteuta quando pede reducção do foro pela ruina casual, o dizer o Senhorio, que ha outras mais fazendas sem ruina, que andão alienadas; quando o forão pelos antecessores do actual Emphyteuta; e não lhe he imputavel a alienação, nem a possibilidade da reivindicação, Souza de Mucch. Dec. 32.

Quid se as casas se incendiarem?

Do exposto (§ 749.) se infere tambem, que se as casas se incendiarem por culpa do Emphyteuta, fica obrigado reforma-las a sua custa; entretanto pagar a pensão; não póde dimitti-las ao Senhorio involuntario, antes elle o póde obrigar a que ou reforme, ou largue, ou pague, Fulgin. in Tit. de Meliorat. Q. 9. n. 14., Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 4. n. 11., Valasc. Q. 27.

Nota: Quando o incendio se presuma culpavel ou casual; e quando o Emphyteuta ou arrendatario fique responsavel pela culpa dos familiares; de que resultou o incendio das casas, vej. Menoch. de Arbitr. Q. 390, Card. de Luc. de Locat. Disc. 7. 8. 9., Stryk. Vol. 1. Disp. 7. = *de incendio casuali* = e o meu Tratado das Casas, Pacion. de Locat. Cap. 30. tot., Cyriac. Contr. 234. et 235., Sabell. §. = *Incendium* = Lubler. de Incend., etc

Hypotheses especiaes comprehendidas nas distincções geraes.

§. 752.

Reduz-se a menos o foro dos moinhos quando ao principio por não haver ahi outros, erão rendosos; e cessou o rendimento pela edificação de outros.

Se ao tempo em que se aforarão huns moinhos em huma ribeira não havia ahi outros, e depois ahi se fabricarão outros, que tirarão lucro aos primeiros, de fórma que, ainda sem outra ruina não restão ao moleiro rendimentos com que, satisfeito do seu trabalho, possa pagar a pensão: neste caso na renovação, (ou ainda durante as vidas), se deve reduzir a pensão a menor por arbitrio de louvados, como no Juizo da Corôa refere julgado Peg. Tom. 11. ad Ord. Cap. 127. n. 70. e he terminante o largo Conselho 6. de Hering. post Trac.. de Molendin.: *tetigit* Silv. ad Ord. L. 4. T. 27. in pr. n. 11.

§. 753.

O mesmo, quando por falta de frequencia, cessarão arrendatarios nas casas.

Semilhantemente; se quando se emprazão humas casas em hum bairro crão ahi frequentes os arrendamentos e avultados os preços delles; se depois succede faltar ahi o commercio, faltarem arrendatarios, ou serem mais diminutos os preços dos arrendamentos, deve necessariamente haver reducção da pensão, ainda independente de outra ruina; como refere julgado Peg. 2. For. Cap. 9. n. 443. e 444. E o mesmo procede na estalagem emprazada, se por sobrevirem outras deixa de ser rendosa, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 27. in princ. n. 11. Se se empraza hum olival como olival; huma vinha como vinha; e as arvores daquelle e desta pelo tempo acabão, o prazo não se extingue, porque o terreno he o que se subintende aforado, e não as arvores, Leotard. de Usur. Q. 57. n. 57., Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 12. n. 3. et 4., Pinheir. Disp. 2. Sect. 1. n. 4. et Disp. 4. Sect 3 n. 21.

O mesmo na estalagem ao principio unica.

Se se empraza o olival ou a vinha que acabão, subsiste o prazo no Solo com a obrigação do foro.

Não assim no arrendamento de olivaes e vinhas.

Nota: Aliter no arrendamento das vinhas ou olivaes, Mantic. de Tacit. L. 5. Tit. 8. a n. 29. ad 38., Pacion. de Locat. Cap. 47. n. 24.: porque se subintende arrendada a vinha e o olival com respeito aos fructos das arvores, e não com respeito ao Solo.

ARTIGO II.

Quando por causa de esterilidades: analyse da Ord. L. 4. Tit. 27.

§. 754.

He frequente nos prazos e arrendamentos a condição «Que para deixarem de pagar a pensão em todo ou «em parte não poderão elles Emphyteutas, ou consortes «(ou arrendatarios) allegar esterilidade alguma, ou caso «fortuito, qualquer que elle seja costumado, cogitado, «ou não cogitado, porque tudo renuncião elles Emphy- «teutas em seus nomes, e de seus successores.» etc.

Clausula costumada, em que se renuncião os casos fortuitos.

§. 755.

Quando se deva diminuir o foro por causa da ruina total ou parcial acontecida nos predios emprazados, já fica demonstrado desde o §. 741. até 754. Resta só tratar da remissão da pensão, não perpetua mas temporal, por qualquer caso fortuito. Dos casos fortuitos temos alguns exemplos na Ord. L. 4. Tit. 27. como cheias de rios, chuva, pedra, fogo, secca, exercito de inimigos, assuada de homens, aves, gafanhotos, bichos, ou outro semilhante caso. Quaes sejão outros semilhantes casos fortuitos se podem ver em Peg. 1. For. Cap. 3. a n. 1., Altim. de Nullit. Tom. 3. Q. 9. Sect. 6., os quaes dois referem tódos os mais DD.

Exemplos dos casos fortuitos na nossa Lei e DD.

§. 756.

A exposta condição he tão justa como determinada na Lei de 22 de Dezembro de 1761. Tit. 2. §. 34. que com ella se celebrem todos os arrendamentos das rendas reaes, *ut ibi:* «Prohibo da mesma sorte, que da pu- «blicação desta Lei em diante se possa fazer arrematação «ou contracto algum sobre rendas dos bens, e Direitos «da minha coroa, sem que se estipule por clausula literal- «mente expressa, que os sobreditos rendeiros, e contra- «tadores renunciãotodos os casos fortuitos, ordinarios, ou «extraordinarios, e todos os casos solitos, ou insólitos, cogi- «tados, ou não cogitados: e que em todos e cada hum,

Justiça da dita condição, quanto ás rendas da Real Fazenda

« delles ficarão sempre obrigados sem delles se poderem « valer, nem os poderem allegar em tempo algum, e para « algum effeito qualquer, que elle seja. » E he tão insusceptivel de interpretações, que a mesma Lei passa a prohibi-las nesta fórma: « A qual clausula convencional-se « cumprirá sempre na sobredita fórma literalmente assim « como fôr estipulada, sem que jámais se possa controver- « ter em Juizo, ou fóra delle a sua validade; não obstan- « tes quaesquer disposições de direito commum, decisões, « ou opiniões de doutores, assim Reinicolas, como estra- « nhos, que todas hei por derrogadas, e invalidadas ao « dito respeito. » E só o §. 35. se limita, *ut ibi;* « Porque « porém póde haver entre os sobreditos casos alguns que « se fação dignos da minha religiosa, e indefectivel cle- « mencia; reservo para o meu immediato conhecimento a « decisão dos casos em que concorrem aquellas circun- « stancias; para nelles mandar proceder como achar que « he mais justo; sem que com tudo este remedio extraor- « dinario possa servir de impedimento aos meios ordi- « narios, com que na fórma desta Lei se proseguirem as « execuções; em quanto não houver immediata e especial « ordem minha para nellas se sobstar, em todo, ou em « parte. » Concorda o Regimento dos Encabeçamentos Cap. 12. Em Castella he semilhante a L. 2. e 3. Tit. 9. L. 9. Recop. que largamente exorna Larrea All. 17. e 18.

Ampliação aos particulares.

Nota 1.ª O mesmo Legislador na outra Lei de 20 de Junho de 1774. §. 5. fez communicaveis (nesse caso e nos mais em que ha identidade de razão) ás pessoas e negocios particulares o que as Leis determinão em favor da Real Fazenda: nem na verdade póde idear-se diversa razão ou favor para que esta clausula assim insusceptivel de outra restricção, mais que a unica expressa, só tenha efficacia nas rendas da Real Fazenda, e não nas dos Particulares, porque não he Privilegio Fiscal, mas huma determinação fundada na razão e força do pacto. Veja-se Larrea sup. All. 17. e 18.

Nota 2.ª Pelo contrario o conductor ou Emphyteuta tambem em seu favor póde convencionar, que em taes e taes casos contingentes se lhe abaterá o todo ou parte da pensão, Stryk. de Cautell. Contr. Sect. 2. Cap. 9. §. 41.

Póde o Emphyteuta convencionar o contrario.

§. 757.

Havendo pois nos emprazamentos huma condição tão expressa, e tão conforme á approvada na dita Lei, huma renuncia de todo o caso fortuito, sólito ou insólito, cogitado e incogitado, cessa nos arrendamentos e nos prazos toda a pertendida remissão da pensão, conforme as citadas Leis, e já antes nos prazos o resolvião, Fulgin. in Tit. de Solut. Can. Q. 1. n. 119., Pinheir. Disp. 4. Sect. 3. sub. n. 27., *idem* Fulgin. a n. 341.: e nos arrendamentos, Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 27. in pr. n. 26., Maced. Dec. 26. a n. 10., Peg. 1. For. Cap. 3. n. 958., Lim. ad Regim. Incapit. Cap. 12. n. 54. et 55., Balmassed. de Collect. Q. 54. n. 19. Rot. Roman. in. Collect. ad Luc. L. 4. de Servit. Dec. 21. a n. 17. et 23.

Estipulada tal clausula, não póde pedir-se remissão do foro.

§. 758.

E só não produz effeito a renuncia assim amplissima, quando sobrevem caso, que destroe a substancia da cousa arrendada ou emprazada, Maced. supra n. 11. et 12., Lim. sup. pag. 340. n. 56., Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 27. in pr. n. 36., Altim. Tom. 3. Q. 9. Sect. 6. n. 46. et 47., Peg. 1. For. Cap. 3. a n 958. ad 961. *optimè*, Tondut. Civil. Cap. 31. a n. 27., Rot. Roman. *supra* n. 17. Nem quando o impedimento provem no uso da cousa arrendada ou emprazada, por facto e culpa do Senhorio, Silv. sup. n. 38., Peg. supra a n. 913., Altim. n. 8. 9. et 57., Tondut. sup. a n. 36.

