

# CURSO

DE

## DIREITO CIVIL PORTUGUEZ

### PARA O ANNO LECTIVO

DE

1843—1844;

OU

### COMMENTARIO A'S INSTITUIÇÕES

DO

*Sr. Paschoal José de Mello Freire*

SOBRE O MESMO DIREITO.

POR

*Antonio Poibeiro de Liz Teixeira,*

Thesoureiro Mór na Cathedral de Coimbra, Lente Cathedratico da Faculdade de Direito na Universidade, etc.

**PARTE SEGUNDA.**

DIVISÃO 2.<sup>a</sup>

DO DIREITO DAS COUSAS COM RELAÇÃO  
A' PROPRIEDADE LIMITADA.



COIMBRA,

NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1845.

ILLUSTRISSIMO E EXCELLENTISSIMO  
SENHOR

**Conde de Thomar,**

COMO

Restaurador da Carta Constitucional  
da Monarchia Portugueza,

COMO

**JURISCONSULTO,**

E

EM RECONHECIMENTO DOS BENEFICIOS,  
QUE TEM PRESTADO,

COMO

Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino,

A

**UNIVERSIDADE,**

*O. D. e C.*

Antonio Ribeiro de Liz Teixeira.

# INDICE

DAS

## Materias deste Livro.

### PARTE 2.<sup>a</sup>

#### DIVISÃO 2.<sup>a</sup>

#### DO DIREITO DAS COUSAS COM RELAÇÃO A' PROPRIEDADE LIMITADA.

#### TITULO IX.

Da successão nos bens vinculados em morgado.

	Pag.
§. 1. <i>R</i> Ação d'ordem, origem da palavra morgado e sua definição . . . . .	1
— 2. <i>O</i> rigem ou typo do morgado . . . . .	4
— 3. <i>C</i> omo as LL. Fundamentaes, deferindo a Soberania, podem ser applicaveis á successão no morgado . . . . .	6
— 4. <i>Q</i> uaes são as nossas leis particulares sobre morgados . . . . .	8
— 5. <i>D</i> ifferença entre morgado, e outros direitos de successão . . . . .	9
— 6. <i>D</i> ivisão do morgado em regular e irregular . . . . .	11
— 7. <i>H</i> oje o morgado é unicamente regular . . . . .	12
— 8. <i>R</i> equisitos ou condições hoje necessarias na instituição de morgado . . . . .	13

§. 9. <i>Das condições adjectas á instituição do morgado</i> . . . . .	15
— 10. <i>Quem póde fundar morgado</i> . . . . .	18
— 11. <i>Que bens se podem vincular</i> . . . . .	20
— 12. <i>Por que modos se institue o morgado, e se prova a instituição</i> . . . . .	22
— 13. <i>Especies de successão observadas nos vinculos</i> . . . . .	23
— 14. <i>Mas na linha de substancia</i> . . . . .	24
— 15. <i>Exemplos de linhas de qualidade, que por isso se rejeitão</i> . . . . .	25
— 16. <i>Como se gradúa o direito de succeder no morgado</i> . . . . .	26
— 17. <i>Regras sobre a precedencia ou prerogativa lineal</i> . . . . .	27
— 18. <i>Dá-se o direito de representação, para o morgado se deferir</i> . . . . .	31
— 19. <i>A maioria dá precedencia no mesmo grau</i> . . . . .	33
— 20. <i>Dos gemeos em quanto a esta successão</i> . . . . .	34
— 21. <i>Se os bastardos e legitimados succedem</i> . . . . .	36
— 22. <i>Outros filhos e pessoas, que não succedem</i> . . . . .	37
— 23. <i>Da successão em quanto aos ascendentes</i> . . . . .	39
— 24. <i>Successão dos collateraes</i> . . . . .	40
— 25. <i>Quando succede mulher</i> . . . . .	41
— 26. <i>Quando succede o fisco, e que direito a successão lhe confere</i> . . . . .	42
— 27. <i>Se succede o Estado pelo crime do possuidor</i> . . . . .	45
— 28. <i>Natureza do direito, que o possuidor tem no morgado, e consequencias do mesmo</i> . . . . .	46
— 29. <i>Das dividas contrahidas pelo instituidor, bem como das do possuidor</i> . . . . .	55
— 30. <i>Da successão nos morgados constituídos em bens da Corôa</i> . . . . .	61
— 31. <i>Da successão do morgado instituido pelos conjuges na mesma carta</i> . . . . .	62
— 32. <i>Das obras piás</i> . . . . .	ib.

## TITULO X.

## Das Capellas.

	Pag.
§. 1. Razão d'ordem, definição da capella, e differença entre esta e morgado . . . . .	65
— 2. Etymologia da palavra capellas e origem da instituição assim chamada . . . . .	66
— 3. Especies de capella . . . . .	67
— 4. Por que leis se governão as capellas . . . . .	68
— 5. Providencias da Lei de 9 de Setembro de 1769 a respeito de capellas . . . . .	ib.
— 6. Outras providencias do Decreto de 17 de Julho de 1778 . . . . .	70
— 7. Pessoas, que podem instituir capella, e qual o seu rendimento . . . . .	ib.
— 8. Das capellas administradas por Clerigos e corporações de mão morta . . . . .	72
— 9. Capellas de D. Affonso IV. . . . .	74
— 10. Das capellas devolutas á Corôa por vacantes . . . . .	75
— 11. Extincção, commutação e reducção dos onus pios . . . . .	76
— 12. Do denunciante da capella por vacante . . . . .	79

## TITULO XI.

## Direito nos bens dados em emphytense, ou Direito Emphyteutico.

§. 1. Razão d'ordem, etymologia da palavra emphyteuse, seus usos e definições subjectivamente considerada . . . . .	81
— 2. Origem do direito emphyteutico . . . . .	82
— 3. Do que é essencial e natural no direito emphyteutico . . . . .	85
— 4. A emphyteuse differe do direito do comprador e conductor . . . . .	89
— 5. A emphyteuse tambem differe do censo . . . . .	93

	Pag.
§. 6. <i>Distingue-se do feudo, superficie, pensões annuaes e precarias</i> . . . . .	96
— 7. <i>O emphyteuta distingue-se do colono em todas as suas especies</i> . . . . .	99
— 8. <i>Divisões da emphyteuse</i> . . . . .	101
— 9. <i>Cousas, que podem ser objecto ou ser dadas em emphyteuse</i> . . . . .	105
— 10. <i>Pessoas, que podem conceder e adquirir emphyteuse</i> . . . . .	116
— 11. <i>Modos, por que se concede e se prova a emphyteuse</i> . . . . .	118
— 12. <i>Direitos principaes do emphyteuta e senhorio</i> . . . . .	120
— 13. <i>Do canon emphyteutico</i> . . . . .	124
— 14. <i>Do consentimento do senhorio na alienação necessaria da emphyteuse</i> . . . . .	130
— 15. <i>Na alienação voluntaria da emphyteuse</i> . . . . .	134
— 16. <i>Da opção ou direito protimeseos</i> . . . . .	138
— 17. <i>Do laudemio</i> . . . . .	143
— 18. <i>São impartiveis os bens do prazo</i> . . . . .	150
— 19. <i>Das benfeitorias</i> . . . . .	151
— 20. <i>Como se succede na emphyteuse hereditaria pura</i> . . . . .	154
— 21. <i>Successão propria da emphyteuse hereditaria mixta</i> . . . . .	161
— 22. <i>Successão na emphyteuse familiar pura</i> . . . . .	164
— 23. <i>Successão na emphyteuse familiar mixta</i> . . . . .	179
— 24. <i>Emphyteuse de nomeação</i> . . . . .	181
— 25. <i>Quando é irrevogavel a nomeação, e quando revogavel</i> . . . . .	191
— 26. <i>Da renovação da emphyteuse</i> . . . . .	193
— 27. <i>Modos, por que acaba o direito emphyteutico</i> . . . . .	201
— 28. <i>Singularidades da emphyteuse ecclesiastica</i> . . . . .	207

## T I T U L O XII.

### Das partilhas e collações.

§. 1. <i>Razão d'ordem, e o que seja petição de herança</i> . . . . .	211
— 2. <i>Accção de partilha da herança</i> . . . . .	213

§. 3.	<i>Por que modos se faz a partilhã</i>	214
— 4.	<i>Da citação dos coherdeiros</i>	217
— 5.	<i>A quem se pede a partilha</i>	222
— 6.	<i>Appliação da doutrina estabelecida ao con- juge sobrevivo</i>	223
— 7.	<i>Outras applicações da necessidade da petição judicial da partilha</i>	224
— 8.	<i>Cousas, que se não partem ou dividem</i>	225
— 9.	<i>Os bens vinculados não se dividem</i>	227
— 10.	<i>Dos bens emphyteuticos em relação á partilha</i>	228
— 11.	<i>Necessidade do inventario</i>	230
— 12.	<i>O que seja collação, que pessoas são a ella obrigadas, e qual o seu objecto</i>	231
— 13.	<i>Da collação do dote</i>	235
— 14.	<i>Resultados da partilha</i>	239

T I T U L O XIII.

Das servidões.

§. 1.	<i>Razão d'ordem, o que seja servidão, e quaes as suas especies</i>	243
— 2.	<i>Servidões consistentes in faciendo</i>	250
— 3.	<i>Subtilezas dos Romanos a respeito de servidões</i>	253
— 4.	<i>Em que consiste o usufructo</i>	256
— 5.	<i>Modos, por que se constitue o usufructo</i>	259
— 6.	<i>Modos, por que acaba o usufructo</i>	262
— 7.	<i>Da acção fructuaria</i>	271
— 8.	<i>Usufructo das cousas, que se consomem pelo uso</i>	275
— 9.	<i>Do uso, habitação e obras d'escravos</i>	277
— 10.	<i>Servidões prediaes</i>	281

T I T U L O XIV.

Das penhores e hypotheca.

§. 1.	<i>Razão d'ordem, o que seja penhor e hypotheca</i>	294
— 2.	<i>Tanto do penhor, como da hypotheca, resulta a mesma acção</i>	296

	Pag.
— 3. Tanto no penhor, como na hypotheca, o dominio não passa para o crédor . . . . .	297
— 4. Divisão do penhor em geral e especial, e que bens se comprehendem naquelle . . . . .	299
— 5. Outras divisões de penhor, tomado na mesma accepção, ou em sentido lato . . . . .	306
— 6. Penhor Pretorio . . . . .	ib.
— 7. Penhor judicial . . . . .	307
— 9. Do penhor público, quasi público e particular . . . . .	311
— 10. Do penhor legal . . . . .	312
— 11. Cousas, que não podem ser objecto de penhor . . . . .	315
— 12. Preferencia da hypotheca pública . . . . .	316
— 13. A hypotheca legal privilegiada prefere á pública . . . . .	320
— 14. Da prelação ou preferencia entre os crédores simplesmente chirografarios . . . . .	323
— 15. Da accção do crédor a respeito do penhor . . . . .	326
— 16. Da accção hypothecaria contra terceiro possuidor . . . . .	327
— 17. Do beneficio da ordem, que compete ao terceiro possuidor . . . . .	329
— 18. Da distracção do penhor . . . . .	330
— 19. Dos pactos adjectos ao penhor . . . . .	333
— 20. Dos modos, por que acaba o penhor . . . . .	335

FIM DO INDICE DA 2.<sup>a</sup> PARTE, DIVISÃO 2.<sup>a</sup>, OU DO DIREITO  
DAS COUSAS COM RELAÇÃO A' PROPRIEDADE LIMITADA.

---

# CURSO

DE

Direito Civil Portuguez,

PARA O ANNO LECTIVO

DE

1843—1844.

---

PARTE 2.<sup>a</sup>

DIVISÃO 2.<sup>a</sup>

Do Direito das Cousas com relação à propriedade limitada.

TITULO IX.

Da successão nos bens vinculados em morgado.

*Razão d'ordem, origem da palavra morgado e sua definição.*

§. I. *M*ajoratus successio ob rei ipsius dignitatem, etc. No Titulo antecedente examinámos a materia relativa á successão nos bens livres ou allodiaes, deixados pelo defuncto intestado, que por isso é deferida immediatamente pela lei; como porém esta defere hoje a successão nos bens vinculados em morgado,  
*Part. II. Div. II.*

ornando-a por isso mesmo uma das especies de successão legitima, devia ella ser aqui examinada em seguida ou logo depois da outra especie de successão, que a lei tambem defere. É isto o que o A. faz neste Titulo distincto, pois que a successão dos morgados não é inferior em importancia á dos bens livres, e por ventura envolve maiores difficuldades.

O morgado, entendido como disposição de propriedade, é um fideicommisso gradual, successivo, perpetuo e indivisivel, deixado para o fim de se conservar o nome e esplendor d'uma casa ou familia, aproveitando sempre á pessoa mais velha da mesma, circumstancia esta, de que a disposição tomou o nome, formado das duas palavras — *majores natu*, que exprimem aquella qualidade e requisito nos substituidos, ou nos chamados a este fideicommisso.