Menos que não pareça a substancia da cousa.

Ou o impedimento provenha por facto do Senhorio.

Nota 1.ª Que caso seja o insólito e incogitavel, vej. Valasc. Q. 27. n. 35., Gam. Dec. 349. n. 10. et 11., Altim. sup. a n. 49., Peg. a n. 962., Pacion. de Locat. Cap. 49. a n. 92.

Quando se intenda destruida a substancia da cousa

Nota 2.ª Quando se diga destruida a substancia da cousa emprazada, ou arrendada, Vej. Peg. a n. 913. e nesta obra P. 1. a §. 372.

Nota 3.ª Quando seja justa causa da remissão o impedimento proveniente do facto do Senhorio, Peg. supra a n. 920., Tondut. dit. Cap. 31., Altim. n. 48.

§. 759.

Quid, se no contracto faltou a dita clausula?

Se porém no contracto do arrendamento faltar huma tal renuncia como esta, *quid juris?* Vej. Ord. L. 4. Tit. 7. com o excellente Commentario de Silva. *Quid juris*, quando no contracto de emprazamento se não estipulou esta clausula? *Varii varie dixerunt, ut patet ex* Pinheir de Emphyt. Disp. 4. Sect 3. a n. 24., Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. a n. 97.

Variedade de juizos dos DD.

§. 760.

O que racionavelmente sigo.

Eu sigo esta commum e racionavel distincção, fundada em toda a equidade, e seguida na praxe: ou a pensão do prazo he modica, e o Emphyteuse he propriamente tal, ou sendo feito de terras cultivádas por pensão correspondente aos fructos, como que se pagasse por arrendamento,

Com distincção.

ut a §. 73. et 96.: no primeiro caso não se deve praticar remissão por causa de esterilidade, ou qualquer outro evento fortuito: no segundo caso sim, como nos arrendamentos proprios sem differença: *ita cum* Valasc., Gam., Molin. e outros, Pinheir. supr. n. 24. e 25., Cod. Frederic. P. 2. L. 3. Tit. 3. §. 27. Nesta distincção, quando o contracto propende para arrendamento, (segundo as circunstancias expostas a §. 73. et 96.) concide Fulgin, de Solut. Canon. Q. 1. a n. 99., Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 9. Thes. 4., e melhor que todos reassumindo a questão, assim o distingue Romaguer. ad Conciol. in Statut. Eugub. L. 2. rubr. 71. n. 31. citando muitos e graves DD.: *ita etiam optime* Reinos. Obs. 59. a n. 4. 8. et 10. *et ejus* Addit. ad n. 8., Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 39. in princip. n. 42., Antonell. de Tempor. Legal. L. 2. Cap 55. a n. 74.: e neste segundo caso se deve regular a decisão pela Ord. L. 4. Tit. 27. com a exposição de Silva.

Nota: Quando neste segundo caso se fizer remissão da pensão, deve fazer-se nesse anno mesmo, sem esperar o fim do arrendamento, para a compensação do anno fertil com o esteril (*quidquid dicant aliqui*) Silv. ad Ord. L. 4. Tit. 27. §. 1. n. 22. et 23.; mas essa remissão he interimistica, e condicional, ou provisional, e logo que sobrevem anno fertil se revoga, e o Senhorio he inteirado, L. 15. §. 4. ff. de Locat., Boehmer. ad Jus. Digest. L. 19. Tit. 2. §. 20 et ad Pandect. Exerc. 7. sub. §. 15. Veja-se o Cod. Civil dos Francezes Art. 1776.

§. 761.

Quid, quando os bens forão invadidos pelo inimigo em guerra.

Convém tambem os DD. (quando não ha huma tal renuncia dos casos fortuitos) que deve fazer-se remissão da pensão ao Emphyteuta, quando os bens forão occupados e invadidos pelo inimigo em guerra, ou quando por causa della se não poderão cultivar, com Valasc., Molin., e Barbos., Pinheir. *supra* n. 26 et 27., com outros Romaguera *supra* sub. n. 33. *Sed vide* Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. desde o n. 331. até o n. 350., aonde faz muitas distincções neste caso, as quaes omitto por ser pouco frequente no foro (quando escrevi esta obra, não agora; o que me obrigou fazer huma nova, e mais fundamental, e ampla Dissertação sobre todo este objecto).

Não póde pedir-se remissão de foro das casas pelo pretexto de inhabitaveis por causa de spectros.

Nota: He hoje irrisoria a questão na materia sugeita: se se deve fazer remissão da pensão das casas, quando não podem habitar-se tranquillamente por causa dos espectros que as infestão, e turbão os habitantes? Questão que tocão Valasc. e Pinheir. sup. n. 29., e largamente se disputou, e vê julgado em Peg. Tom. 4: For. Cap. 41. a n. 28., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 354. et 355. *latissime ex professo*, Samuel Stryk. Vol. 12 Disp. 14. = *de jure spectrorum* = §. 26.: Pois que se assenta que taes espectros não ha mais na fantazia, e imaginação: vej. Plenk. Element. Medecin. et Cirurg. For. pag. 146 Edição de 1786.

CAPITULO IX.

Em geral: quando pela falta do pagamento da pensão em 1 2 ou 3 annos em todo, ou só em parte incorre o Emphyteuta em commisso? Quaes pessoas, ainda sem causa são geralmente exculpaveis? Quaes causas escusão desta pena a toda a pessoa? Quando, para elle se evitar, se possa purgar a mora? Quando cessa a sua accusação? Analyse da Ord. L. 4. Tit. 39.

ARTIGO I.

Em geral: quando pela falta do pagamento da pensão se incorre em commisso?

§. 762.

Póde comminar-se no contracto a pena do commisso ainda que o foreiro deixe de pagar em hum só anno.

Supposto que a Ord. L. 4. Tit. 39. só julgue incurso em commisso o Emphyteuta do prazo secular que não pagou o foro por tres annos *compridos e continuos*, sendo secular o prazo, ou por dois annos, sendo Ecclesiastico; comtudo intende-se, não havendo na Investidura pacto em contrario, porque póde validamente contratar-se, que não pagando o Emphyteuta hum só anno incorra em commisso: Valasc. Q. 4. sub. n. 4., Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n. 35., Stryk. de Cautell. Contract. Sect. 2. Cap. 9. §. 39., Luc. de Emphyt. in Summa n. 37., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 23. Def. 27. (Confina-se o §. 7).

Bem intendido; quando os predios são annualmente fructiferos; *aliter* se só o são de annos em annos.

Nota: Bem entendido, que quando os predios só produzem fructos de 2 em 2, ou de 3 em 3 annos, cada huma das suas producções he a que se reputa aqui o anno: e assim estipulando-se a pena de commisso pela falta do pagamento em hum anno, se intende dos fructiferos, *et sic de cæteris*: Almeida de Num. Quin. Cap. 13. n. 21. et 22., Addit. ad Reinoz Obs. 59. ad n. 1., Boehmer. ad Pand. Exerc. 7 a §. 12., Maul de Tacit. L. 22. Tit. 27. a n. 36.

Antonell. de Temp. Legal L. 2. Cap. 55. n. 20, Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n 16, Pereir. Dec. 119. n. 3, Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 376., aonde faz varias declarações, entre as quaes huma especial he, sendo o foro estipulado em dinheiro, porque neste caso deve pagar-se annualmente sem se dever esperar a producção das terras de annos em annos.

§. 763.

Se o Emphyteuta que nos 2 ou 3 annos não pagou inteira a pensão perde o todo ou só parte do prazo.

Condemna a mesma Ord. o Emphyteuta, que não paga o *foro e pensão* por tres annos cumpridos, e continuos: e aqui se suscita a dúvida: se o Emphyteuta faltando ao pagamento só em parte, perde só a parte correspondente, ou o todo do prazo? Os DD. varião notavelmente. Huns assentão (e esta opinião *in stricto juris rigore* he a mais fundamentada), que o Emphyteuta pela falta do pagamento da pensão em parte perde inteiramente o prazo, quando a pensão he unica relativa ao todo dos bens emprazados: Valasc. de Priv. Paup P. 1. Q. 33. n. 6., Mant de Tacit L. 22. Tit. 15., Antonell de Temp. Legal. L. 2. Cap. 55. n. 6., Barbos. in Cap. Potuit. de Locat. n. 92., Sabell §. Emphyteusis sub. n 50., Cald For. Cons. 38. n. 9. et 18., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. a n. 11. et 44., Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n. 18., Jul. Capon. de Stipulat. Q. ult. Dub 2. n. 10., Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3 n. 37., *optime* Berlich. P. 2. Concl. 46. a n. 21., Valasc. Cons. 86.: *aliter*, quando a pensão he distribuida distinctamente em cada hum dos predios, Fulgin. a n. 24., Begnud. *verbo Emphyteusis* n. 89., Pinheir. *supra* n. 19

1ª opinião; que perde o todo.

§. 764.

2ª opinião, que só parte proporcionada.

Em contrario: Que pela falta do pagamento da pensão em parte não se perde o todo do prazo, mas só a parte proporcionada á pensão, que deixou de se pagar, defenderão Molin. de Just. Disp. 453. n. 13., Cald. (contrario a si mesmo) de Extinct Cap. 8 n. 6., Fragos. P. 3. Disp. 10. §. 1. sub. n. 11., Britt. in Cap. Potuit. de Locat. §. 4. n. 29., Lim ad Ord L. 4. Tit. 39. n

pr. n. 4.: o citado Fulgin. a n. 13., e Mul. ad Struv. Exerc. 11. pag. 731., Col. 2. fazem varias distincções
Segue-se a 1ª para conciliar huma e outra opinião. Porém a primeira indistincta he a mais conforme á nossa Legislação, segundo a qual os prazos são individuos: he conforme ao dito Tit. 39. em quanto manda, que não pagando o foreiro o foro, e pensão, *id est*, o todo, perderá *todo o direito que na causa aforada* tinha, e não diz que parte delle: Lei geral e insusceptivel de restricção: Lei conforme á natureza
Cautella, individua do prazo: cessa toda a disputa, quando na Investidura se acautella, que não pagando ainda só parte incorra na pena.

§ 765.

Incorre-se a pena. Esta pena nos casos referidos (§§. 762., 763) se incorre 1.°, ainda que a pensão seja ridicula, e o prazo de avultadissimo valor; Pinheir. n. 17., Fulgin. supra n. 10., Cald. Receptar. Sentent. L. 1. Q. 11. n. 12.: incorre-se
1.° Ainda que o foro seja modico. 2.°, ainda sem interpellação do Senhorio, e só pelo lapso
2.° Ainda sem interpellação. do tempo prefixo, ou consuetudinario para o pagamento, Barbos. in Cap. Potuit. de Locat. n. 93., Pinheir. *supra* n. 15. in fin., Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. n. 43., Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. n. 39., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 15. et 27., Coccey. Vol. 1. Disp. 41. Cap. 10. Thes. 3., Begoudell. *verbo Emphyteusis* n. 90.

§ 766.

3.° *Quid*, e o Emphyteuta aliena o prazo ou o Senhorio o dominio directo? Incorre-se 3.°, ainda no caso em que o Emphyteuta não pagando v. g. em hum anno, aliene o prazo, e depois o successor deixe de pagar o 2.°, ou 3.° (menos que não seja ignorante): porém isto he opinativo, e só póde proceder, quando o Senhorio não authorisou o novo successor, Fulgin. *supra* a n. 154. ad 159. Pelo contrario: se vendendo o Senhorio o seu dominio directo a tempo, que o Emphyteuta lhe devia a pensão v. g. de hum anno; se este anno se une com os seguintes, em que o Emphyteuta deixou de pagar ao comprador do dominio directo? Vej. Olea. de Cess. Jur. Tit. 4. Q. 7. sub. n. 26., Cost. de Rat. Q. 223.

Incorre-se 4.°, ainda que o Senhorio directo ceda o prazo ou a sua commodidade das pensões a algum terceiro; porque avisado e sciente desta cessão o Emphyteuta, não pagando ao cessionario incorre na pena: Coccey. Vol 1. Disp. 41. Cap. 10. Thes. 3., Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. n. 161.; incorre-se 5.°, quando o Emphyteuta he obrigado por pacto, costume, ou Direito (vej. a §. 718.) levar a pensão a casa do Senhorio, ainda que se offereça pagar na propria casa, Fulgin. d. Q. 1. a n. 122. ad 139., aonde faz diversas declarações. que se reduzem ás expostas a §. 718.

4.° Ainda que o Senhorio ceda a commodidade dos annuos foros a terceiro.

5.° Quando o foreiro deve levar a pensão á casa do Senhorio, e he contumaz ainda que se offereça paga-la na sua propria casa.

§. 767.

Se o prazo está dividido em muitos Co-Emphyteutas, e rateado entre elles o foro; he questão assás controversa se pela falta de pagamento de hum delles quanto á sua parte perdem os mais innocentes as suas? (não tracto o caso de assim se convencionar expressamente na Investidura; porque he válido o tal pacto, e cessa a dúvida: Mant. de Tacit. L. 22. Tit. 27. n. 16., Fulgin de Solut. Can. Q. 1. n. 64., confira-se o §. 7.) Em falta de pacto os DD. se dividem em opiniões: huns sustentão que a culpa de hum consorte em não pagar a sua parte não prejudica aos mais. Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 3. n. 4., Begnudell. *verbo Emphyteusis* n. 60., Fragos. P. 3. Disp. 12. §. 1. n. 8., Coccey. Jus. Controv. L. 6. Tit. 3. Q. 11.: opinião que adoptou o Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. sub. §. 30.

5.° Se a culpa de hum Co-Emphyteuta em não pagar a sua parte offende aos mais innocentes.

Opinião negativa.

§. 768.

Em contrario com urgentissimas razões estão Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n. 20. et 21., Jul. Capon. de Stipulation. Q. 8., Miscellan. de Individ. a n. 51. et Dub. 2. n. 10., Antonell. de Temp. Legal. L. 2. Cap. 55. n. 13., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. a n. 63., Voet. ad Pand. L. 6. Tit. 3. n. 37., Perez. in Cod. L. 4. Tit. 66. n. 19., Berlich. P. 2. Concl. 46., Conciol. de Hæred. Solvent. debit. defunct. Art. 1. n. 590. et 591., Cocey. Jus. Controv. L. 6. Tit. 3. Q. 11., Antonell de Loc. Legal. L. 2.

Affirmativa

Cap. 5. Q. 10. a n. 138. Olea. de Cession. Jur. Tit. 4. Q. 3. n. 21.

Limitações da 2.ª opinião.

Nota: Eu, quando forçado a seguir esta 2.ª opinião a limitaria: 1.º, quando a requerimento do Senhorio estivesse eleito *Cabecel*: porque foi visto consentir na divisão, e no rateio entre os Co-Emphyteutas; seguiu a obrigação do Cabeça, com huma tacita cessão para elle repetir dos mais as suas partes (§. 728. 730. 731. 732.): 2.º, quando o Senhorio, sem intervenção de cabeça passou a receber devidamente a quota parte de cada hum dos foreiros por tempo competente para se prejudicar no parcial recebimento. Conciol. *supra* n. 594., Fulgin. *supra* a n. 66. (Conf. §. 733.:) *maxime*, se he certo, que dividido o prazo, e foro com consentimento do Senhorio ficão prazos multiplicados; e tantas quantas as porções, que cada hum possue (§. 730. 731.); e por consequencia a falta de pagamento por hum não prejudica nas mais: limitaria 3.º; com Pinheir. *supra* n. 21. quando no contracto Emphyteutico se impoz pensão distincta a cada hum dos predios: limitaria 4.º, com o citado Fulgin. a n. 66., quando (nos termos da 2.ª opinião) o consocio, que não pagou, o fez em fraude dos outros, e os innocentes que pagárão, não forão interpellados a pagarem por elle: confira-se Antonell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 5. Q. 10. a n. 141. sobre tudo o exposto

§. 769.

Quid, se a pensão consistio em quota de fructos?

Pela affirmativa contra Gama, que se confuta

Se a pensão do prazo consiste em quota de fructos, julgou-se em Gama Dec. 119 não haver lugar a pena de commisso pela falta do pagamento della. Porém esta decisão he diametralmente opposta á Ord. L. 4. Tit. 39., que commina a mesma pena a todo o foreiro por certo foro, ou pensão *ou quantidade de fructos*; e portanto he justamente confutada aquella decisão por Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 2. n. 19. e largamente por Reinoz. Obs. 59., aonde contra Gama o refere julgado: concorda Fulgin. in Tit. de Solut. Cam. Q. 1. n. 163

Nota: Essa decisão de Gama só póde conciliar-se ou quando a pensão he de meas, e assim proporcionada aos fructos, ficando o foreiro só com o equivalente ao trabalho, que poz na cultura; ou quando o prazo he improprio, como os de que tratei (§. 96.) Ou quando por huma justa interpretação (a §. 73) propende para Colonia apezar do nome de prazo, etc. como bem distingue o citado Reinoz. Obs. 59. Conciliação possivel.

ARTIGO II.

Quaes pessoas, ainda sem causa, podem ser exculpaveis desta pena

§ 770.

Geralmente todo o Emphyteuta, que não paga a pensão ao Senhorio em 3, ou 2 annos continuos incorre na pena do commisso, sem que lhe approveite ser rustico, mulher, ou soldado, Fulgin. de Solut Canon. Q. 1. n. 159., Henriq. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 10. Thes. 3.: menos que não alleguc e prove ignorancia como novo successor do antecedente Emphyteuta, Mantic. de Tacit L. 22. Tit. 27. n. 48. Não escusa desta pena a rusticidade, o sexo, a milicia

Mas sim a ignorancia

§. 774.

O menor de 25 annos sim incorre esta pena, mas contra ella goza do beneficio da restituição, ainda que aliás podesse ter regresso contra o tutor, e ainda que o tutor fosse solvavel; ou o prazo fosse feito ao menor, ou herdado de seus pais, e consanguineos; como apezar da variedade de opiniões, que a este respeito expõe Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. desde o n. 181. até 214., firma com Molin; com os dois Barbosas, e com Caldas Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 2 n. 37. et 38. A Cost. de Privileg. Creditor. Reg. 1. Ampl. 14. n. 24., Guerreir. Tr. 3. L. 5. Cap. 11. n. 106., Antonell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 5. Q. 10. n. 142.: e ainda que o contrario seguirão alguns *apud* Fulgin. *supra*, e Velasc. de Privileg. Pauper. P. 1 Q. 33 a n. 11., denegando neste caso O menor de 25 annos não incorre nella

restituição ao menor e que elle so tem regresso contra o tutor solvavel; comtudo *á communi non recedas*.

§. 772.

Nem a mulher quanto ao seu prazo pela omissão do marido.

O marido, que deixou de pagar o foro do prazo dotal da mulher, tambem não podia prejudicar-lhe; e ella não incorre nesta pena, Olea. de Cess. Jur. Tit. 4. Q. 3. n. 21., Cabed. P. 1., Decis. 154., Fontanell. de Pact. nupt. Claus. 5. Gloss. 8. P. 13 n. 21. no fim, e Claus. 6. Gloss. 6 P. 2. n. 16. O contrario porém seguem Fulgin de Solut. Canon. Q. 1. a n 161., Surd. Decis. 202. e o Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 41. a n. 5., admittindo a dita opinião só no caso em que o marido em fraude ou odio da mulher deixou de pagar foro, ou só no caso em que o marido he insolvavel pelo interesse e prejuizo da mulher na perda do prazo.

Outros DD. pelo contrario; limitados só dois casos da fraude ou insolvabilidade do marido.

§. 773.