Do exposto facilmente se conclue que o morgado, objectivamente entendido, consiste nos bens destinados áquelle fim, e sujeitos ás clausulas referidas, que constituem ou formão a essencia desta disposição; assim como se conclue que em relação subjectiva é morgado o direito de succeder nos mesmos bens, ou consiste, como o Sr. Paschoal com Molina *de primogenitor*. liv. 1. cap. 1. n. 22. mais explicitamente determina « *no direito de succeder nos bens deixados para perpetuamente se conservarem inteiros na familia, deferindo-se por ordem successiva, ou pela ordem da successão legitima, a qualquer primogenito mais proximo.*

Esta, deixando outras definições de morgado, tambem usadas pelos Jurisconsultos, nos parece merecer approvação, pois contem differentes characteristics, que perfeitamente distinguem o direito especial, que procuramos conhecer. A palavra *integra* com referencia aos bens, sobre que o mesmo direito versa, os declara indivisiveis, isto é, não sujeitos a partilha, ou esta se opere por glebas, como nos bens allodiaes, ou se faça por estimação, como nos emphyteuticos, distinguindo-se assim claramente uns e outros dos em que se dá morgado. Outra qualidade, que separa estes bens de todas as mais especies de propriedade particular, é a de inalienaveis,

ou a de permanecerem sempre vinculados na familia, como explicação as palavras — *perpetuo conserventur*.

Com tudo o deferirem-se os bens, em que se dão ambas as sobreditas qualidades, a qualquer primogenito mais proximo do ultimo possuidor, como prescreve a clausula final da mesma definição — *proximoque cuicumque primogenito ordine successivo deferantur*, não entra na natureza invariavel do vinculo, ainda que se exige no *regular*.

Para o que é necessario advertirmos, que em outras nações, como a Italia e Hespanha, o morgado é de duas especies mui distinctas. N'uma é chamada ao fideicommisso a pessoa mais velha da familia, mas que juntamente é a mais proxima do ultimo possuidor, o que confôrme com a ordem da successão legitima, faz dizer-se o morgado *regular*. Na outra especie vem ao fideicommisso a pessoa mais velha da familia, ainda que não seja a mais proxima em gráo de parentesco com o ultimo possuidor, especie, em que o morgado se chama *irregular* em razão de se postergarem linhas, ou de saltar-se d'uma a outra dellas, sendo necessario, para se deparar com essa pessoa mais velha; o que é contra a ordem da successão legitima, que se despreza, para tão sómente se attender á conservação do mais velho entre todos os parentes do ultimo possuidor; donde vem ter esta especie de morgado tambem o nome de *salutar* nos escriptores do Direito da Italia sobre este assumpto.

Fica por tanto claro ser a clausula da definição — *proximoque cuicumque primogenito*, etc., desprezada na fundação do morgado *irregular*; mas necessaria no *regular*, que, como veremos, constitue actualmente entre nós o unico morgado permittido, achando-se por isso a definição, que adoptamos, em harmonia perfeita com a nossa actual legislação.

É porém conveniente advertir desde já, para não nos confundirmos, que entre nós, assim como na Hespanha, não é sempre o primogenito mais proximo em gráo de parentesco com o ultimo possuidor quem succede no fideicommisso; mas o representante do mesmo,

quando este em razão de predefuncto não succede, ainda que aquelle seja mais moço e menos proximo, do que outro, para com o ultimo possuidor. O que provém do direito de representação se observar na successão dos bens vinculados, como opportunamente exporemos.

*Origem ou typo do morgado.*

§. 2. *Illius origo in unive<sup>rs</sup>a Hispania ad Principatum refertur.* Outras mais são as origens attribuidas ao morgado; mas como nos não resulta do seu exame o menor proveito juridico, isto é, nem o mais pequeno auxilio para a intelligencia das leis relativas ao assumpto, podemos por agora limitar-nos a accreditar com o A., que a origem verdadeira, que em toda a Hespanha foi seguida para esta especie de disposição, esteve no modo, por que a Corôa ou a Soberania se deferia; servindo a successão em quanto a esta como de typo para aquella.

A Soberania d'Hespanha, sendo originariamente electiva, do que nos dão testemunho o Conc. Tolet. 4.º can. ult., e o 5.º can. 3., principiou a ser hereditaria desde o Rei Pelagio; e tal se tem conservado, recebendo as LL. fundamentaes a ordem que os costumes já havião introduzido, consistindo em o filho primogenito succeder na Corôa ao pai, e o collateral mais proximo e velho ao Rei, que morre sem descendencia.

Que a successão da Corôa em Hespanha deu origem, ou foi o typo e modelo para a disposição, que favorece exclusivamente o primogenito, ou o mais velho, chamada por isso morgado, prova-se pela existencia alli de morgados, antes e muito antes de leis, que sobre tal assumpto dispozessem; o que não pôde resultar senão de se tomar para norma da disposição, em quanto á propriedade particular, a successão, que as LL. fundamentaes em seguimento dos costumes adoptarão para a Corôa, pois que consideravão o Reino um todo indivisivel e inalienavel, offerecendo por isso na successão analogia ao morgado.

Em Portugal, Reino creado n'um Condado livre da Hespanha, foi recebida e inalteravelmente conser-

vada a ordem de successão na Soberania , consistindo em ser exclusivamente preferido o primogenito mais próximo em parentesco legitimo ao Rei defuncto , ou esta ordem tivesse seu unico fundamento nos costumes , ou nas disposições , quer verdadeiras , quer apocryfas , das que se chamarão Côrtes de Lamego.

Existirão porém instituições de morgado antiquissimas , quaes as que Pegas nos refere , e adoptavão aquella mesma ordem de successão ; mas as nossas leis sobre este assumpto são de data posterior , como em breve mostraremos ; logo é força concluir que houve entre nós uma época primeira , em que tambem o prototypo ou modelo das disposições em morgado esteve na successão da Corôa unicamente.

*Quaestio de majoratum , jam institutorum , vel instituendorum justitia* , etc. Assentada a origem ou a imagem primeira para a successão no morgado , que depois as nossas leis expressamente regularão , declara o Sr. Paschoal nesta ultima parte da nota ao §. , que não se occupa das questões commummente debatidas sobre a justiça , equidade e conveniencia dos morgados já instituidos , bem como das que versão sobre providencias legislativas , com referencia aos que se houverem de instituir no futuro.

Prescindimos tambem de taes questões ; por quanto dando-se , em nosso modo de ver , falso methodo em examinar este assumpto na generalidade ou *in abstracto* , e não em especialidade ou com respeito a uma nação determinada , em face de suas circumstancias particulares , e mais que tudo de sua fórmula de governo , pela necessaria influencia da mesma , em que exista , ou não exista a classe distincta dos nobres : a complexidade da materia muito nos deteria , e isto quando o nosso dever se satisfaz , expondo as sentenças das leis sobre o assumpto , sentenças , em que por sua approvaçào imprimem as mesmas leis o cunho da conveniencia pública , á qual cedem outras considerações.

*Como as LL. Fundamentales, deferindo a Soberania, podem ser applicaveis á successão no morgado.*

§. 3. *Cum ergo Regni successio, ad cujus exemplum majoratus institutus fuit, jure sanguinis uni tantum, eique primogenito, deferatur, etc.* Sem tambem nos occuparmos com disputas sobre a existencia das Côrtes de Lamego, é certo que as disposições, que lhes são attribuidas, e que a nota a este §. refere, bem como a prática sempre constante desde o principio da Monarchia, deferirão a Soberania segundo a ordem brevemente enunciada no texto pelo A. — *uni tantum, eique primogenito.*

O poder soberano não se parte, nem depende da vontade do Monarcha escolher o successor; pois que é elle chamado pela lei, ou esta fosse primordialmente, entre nós, escripta ou consuetudinaria, segundo a qual a Soberania cabe exclusivamente á pessoa natural mais velha entre os parentes legitimos do Rei defuncto. Contudo não é esta a que indica a maioridade, absolutamente considerada, mas a mais proxima do defuncto, ou a mais velha entre as pessoas, que estão para com elle na maior e igual proximidade, pois que, como o A. tambem se explica, a Soberania é deferida por linhas e grãos — *deferatur per lineas et gradus*; isto é, procura-se o mais velho ou primogenito pela precedencia da linha e do grão, pois que é o mais proximo do defuncto o em que ambas estas precedencias se reuñem.

Por tanto, em razão da linha recta dos descendentes preferir á obliqua, o filho primogenito do Rei precede o thio irmão do mesmo, sem que obste ser mais velho: e como tambem a proximidade na mesma linha é determinada pelo grão, o neto não succede ao avô, se o pai é vivo; mas se este é primogenito e predefuncto, o primogenito entre os netos sóbe ao throno, preterindo o thio irmão segundo-genito do pai, a pezar de ser mais velho; porque o neto, que em verdade está mais distante do avô, do que o thio, pelo direito de representação entra na primogenitura do pai, ficando assim em igualdade de grão com o thio, e mais velho do que este.

*Tam descendentibus, quam collateralibus, etc.* Não só os descendentes são *in infinitum* chamados á successão na Soberania: mas também os collateraes, isto porém acontece, quando falta linha, que preceda a obliqua, em que se achão, na qual a proximidade do grau, conjuncta com a idade mais avançada, determinão ou distinguem o primogenito exclusivamente successivel.

Cabe aqui porem advertir que a successão na Soberania não se limita aos parentes, que se achão dentro do decimo grão segundo o Direito Civil, mas se estende aos que até mesmo se achão no grau millesimo, pois que esta successão não se defere como a herança do Rei, ou *jure hereditario*, mas *jure sanguinis*, ou por attenção com o parentesco legitimo: assim como que os transversaes entrão em ordem successivel logo depois dos descendentes, quando na successão legitima da herança só lhes chega na falta dos ascendentes, differença, que resulta de ser unicamente considerada a linha dos geradores na transmissão activa da Soberania, cuja successão nunca sóbe ou retrocede, mas progide sempre, vindo por isso da linha recta ascendente para a descendente, caminhando depois d'esta para a collateral ou obliqua. Assim, se o primogenito do Rei defuncto morre sem descendentes, não transmite o poder soberano á Rainha sua mãe, mas ao irmão segundo-genito, pois que aquella não é do sangue attendido, o do progenitor cabeça da Dynastia, sendo assim estranha n'esta relação, e como tal sem direito algum a Corôa.

*Tam masculis, quam feminis, etc.* Finalmente a diversidade do sexo não importa incapacidade; mas a mulher concorrendo, na mesma proximidade, com varão, ainda que mais moço, não o pretere na successão, de que tractamos.

As regras, que ficão postas para a successão legitima na Corôa, são exacta e expressamente continuadas na *Cart. Constit.* da Monarchia art 87. e seg., pois manda preferir sempre a linha anterior ás posteriores, na mesma linha o grão mais proximo ao mais remoto, o varão á femêa no mesmo grão, no mesmo sexo o mais velho ao mais moço, e depois dos descendentes os collateraes.

Expostas as providencias das nossas Leis Fundamentaes sobre a successão da Corôa , e visto no §. antecedente que foi esta o modelo adoptado entre nós para a dos vinculos , conclue na ultima parte do §. o Sr. Paschoal , em harmonia com a opinião unanime dos DD. , que as especies duvidosas em razão das sentenças menos expressas nas leis particulares respectivas á successão nos morgados devem decidir-se pelas regras analogas das Leis Fundamentaes , fazendo-se com estas argumento para aquellas especies se resolverem. Isto mesmo é o que , por identidade de fundamento , se practica em Hespanha. *Molin de primogenitor.* liv. 1. cap. 2. n. 16. , bem como o outro *Molin. disput.* 576.

*Quaes são as nossas leis particulares sobre morgados.*

§. 4. *Leges speciales , quae majoratus successionem declarent , paucas quidem habemus.* Poucas são as nossas leis particulares sobre a successão dos morgados , e estas muy posteriores á práctica ou costume de se vincularrem os bens ; do que é prova o rigoroso silencio sobre este objecto , que se observa em ambos os Codigos antigos , o Affonsino e Manoelino , apparecendo tão sómente na Ord. actual o tit. 100. do liv. 4. , que se insereve — *Por que ordem se succederá nos morgados e bens vinculados.*

Antes porém da Ord. actual houve legislação escripta sobre este assumpto , mas reduzida sómente a duas Leis de D. Sebastião , datadas do mesmo dia e anno , 15 de Setembro de 1557 , das quaes se infere existirem vinculos ou morgados anteriores , mandando uma que concorrendo para succeder-lhe filha mais velha com irmão , ainda que mais moço , succeda este ; e a outra que succeda com preferença o parente mais chegado ao ultimo possuidor ; providencias em ambas ellas procedentes , quando o instituidor não tiver disposto expressamente d'outra maneira. As disposições referidas formão as Leis 12. e 13. tit. 1. p. 6. na Collecção de Duarte Nunes de Lião , e são a unica fonte domestica da cit. Ord. do liv. 4. tit. 100. , sendo-lhe fontes estranhas

as LL. das Côrtes de *Toro* do anno 1505. em Hespanha, sob o governo da Rainha Joanna, e o tit. 7. liv. 5. da *Nov. Recopil.*, donde se conclue que tanto aquella Ord., como as leis posteriores a seu respeito, recebem illustração das estranhas apontadas, na parte em que estas forão suas fontes.