Se se perde o prazo adventicio do filho pela culpa do pai em não pagar o foro.

Quanto ao prazo adventicio do filho, de que o pai he usufructuario: se o pai não pagou o foro, não prejudica ao filho, nem este incorre em commisso, Cabed. P. 1. Dec. 154. n. 5., Antopell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 5. Q. 10. n. 152.: se porém o pai Emphyteuta deixou de pagar o foro só com as vistas em fraudar a futura successão do filho na sua morte; he questão diversa, que póde vêr-se em Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. a n. 48., em Peg. 2. For. Cap. 9. a pag. 624., Britt. in Cap. Potuit. de Locat. P. 3. §. 4. a n. 33

ARTIGO III.

Casos em que pela duvida de serem ou não de prazo os bens, se evita esta pena.

§. 774.

Evita o foreno esta pena nestes casos.

Primeiro caso: Se o Emphyteuse não he expresso; e segundo as normas expostas a §. 77. houve justa e provavel razão de duvidar, se o contracto era censuario, ou se Emphyteutico; nestes casos não se incorre nesta pena

ob non solutum canonem, Fulgin. in Prælud Q. 8. n 8. et de Solutione Canon. Q. 1. n. 384., Luc. de Emphyt. Disc. 42. a n. 3., Conf. Antonell. de Loc. Legal. L. 2. Cap. 5. Q. 11. n. 155.: bem como, quando o Emphyteuta com qualquer plausibilidade nega a qualidade Emphyteutica não incorre por essa negação na pena do commisso, Peg. 3. For. Cap. 28. à n. 787. ad n. 793., Gam. Dec. 91. n. 3., Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. sub. n. 87.

Se teve justa duvida da natureza Emphyteutica persuadido de ser censo

§. 775.

Segundo caso: Se o prazo he daquelles de que tratei (a §. 80. 83. et § 101., e 105.) ainda que o Emphyteuta não pague a pensão não incorre á pena, remindo, sendo remivel a pensão; ou não o sendo só perde a parte correspondente ao dinheiro recebido, e nada mais: Afflict. Dec. 80., Antonell. de Loc. Legal. L. 2 Cap. 5. Q. 10. n. 151., Cyriac. Contr. 68.

Nos prazos improprios, só se perde o equivalente ao dinheiro recebido.

§ 776.

Terceiro caso: Se o Senhorio pactionou no Contracto Emphyteutico, que nunca por esta causa privaria do prazo ao Emphyteuta; ainda que cesse na solução da pensão, não incorre na pena; pois que o Senhorio podia renunciar este direito dominical do commisso, e devolução: Gallerat. de Renuntiat. Tom. 3. Renunt. 11., Stryk. de Caut. Contract. Sect. 2. Cap. 9. §. 40., et Vol. 9. Disp. 18. Cap. 3. n. 9., Perez. in Cod. L. 4. Tit. 66. n. 23., Fulgin. de Var. Caduc. Q. 1. n. 22., et Solution. Canon. Q. 1. n. 289.; declarando porém n. 291., que não basta o geral pacto *de non expellendo emphyteutam*, mas que deve ser especial *de non expellendo, etiam si non fiat solutio Canonis intra tempus à jure statutum*. Se bem que Henriq. Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 10. Thes. 8. declara que « *hoc intelligitur, si et ipse Emphyteuta officio « suo fungatur nec perfide versetur, quo casu si objiciat pa- « ctum, replicabit Dominus de dolo per* L. 54. §. 1 ff., « Locat. » etc.

Póde haver pacto válido de se não incorrer por esta causa a pena.

Mas deve ser expresso, e especial.

E sem perfidia do foreiro.

ARTIGO IV.

Causas que escusão desta pena aos Emphyteutas

§. 777.

1.° Escusa desta pena a ignorancia; mas esta he convencivel por conjecturas da Sciencia.

Relatão-se algumas

Primeira causa: Esta he a justa e provavel ignorancia do Emphyteuta: se elle ou ignorava dever tal pensão; ou, se a pagava, ignorava a sua natureza Emphyteutica (ignorancia que regularmente se presume, *maxime* no herdeiro) he escusavel; menos, que o Senhorio lhe não convença pelo contrario a Sciencia, como póde convencer; ou 1.°, pela publicidade de ser Emphyteutica a pensão; ou 2.°, pela convivencia do successor com o defuncto, que a pagava; ou 3.°, mostrando, que o Emphyteuta tinha em seu poder a Investidura; ou 4.°, pelo pagamento depois da morte do antecessor; ou 5.°, por confissões do Emphyteuta; ou 6.°, por quaesquer outras conjecturas. Tudo isto largamente comprovão Fulgin. de Solut. Canon. Q 1. desde o n. 257. até 279., Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 27. n. 40, Cald. de Extinct. Cap 7. n. 18., Barbos. in Cap. Potuit. de Locat n. 102, Sabell. §. Emphyteusis n. 55., Pinheir. Disp. 8 Sect. 2. a n. 22., Peg 3. For. Cap. 28. a n. 784., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 27.

§. 778.

2.° Escusa-se em quanto não possue.

Segunda causa: Em quanto o Emphyteuta não possue o prazo não he obrigado á pensão; e deixando por isso de a pagar não incorre nesta pena, Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1 n. 280, Mantic. *supra* n. 45., Gam. Dec. 83. n. 2., Barbos. *supra* n. 109, Sabell. *supra* n. 53. Luc. de Emphyt. Disc. 41. n. 8., Disc. 42 n. 6., Disc. 43. n. 2., Peg. 3. For. Cap. 28. sub. n. 796. et sub. n. 800 : com tanto que não seja imputavel ao Emphyteuta culpa em deixar de possuir, ou que depois de possuir, deixasse de possuir por dolo. Mant. supra n. 44., Fulgin. n. 287.; conspira o principio geral, *de quo* Franç. ad Mend. P. 1. L. 4. Cap. 2. a n. 2, Bagn. Cap. 4. a n. 15.

Menos, que por sua culpa e dolo deixasse de possuir.

§. 779.

3.° Escusa-se, se o Senhorio, devendo ir buscar o foro a casa do foreiro, foi omisso.

Terceira causa: Se o Senhorio era obrigado mandar conduzir o foro a casa do Emphyteuta (como em alguns dos casos referidos a §. 718.), e não mandou conduzi-la nos tempos oportunos, fica o Emphyteuta excusavel do commisso, ainda que nos tempos dos pagamentos não protestasse perante testemunhas a sua promptidão, Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 123., 124., 125., Montic. de Tacit. L. 22. Tit. 27. n. 59.: incumbindo ao Senhorio a prova de que em tempo competente foi, ou mandára a casa do Emphyteuta pedir o foro, e elle não lha satisfizera, Fulgin. *supra* n. 124., v. *Et ideo*, et sub. n. 125.

Incumbe ao Senhorio a prova, que em tempo competente foi ou mandou a casa do foreiro pedir o foro

§. 780

4.° *Quid*, se o Senhorio era devedor ao Emphyteuta: se entra aqui compensação *ipso jure* para evitar a pena.

Quarta causa: Escusa-se deste commisso o Emphyteuta se o Senhorio lhe he devedor de igual quantia compensavel; *imo ipso jure* se induz nesse caso a compensação para evitar a pena: assim com Valasc. Cons. 71. n. 14., Gam. Dec. 91. n. 1., Britt., Barbos. e outros, Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 2. no 26., Sabell. §. Emphyteusis n. 54., Bersan. de Compensat. Cap. 1. Q. 6. n. 30., Cap 2. Q. 8. n. 36., Fulgin. in Tit. de Solut. Canon. Q. 1. a n. 300. ad 319. (aonde declara dilatados modos esta regra): « Oportet autem, ut quantitas com-« pensanda sit liquida, aut brevi liquidanda, atque com-« pensabilis. » Pinheir. *supra*: ainda isto não basta; porque para ser admittida esta compensação em exclusão do commisso *ob non solutum canonem* são necessarios outros requisitos, que recapitulárão Fulgin. *supra*, et Bersan. de Compensat. Cap. 3. Q. 17. a n. 3. ad 12. ibi

« Eatenus lex operatur ipso jure compensationem fa-« vore Emphyteutæ, quatenus ipse est creditor Domini di-« recti in quantitate correspondente debito canonis... Idem « ferme procedit, si canon in speciebus consistat, vel fru-« ctibus, ut si solvendum in tot modiis frumenti, vel « alio simili modo; creditum vero ipsius Emphyteutæ quan-« titatis pecuniariæ esset; quamvis enim fructus, utpote « res fungibiles compensari possint, si hinc inde ejusdem « bonitatis, et qualitatis debeantur; id tunc procedit, cum

« fructus hinc inde debentur: cæterum debito ab una « parte in pecunia, ab alia vero in fructibus consistente, « non permitteretur compensatio, quia fructus in eo casu « considerantur, ut species; ideo cum quantitate non sunt « compensandi, ne unum pro alio solvatur invito creditore.

« Porro non prodesset Emphyteutæ ad evitandam pæ- « nam caducitatis compensatio ipso jure, ubi Dominus di- « rectus, cui canon non fuit solutus, creditor esset in quan- « titate, debito vero favore Emphyteutæ sub alternatione « speciei, aut quantitatis; quando quidem nondum facta « electione ab ipso Domino directo quidnam solvere velit, « non potest intrare compensatio.

« Eadem quoque resolutio erit in casu, quo Emphy- « teuta effectus sit creditor Domini directi post lapsum « triennii, sive post tempus purgandæ moræ: compensatio « enim eximit debitorem a pæna incurrenda; non vero « ab ea, quæ jam incursa est.

« Cæterum, quotiescumque creditum Emphyteutæ in « quantitate consistat æquali quantitati canonis non soluti, « dubio procul, ni aliud sit, quod compensationem impe- « diat, privationis pœnam subire non cogetur, quamvis de « compensatione intra tempus solutioni præfixum neuti- « quam opposuerit, quia ad hunc effectum dicetur inducta a « principio ipso jure compensatio.

« Idque amplia, ut nedum creditum Emphyteutæ erga « Dominum directum ex aliquo contractu proveniens « aptum sit inducendæ tali compensationi: verum etiam « excessus mensuræ aliorum annorum; nam si æqualis « fuerit in quantitate canoni non soluto, facta dicetur ipso « jure compensatio, ut evitetur caducitas.

« Amplia 2.°, quia non solum procedunt prædicta in- « ter dominum directum simpliciter, sed etiam si idem « Dominus directus habeat in Emphyteusim aliqua bona « sui Emphyteutæ, et propterea cessaverit pariter a solu- « tione canonis intra terminum constitutum, nam utrique « parti ut penna non currat, fit compensatio ipso jure. »

Nota: O Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. pag. 175.

no fim, resecadas todas estas distincções, absolutamente dispoz « *que o Emphyteuta não póde dispensar-se do* « *pagamento da renda debaixo do pretexto de compen-* « *sação, ainda quando o Senhorio directo seja seu de-* « *vedor em virtude de alguma outra causa: porque o* « *reconhecimento do dominio directo não he das cousas,* « *que possão compensar-se com outras dividas, que ahi* « *não tem lugar.*

§. 781.

5.ª Escusa a justa causa, como a guerra, a peste, etc. que obstárão á cultura das terras.

Quinta causa (ou muitas juntamente): escusa-se o Emphyteuta do commisso, quando não póde disfructar os bens, ou por ferver a guerra, ou por invasão dos inimigos, ou por grassar a peste, ou por innundações, etc., como largamente prova Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. a n. 331. ad 351. 356. 363., Valasc. Q. 27. a n. 13, Barbos. in Cap. Potuit. de Locat. n. 110., Coccey Vol. 1. Disp. 41. Cap. 10. Thes. 16., Mul. ad Struv. Exerc. 11. Thes. 73. pag. 732.

§. 782.

Declarações destas causas

Porém devemos aqui advertir a differença entre o caso em que o Emphyteuta renunciasse, ou não esses casos fortuitos, segundo as distincções expostas a §. 755. ad §. 761.: e daqui inferir ao proposito; que se por effeito dessa renuncia, havendo-a, se não deve fazer remissão alguma ao Emphyteuta por causa desses casos fortuitos, fica consequentemente sugeito a esta pena por falta do pagamento. Se só em parte se lhe deve fazer remissão da pensão; deve pelo menos pagar com o que lhe resta; e se nada paga incorre na pena: se se lhe deve fazer remissão total cessa a mesma pena: assim se deduz de Coccey *supra* Thes. 5., Valasc. Q. 27. n. 19., Fulgin. *supra* n. 341. 342. 367.

Ha causas, que escusão da pena, mas não do pagamento dos foros.

Nota: Segundo a opinião dos Senadores Apud Peg. 3. For. Cap. 28. n. 798. ỳ. = *Secunda* = et n. 800. ỳ. = *Quod* = ainda que alguma causa justa não escuse ao Emphyteuta do pagamento da pensão, sempre escusa do commisso: confira-se o Card. de Luc. de Emphyteus. Disc. 42. in fin.: Isto he mais racionavel e justo,

(ainda no caso de haver huma tal renuncia de casos fortuitos) para que por huma causa inculpavel não perca o Emphyteuta o prazo; ficando porém, e por força dessa renuncia sempre responsavel á pensão vencida do tempo, em que o não pôde disfructar; e isto ainda que não annunciasse em tempo as calamidades ao Senhorio, *optime* Leiser. ad Pand. Specim. 103. Med. 5. *ubi judicatum.*

§. 783.

6.ª Quando prezo, enfermo, absente, etc.

Sexta causa: Tal he, se o Emphyteuta, durante o tempo, em que faltou ao pagamento, esteve prezo, ainda que por propria culpa; se esteve molesto; se absente, etc. Mas estas exculpas só se attendem por pura equidade, e não pelo rigor do Direito, Fulgin. *supra* a n. 328. até 331. Tal he semilhantemente a pobreza, quando por causa della não pôde o Emphyteuta pagar o foro, Peg. 3. For. Cap. 28. n. 798., Barbos. in Cap. Potuit. de Locat. n. 108., Luc. de Emphyt. Disc. 41. n. 8.. Disc. 42. n. 5., Sabell. §. *Emphyteusis* n. 55., Mul. ad Struv. *supra*: *Idem* Peg. 2. For. Cap. 9. sub n. 231. pag. 656., aonde se accrescenta, que tambem he escusavel o Emphyteuta, quando as novidades não correspondem, como nos annos antecedentes: qual qualidade de pobreza escuse neste caso ao Emphyteuta, fica ao prudente arbitrio do Juiz, Fulgin. *supra* n. 379., 380., *et ad omnia* Valasc. de Privileg. Pauper. P. 1. Q. 33. a n. 21. cum seqq.

Quando pobre.

Declara-se o exposto.

§. 784.

7.º Quando dois Senhorios contendem entre si sobre o foro.

Septima causa: Se dois, ou mais Senhorios directos contendem entre si sobre o direito de exigir e perceber a pensão deste prazo; o Emphyteuta, em quanto pende essa lide se escusa, e satisfaz a ambos com a offerta de contribuir depois áquelle, que a final obtiver a favoravel Sentença, Surd. Dec. 6. n. 6., Maur. de Solution. Cap. 33. n. 64., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 370., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 26.: He porém obrigado fazer effectivo deposito, quando algum desses Senhorios pretendentes e contendores o requererem contra o Emphyteuta, Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. sub. §. 30. pag. 174. Let. (e):

Cautella necessaria ao Foreiro neste caso.

Nota: Se bem que he huma geral, e providente cautella « *ut duobus contendentibus inter se liberetur* « *debitor deponendo pecuniam debitam, ut restituatur* « *illi, qui pro se sententiam reportabit.* » Guerreir. Tr. 2. L. 8. Cap. 6. n. 37. Conf. Britt. de Locat. pag. 67. Col. 1., Addit. ad Reinoz. Obs. 37. a n. 45., Cald. de Renovation. Q. 7. n. 11.

§. 785.

8.º Quando a pensão está arrestada na mão do Foreiro.

Outava causa: Tambem cessa a pena do commisso, estando a pensão arrestada em poder do Emphyteuta por mandato judicial, Coccey supra Thes. 6. ỳ.=*Idem est*=Fulgin. de Solut. Canon. Q. 1. n. 358., aonde justamente declara com Afflict. Decis. 130.; que o arresto superveniente não escusa do commisso ao Emphyteuta, quando o arresto por preceito do Juiz foi feito depois de passados os 3 annos da mora no pagamento, e incursa ja a pena.

Com tanto que antes do arresto não estivesse já incurso o Commisso.

§. 786.

9.º Se tem pago o foro ao Senhorio intruso.

Nona causa: Se o Emphyteuta tem pago ou ao Senhorio intruso, mas reputado legitimo, Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. n. 371.; ou a hum recebedor e Procurador do Senhorio geralmente reputado legitimo, ainda que revogado, Fulgin. supra junto o n. 325., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 19.; ou ao pai do Senhorio, que he filho familias: *idem* Fulgin. de Solut. Can. Q. 12. n. 8.

Nota: He tão favoravel a solução, que ella livra ao devedor. ainda quando feita a Prelado, ou Administrador intruso, Pacion. de Locat. Cap. 36. a n. 42., Guerreir. Tr. 4. L. 6. Cap. 2 n. 62.; ou ao procurador e recebedor reputado na commum opinião como munido de legitimos poderes, Pacion. *supra* n. 19., Guerreir. a n. 57.

§. 787.

10.º Quando qualquer terceiro interessado pagou pelo Emphyteuta.

Decima causa: Quando qualquer terceiro interessado pagou pelo Emphyteuta, ou offereceu nesses annos ao Senhorio o pagamento do foro. Pois ainda que por via de regra o Senhorio só he obrigado recebe-lo do proprio Emphyteuta, ou seu especial procurador; comtudo o terceiro

credor do Emphyteuta, e a quem o prazo está legitimamente hypothecado, tem direito de pagar a pensão para evitar o commisso, e deve o Senhorio *velit nolit* recebe-la delle, Fulgin. de Solut. Can. Q. 1. a n. 320., Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n. 25., Pereir. Decis. 119. n. 28.

§. 788.

11.° Quando faz deposito legal.

Undecima causa: Se o Emphyteuta extrajudicialmente *congruo loco, et tempore* offerece ao Senhorio a inteira pensão em especie capaz de receber, sem condição alguma; e antes de declarado pelo Senhorio o commisso; isto basta para occorrer conforme alguns DD.: como Leizer. ad Pand. Specim. 103. Medit. 3., aonde assim o refere julgado: mas outros, e mais seguramente requerem, que recusando o Senhorio a offerta, faça logo o Emphyteuta, citado elle, o deposito completo, e sem condição alguma perante Juiz competente: Fulgin. de Solut. Can. Q. 2. (aonde expõe todos os requisitos que neste caso devem circumstanciar a offerta e o deposito), Pereir. Decis. 119. a n. 29. (aonde tambem relata os mesmos requesitos), Stryk. Vol. 9. Disp. 18. Cap. 3. n. 5., Perez. in Cod. de Jur. Emphyt. n. 22., Cod. Freder. P. 2. L. 3. Tit. 3. pag. 174. let. (a), Cyriac. Contr. 267., Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Def. 22., Pinheir. Disp. 8 Sect. 2. a n. 24. Com tanto porém, que o commisso, não esteja accusado, e impurgavel já a mora nos termos que se exporão ao diante a §. 790.

Com tanto que ao tempo do deposito não esteja incurso o Commisso.

ARTIGO V

Casos em que cessa a accusação do commisso, ou pela purgação da mora, ou por outros fundamentos, além dos já expostos.

§. 789.

Casos em que se perdoa a pena.