Vem por isso a proposito, antes de terminarmos a relação das nossas leis sobre morgados, expor aqui, em quanto á natureza dos mesmos, algumas apiniões de *Molin.* liv. 1. cap. 8. de *Hispanorum primogenitorum origine et natura*, formadas á face das Leis d' Hespanha.

No n. 13 assevera que o morgado tem por sua natureza duração perpetua e infinita, excepto se pela disposição é restricto a certas pessoas ou grãos.

Diz no n. 14. que o fundador ou instituidor se considera ter feito todas as substituições necessarias, para que seja effectiva e segura a mesma perpetuidade.

No n. 16. estabelece que a palavra *morgado*, empregada sómente pelo testador na disposição, contém todas quantas substituições elle podia ter feito, para lhe dar um progresso infinito.

Vai ainda mais longe no 17., declarando que o morgado não acaba com as pessoas expressamente chamadas, mas continúa nas da familia, sem que lhe obste a falta de vocação.

Deixando outros nn., em que este Escriptor algum tanto se repete sobre a duração do morgado, não devemos omittir uma sua advertencia, consistindo em que na Hespanha, para o mesmo se instituir, não é precisa licença Regia.

Voltando agora á relação das nossas leis particulares sobre morgados, temos, depois da Ord. liv. 4. tit. 100., a Lei de 9 de Setembro de 1769, a de 3 d'Agosto de 1770, e finalmente o Decreto de 4 d'Abril de 1832.

*Differença entre morgado, e outros direitos de successão.*

§. 5. *Neque majoratus nostri confundendi cum prae-rogativis, vulgo senioribus adtribuitis, neque cum primo-*

*genitorum juribus*, etc. Segundo alguns costumes em França, já notámos que o filho varão mais velho foi o unico herdeiro: em outros povos o mesmo se practicou, ou pelo menos derão-lhe na partilha maiores vantagens. Em nada disto porém houve um direito de succeder com a mesma natureza do morgado, pois que aquelles direitos de succeder ou na totalidade da herança, ou em parte mais consideravel, ou com vantagem maior, conferião dominio amplo ou propriedade illimitada, o que não acontece no morgado.

Tambem o direito de succeder dos primogenitos entre os Hebreos nada teve de commum com o morgado: recebião elles duas partes ou o dobro, do que cabia aos filhos segundo-genitos; mas dispunhão desta porção a seu arbitrio, o que não consente a successão em morgado; logo o direito de succeder dos primogenitos Hebreos era mui differente d'esta.

*Neque etiam confundendi cum fideicommissis perpetuis Romanorum*, etc. Tiverão sim os Romanos fideicommissos perpetuos, cujos bens não passavão para fóra da familia, mas dividião-se; e não tiveram substituições em favor dos primogenitos. *Retes de fideicommiss. perpet. famil. relict.* cap. 1. §. 18.

Por tanto não só a successão em morgado é inteiramente diversa das referidas, mas nem o direito de succeder exclusivo do filho varão mais velho, nem as vantagens do mesmo, nem o direito da primogenitura dos Hebreos, nem finalmente os fideicommissos perpetuos dos Romanos servirão d'origem ao morgado entre nós; mas foi elle imitado dos Hespanhoes, tendo por modelo em ambas as nações a ordem, por que se succede na Corôa.

Ha porém grande analogia entre morgado e capella; pelo menos a ordem de successão e a inalienabilidade dos bens são as mesmas em ambas estas disposições: mas são differentes na extensão os direitos do successor, e differentes tambem os fins do instituidor, como mais adiante mostraremos.

*Divisão do morgado em regular e irregular.*

§. 6. *Majoratus sine Regis licentia olim institui poterat*, etc. Antigamente podia qualquer, entre nós, fundar ou instituir morgado com successão a seu arbitrio, e sem que dependesse de ser auctorizado pelo Rei; por quanto por virtude da natural liberdade, e em razão do dominio, pôde o proprietario usar livremente do que é seu na falta de lei civil, que lhe assigne limites, ou prescreva fôrma e condições a esse uso.

Mas já vimos que nossas leis guardarão por muito tempo silencio sobre a instituição de morgado, deixando por consequencia a cada um liberdade ampla, ou para se conformar com a prática primeira e mais geral, adoptando a ordem de succeder, que deferia a Soberania, fundando assim morgado conforme as regras da mesma, e por isso um morgado regular; ou para estabelecer a seu arbitrio successão extraordinaria, que tornava o vinculo irregular, ou contraposto áquelle; o mesmo que já notámos ainda acontece em Hespanha, onde tambem se não requer para a instituição licença especial do Soberano, pois não chegou a ter effeito a necessidade desta licença, estabelecida no art. 139. da Constituição decretada em Bayonna em 6 de Julho de 1808.

A liberdade de instituir morgado regular ou irregular não só se observou entre nós antes de toda a legislação particular a tal respeito, mas depois e com demora; pois que as duas primeiras leis já referidas, as de D. Sebastião, preferindo na successão o irmão mais moço á irmã, e o parente mais proximo do ultimo possuidor, mandavão, como notámos, observar com preferencia tudo quanto o fundador dispozesse d'outra maneira, ficando-lhe por este modo salva inteiramente a liberdade para instituir morgado irregular.

Além disto esta mesma liberdade continúa pela Ord. liv. 4. tit. 100.; por quanto adoptando até ao §. 2. *inclus.* para successão nos bens vinculados a que se observa na Corôa, ainda que por outros termos, faz cedê-la a outra qualquer successão, sendo aquella apenas

procedente, *não se declarando, ou dispondo o instituidor.... em outra maneira, porque o que elle ordenar e dispozer, se cumprirá*, como se explica o §. 3.

Em resultado, tanto por nossos antigos costumes, como pela serie das leis examinadas, dava-se morgado regular, imitando na successão a da Corôa : o contrario do que acontecia no irregular, em razão d'alguma das causas especiaes, que exporemos no §. seguinte.

*Hoje o morgado é unicamente regular.*

§. 7. *Hodie vero majoratus omnes effecti sunt regulares*, etc. Toda a instituição de morgado é regular entre nós depois da Lei de 3 d'Agosto de 1770, comprehendendo-se nesta proposição tambem as instituições anteriores á promulgação da mesma Lei.

Por tres causas foi irregular entre nós a successão no morgado, e por isso irregular a sua instituição ou fundação: 1.<sup>a</sup> por ser livre inteiramente ao ultimo possuidor a vocação do successor ou restricta a individuo de familia determinada, dependendo algumas vezes de dispensas e habilitações de Cameras, Confrarias, Prelados ordinarios, Superiores de Mosteiros e outras Corporações ou pessoas; mas esta causa foi perfeita e expressamente abolida, até mesmo nas instituições anteriores, pois ficarão com successão regular. Lei cit. §. 8.

A 2.<sup>a</sup> causa da instituição irregular de morgado consistia na vocação sob clausula d'agnação ou masculinidade, de sorte que succedião unicamente os varões, com exclusão perpetua das femeas da familia, as quaes, como já vimos, tem ingresso na successão regular; mas taes vocações forão extinctas, convertendo-se em regulares, para, depois dos possuidores ou administradores ao tempo da promulgação desta Lei, serem chamados seus descendentes e successores legitimos, como se as disposições d'agnação ou masculinidade nunca houvessem existido. Cit. Lei §. 9.

Tornarão ainda irregular a instituição as clausulas ineptas, exquisitas, frivolas e exoticas, que na mesma se

empregação; estas clausulas porém ficarão tidas por não escriptas, ou sem effeito, regularizada por isso toda a instituição de vinculo, em que se dessem. A mesma Lei §. 10.

A liberdade, com que até então qualquer por seu arbitrio e auctoridade privada podia dispor em vinculo ou morgado, acabou sem excepção de pessoa, sendo sempre indispensavel, para a instituição se fazer, licença Regia expedida em Consulta do Desembargo do Paço, §. 13.

O §. 24. manda que sejam uniformes todas as instituições de morgado, regulando se na fórma da Ord. liv. 4. tit. 100., no que não for contraria a esta Lei, ficando assim terminantemente revogado o §. 3. da mesma Ord., que, segundo ponderámos, consentia instituições irregulares.

Finalmente as instituições permittidas ou legalmente auctorizadas, em que os instituidores inserirem clausulas, condições e modos, que forem irregulares, não ficão nullas, mas essas clausulas e condições são tidas por não escriptas, §. 25. Resulta pois ser inteiramente verdadeira a proposição do A.: *Hodie vero majoratus omnes effecti sunt regulares*, etc., asseverando com toda a exactidão, que não só são hoje regulares as instituições de morgado posteriores a esta Lei, mas também as anteriores, pois que as que ella conservou pela importancia dos bens, se erão irregulares, se torná-rão regulares.

*Requisitos ou condições hoje necessarias na instituição de morgado.*

§. 8. *Quare hodie majoratum non jam cuiicumque suo arbitrio instituere licet*, etc. Para a instituição de morgado não ser nulla, ou para valer, é indispensavel licença Regia, ou que o Soberano a auctorize, como acabámos de ver determina o §. 13. da Lei de 3 d'Agosto de 1770.

Não é porém qualquer pessoa apta para requerer esta licença, pois que tão sómente se toma conheci-

mento da supplica de Fidalgo ou de pessoa distincta em nobreza, cit. Lei §. 15. Estão com tudo nesta razão todos os que se fazem dignos da mesma graça por serviços feitos nas Armas, nas Letras, ou pela profissão do Commercio, Agricultura e Artes Liberaes, §. 16. As referidas qualidades porém podem não existir no instituidor ou auctor da disposição, mas devem então existir na pessoa, em beneficio de quem pretende instituir o morgado, §. 17.

A aptidão das pessoas, restricta neste objecto ás em que se dão as qualidades e condições referidas, vem determinada ou resulta da sabedoria e justiça das ponderações, que o legislador (D. José) manifestou no preambulo desta Lei; reconhecendo que os morgados em geral são contrarios ao uso honesto do dominio; contrarios á justiça e igualdade, com que os bens devem ser partidos entre os filhos; contrarios por isso á multiplicação das familias; contrarios ao Commercio, por que os bens por alienaveis ficão fóra do seu gyro; contrarios á Fazenda Pública pois é privada das sisas, que alias receberia pelas successivas vendas dos bens; e por isso finalmente contrarios ao bem dos Povos, em quem recáem maiores impostos.

Mas como tambem reconhece serem os morgados necessarios nas Monarchias, por n'ellas ser necessaria a conservação da Nobreza; daqui vem o contrahir as fundações unicamente ás pessoas benemeritas pelas qualidades expostas, procurando assim o bem público com o menor sacrificio.

*Et eo tantum in casu bona majoratui destinata libera omnibus oneribus*, etc. Tambem para se alcançar a licença é mister que os bens destinados a vinculo produzão um rendimento annual, que, livre de quaesquer encargos, sem se exceptuarem os pios, seja capaz de conservar o esplendor da familia, em vez de por escasso não distinguir, mas confundir a Nobreza.

Nos vinculos com situação na Côrte, e para n'ella os possuidores residirem, deve mostrar-se por informações e provas verdadeiras, ser o rendimento annual pelo menos de seis mil cruzados liquidos; rendimento,

que no §. 19. da Lei de 3 d'Agosto de 1770 , foi substituido ao de quatro mil cruzados , que nas mesmas circumstancias exigia a Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 22.

Para o morgado com situação nas Provincias da Extremadura e Alem-Têjo , se os possuidores n'ellas tem de residir , o rendimento annual , ainda que possa ser superior , não póde ser inferior a tres mil cruzados liquidos , cit. Lei §. 20. Em todas as outras Provincias , e para n'ellas os administradores viverem , é sufficiente um conto de reis de rendimento , §. 21.

Com tudo em beneficio da Agricultura o rendimento , que fica posto em regra , admite uma excepção , pois que basta , em toda a parte , o de seiscentos mil reis , quando o instituidor ou fundador por abertura d'algun paul deseccou terras , ou de bravas as fez cultas , se annualmente produzem liquido este mesmo rendimento , §. 22.

#### *Das condições adjectas á instituição do morgado.*

§. 9. *Conditiones impossibiles natura , vel jure adpositae* , etc. Examinados os requisitos legais para a Regia licença do vinculo , pondera o A. os effeitos das condições que revestem , ou são adjectas á sua mesma instituição. Se a condição é impossivel ou fysica , ou moralmente , quer a disposição fosse feita em testamento , quer em contracto , o Sr. Paschoal , coherente com a doutrina , que nos deixou no Tit. 5. §. 33. da sua 2.<sup>a</sup> parte , tem aqui por nullo o morgado. Seguimos tambem este voto , não acceitando dos Romanos a diversidade do effeito da condição impossivel empregada na disposição testamentaria de quando posta no contracto , isto pelos fundamentos , que tomámos naquelle mesmo lugar , a que igualmente com o A. nos remettemos.