Temos visto a §. 770. pessoas, que não incorrem em commisso; a §. 774., casos em que se não incorre;

a §. 777. causas, que o escusão: restão outros fundamentos pelos quaes o accusado commisso se póde occorrer, ou defender, para se não julgar o Emphyteuta incurso na pena. Taes são pois os seguintes.

§. 790.

1.° Purgação da mora.

Primeiro: Esta he a purgação da mora: mas ha aqui huma geral differença: Se na Investidura se convencionou expressamente, que não pagando o Emphyteuta a pensão em 1, 2, ou 3 annos (§. 762), incorra pelo mesmo facto em commisso; e que não poderá jámais purgar a mora; este pacto he válido, e obsta a que o Emphyteuta depois de citado a possa jámais purgar para evitar a pena, Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 43. Defin 27., Cyriac. Contr. 266. a n. 4., Luc. de Emphyt. Disc. 40. n. 9., Disc. 46. n. 11., Disc. 79. tot., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 6. n. 15. et 24., Pacion. de Locat. Cap. 55. n. 49. et 50. (confira-se o §. 7.): « In hoc tamen advertebam (diz Luc. d. « Disc. 46. n. 11.) inspiciendum esse investituram, an sci- « licet caducitas conventa esset simpliciter; ita ut esset « simpliciter; ita ut esset nuda expressio ejus, quod de « jure inerat, vel concepta esset per viam pacti resolutivi, « ita ut constaret partium intentionem fuisse aliquid plus « addere dispositione juris, illamque alterare; quia si es- « semus in primis terminis credebam adhuc purgationem « admittendam esse, quia promisso tanquam expressiva ejus, « quod de jure inest, facta censetur ejus natura retenta, « nec de facili renuntiatio beneficii alias competentis sub- « intelligenda est. » *Aliter*, que basta só o pacto resolutivo, de que não pagando em tantos annos perderá o prazo, diz Fulgin. *supra* n. 22.: portanto, quanto a mim, seguindo Luca, só havendo o pacto renunciativo da purgação da mora, e expressamente estipulado, não poderá purgar-se antes da litis-contestação.

Em que caso he purgavel a mora para evitar a pena, ou não purgavel.

§. 791.

Disposição da nossa Ord. L. 4. Tit. 39.

Quando porém na Investidura não ha huma tão expressa clausula, que resista á purgação da mora; temos a Ord. L. 4. Tit. 39. determinando que « cessando o foreiro

« de pagar o foro e pensão ao Senhorio por tres annos « continuos e cumpridos, dos bens profanos, posto que depois « queira purgar a mora, e tardança, em que foi por não « pagar por todos os tres annos, offerecendo ao Senhorio todo « o foro e pensões devidas, não purgará por isso a mora, « nem será relevado do commisso, em que cahio, ainda que « lhe o Senhorio receba as pensões, salvo se expressamente « lhe aprouver de lhe acceitar a dita purgação e o relevar « do commisso, em que assi cahio. » E quanto aos prazos Ecclesiasticos; diz o §. 2. que « não pagando o foreiro a « pensão e foro ao Senhorio por dois annos cumpridos, e con- « tinuos, perderá logo todo o Direito, que na possessão, e « cousa aforada tiver para o Senhorio, se a quizer haver. Po- « rém neste caso poderá o foreiro purgar a mora em que « foi de não pagar, offerecendo ao Senhorio as pensões devi- « das em qualquer tempo, antes que seja citado em juizo, « ou depois de citado, offerecendo-as antes da litis-contes- « tada. E com razão he dada esta faculdade ao foreiro dos « bens Ecclesiasticos de poder purgar a mora e tardança, « *pois por mais breve tempo cae em commisso que o fo-* « *reiro dos bens profanos.* »

§. 792.

Se a Lei que nos Prazos seculares não admitte a purgação da mora he susceptivel da equidade praticada nos Ecclesiasticos

Supposta pois esta Lei tão clara, e que não admitte purgação da mora, quanto ás pensões dos prazos seculares, cessa neste Reino toda a equidade, que dos Ecclesiasticos para estes puxárão alguns DD. apud Pinheir. de Emphyteus. Disp. 8. Sect 2. n. 28.; e só se póde admittir nelles a purgação da mora antes, que o Senhorio tenha declarado, que quer accusar a pena do commisso: Pereir. Decis. 119. n. 18., com que passa Pinheir. *supra:* isto mesmo segundo o Direito commum segue Fulgin de Solut. Canon. Q. 6. a n. 1. et 16.: e portanto só se occorre ao commisso, fazendo-se antes da declaração do Senhorio o deposito na fórma já dita (§. 788.): só sim se deverá admittir a purgação da mora junta com alguma das causas referidas desde o §. 770.

Quando se possa admitti nos Seculares.

Nota: parece porém, que se no emprazamento se cominar (como póde válidamente cominar-se §. 762.) a pena do commisso pela falta do pagamento em menos annos do que os tres legaes, e ordinarios; neste caso cessa a disposição da L. 2. in fin. Cod. de Jur. Emphyt., e da Ord. L. 4. Tit. 39. §. 3.; e parece que neste caso se deve admittir a purgação da mora, como nos prazos Ecclesiasticos, ainda mesmo pela expressa razão da Ord. §. 2, ut ibi: « E com razão he « dada esta faculdade ao foreiro dos bens Ecclesiasti- « cos de poder purgar a mora, e tardança, *pois por « mais breve tempo cahe em commisso, que o foreiro « dos bens profanos* »: logo se na investidura se cominar a pena pela falta do pagamento em hum, ou dois annos; como nos prazos Ecclesiasticos; parece ser admissivel nos seculares, em que assim se restringe o tempo, a mesma purgação da mora, que nos Ecclesiasticos, *porque por mais breve tempo*, que os tres annos *cahe em commisso*. Isto como digo desde o §. 791., quando não ha expresso pacto, que obste a purgação da mora: pois havendo-o elle prevalesce (§. 790.); ou a pena se limite á falta do pagamento, por tres, por dois, ou hum só anno.

§. 793.

Quid nos Prazos Ecclesiasticos.

Nos prazos Ecclesiasticos, (em que o Alvará de 12 de Maio de 1769. §=*Finalmente*= ainda permitte a consolidação nos casos de commisso para o effeito de tornarem a emprazar dentro de anno e dia a pessoas Seculares. Se póde purgar a mora até *a litis-contestação*, ex d. Ord. §. 2.; menos, que o Emphyteuta com cavillações dolosas tenha dilatado contestar a lide, Pereir. Dec. 119. n. 27., Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n. 31.: cessando neste Reino á vista do §. 2. da dita Ord. a variedade de opiniões que ha sobre a intelligencia das palavras =*Celeri satisfactione*=do Cap. Potuit. ✠ de Locat.; opiniões que amontoou Fulgin. de Solut. Can. Q. 6. n. 27., e algumas attingirão, Pinheir. *supra* n. 29. et 30., Pacion. de Locat. Cap. 55. a n. 55.

§. 794.

2.° Se a pena do Commisso incursa se comprehende na venda que o Senhorio faz simplesmente das suas pensões, ou quando?

Segundo: Se depois de incurso pelo Emphyteuta o commisso por esta causa, vende o Senhorio a terceiro o seu dominio directo simplesmente, sem declarar, que juntamente lhe vende, e cede o Direito de accusar o incurso commisso: este Direito se não subintende vendido nem comprehendido na venda do dominio directo sem huma clara expressão; e fica por si mesmo, e em consequencia o comprador não póde accusar tal antecedente commisso contra o Emphyteuta, Geurb. Dec. 84., Nigr. de Laudem. Q. 11. n. 46. et Q. 19. n. 41., Olea de Cess. Jur. Tit. 4. Q. 7. n. 26., Cyriac. Contr. 518. a n. 21.: e só póde subintender-se vendido, e cedido o Direito de accusar o commisso incurso; ou 1.°, quando expressamente se vende, e cede pelo Senhorio: ou 2.°, quando o preço da compra e venda he correspondente, não só ao valor commum do foro vendido, mas juntamente aos predios, de que elle se pagava; ou 3.°, quando o Senhorio passou a vender as mesmas propriedades emprazadas, como subintendendo-as já suas por devolutas, Cyriac., et Olea *supra*: Conf. Barbos. in Cap. Potuit. de Locat. n. 140.

§. 795.

3.° Quando o Senhorio em quanto vivo não accusou o Commisso.

Terceiro: Se o Senhorio em quanto vivo não declarou a sua vontade «*quia caducitas non incurritur nisi volente «domino, et ita declarante.*» Cyriac. Contr. 518. n. 22., Surd. Dec. 194. n. 7., Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 67. et 68., Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 12. a n. 2., Britt. in Cap. Potuit. de Locat. P. 3. §. 2. n. 89. He todo o commisso dependente da livre vontade do Senhorio, se *o quizer*, como se nota na Ord. L. 4. Tit. 38. §. 1., Tit. 39 in fin. pr. et §. 2. He pois necessario, que o Senhorio, em quanto vivo, declare d'algum modo esta sua vontade, *ex DD. supra*: não a declarando fica occulta, e incerta na sua morte; e consequentemente «cum hoc in declaratione voluntatis, animique consistat, «id hæres efficere non potest, quia animi declarandi jus «in hæredem non transmittitur.» Olea de Cess. jur. Tit. 4. Q. 7. n. 25. E portanto assentão os DD. que

Não o póde accusar o Successor do Senhorio.

« Jus declarandæ caducitatis personale adeo est, ut ad hæ-« redes domini non transeat *si dominus in vita conques-« tus non fuit.* » cum Gam. Dec. 17., Cancer. 3. Var. Cap. 21. n. 256., Cald. de Extinc. Cap. 18. a n. 13., et aliis, Olea *supra* n. 24.: Conf. Valasc. Cons. 71. n. 13., Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 74., Fulgin. de Var. Caducitat. Q. 9. tot.

§. 796.

Muito menos póde o successor accusar o commisso não declarado pelo Senhorio em quanto vivo, quando concorrem algumas conjecturas, de que elle o havia remettido ao Emphyteuta. Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 75. no fim. Póde porém o Successor do Senhorio depois da morte delle accusar o Commisso nestes casos

Maximè havendo conjecturas de que o Senhorio o remittio.

Casos em que o Successor póde accusar o Commisso.

§. 797.

Ou 1.°, quando o Senhorio em quanto vivo o ignorava, com Barboz., Pereir., Fragoz., e Cald. Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 75, Fulgin. de Var. Caducit. Q. 9. n. 10. et 11. E ainda que os mesmos DD. o presumem ignorante, eu não o presumiria neste caso da falta do pagamento da pensão, contando que elle por si recebia os seus foros; e ó o presumiria ignorante, quando os recebesse por mãos de Rendeiros, Economos, ou Feitores, que lhe não dessem conta, e cujas omissões não prejudicão aos Senhorios, nem ainda remissões, que fação expressas, dos Commissos, Fulgin. de Var. Caduc. Q. 8. a n. 2 ad 10

Ou (a) quando o Senhorio vivo o ignorava.

§. 798.

Ou 2.°, quando o Senhorio em quanto vivo teve legitimo impedimento para accusar o Commisso *ob non solutum canonem;* ou 3.°, quando prevenido com a morte não póde logo accusa-lo; ou 4.°, quando por algum modo em sua vida declarou querer accusar este Commisso, Fulgin. d. Q. 9. n. 10. et 11., Pinheir. n. 75.: quaes sejão os factos, ou palavras, com que se subintende, que o Senhorio declarou a vontade de usar do Commisso, declara o mesmo Fulgin. de Var. Caducit. Q. 11. a n. 12.: bem como em todos os casos semelhantes a estes (§§. 797., 798.); os herdeiros do Doador podem depois da sua morte, para re-

Ou (b) quando teve legitimo impedimento.

Ou (c) quando a morte o prevenio.

Ou (d) quando de algum modo o havia declarado.

Como se subentenda, e presuma a tal declaração da vontade do Senhorio.

vogar a Doação, accusar a ingratidão, que elle não accusou em quanto vivo: Lim. ad Ord. L. 4. Tit. 63. §. 9. a n. 4., Furgol. Trait. des Testamens Tom. 4. a pag. 328.

§. 799.

Ou (e) quando o Commisso resulta da alienação sem licença do Senhorio. Ou (f) quando o Prazo tem a clausula figurada no §. 754 Ou (g) quando os herdeiros do Senhorio oppõem o Commisso por Excepção.

Ou 5.°, quando se trata do Commisso *ob alienationem Domino irrequisito*, Pereir. Decis. 119. n. 11.. Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 76. Ou 6.°, quando o Prazo tem huma clausula tal, como a do §. 754. Pinheir. *supra* n. 76. et n. 83., Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 9. n. 9. 12. e 13., Barboz. in Cap. Potuit. de Locat. n. 123., Pereir. Dec. 119. n. 13. Ou 7.°, quando os herdeiros do Senhorio oppõe este Commisso *per viam Exceptionis* ao Emphyteuta, que delles querem reivindicar o Prazo: Pois não só este, mas qualquer outro Commisso, se póde oppor por via de excepção, quando o Senhorio ou seu successor está na posse, e o Emphyteuta tenta reivindicar-lhe o Prazo, Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 8. n. 14., Cald. de Extinct. Cap. 18. n. 34., Almeid. de Num. Quin. Cap. 42. sub. n. 27., Barboz. in L. Si Divi. 37. ff. de Judic. a n. 344. Vid. Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 84.

Nota: Bem como se o Doador ficou na posse dos bens podem seus herdeiros oppor ao Donatario que os repete, a Ingratidão por excepção, independente de outra queixa, ou declaração, que tivesse feito em vida o Doador, Begnudell. *Verbo.* = *Transmissio* = n. 49.

§. 800.

4.° Não compete acção de Commisso contra os herdeiros do Foreiro que o commetteu.

Quarto: A acção de Commisso, *ob non solutum Canonem*, não compete (e geralmente nos mais casos em que elle se incorre) contra os herdeiros do Emphyteuta que o commetteu: Esta he a regra, que no proprio caso do Commisso *ob non solutum canonem*, adoptou em gráo de revista o Senador apud Peg. 3. For. Cap. 28. n. 796. e o outro Senador n. 800; no caso das damnificações, Gam. Dec. 17.; e em outros casos o mesmo Gam. Dec. 83. n. 3. Dec. 175. n. 1. com Caldas, os dois Barbozas, Pedro e Agostinho, Fragozo e outros, Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 78., *ex alienigenis*, Mantic. de Tacit. L. 22 Tit. 27.

n. 34., Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 8. a n. 1. et 11. *Vide etiam* Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 39. a n. 70.

Nota: Padece porém esta regra algumas limitações: 1.ª, quando o Senhorio provavelmente ignorou o Commisso em quanto vivo o Emphyteuta que o commetteu, Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 39. n. 71., Fulgin. dict. Q. 8. a n. 2. ad 10., Cald. de Extinct. Cap. 18. a n. 31., Pereir. Dec. 26. n. 5. e contra outros o segue Pinheir. *supra* a n. 80.: 2.ª, quando ha hum pacto tal como o exposto no §. 754. Fulgin. in Tit. de Var. Caducit. Q. 8. n. 12. et 13., Pinheir. n. 83.: 3.ª quando o Commisso se oppõe pelo Senhorio contra os herdeiros do Emphyteuta por via de Excepção para os repellir, tentando reivindicar o Prazo. (*DD. supra* §. 799. in fin.)

Limitações da regra precedente.

§. 801.

Quinto: Geralmente a pena do Commisso, e a acção de a accusar, com a prescripção quinquennal; ainda com má fé, e sciencia do mesmo Commisso, Almeid. de Numer. Quinar. Cap. 12. n. 34. et 35., Pereir. Dec. 119. in fin., Peg. 6. For. Cap. 129. n. 13. et 14., Fragoz. P. 3. Disp. 10. §. 3. n. 15., Pinheir. Disp. 8. Sect. 5. n. 73., Peg. Tom. 10. ad Ord. Cap. 39. n. 78. Adverte porém Fragozo (no caso do commisso *ob non solutum Canonem*) e com elle Pinheir. *supra* sub. n. 73. que: «Si «Emphyteuta non solvat pensionem per aliquot annos post «primum quinquiennium, quo contra jus Commissi praes«criptum est, posse dominum cum expellere ante secundum «quinquiennium expletum, quia pœna caducitatis sæ«pius committi potest.» Conf. Mantic. de Tacit. L. 22. Tit. 33. n. 18.

5.º A pena de Commisso prescreve por 5 annos.

Não assim o Commisso *ob non solutum Canonem.*

§. 802.

Sexto: A pena do commisso incursa, quando o Senhorio depois de passados os tres annos recebe, não só as pensões decursas dos mesmos tres annos, mas tambem e juntamente as dos annos subsequentes, como quarto e quinto depois de incursa a Caducidade: Pois supposto a

6.º Quando seja visto remittir o Senhorio a pena pelo recebimento das pensões decursas.

Ord. L. 4. Tit. 39. §. 1. diz que «Cessando o foreiro «de pagar o foro, e pensão ao Senhorio por tres annos «continuos, e compridos de beos profanos, posto que de- «pois queira purgar a demora, e tardança em que foi por «não pagar por todos os tres annos, offerecendo ao Senho- «rio todo o foro, e pensões devidas, não purgará por isso «a mora nem será relevado do Commisso em que cahio, «ainda que lhe o Senhorio receba as pensões; salvo se «expressamente lhe aprouver de lhe aceitar a dita pur- «gação, e o relevar do Commisso em que assim cahio.» Com tudo (e segundo a Doutrina de Barthol. na L. 2. Cod. de Jur. Emphyt. n. 8. com que o Legislador se con- formou, como costumava conformar-se, ex Ord. L. 4. Tit. 64. §. 1., está judiciosamente intendido pelos nossos melhores Reinicolas, que esta Ord. só procede, quando o Foreiro offerece, e o Senhorio só exige e recebe *delle o foro e pensões devidas:* E não quando o Senhorio, além das pensões devidas dos tres annos (e por falta de cujo pagamento estava incurso o Commisso) recebe de mais as futuras: Porque recebendo estas renuncia necessaria- mente o Commisso; e não procede a disposição da Lei; e só não se subintende renunciado sem outra expressão, quando unicamente se tratava do recebimento das pensões devidas, que se não havião pago nos tres annos, e que erão o fundamento do Commisso, que estava em unico objecto, e declarado pelo Senhorio, ou judicial, ou ainda extraju- dicialmente.

§. 803.

Do mesmo. As razões intrinsecas da dita Ord. e as razões de dif- ferença entre hum e outro caso, se podem vêr subtil e magistralmente em o Mestre Britto in C. Potuit. de Locat, P. 3. §. 2. desde o n 91. (na nova Edição) até o n. 99.: a mesma distineção seguem, entre os nossos, Fragoz. P. 3. Disp. 10. §. 2. n. 12., Barboz. in dict. C. Potuit. n. 117. e 119., Pinheir. de Emphyt. Disp. 8. Sect. 2. n. 33.: entre os Estrangeiros, Mantic. de Tacit. L 22. Ts. 33. n. 1., aonde figurà o proprio caso da nossa Ord., et n. 2., aonde figura o segundo membro da dita distineção: et

n. 5., aonde os comprehende ambos etc. *Ita etiam* Iranz. de Protest. Consider. 15., aonde faz a mesma distincção: Fulgin. in T. de Var. Caducit.: Q. 14. n. 2. et 3., Coincide Pacion. de Locat. C. 59. n. 49. vers. = *Conciliantur* = *ibi:* « Conciliantur autem istæ contrariæ opiniones, ut « prima procedat, quando recipiuntur solum modo cano- « nes præteriti, secundo vero quando recipiuntur etiam « futuri, hoc enim secundo casu tantum adest omnimoda, « et inconciliabilis incompatibilitas, cum præservatione ca- « ducitatis, non enim potest dominus velle emphyteusim « esse finitam, et continuare, ita ut canones etiam futuri « debeantur, at secus est quoad præteritos, quia potest eos « velle una cum caducitate.. » Et n. 50. ibi: Quod au- « tem dictum est de futuris non intelligitur tantum de « futuris attento tempore receptionis, seu petitionis, sed « post caducitatem incursam. » *optimè* Vin. Selectar. L. 2. Cap. 3., aonde comprova o exposto no §. 803. *maximè* no fim do Cap. 3., veja-se Leizer. ad Pandect. Specim. 103. Medit. 6.