*Conditiones autem possibiles , sed ineptae , frivolae et exoticae (salva institutione) vitiantur* , etc. As condições possiveis , quando convenientes e sensatas , tem effeito e validade na instituição do morgado , por isso mesmo que contêm vontade justa do proprietario sobre bens ,

cóm' que faz favor e beneficio. Mas a liberdade de dispor, como o A. se explica no principio da sua nota ao §., não importa o direito de dictar exigencias desregradas ou filhas d'arbitrio solto, antes consiste n'uma faculdade modificada pelas leis, e por isso razoavel, de cujo uso não resulte detrimento nem aos individuos, nem ao público.

Este foi o solido fundamento com que a Lei de 3 d'Agosto de 1770 prohibio, sem que viciassem a instituição, mas viciando-se a si mesmas, as condições, que fazem arbitraria e irregular a successão nos morgados, o que era fóco abundante de litigios, como pondera a mesma Lei no §. 24., além de tanta liberdade produzir as mais graves injustiças.

Assim a clausula de agnação ou masculinidade, proscripta no §. 9., não só excluindo as femeas tornava irregular as successões, mas, como ahi mesmo a Lei pondera, havia feito a ruina de muitas familias inteiras, que virão em face de suas filhas passar os seus patrimonios a varões muito distantes do instituidor em parentesco, e até algumas vezes desconhecidos por seu obscuro nascimento.

Tambem injusta nos parece a da annexação da terça, annullada no §. 5., pois que não só offendia o dominio de todós os successores em quanto a esta parte dos seus bens patrimoniaes, mas as subsistencias dos filhos segundo-genitos e mais pessoas, quando aquelles por seu amor ou gratidão as quizessem preferir nos mesmos bens.

A clausula de livre ou restricta nomeação do successor feita pelo ultimo administrador, rescindida e tida tambem por não escripta no §. 8., não só tornava a successão irregular, mas em nossa opinião especialmente lhe cabia a qualidade de *ridicula*, que a mesma Lei attribue ás condições, que proscreeve. Por quanto se a nomeação era livre, podia o sangue do fundador ser postergado contra o fim, que teve em vista no vinculo; se era restricta a familia determinada, como o ultimo administrador, escolhendo o individuo, que devia succeder-lhe, era quem apparentemente fazia o beneficio immediato dos bens, e não o instituidor ficava este

assim

assim mui facilmente esquecido contra a sua intenção ao instituir o morgado.

Em resultado, as condições impossíveis por contrarias ás forças da natureza, bem como por offensivas das leis ou bons costumes, annullão a instituição do morgado; quando porém as condições são reprovadas pelas leis, mas tão sómente em razão de fazerem irregular a successão, subsiste a instituição para o vínculo existir, ficando aquella legitima ou deferida pela lei, viciando-se por isso a si mesmas taes condições, ou ficando desprezadas, e como se escriptas não forão.

Mas serão estas condições, que tornão a successão do vínculo irregular, ou outras, as que a cit. lei chama *exoticas*? O Sr. Paschoal, que pela redacção observada na 2.<sup>a</sup> part. do §., diz primeiramente *ineptas, frivolas e exoticas* todas as condições, que vimos influem irregularidade na successão: *Sed ineptae, frivolae et exoticae (salva institutione) vitiantur . . . . Et tales sunt: conditio, sive clausula agnationis, masculinitatis, et quaevis alia, quae majoratum irregularem faciat*; na ult. part. do §. especializa, ou parece especializar, por *exoticas e frivolas*, não as que fazem irregular a successão, mas as que são contrarias á liberdade natural, sem que de sua observancia venha interesse ou verdadeira utilidade a terceiro, como a d'o administrador casar com uma pessoa certa, ou em familia determinada, e na mesma razão a de residir em logar ou povoação, que lhe assigna.

É certo que a Lei de 3 d'Agosto de 1770 não refere um só exemplo de condição, a que caiba este ultimo character, devendo então avaliar-se o seu effeito por outras considerações. Em quanto á de casar, ainda que nos não pareça exotica na definição do A., quando a pessoa ou familia determinada tem nobreza, parece-nos inattendivel, pois que o matrimonio contrahido sem inteira liberdade é funesto nos effeitos. Lobão porém, no *Tract. Pract. de Morgados*, desconvêm, seguindo a validade da referida condição, bem como a da que marca ao successor o logar da residencia, ponto, em que nos conformamos, se tal logar póde ter influen-

cia em recordações memoraveis para lustre da familia, mas não quando determinado por um arbitrio infundado, e puramente oppressor.

*Quem póde fundar morgado.*

§. 10. *Regia licentia petita, et obtenta, majoratum instituere possunt Clerici aequae ac Laici, etc.* A qualidade, que confere a ordem sacra ainda a mais elevada, hoje que os Bispos tem congrua, dadas as condições ou requisitos, que já vimos a lei exige, não impede a instituição do morgado, isto quer se vinculem bens patrimoniaes tão sómente, quer os adquiridos em razão do serviço da Igreja, pois que tanto n'uns, como n'outros, tem os Clerigos dominio; nem a faculdade da disposição testamentaria, que a Ord. liv. 2. tit. 18. §. 7. lhes reconhece indistinctamente, provém d'outro principio.

Da faculdade de fundar morgado gozarão igualmente em todo o tempo os Clerigos de Hespanha, sem differença da qualidade de bens, *Molin. de primogenitor. liv. 2. cap. 10. n.º 53.*; reconhecemos com tudo ser mais appropriada ao estado clerical a instituição de capella.

*Majores, etc.* Os maiores de 25 annos, como habéis para testar e contractar, podem fundar morgado, obtida licença Regia e sem outra dependencia. Neste caso estão da mesma sorte os menores, quando puberes, fundando-o em testamento; mas para o fazerem em contracto dependião da assistencia do curador, a qual hoje não é bastante, sem que seja auctorizado pelo Conselho de familia. *Noviss. Refórm. Judic. art. 402. verbo — alienar.*

Que os pais de familias podem instituir morgado nos bens de propriedade illimitada, quer por testamento, quer por contracto, é sem questão. Outro tanto é no filho-familias pubere para o fazer por testamento, ainda mesmo em bens adventicios, em que o pai tem usufructo, pois que este, como effeito do poder patrio, acaba na morte do mesmo filho, isto é, acaba quando

o testamento, e por isso a instituição do morgado principião a ter força. O filho-familias porém, que não tem vinte e cinco annos perfectos, ainda que auctorizado pelo Conselho de familia para fundar ou instituir o vinculo por contracto, se o pai lh'o não consente, ou não renuncia o usufructo, não poderá incluir na instituição aquelles bens. O que com tudo pôde fazer por sua simples vontade, tendo vinte e cinco annos. *Noviss. Reform. Judic.* art. 458.

Mas poderá o instituidor, que tem herdeiros necessarios, como, por exemplo, o pai, vincular em bem d'um filho, prejudicando os outros na legitima? Lobão cit. *Tract.* pugna pela affirmativa, uma vez que o Soberano faculte não só auctorização para fundar o morgado, mas para n'elle se comprehender a legitima dos outros filhos.

O Sr. Paschoal porém na parte fin. do §. e nota ao mesmo entende que sendo os pais obrigados naturalmente aos alimentos dos filhos, está a obrigação de lhes deixar salva a legitima como subrogada áquella, ficando assim a mesma de Direito Natural, em que nenhum poder humano jámais pôde dispensar; donde conclue, que o pai pôde sómente instituir o morgado dentro das forças da terça.

Adoptamos a conclusão do A., ainda que não convivimos exactamente em principios. Se a legitima fosse substituida aos alimentos, seria consequencia, que satisfeita aquella uma vez, por maior que se tornasse a necessidade do filho, não lhe serião estes devidos, bem como que a legitima não seria devida ao filho, que não carece d'alimentos. Mas nada disto acontece; logo o fundamento das duas obrigações é differente.

O da obrigação dos alimentos está na geração, a qual impõe o dever de contribuir para a conservação logo que d'elles o filho necessita, abstrahindo de todas as outras considerações. O filho compossue naturalmente com o pai, está com elle em communhão, tem uma parte indivisa no casal; e a lei civil pela legitima não faz mais que separar-lh'a e distinguir-lh'a, vindo por isso a legitima a ser de Direito Natural, e por

consequencia a ser tambem verdadeira a doutrina de que o Poder Legislativo nunca póde auctorizar a privação da mesma no filho, salvo se por delicto a. merece, pois que então é pena justa, e sem delicto seria um roubo em todo o caso.

Dissemos — o Poder Legislativo — para nos conservarmos harmonizados com os dous AA. referidos, e não porque entendamos que são hoje as Côrtes o poder proprio ou competente para ser auctorizada a instituição de morgado.

No *Digest. Portug.* tom. 3. art. 1387. encontramos resolvido que o Poder Legislativo é o proprio para a prévia licença da instituição de morgado. Não duvidamos de que os vinculos constituem amortização dos bens, que comprehendem; nem tambem disso duvidou, antes claramente o reconhece o legislador no preambulo da Lei de 3 d'Agosto. Mas esta Lei decide os casos, em que aquella procede, com relação ás pessoas, ao logar e rendimento dos bens; tudo está legislado, e nada por ora revogado.

O Rei antigamente, concedendo licença para o vinculo, não legislava, nem dispensava, mas dava execução á Lei de 3 d'Agosto: logo extincto o Desembargo do Paço, o Poder Executivo tem materia d'execução na mesma Lei pela Secretaria dos Negocios do Reino. São porém as Côrtes o unico poder proprio para auctorizar a instituição de morgado, quando a supplica for contraria ás providencias legislativas actualmente em vigor.

### *Que bens se podem vincular.*

§. 11. *Majoratus, cum natura sua perpetuus sit, in bonis tantum immobilibus constitui potest.* Depois de conhecidas as pessoas, que podem fundar morgado, examina o A. neste §. a natureza dos bens, que lhe servem d'objecto.

Pois que o morgado em virtude do seu fim deve existir por tanto tempo, como a familia, que pela reproducção se perpetua, é da sua natureza consistir em bens immoveis, porque os outros perecem; accrescendo

não serem rendosos por si mesmos. Todavia os moveis incorruptiveis, quaes as pedras preciosas, vasos d'ouro ou de prata, e outros objectos, como emblemas gentili-cios, demonstrativos da antiguidade e facanhas da familia, bem podem unir-se ao vinculo, ainda que por si sós o não possam constituir. Peg. *de major*. cap. 4. n. 49., Molin. cit. n. 7.

Não estão na razão de bens immoveis para objecto do vinculo as pensões e réditos annuaes, se são remi-veis, ainda que a Ord. liv. 3. tit. 47. *pr.* os equipare aos immoveis, pois que em realidade lhes falta a per-petuidade; podem porém vincular-se sob clausula de que o preço, no caso de remissão, se applique á com-pra de rendimentos ou bens, que tenham esta qualidade. Molin. cit. n. 8., Peg. *ibidem* n. 46.

Com tudo as Apolices de Companhias de Com-mercio e Padrões de Divida Pública, por virtude do annual vencimento de juro, não são bens da terceira especie, mas tem-se por immoveis, capazes de vincular-se; o que é expresso no Alvar. de 21 de Junho de 1766, e no de 13 de Março de 1797 §. 8.

*Emphyteusis perpetua*, etc. Finalmente como pela instituição do vinculo ficão inalienaveis os bens, não pôde ella comprehender os em que o dominio do insti-tuidor não é pleno; d'outra sorte disporia juntamente de direito de terceiro, no que se dá nullidade. Assim o prazo de vidas não pôde ser vinculado, sem que o senhorio consinta, renunciando por este modo o direito á consolidação dos dominios, quando aquellas se extin-guirem, no que todos unanimemente concordão. Mas se o instituidor é emphyteuta, e o prazo perpetuo ou fateu-sim, caso, em que a consolidação não procede, alguns seguem que o pôde vincular; no que o Sr. Paschoal e muitos outros não convêm pelos solidos fundamentos d'o senhorio nunca poder ser privado, sem o seu consen-timento, do direito aos laudemios, sempre que o prazo se aliena, bem como da opção ou preferencia a qual-quer outro comprador, direitos, que repugnão com o mesmo entrar no vinculo, tornando-se inalienavel.

*Por que modos se institue o morgado, e se prova a instituição.*

§. 12. *Illud vero certum est, quod . . . majoratus recte instituitur tam in testamento, quam inter vivos*  
 Mostrado que pessoas podem instituir morgado, e que bens lhe podem servir d'objecto, diz-nos primeiramente o A. os modos, por que elle se institue, referindo depois os meios, por que o mesmo se prova. Como a instituição do morgado, depois da licença Regia, quer precedente, quer subsequente ou por confirmação, não é outra cousa mais, do que uma disposição de bens proprios; é evidente que pôde ella ser feita tanto em testamento ou *mortis causa*, como em disposição *inter vivos* ou por contracto; bem como que toma ou segue a natureza do acto, em que é feita — *naturam actus sequitur, cui fuit adjectus*, diz o Sr. Paschoal; isto é, que se o morgado é instituido por contracto, fica irrevogavel a instituição; ao contrario se é feita em testamento, pois que pôde este ser revogado até a morte em razão de tão sómente dar direito depois d'ella.