§. 804.

He tão forçosa a renuncia do Commisso pelo recebimento das pensões vencidas depois de incursa esta pena, que ella fica remettida, por mais que o Senhorio no acto do recebimento dellas proteste que lhe ficará salvo o direito para accusar o preterito Commisso, como bem raciocinão os DD. *cum quib.* Mantic. supra a n. 5., Iranz. sup. n. 7., Posth. de Manut. Decis. 275. a n. 16., Gratian. for. C. 515. n. 8., Gallerat. de renunciat. Cent. 2. renunt. 114. n. 16., Fulgin. sup. n. 2. Mas este protesto conserva o direito do Senhorio: 1.°, quando já tem proposto em Juizo a acção de Commisso: 2.°, quando por causa delle, e antes do recebimento das ditas pensões emprazou os mesmos bens como devolutos a outra Pessoa, Iranz. sup. n. 8., Fulgin. sup. n. 8.: 3.°, quando devendo-se ao Senhorio a pensão, v.gr. de seis annos, elle recebendo só a de tres protesta accusar o Commisso pelos outros tres annos que se ficão restando: 4.°, quando o Emphyteuta acquiesce expressamente a este protesto do Se- Amplia-se.

nhorio, não bastando taciturnidade do Emphyteuta, Iranz. n. 9. cum seq.. Menoch. L. 3. praes. 112. n. 20., *et ad omnia* Pacion. de Locat. C 59., Cyriac. Contr. 266.

§ 805.

Declara-se. Não se subintende porém renunciado o Commisso pelo recebimento das pensões subsequentes aos tres annos, ou com as delles, quando 1.°, esse recebimento foi parcial, e não total, Menoch. sup. n. 15., Iranz. sup. n. 3. Quando 2.° (ut supra §. 797.), o Senhorio era ignorante do Commisso, *ut latissime idem* Fulgin. de Var. Caducit. Q. 14. a n. 13. (aonde largamente disputa pelos lugares communs em que casos se presuma esta sciencia ou ignorancia), Britt. in C. Potuit. de Locat. P. 3. §. 2. n. 98. *ad omnia* Cyriac. Contr 266

Nota: *Quid*, se o Prazo for de Igreja, Collegiada, ou os foros atrazados recebidos por Economos, Procuradores, etc. Vid. Britt. *supra* n. 107., Fulgin. sub. n. 10., Mantic. sup. a n 9., Pacion. de Locat. C. 59. a n. 34. *Quid* no Pai ou Tutor, que assim os recebe? Vid. Pacion a n. 38.

§. 806

O exposto desde o §. 802. assim parece: Mas *sic dicendum quod rest est*, tudo neste Reino cessa á vista da Ord. L. 4. T. 39. §. 1. Porque tanto mais se aggrava o Commisso *ob non solutum canonem*, tanto mais se incorre, e confirma, ou reitera (pois he reiteravel Mantic. citad. §. 801. no fim) quanto mais são os annos que passão sem pagar o foro, depois dos primeiros sufficientes para incorrer na pena: E se a Lei sem huma expressa remissão, e renuncia não permitte se presuma remettido o Commisso, nem releva delle o foreiro, ainda que offereça *ao Senhorio todo o foro e pensões devidas*, e ainda que o Senhorio lhas receba, sendo devidas de tres annos, que he o menos; como se ha de subintender, sem outra expressão do Senhorio, aceite a purgação da mora, e renunciado o

Commisso, que he ainda mais do que o com que a Lei se satisfaz? He pois ao que parece bem fundada a opinião de Pereir. Dec. 119. n. 26., que neste Reino reprova as ditas distincções. Só a Equidade que vejo seguir no Foro (até a ponto de se admittir purgação da mora nos Prazos seculares antes da litis-contestação póde moderar o rigor desta Lei, e admittir aquellas distincções).

Corollarios sobre este Commisso.

§. 807.

A quem incumbe na acção de Commisso a prova *non solutæ pensionis*, se ao Senhorio, ou se ao Emphyteuta de que pagou?

Primeiro Corollario: Ainda que na acção em que se trata do Commisso *ob non solutum canonem*, tentarão mostrar (e com bellissimas razões) Henriq. Coccey. in Disp. =De direct. probation. Negat.= e com elle o filho Samuel de Coccey Jus. Contr. L. 6. T. 3. Q. 10. que ao Senhorio incumbe a prova negativa da falta do pagamento da pensão; comtudo elles mesmos reconhecem seguir-se na Praxe do Foro a contraria opinião, de que a solução se não presume, e que ao Emphyteuta, para evitar o accusado Commisso, he que incumbe provar, que pagou em todos esses annos, Idem Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 41. Cap. 10. Thes. 9., Pinheir. Disp. 8. Sect. 2. n. 36., Fulgin. de Solut. Canon. Q. 4., Moraes de Execut. L. 5. C. 11. sup. n. 8., Card. de Luc. de Emphyt. Disc. 46. n. 3. vers. *Quo vero*, Britt. in C. Potuit. de Locat. P. 3. §. 4. n. 52.: mas o mesmo Coccey. Vol. 2. Disp. 8. Cap. 4. Thes. 7. declara que esta conclusão se limita quando o Senhorio acciona a pena do Commisso, caso em que (diz Coccey) elle deve provar a negativa.

Nota: Esta solução póde provar-se 1.°, por testemunhas, não excedendo 60$000 reis a pensão annual, Ord. L. 3. T. 59. §. 14. *ubi*. Silv. Estas testemunhas pódem ser os criados do Emphyteuta que pagavão a pensão, Fulgin. sup. n. 4. Póde provar-se 2.°, pelos mais modos regulares das provas da Solução,

Fulgin. n. 2., e pelas presumpções do Direito, *do quibus signanter* Peg. 3. For. Cap. 28. n. 676.

§. 808.

Se se póde accusar o Commisso, e juntamente pedir os foros decursos.

Segundo Corollario: Não ha incompatibilidade alguma para que o Senhorio possa ao mesmo tempo, que accusa o Commisso, pedir juntamente as pensões decursas, cuja falta de solução occasionou o mesmo accusado Commisso; e isto ainda independente de protesto, Britt. in C. Potuit. de Locat. P. 3. §. 2. n. 92., Coccey sup. Thes. 9. Outros DD. com os quaes Antonell. de Tempor. Legal. L. 2. C. 56. n. 6., Fulgin. in T. de Var. Caducit. Q. 15., Mantic. de Tacit. L. 22. T. 27. n. 82., Begnudell. *Verbo* = *Emphyteusis* = n. 116. distinguem entre a Igreja Senhoria, e o Senhorio Secular, concedendo só áquella, e não a este, essa prerogativa de accusar o Commisso, e pedir juntamente as pensões decursas. Porém que razão para tal especialidade? Aonde tal quimerico privilegio da Igreja? Aonde tal odio do Senhorio Secular? Será mais forçoso o dominio direito da Igreja que do Secular? A nossa Ord. L. 4. T. 39. §. 1. remove aqui toda a duvida, porque permitte tudo junctamente. Sem que pelo recebimento das pensões se julgue no Prazo Secular renunciado o direito do Commisso, não havendo delle huma expressa remissão Vid. *latissime* Pacion de Locat. Cap. 59. a n. 9. Confira-se Leizer. ad Pand. Specim. 103. Medit. 11., aonde contra Carpzov. admitte pedirem-se com a pena do Commisso as pensões que se devem e o occasionárão.

Se a acção proposta antes de findos os tres annos se convalida perfeiçoando-se, completando-se pendente a Lide para ter procedimento a acção

Terceiro Corollario: Na opinião de Hontall. de Jur. Supervenient. Tom. 1. Q. 3. n. 22.: Se o Commisso *ob non Solutum Canonem* se accuza antes de passarem os dois ou tres annos (conforme a diversidade dos Prazos), basta os annos, e a falta dos pagamentos prosigão e findem pendente a demanda: Ahi cita muitos DD. a que se deve juntar Fulgin. de Jur. Emphyt. in Tit. de variis Caducitat. Q. 17. Porém o contrario se vê em Peg. 3. For. Cap. 28 n. 797. et 799: Como esta questão raras vezes occorre, não me proponho á indagação de qual deva seguir-se.

Quarto Corollario: Se o Emphyteuta por qualquer causa de pobreza, calamidade, esterilidade, infortunio, etc. se excusar da pena de Commisso accusada, e fôr absoluto, sempre deve ser condemnado nas custas, Leizer. ad Pand. Specim. 89., Medit. 8., *ubi judicatum:* O que bem se conforma com o que vemos praticado em semelhantes casos nas Sentenças que transcreveo Peg. Tom. 9. ad Ord. L. 2. Tit. 26. §. 14. n. 24. et §. 20. n. 47. in fin., et n. 54., n. 87. in fin., n. 100. 102. in fin., n. 111., 114. no fim, 116.

Se o Emphyteuta se escusa *ex causa* da pena, deve pagar as custas.

Quinto Corollario: Quando o Commisso se exclue por qualquer causa, não só deve ser o R. condemnado nas custas (Corol. 4.) mas nas pensões preteritas e futuras, ainda que no Libello só se accuzasse o Commisso. e se não pedissem as pensões, porque vem *ex natura rei*. Hontalb. de Jur. Supervenient. Tom. 1. Q. 5. n. 11.

Se se escusa *ex causa* do Commisso, póde na mesma sentença ser condemnado nas pensões ainda que não pedidas no Libello

FIM.