*Probatnr illius institutio ex ipso testamento, etc.* A instituição do morgado prova-se pelo testamento, em que foi feita, ou pela escriptura ou instrumento do contracto; mas entre nós não tem força a instituição, quando não é clara e expressa, alias são os bens tidos por livres, ainda que outra cousa se infira por conjecturas, argumentos e ponderações formadas sobre clausulas, palavras, conjuncções e pontuações, que se encontrem na disposição, como se explica a Lei de 3 d'Agosto de 1770 §. 4.; sendo porém certo, que o testamento ou escriptura procede como prova, sem dependencia de licença, ou Regia confirmação, nas antigas instituições; isto é, nas anteriores aquella Lei.

Se falta o instrumento da instituição, mas os bens por posse immemorial de seus administradores são tidos por vinculados, esta posse ou prescripção faz presumir sufficiente e justo titulo, como dispõe o cit. §. da mesma Lei, renovando a disposição da Ord. liv. 1. tit. 62. §. 51., concordante com a L. 41. de Toro, e L. 1. tit. 2. liv. 7 da *Nov. Recopil.*

Finalmente, segundo o mesmo §. 4. da Lei de 3 d'Agosto faz ainda prova a sentença passada em julgado, declarando os bens por vinculados, sem que falte tal effeito á proferida em incidente com legitimo contradictor. Ass. de 5 de Junho de 1783.

*Especies de successão observadas nos vinculos.*

§. 13. *Majoratus successio vel hereditaria est, . . . vel linealis*, etc. São duas as especies de successão, que se observão nos bens de vinculo, a *hereditaria* e a *lineal*: dá-se a primeira, quando sómente se olha á proximidade do grão, como quando o terceiro irmão do ultimo administrador lhe succede antes do sobrinho neto do irmão segundo-genito; dá-se a outra, quando sómente se attende á ordem ou prioridade da linha. Assim o descendente do filho primogenito morto antes do pai ultimo administrador, embora mais distante em grão, do que o filho segundo-genito, prefere-lhe, por isso que a linha, em que aquelle se acha, é anterior para a deste, ou precede-lhe na ordem.

A successão *lineal* pôde dividir-se em *agnatica*, *cognatica*, e *mixta*: a 1.<sup>a</sup> tem logar, quando só os varões formão linha ou são chamados, excluidas sempre as femeas, como se observa na Soberania de França por virtude da *Lei Salica*; a 2.<sup>a</sup> dá-se, quando as femeas são igualmente chamadas, como acontece com a Corôa Portugueza; a ultima ou *mixta* é quando as femeas são chamadas, tendo isto porém logar sómente, faltando varão nas linhas todas, successão esta, que tambem se chama *Austriaca* em razão de por ella se deferir a Soberania na Austria.

*Apud nos nulla hodie est successio agnatica, nec mixta, sed cognatica*, etc. Antigamente entre nós todas as tres especies referidas de successão lineal podião observar-se nos vinculos, pois que isto dependia tão sómente da vontade do instituidor, segundo a Ord. liv. 4. tit. 100 §. 3.; mas já vimos que ella foi revogada pelo §. 24. da Lei de 3 d'Agosto de 1770, ficando apenas em vigor a especie de successão determinada no §. 1. da

mesma Ord., isto é, a *successão cognatica*, porque dispondo que em igualdade de grão o varão prefira á femêa, ainda que mais velha, por exemplo, o irmão mais moço á irmã, admite as femêas na *successão*, quando na mesma proximidade não concorrem com varão, a quem preferem, achando-se elle em mais distancia; logo não pôde hoje entre nós observar-se no morgado, nem a *successão agnatica*, nem a *mixta*, sendo unica legal a *cognatica*.

*Mas na linha de substancia.*

§. 14. *Quia vero hodie majoratus omnes sunt regulares, in illius successione deferenda ratio tantum haberi debet lineae substantiae, etc.* Diz-se *linha de substancia* a serie e totalidade de gerações, que comprehendem todas as pessoas unidas na mesma consanguinidade, por isso que resultão ou provêm do mesmo tronco commum: por tanto, como o A. diz na nota, esta linha divide-se, na dos descendentes, ascendentes e collateraes, em *recta* e *obliqua*, em *paterna* e *materna*. É como a *linha de substancia* é formada pela participação no mesmo sangue, por consequencia apparece tal naturalmente, dando-se em todos quantos individuos a formão, o mesmo e unico fundamento das relações, que os ligão, e que por isso se não alterão pela diversidade do sexo, idade, robustez, profissão, ou de outra circumstancia, qualquer que seja.

A *linha de qualidade* não abrange a totalidade dos parentes, como aquella, mas comprehende restrictamente os em que um requisito ou circumstancia especial, natural ou accidentalmente se dá, a qual o instituidor attende para a *successão* no morgado. Assim se elle chama os varões, excluidas as femêas, dá-se *linha de qualidade*, *linha*, que pôde ser não só da especie referida como exemplo, mas de muitas segundo o arbitrio do instituidor, como exigindo no successor a profissão militar, a commercial a literaria, etc.

Exposta a differença das duas linhas, já não podemos duvidar de que sómente a de *substancia* se attende

na successão do morgado, pois sabemos que entre nós esta é sempre regular, o que a faz repugnante com a observancia da linha de qualidade.

Definindo a linha de substancia, o Sr. Paschoal comprehende n'ella a dos ascendentes, e com razão, pois que n'elles se dá o fundamento commum a todos os que a formão, mas resta advertir que tal linha, como antecedermente notámos, se considera transmittindo, e não succedendo no vínculo, pois que esta successão não retrocede; de sorte que a ordem dá lugar aos collateraes logo depois dos descendentes.

*Exemplos de linhas de qualidade, que por isso se rejeitão.*

§. 15. *Rejicienda ergo ab institutione qualitas, quod in majoratu tantum succedat vel clericus, vel agnatus, etc.* Estabelecido que a successão no morgado, actualmente approvada em nossas leis, é unicamente a regular ou a que se defere, segundo a ordem legitima, á linha de substancia formada pelo parentesco, ou relação, que resulta da communhão no mesmo sangue: fica liquido, que esta vocação ou chamamento legal supplanta e faz desprezar o do iustituidor, especializando nos chamados ao fideicommisso a qualidade de clerigo, por exemplo, ou a de varão, magistrado, ou qualquer outra; pois sempre, por este meio, approvará uma successão irregular, e por isso reprovada pela lei para que possa ter effeito.

A qualidade de clerigo porém não só não póde affirmativamente singularizar os successores em razão da irregularidade no vínculo, mas exclue da ordem legitima aquelles, em quem se dá, sem que se attenda á precedencia, que naturalmente ou pelo parentesco lhes compete, como é expresso na Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 11., com disposição extensiva á qualidade de monge pela emissão dos votos religiosos. O que nos faz persuadir de que o clerigo só é inhabil, quando tem ordem maior; accrescendo que só então fica pelo celibato, como o monge, em circumstancias de não poder concorrer para a conservação da familia, e de

prestar ao Estado serviços incompatíveis com o sacerdotio; razões, que a lei expressamente toma por fundamento da sua exclusão.

A qualidade de Doutor, que o A. também menciona, não produz exclusão no individuo, mas não pôde constituir condição ou qualidade no successor, pois faria irregular o morgado: assim, se ella fosse attendida na instituição, nem aquelle, em quem se dêsse, achando-se mais distante do ultimo possuidor, tomaria precedencia ao em quem se não dêsse, nem este lhe cederia. Mas a qualidade de bastardo, que ultimamente refere, inhabilita para succeder no vinculo, pois que a linha de substancia é formada pelos laços do parentesco legitimo. Ord. liv. 4. tit. 100. *pr.*

Com tudo a legitimidade de parentesco, que vemos necessaria na successão, não nos parece requisito essencial para a fundação ou instituição do morgado, podendo o bastardo instituidor constituir-se primeiro administrador, ou ser o vinculo instituido com primeira administração em proveito de bastardo; isto, tanto porque a cit. Ord. exige a legitimidade restricta nos successores, como porque a fundação do vinculo em bastardo não abre campo a litigios pela irregularidade de successão.

### *Como se gradúa o direito de succeder no morgado.*

§. 16. *Ordo successorius in majoratu, seu graduatio, uti vocant, ex jure feudali deductus, etc.* Ainda que toda a familia, largamente considerada, ou o complexo das diversas linhas, que compõem a de substancia, tenha nos seus individuos a base ou fundamento do direito, ou a aptidão para succeder no vinculo; como este é indivisivel, formão aquelles um concurso, em que se gradúa o seu direito, a fim de ser exclusivamente chamado o que deve preferir, na gradação ou na ordem legitima de successão.

Esta ordem, ou fosse modelada na da successão da Corôa, como o A. já nos disse; ou na estabelecida pelo Direito Feudal para a successão nos feudos, como agora

nos diz , opinião , que nos não parece tão fundada , porque n'estes as femeas não succedião , o que até mesmo reconhece o §. 9 da Lei de 3 d'Agosto de 1770 : é certo , que dá á linha a primeira precedencia , sendo segunda a do gráo na mesma linha , e terceira a do sexo no mesmo gráo.

Dissemos que a primeira precedencia é a da linha. Por quanto se o actual administrador tem , por exemplo , dous filhos ou dous cabeças de linha , o primogenito communica a precedencia á sua , que a conserva *in infinitum* ; pois que em quanto esta não fica árida , um individuo , que n'ella reste , exclue o filho segundogenito daquelle mesmo administrador , ainda que d'elle muito mais proximo em parentesco , como o A. nos diz por estes termos : *Praerogativa lineae potentior est , et alias omnes vincit , gradus etiam praerogativa non obstante ; eam autem primogenitus transmittit in omnem ejus posteritatem* ; e é tambem o que dispõe a Ord. liv. 4. tit. 100. pr. : *Ordenamos que na successão dos bens vinculados , posto que o filho mais velho morra em vida de seu pai , ou do possuidor do morgado , se o tal filho mais velho deixar filho , ou neto , ou descendentes legitimos , estes taes descendentes por sua ordem se preferirão ao filho segundo.*

Depois da precedencia da linha segue-se n'ella a do gráo : a mesma Ord. o prova , pois que chama o filho , o neto e descendentes legitimos a preferirem por sua ordem , isto é , por virtude da precedencia , que na mesma linha lhes dá a proximidade do gráo. Finalmente tambem esta Ord. dá no mesmo gráo a precedencia ao sexo , por isso que no §. 1. , na concorrência de dous irmãos , isto é , na igualdade de gráo , prefere ou faz preceder o varão á femea , ainda quando mais velha.

### *Regras sobre a precedencia ou prerogativa lineal.*

§. 17. *Hac in re sequentes regulae tenendae , etc.*  
 Demonstrado que na successão dos morgados a precedencia da linha é a primeira e a mais poderosa , pois que até mesmo lhe cede a da proximidade do gráo ; expõe o Sr.

Paschoal, em quanto a ella , algumas regras, por onde se resolvem no fôro as questões mais importantes e frequentes sobre este assumpto.

É a 1.<sup>a</sup> : que a precedencia cabe sempre á linha, que tem por cabeça ou raiz o primogenito, como se prova pela cit. Ord. §. *inic.*, onde vemos dar o primogenito, ainda que predefuncto, precedencia, sobre o segundo-genito, a todos os seus descendentes; precedencia, que se transmite *in infinitum* de primogenito em primogenito, como é proprio da natureza do morgado subjectivamente entendido, pois consiste, como antecedentemente ponderámos, no direito de succeder nos bens indivisiveis e inalienaveis ou vinculados na familia, deferido sempre ao primogenito.

2.<sup>a</sup> regra: a linha do primogenito é chamada *in infinitum*, isto é, permanece na preferencia, em quanto não fica árida ou extincta, de sorte que sómente depois da morte do ultimo individuo, que a fórma, é que passa a successão á linha posterior immediata. Esta regra tambem se prova pela mesma Ord. ultimamente cit., por quanto na especie do primogenito predefuncto, chama á successão seu filho, neto e descendente, segundo a ordem, antes do segundo-genito do actual administrador.

3.<sup>a</sup> A successão defere-se sempre na linha recta, em que se dá a precedencia, e nunca salta, isto é, a successão do morgado nunca sóbe ou retrocede, mas progride, como já advertimos. Por quanto, se a successão, veio, por exemplo, da parte ou pelo lado materno, e morre a mãe administradora, passa o vinculo ao filho primogenito, e deste não retrocede ou sóbe nem para ascendente materno, porque elle não existe habil, alias o morgado não teria vindo á mãe, nem para o pai ou ascendente paterno, porque não entrão na linha especial de substancia, ou não são do sangue attendido na instituição. Igualmente não salta a successão do morgado; isto é, em quanto a linha, em que se dá a precedencia, tem homem vivo, não passa aquella a outra linha, ainda que lhe seja immediata, pois qualquer salto ou preterição faria irregular a successão,

Prova-se a primeira parte desta regra pela mesma Ord., pois que na falta do primogenito chama os descendentes por sua ordem, sem fallar em ascendentes, mas sim no segundo-genito depois daquelles, progredindo por tanto, e nunca retrocedendo, a successão. Tambem esta mesma Ord. dá prova á segunda parte da regra, pois não deixa passar ao segundo-genito a successão, em quanto ha descendente do primogenito, o que é o mesmo que não deixar passar o vinculo á linha posterior, em quanto a anterior se não extingue.

4.<sup>a</sup> A linha effectivamente successivel não é formada por todos os descendentes do instituidor, ou do ultimo administrador, mas tão sómente pelos que entre elles são primogenitos, os quaes succedem *gradatim*, ou pela proximidade do parentesco: assim o mais velho exclue todos os irmãos, passando o direito de successão a seu filho primogenito, neto para aquelle, de quem o mesmo direito lhe veio; e este neto, excluindo todos os mais irmãos, passa o vinculo a seu filho primogenito, e bisneto para aquelle. Desta sorte não são successores todos os descendentes, antes todos são excluidos pelos primogenitos entre elles. O direito porém de succeder no morgado, cabe-nos repetir, não se dá correntemente no filho, neto e bisneto primogenitos, mas defere-se *gradatim* ou pela proximidade do grão, isto é, ao neto depois do filho, na falta d'ambos ao bisneto, e assim *in infinitum*.

5.<sup>a</sup> Extincta a linha do mais velho ou primogenito, ou porque morre sem ter tido descendentes, ou porque estes morrendo seccarão ou deixarão árida a sua linha, defere-se a successão ao segundo-genito com sua linha, e depois d'esta tambem extincta ao terceiro-genito e sua linha, sem que jámais se inverta esta ordem: ordem, em que ainda a primogenitura se considera ou attende; por quanto se o filho mais velho perece, sem que deixe descendentes, seu irmão segundo-genito fica o mais velho, e por isso primogenito para os irmãos restantes; na mesma razão o terceiro-genito, depois de mortos o primeiro e segundo-genitos, é primogenito para seus irmãos mais novos.

6.<sup>a</sup> Quando finda ou se extingue a linha recta dos descendentes do ultimo administrador, passa o vinculo á dos collateraes, deferindo-se ao que nella é primogenito. Assim se o actual administrador morre sem descendencia legitima, mas de seu irmão segundo-genito defuncto existirem filhos, por exemplo, passa o vinculo a esta linha collateral ou obliqua, deferindo-se ao primogenito dos sobrinhos do mesmo administrador, ou filhos de seu irmão segundo-genito.

7.<sup>a</sup> Se uma linha se extingue, não consideramos a pessoa, que é mais proxima em parentesco do ultimo administrador, mas sim a linha mais proxima em precedencia, na qual procuramos a pessoa primogenita, que por ella descende do primogenito raiz da mesma linha. Assim se o ultimo administrador teve tres filhos, o mais velho dos quaes morreo sem descendentes, deixando o segundo genito netos por sua morte, e é vivo o filho terceiro-genito; a linha, que se segue á primeira, que está extincta, não é a terceira em razão da proximidade do pai, ultimo administrador, com seu filho terceiro-genito, mas a segunda, pois que o filho segundo-genito, extincta a primeira linha, deu á sua como primogenito a precedencia. Ora esta linha subsiste ainda nos netos; e como ella se não póde preterir, defere-se a successão por morte do bisavô ao primogenito dos bisnetos, sem que obste achar-se d'elle mais distante, do que o filho sobrevivente, pois já vimos que a precedencia ou prerogativa da linha é mais forte que a do grão, como decide a Ord. do liv. 4. tit. 100. *pr.*

8.<sup>a</sup> A linha *actual*, ou aquella, que é formada pelo que de direito e de facto é possuidor do morgado, é a mais considerada entre todas em razão da legitimidade da posse: mas se o primogenito abre linha, fica esta *habitual* para aquella, ou seguindo-se-lhe immediatamente, de sorte que ainda que o mesmo morra antes do pai, actual administrador, succedem-lhe os descendentes d'aquelle, excluindo o irmão segundo-genito e todos os seus descendentes.

Postas as regras, que determinão a precedencia das linhas, attribuindo-lhe maior força, do que á proximi-

idade do gráo , resta-nos ponderar , quando aquella cede a esta ou acaba.

Se o ultimo possuidor ou administrador do morgado tem filhos, o primogenito, ainda mesmo premorto, dá a precedencia á sua linha, de sorte que seus descendentes succedem-lhe *in infinitum*, excluindo sempre o segundo-genito e quaesquer seus descendentes. Ord. liv. 4. tit. 100. §. *inic.* na primeira disposição.

Se o ultimo possuidor morre, sem que deixe descendentes, são chamados os transversaes; e sendo estes descendentes do instituidor, a prioridade do nascimento entre elles determina a precedencia da linha *in infinitum*, como vimos acontece com os descendentes do ultimo possuidor. Cit. Ord. e §. na segunda disposição.

Mas se o ultimo possuidor morre sem descendencia legitima, e os transversaes não descendem do instituidor, a precedencia da linha é determinada exactamente como para a successão ordinaria, segundo o Direito commum. Cit. Ord. e §. na terceira disposição.

Por tanto, se do instituidor não existem descendentes, succede-lhe seu irmão immediato em nascimento, ou o filho d'este predefuncto: acaba porém no segundo gráo a precedencia desta linha collateral, seguindo-se depois o chamamento á successão pela proximidade do parentesco ou gráo, e em igualdade do mesmo pela precedencia do sexo. Cit. Ord. §. 1. Esperamos que esta ultima doutrina se esclareça com a seguinte, que lhe serve de razão.

*Dá-se o direito de representação, para o morgado se deferir.*

§. 18. *Et inde est jus repraesentationis.* Vimos que a linha do primogenito, ainda que predefuncto, vence *in infinitum* o segundo-genito, o que provém de na linha dos descendentes se estender *in infinitum* o direito de representação, como é confórme á equidade.

Por quanto é da natureza do morgado ser sempre chamado o primogenito; mas sendo duro que, morrendo este antes do actual administrador, seu filho ficasse

postergado por outro no direito, que certo lhe viria pelo pai, se a morte antes do avô lho não roubasse, a lei faz com que o pai viva no filho, occupando este o lugar, que aquelle occuparia para excluir seu irmão segundo-genito. A mesma razão de equidade faz com que sempre o primogenito seja representado *in infinitum*, pela serie dos primogenitos seus mais distantes descendentes, observando-se a ordem do parentesco.

*Repraesentationis ergo hoc jus in majoratu ab adscendentibus instituto in linea descendantium hodie in infinitum producitur.* A razão, que fundamenta ser o primogenito representado *in infinitum* na linha dos descendentes, dá-se para que, extincta esta, succeda a collateral para ella com raiz no segundo-genito representado *in infinitum*, pois que pela extincção da linha anterior o filho segundo ficou, como já vimos, primogenito, e sua linha é da mesma sorte descendente, ou tambem provém pela geração do instituidor do vinculo. Por tanto sempre as linhas descendentes, no morgado fundado por ascendente, são sustentadas pela representação dos seus cabeças até á ultima pessoa ou individuo; acontecendo por isso nestas linhas, descendentes em quanto ao instituidor, mas collateraes entre si, vencer o mais remoto em parentesco, ao mais proximo, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 100. §. *inic.* na primeira e segunda disposição.

Se o morgado porém é fundado, não por ascendente, mas por collateral, o irmão dá precedencia á sua linha; mas esta não a conserva senão até ao filho legitimo: de sorte que este filho, representando o pai defuncto, exclue o thio, mas este já não é excluido pelo neto de seu irmão primogenito, pois que a representação não passa além dos sobrinhos do defuncto, ou dos filhos dos irmãos. Cit. §. na ultima disposição, Lei de 3 d'Agosto de 1770 §. 26.

Devemos porém advertir, que ainda que o §. 26 da Lei ultimamente citada faz a representação procedente nos irmãos e sobrinhos do instituidor, sem que declare abranger os do administrador ou ultimo possuidor, o Assento de 9 d'Abril de 1772 a declarou commum a uns e outros irmãos e seus filhos. A

*A maioridade dá precedencia no mesmo gráo.*

§. 19. *In majoratu cum unus tantum succedere debeat, praeferendus inter omnes primogenitus, etc.* Depois das regras, que determinão a precedencia da linha, para nesta se fixar a proximidade do gráo, se na mesma proximidade e em igualdade de sexo muitos concorrem, diz-nos, ou antes ratifica aqui o A. qual d'elles é preferido.

Definindo o morgado como direito de succeder, ou subjectivamente considerado, vimos pertencer elle ao primogenito entre os que se achão em igualdade de circumstancias, isto é, ao mais velho entre os que tem a precedencia da mesma linha, e n'ella a do mesmo gráo de distancia, o que é confórme á razão.

Por quanto ainda que em todos os concorrentes sejam iguaes dous fundamentos, como os bens são impartiveis é um só o successor. No primogenito porém a circumstancia, que lhe dá esta mesma qualidade, é um fundamento especial, que assegura o seu direito exclusivo, pois que tendo lh'o perfeitamente conferido quando não tem outro irmão, se este lhe sobrevem pelo nascimento posterior, já o acha inteiramente occupado, sem que n'elle lhe reste para adquirir parte alguma, visto ser um direito impartivel no objecto. Estes principios, que legitimão a maxima — *Qui prior est tempore, potior est jure*, ao mesmo tempo justificão a sua applicação em favor do primogenito, o que procede ainda quando nascido antes da instituição, ou antes que a seu pai se deferisse a successão. *Peg. de major. Cap. 9. n. 589. e segg.*

Com tudo seguem alguns, que se ao morgado anda annexo o direito de padroado, ou outro, cujo exercicio depende de habilidade especial, discricão ou juizo do successor, e antes da successão deferida sobrevem demencia ao primogenito, salta aquella para o immediato em ordem depois d'elle. Parece-nos porém mais bem fundada a contraria opinião.

Por quanto distinguindo elles o caso, em que a successão do morgado ainda não foi deferida, respeitão

o direito do primogenito, que effectivamente succede: mas elle adquirio tão perfeitamente, como vimos, o direito de succeder por virtude do nascimento; logo tambem sem culpa sua não pôde de tal direito ser privado, postergando-o a realidade da successão. Demais, se o padroado entre nós, como antigamente, pudesse hoje annexar-se ou conservar-se unido ao vinculo, na vacancia do beneficio, e no estado de demencia do possuidor do morgado o direito de nomear para aquelle acharia supprimento, segundo os Canones, no Bispo ou Ordinario da Diocese, valendo assim ou tendo effeito o direito adquirido do primogenito, em tudo quanto o pôde ter, e respeitando-se ao mesmo tempo a constante regularidade da successão determinada na Lei. Estes principios igualmente nós decidem em favor do primogenito, quando cego, surdo, côxo, aleijado ou leproso, ainda mesmo que na instituição elle fosse por taes motivos excluido expressamente, pois importaria a exclusão preferencia de qualidade, que a Legislação Patria não consente, embora tal possuidor, por incapaz de serviços ao Estado, paralize por algum tempo o esplendor da familia: alias pediria o systema de Direito que as mulheres tambem não succedessem nos vinculos. Accresse que o objecto desta importante instituição, a dos morgados, não só consiste na manutenção da Nobreza, mas em nutrir no peito dos cidadãos a mais louvavel emulação, perpetuando recordações de relevantes serviços já feitos, e conservando para as idades futuras a imagem sempre presente da especial e bem merecida recompensa.

*Dos gemeos em quanto a esta successão.*

§. 20. *Si gemini nascantur, praefertur qui primus in lucem prodiit*, etc. A regra, que acabámos d'expor, comprehende sem questão o primeiro que nasce dos gemeos, para em igualdade de sexõ preferir na successão do morgado. Mas no caso, em que se ignora qual dos dous precedeo em nascimento, divergem as opiniões dos DD., algumas das quaes, por pueris, não referimos.

No *Digest. Portug.* tom. 2. art. 962., em harmonia com o *Cod. da Prussia*, adopta-se a decisão pela sorte, arbitrio, que nos parece violento, se as partes litigantes a elle espontanea e voluntariamente se não sujeitão, importando uma renúncia coacta que a justiça não approva em objecto, como este, de immediato interesse particular.

Alguns decidem em favor do que possui: mas na Hespanha é expressa a Lei 12. tit. 33. *Part. 7.*, segundo a qual a commodidade do morgado se divide igualmente pelos gêmeos, reunindo-se em um a successão, quando fica extincta a descendencia do outro; disposição, que Guerreir. *Tr. 2. liv. 2. cap. 6. n. 73. e seg.* defende como subsidiaria entre nós, e o Sr. Paschoal na nota a este §. reconhece estar já adoptada ou recebida no nosso sôro, — *et in foro nostro recepta.*

Com tudo resiste o A. a esta praxe, substituindo lhe a de se considerarem os bens como livres, e partirem-se, dissolvendo-se o vínculo perfeitamente; opinião, para que toma dous fundamentos: 1.º que a impossibilidade de conhecer-se o verdadeiro primogenito, reduz o vínculo ao caso de não poder principiar, pois que na hypothese nenhum dos litigantes desiste do seu direito; 2.º que esta dissolução tambem procede em razão dos morgados serem não só prejudiciaes, mas inteiramente ruinosos — *exitiosos multum.*

O 1.º fundamento porém não nos parece verdadeiro, pois que o vínculo continúa e progride com perpetuidade na familia, embora interinamente dê commodidade a dous, que na impossibilidade d'ambos terem a preferencia, não podem pretender mais do que uma igualdade de proveitos. O 2.º fundamento prova além do que se quer, e por isso nada prova, quando os morgados são conservados pelas LL., que os reputão necessarios dentro dos termos e com as providencias, que lhes prescrevem.

Previne por ultimo o A. um argumento com dizer que o Alvará de 9 de Janeiro de 1788 assentou em caso especial, e que por isso não serve para estabelecer em geral a adopção da jurisprudencia d'Hespanha neste ponto. Ainda nisto tambem nos não parece exacto o A.

Entre duas irmãs gêmeas, nenhuma das quaes pôde provar prioridade no tempo do nascimento, foi por isso mesmo judicialmente decidido, que as commodidades e rendimentos dos vinculos disputados pertencião a ambas ellas, conservando-se em posse dos mesmos como uma só pessoa, mas partindo os bens entre si com os encargos respectivos. Depois de feita a divisão, e julgada por sentença, pedirão á Soberana Alvará de *roboração e confirmação*, que em 9 de Janeiro de 1788 accrescentou a clausula de que, finda uma das duas linhas, em que ficava dividida a unica, em que até alli estava a successão, os bens reverterião á outra, que existisse, sem que passassem a quaesquer parentes, ainda que mais proximos. Este Alvará foi sim excitado por um caso especial; mas a razão ou fundamento de decidir está na incerteza da prioridade do nascimento das gêmeas, nem elle se refere a serviços ou considerações algumas singulares e pessoas: logo estabelece disposição para todas as especies semelhantes, adoptando a jurisprudencia de Hespanha.

Nem se diga, que o fundamento da decisão foi ajudado pela circumstancia de se darem dous vinculos concorrentes; por quanto a gêmea, a quem coube o menos rendoso com situação em Agueda, por causa da igualdade ficou *com cento e cincoenta e dous mil novecentos e dezeseite réis em rendimento de outras fazendas do vinculo da casa de Sub-Avô*. Desta sorte, se um só fosse o vinculo da especie, os bens d'elle igualmente se partirião.

*Se os bastardos e legitimados succedem.*

§. 21. *Defertur itaque majoratus successio primum possessoris descendentibus, et inter eos primogenito, sed legitimis tantum.* As qualidades de descendente e primogenito do ultimo possuidor não aproveitão ao illegitimo, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 100. *pr.*, onde a legitimidade do nascimento se exige, tanto nos descendentes, como nos transversaes; o que faz serem excluidos de succeder no vinculo não só os de coito

mais punivel, mas todos os filhos illegitimos, quer a administração seja do pai, quer da mãe: no que são concordes as nossas com as leis d' Hespanha, como o A. observa. Com tudo o filho de matrimonio nullo, mas putativo, está como legitimo em quanto ao vinculo. Peg. tom. 7. á Ord. liv. 1. tit. 87. §. 6. n. 111. e segg.

E poderão os bastardos succeder, sendo expressamente chamados na instituição? Antes da Lei de 3 d' Agosto de 1770 tinha o instituidor tal faculdade, e aquelles lhe succedião em virtude da largueza illimitada da Ord. liv. 4. tit. 100. §. 3.; mas depois de permittida unicamente a successão regular, tal vocação ficaria sem effeito, e tida por não escripta.

*Non succedunt etiam legitimi, seu adoptivi; neque legitimati per rescriptum Principis*, etc. O filho adoptivo não succede no vinculo ao adoptante, pois ou não é do sangue attendido, ou, quando o seja, não póde pela adopção preferir os consanguineos que naturalmente lhe precedem. O mesmo dizemos do legitimado pelo rescripto do Principe, ou Alvará de legitimação, que já vimos nunca póde prejudicar os consanguineos legitimos.

Outra cousa ou o contrario se observa no que é legitimado por subsequente matrimonio, pois, como differentes vezes temos sido obrigados a ponderar, é tido para todos os effeitos por legitimo. Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12.

O legitimado porém por subsequente matrimonio, ainda que mais velho na idade, parece não dever tomar a precedencia ao mais novo, mas nascido de matrimonio anterior, pois que por. isso é o mais velho com a qualidade de legitimo. *Digest. Portug.* tom. 2. art. 950. O contrario porém segue Lobão *Tract. de morg.* cap. 11. §. 6.

### *Outros filhos e pessoas, que não succedem.*

§. 22. *Neque Clerici, vel Monachi*, etc. O primogenito Clerigo d' ordem maior ou Monge, como já advertimos, é inhabil para succeder no vinculo, bem como para reter a administração ou posse do mesmo, se a

tem quando professa ou se ordena, Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 11.; e se defere por isso, como se tal primogenito morrêra, ao que lhe é immediato na ordem legitima da successão.

Se porém o primogenito, antes de se ordenar ou professar, teve filhos de legitimo matrimonio, o direito de succeder, ou a administração, se já a tem, passa ao mais velho dos mesmos, excluindo o thio irmão segundo-genito do pai. Ord. liv. 4. tit. 100. *pr.*

*Neque perduellionis*, etc. Não só os proprios réos do crime de lesa Magestade, por infames, mas seus filhos e descendentes *in infinitum* são com o mesmo fundamento indignos de succeder, bem como de conservar a administração do morgado, considerando-se suas linhas áridas, sêccas e caducas. Lei de 3 d'Agosto de 1770 §. 11.

Hoje não passa a infamia da pessoa do delinquente, *Cart. Constit.* art. 145. §. 19.; a inhabilidade por tanto fica restricta ao criminoso, sem que comprehenda os filhos e descendentes. Assim se o réo é o actual administrador, o filho succede-lhe no vinculo sem questão, pois succede por um direito seu ou que lhe é proprio. Mas se aquelle tem sómente o direito de succeder, ou ainda não succedeo, como ha de o filho ou primogenito do mesmo succeder no vinculo ao avô, e excluir um collateral, em realidade mais distante no gráo de parentesco? Representando o pai, não pôde ser, porque este perdeu todo o direito de succeder em quanto ao vinculo; logo repetindo a nossa opinião, como o filho não concorre, na especie, com consanguineo, que o preceda em proximidade, succede por seu proprio direito, pois não carece de representação do pai para ser chamado.

*Neque denique ñ omnes, qui a primo acquirente non descendunt, eidemve sanguine conjuncti sunt.* Finalmente o que não for descendente do primeiro administrador instituido, ou o que não poder mostrar um tronco commum, de que ambos provierão, não tem direito ao vinculo, pois é estranho á vocação ou á linha de substancia attendida na instituição.

## Da successão em quanto aos ascendentes.

§. 23. *Ascendentes in majoratu descendantibus non succedunt*, etc. Depois dos descendentes, que são os primeiros na ordem da successão, segue-se examinar a materia relativa aos consanguineos immediatos. Já vimos que não são estes os ascendentes, como na successão da herança, pois ainda que consanguineos e comprehendidos na familia, não estão na linha especial de substancia, em que se acha a successão.

Por tanto se no vinculo algumas vezes succede um ascendente ao descendente, é como collateral que succede, e não naquella qualidade. Por exemplo, o thio, administrador do morgado, por virtude de dispensa casou válidamente com a sobrinha, que deixa viuva com um só filho: succede este no vinculo ao pai; mas se morre depois sem descendencia legitima, sobrevivendo-lhe a mãe, é esta a chamada á successão, não como mãe ou ascendente, mas como prima ou collateral do ultimo administrador.

Ao contrario da excepção referida, consideremos com o A., que se o filho, depois de ter succedido á mãe no vinculo, morre sem descendencia legitima, deixando pai e um irmão, é este, e não aquelle, o successor; e se lhe falta irmão, mas deixa thia irmã segundo-genita da mãe, é a thia a successora, sem que o pai em caso algum succeda ao filho; e tanto, que se este ultimo figurado administrador não deixa irmão, nem parente algum materno, caduca o vinculo, sem que o pai lhe succeda por estranho á linha de substancia especial, ou á consanguinidade chamada na instituição.

*Et haec est opinio in foro recepta, quae limitanda, si pater fuisset majoratus institutor, vel majoratus illius contemplatione*, etc. A' regra posta d'o pai ou ascendente não succeder no vinculo ao filho ou descendente, dá o Sr. Paschoal duas excepções: 1.<sup>a</sup> se o pai foi o instituidor do morgado; 2.<sup>a</sup> se outro o instituiu no filho por contemplação com o merito daquelle.

Parece-nos porém não proceder a primeira excepção; pois se o pai instituiu o vinculo no filho, e este

não deixa prole, nem collateraes descendentes do instituidor, nem finalmente outros, que provenhão do mesmo tronco commum a este, não é elle ou o pai o successor, mas caduca o morgado; embora não seja assim no caso d'outro ser o instituidor por contemplação com o pai, presumindo-se que tal fôra a vontade daquelle mesmo.

### *Successão dos collateraes.*

§. 24. *Liberis non exstantibus, succedunt collaterales*, etc. Na falta de filhos ou descendentes do ultimo administrador, são chamados os collateraes: não são porém successiveis todos elles, mas unicamente ou os que descendem do instituidor, tendo n'elle tronco commum com o ultimo administrador; ou os que provém do mesmo tronco, de que o instituidor resultou: o que procede de tão sómente os referidos terem o sangue attendido ou chamado á successão. Assim, vindo o vinculo do lado paterno ao ultimo administrador, que não deixa descendentes, o irmão uterino e mais parentes maternos nunca podem succeder-lhe; o que não acontece no irmão, se é germano, e nos outros, que são transversaes pelo pai.

*Qui ultimo possessori sanguine conjunctior fuerit*, etc. Chamados pela regra antecedente ao concurso os collateraes do ultimo administrador, que communicão com elle no sangue do instituidor, gradúa o Sr. Paschoal com preferencia o mais proximo em parentesco com aquelle, ou defere a successão pela proximidade do gráo com o ultimo possuidor.

Este preceito porém por sua generalidade não é exacto, pois que procede unicamente nos collateraes do ultimo administrador, quando o vinculo não foi fundado por ascendente, bem como se aquelles na linha transversal são inferiores ao segundo gráo de parentesco; porque estando dentro deste gráo, ou provindo o vinculo por fundação de ascendente, observa-se nos collateraes a successão lineal, preferindo sempre, como já vimos, a proximidade, mas por força da representação, e nunca pela visinhança maior do sangue. Nem

as palavras — *succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor, — transcriptas pelo A. do §. 2. da Ord. liv. 4. tit. 100.*, se referem a todos os collateraes como elle as emprega, mas tão sómente áquelles, em quem assenta a disposição do §. *inic.* da mesma Ord. — *E se os transversaes não forem descendentes do instituidor, se guardará o que é disposto por Direito commum.*

*Sanguinis autem proximitas, quae requiritur, consideranda est ex ea parte, ex qua successio praetenditur, hoc est, respectu institutoris.* A proximidade do parentesco, que se procura nos collateraes, quando a representação se não dá, é relativa áquelle lado, donde veio a successão, ou diz respeito ao fundador. Assim o thio do ultimo administrador, que é irmão de sua mãe, concorrendo com terceiro sobrinho do pai, se do pai é que a successão procedeo, é excluido pelo sobrinho, ainda que mais distante, em razão do thio ser estranho, ou de não communicar no sangue do instituidor.

Cumpre porém advertir, que não obstante o procurar-se a proximidade do parentesco com attenção ao instituidor, ou ao lado, donde vem a successão, a mesma proximidade se não mede por aquelle, mas sim pelo ultimo administrador. Ord. cit. §. 2., nas palavras, que acima transcrevemos.

### *Quando succede mulher.*

§. 25. *Masculis in eadem linea et gradu deficientibus, succedit femina*, etc. Na successão dos morgados é principio ou maxima geral, que não concorrendo varão com femea na mesma linha e gráo, succede a femea, pois que esta tão sómente é excluida pela precedencia do sexo, concorrendo *caeteris paribus*, mas sem attenção á idade, com varão. Cit. Ord. c. 1. Donde se seguem os seguintes resultados, expostos pelo A. neste §.

1.º Que tambem entre as mulheres procede o direito da primogenitura, ou o da prioridade do nascimento, pois que as leis em quanto a ellas, se existem sós, nada alterão do que dispõem a respeito dos varões, quando concorrem sem ellas.

2.º Que a irmã mais velha prefere por isso mesmo na successão a todas as outras, pois está para com ellas em identidade de circumstancias com as do varão primogenito para seus irmãos, os quaes lhe cedem.

3.º Que prefere tambem aos varões d'uma linha posterior, pois já vimos que na successão dos morgados se attende a ordem, que não consente se passe a outra linha antes de extincta a anterior.

4.º Que prefere igualmente aos varões consanguineos mais remotos, quando concorrem na qualidade de collateraes, pela maior proximidade do grão com o ultimo administrador, cessando o direito de representação, pois que n'ella se dá a maior proximidade attendida.

5.º Que sendo a femêa descendente do ultimo administrador, prefere aos ascendentes e collateraes: áquelles, porque nunca succedem como taes; a estes, porque nunca a ordem lhes dá logar, em quanto ha descendentes por virtude da precedencia das linhas.

6.º Prefere tambem a femêa a seu filho, neto do ultimo administrador e pai della, pois o vence pela prerogativa do grão em razão de se achar na mesma linha; porque a precedencia do sexo só mjita na igualdade do grão, ou na mesma proximidade de parentesco.

Com tudo não vence a irmã mais velha o irmão mais moço, nem ainda mesmo nascendo elle d'um segundo matrimonio, se este é contrahido ou pelo pai, ou pela mãe, em quem existe a posse do vinculo, ou o direito de succeder; pois que o irmão a vence sempre pelo sexo, em razão d'a lei não distinguir neste caso, attendendo absolutamente á diversidade do sexo na mesma linha e grão.

A regra ou maxima geral exposta, assim como os resultados da mesma, tambem expostos neste §., não soffrem a menor dúvida, depois que vimos inteiramente excluida de toda a instituição de morgado a clausula de agnação ou masculinidade pela Lei de 3 d'Agosto de 1770 §§. 9. e 24.

*Quando succede o fisco , e que direito a successão lhe confere.*

§. 26. *De successione fisci duo haec notanda.* Por estas expressões nos adverte o A., que são dons os assumptos ou materias especiaes deste §., por occasião da successão do fisco ou da Corôa (hoje Thesouro Público) nos morgados. E com effeito primeiramente nos mostra quando esta successão cabe em ordem ; examinando depois , que direito ella confere.

Em quanto ao primeiro ponto. Como o fim da instituição do vinculo é perpetuar o esplendor e nobreza da familia do fundador, as leis , approvando estas intenções unidas a tal modo de dispor , não só approvão a natureza de inalienaveis e indivisiveis dada aos bens, mas dispensão nas que regulão a successão ordinaria. Assim o vinculo fica vacante unicamente quando depois do ultimo possuidor não resta parente algum do mesmo em que se dê consanguinidade com o fundador ; embora elle esteja no millesimo grão de distancia, ou na maior longitude imaginavel do tronco commum , donde deriva o sangue attendido na instituição. Por quanto , existindo tal pessoa , ainda não está extincta a familia ; ainda resta quem entre na vocação , ou que por ella receba *jure sanguinis* a faculdade de succeder.

Outra cousa , como vimos , se observa na successão dos bens livres, em que o sangue ou parentesco com o defuncto intestado é tão sómente attendido dentro do decimo grão segundo o Direito Civil.

*Iti vero consanguinei etiam remotissimo gradu fisci excludunt, qui de sanguine sunt institutoris, etc.* Cumpre porém attender , que a não vacancia , ou a occupação dos bens vinculados , pela existencia de parente , ainda que em remotissimo grão , não procede no parente , que tão sómente é tal para com o ultimo administrador ; pois que com esta simples qualidade elle é perfeitamente estranho para a successão do morgado , por isso que restricta ao sangue do instituidor , cuja participação é sempre essencial e insupprivel , como base do direito , ou seu fundamento natural.

Com tudo a doutrina estabelecida tem em vista a vocação da familia deteminada pelo sangue proprio do fundador: mas como não é irregular a instituição do morgado em beneficio de estranho, se este caso acontece, figura o sangue do primeiro administrador para regular a successão *in infinitum*; de sorte que os bens não são vacantes, em quanto existe um parente, embora seja distantissimo do ultimo possuidor, com tanto que elle tambem communique no sangue do primeiro administrador.

*Et in successione quoque capellae cum onere Missarum absque vocatione familiae, et alienationis prohibitione, etc.* Como a successão do fisco interrompida *in infinitum*, ou sem proximidade determinada de sangue, tem unicamente logar nos bens de vinculo; pondera aqui o A. não serem taes os deixados em capella ou com encargo de Missas, mas sem vocação de familia, e não sujeitos á clausula de inalienaveis, os quaes por isso ficão vacantes, quando do defuncto intestado não ha parente até o decimo gráo.

Esta doutrina é verdadeira; porque ainda que as capellas vinculadas sigão a successão dos morgados, os bens deixados em capella, como o A. acabou de descrevel-os, por isso que não vinculados, são partiveis e alienaveis com seguimento dos encargos pios: logo tornão-se elles vacantes, como o resto da herança, e não sómente quando falta o ultimo dos parentes do defuncto.

*Alterum, quod notandum duximus, etc.* Em quanto ao direito, que se dá nos vinculos, que por vacantes são devolutos á Corôa, segue o Sr. Paschoal com Gam., Cab. e Portug. citt., a que accrescentamos Guerr. Tract. 1. liv. 2. cap. 9. nu. 16. e seg., não passarem os bens ao dominio do Estado como livres, mas que segundo o costume antigo do reino tem o Soberano obrigação de nomear administrador ao vinculo devoluto, quer morgado, quer capella. Com tudo as capellas vagas, e na mesma razão os morgados, pelo Alvará de 24 de Maio de 1775 se considerão incorporadas na Corôa, ficando os bens como proprios da Fazenda, não se aforando, mas arrendando-se com remessa do producto dos contractos

ao Erario: o que tudo nos parece estabelecer o perfeito dominio da Corôa, e hoje do Estado, em taes bens, sem que este dominio se destrua pela prática no mesmo Alvará adoptada, e miudamente regulada de se dar o vinculo em administração temporaria ao denunciante, que revela achar-se elle indevidamente possuido; providencia, que se tomava nos outros bens igualmente devolutos á Corôa, quando incompetentemente occupados, e ainda hoje se observa perante o Governador Civil do Districto, sendo do Conselho do mesmo Districto a competencia para decisão de se passar, ou não, ao denunciante o Alvará de Mercê. *Noviss. Refórm. Judic.* art. 356.

*Se succede o Estado pelo crime do possuidor.*

§. 27. *Neque ob delictum possessoris*, etc. Depois d'o A. ter seguido, que o morgado vacante se não devolve em propriedade á Corôa, estabelece que igualmente se lhe não devolve em propriedade pelo crime do possuidor, ainda que os bens patrimoniaes lhe fossem antigamente confiscados. Esta ultima doutrina é exacta, por quanto, como reconhece a Ord. liv. 5. tit. 6. §. 15., o successor não recebe os bens por beneficio do actual administrador, mas por vocação do instituidor; logo morrendo aquelle naturalmente, ou, em razão do crime, civilmente, como o vinculo não faz parte da herança, não podia ser elle confiscado.

Com tudo se a pena correspondente ao crime de lesa Majestade não podia ter execução, porque o réo se evadio, segundo o mesmo §. da Ord. os rendimentos do vinculo, em quanto vivo o culpado, erão do fisco. Este §. porém foi revogado pelo 11. da Lei de 3 d'Agosto de 1770, que ampliou ao mesmo tempo a inhabilidade pela infamia a todos os descêndentes do réo, e deferio a successão á linha collateral absolutamente, ou sem deducção alguma de rendimentos ou bens; termos, em que hoje se deve entender o transito do vinculo para o immediato successor do incurso na morte civil, pois que o perdimento dos rendimentos seria pe-

na, a qual não pôde passar além do delinquente ou criminoso.

*Publicatur tamen majoratus de bonis Regiae Coronae institutus*, etc. Adverte ultimamente o A., que da não devolução á Corôa pelo crime do possuidor, quando a confiscação o punia, se exceptuava o vinculo constituido em bens daquella, pois se lhe devolvião, cit. Ord. §. 16.; o que a melhor opinião não extendia á exclusão dos collateraes depois da geral disposição do §. 11. da Lei de 3 d'Agosto de 1770. Hoje porém caducárão todas estas sentenças legislativas, pois que sobre não poder passar a pena além do delinquente, *Cart. Constit.* art. 145. §. 19., accresce a extincção de tal qualidade de bens pelo Decreto de 13 d'Agosto de 1832, seguindo por tanto todos os vinculos, como constituidos em bens particulares, as providencias geraes.

*Natureza do direito, que o possuidor tem no morgado, e consequencias do mesmo.*

§. 28. *Solet dubitari quantum, et quale jus in bonis majoratus vinculo subjectis possessor habeat?* Examina o Sr. Paschoal n'este §. a natureza do direito do possuidor em quanto aos bens vinculados, e a extensão deste direito. Alguns seguem que o possuidor, cujo direito examinamos, tem um méro usufructo, porque não pôde alienar. Mas sendo o usufructo — *jus rebus alienis utendi fruendi, salva earum substantia*, isto é, o direito de usar e tirar proveito de bens de outrem, sem lhes fazer mudança ou alteração: é evidente não ser elle o do que possui o vinculo por si mesmo ou por virtude da instituição; pois que todos lhe reconhecem como administrador a faculdade de demolir, reconstruir e mudar a fôrma aos edificios, bem como o de substituir antigas plantações por outras de especie mui differente a seu arbitrio.

Outros dizem, que tem o administrador o dominio util nos bens do vinculo, pertencendo o directo ao immediato successor, ou á familia toda, em quanto aquelle, e na sua negligencia qualquer d'esta, pôde fazer dar ao primeiro, curador, se estraga os bens, ou os dissipa;

assistindo além disso ao immediato successor direito para, realizada a successão, ser restituído nos danos pela herança, ou bens livres do administrador, que lhes deu causa. Isto porém prova sómente, que este não pôde abusar, como certo poderia, tendo dominio amplo ou propriedade illemitada; mas não que seu dominio seja o util, nem que alguém tenha o directo, pois ninguém recebe canon, fôro ou reconhecimento algum de tal dominio.

*Ego vero in possessore verum dominium, et perfectum agnosco, sed restrictum, temporale, et speciali horum bonorum naturas et conditioni adcommodatum.* Se o administrador do morgado pôde usar, alterando a fôrma, e até mesmo mudando a espécie aos bens, como converter um terreno em edificio; se exclusivamente percebe as utilidades todas dos mesmos, sem que em outro reconheça algum direito: tem elle um verdadeiro dominio, que o Sr. Paschoal diz perfeito, mas restricto, temporario, e accommodado á natureza especial destes bens.

Nós porém, que no §. 4. Tit. 2. Divis. 1.<sup>a</sup> desta 2.<sup>a</sup> part. escrevemos que a propriedade é imperfeita, quando se dá privação d'uma parte dos effeitos, que resultão da propriedade perfeita; o que acontece quando a propriedade tem de resolver-se no fim de certo tempo, bem como quando se acha onerada com encargos correspondentes a direitos reaes d'outras pessoas além do proprietario: achamos que o dominio do possuidor do vinculo, cujos bens elle não pôde alienar, nem desviar da via recta da successão, que o seu arbitrio não fôrma; dominio, que não transmite, e resolvel na morte, está na 1.<sup>a</sup> especie referida de propriedade imperfeita; parecendo-nos até mesmo implicar com a idêa de perfeito o dominio, a que falta em todo o tempo o importantissimo elemento da livre disposição.

*Ex quo consequens est, ad possessorem, tanquam verum rei dominum, pertinere omne lucrum et damnum, et fructus, etc.* O dominio do possuidor do vinculo, ou perfeito na opinião do A., ou imperfeito na nossa, não é tal na segunda especie de propriedade imperfei-

ta; pois que os bens não estão sujeitos a encargos alguns, correspondentes a direitos reaes d'outras pessoas; logo igualmente admittimos a primeira consequencia, ou a de ser o administrador o unico, a quem pertencem todos os fructos, e por isso o em prejuizo de quem correm os damnos dos bens do vinculo. Na razão dos fructos se achão, para pertencer-lhe como senhor, os augmentos dos mesmos bens; o que principalmente se verifica nos naturaes, ou nos que, como diz o A., são devidos ao beneficio da natureza, — *augmentum omne, praesertim si naturae beneficio ad crescat.* Por quanto, se o augmento consiste em bemfeitorias, que acha, e estas são avultadas; como se não deva locupletar com a jactura, ou prejuizo dos herdeiros do defuncto administrador, de cujos bens sairão as sommas para ellas, o possuidor é por taes bemfeitorias obrigado; pois que o seu custo ou valor, não sendo feitas, existiria na herança, á qual por isso pertence.

*Jus patronatus tam ecclesiasticum, quam seculare.* O direito de padroado, tanto ecclesiastico, como secular, isto é, o direito de appresentar ou nomear para beneficio ecclesiastico, quer adquirido por fundação e dotação de clerigo, quer de leigo, quando annexo ao vinculo, seguia-o antigamente, pertencendo por isso ao possuidor. Este direito porém acha-se hoje abolido pelo Decreto de 5 d'Agosto de 1835, que reservou para a Coròia todas as appresentações. Nem tambem hoje se póde dar no administrador jurisdicção alguma annexa ao vinculo, pois que não existem magistraturas além das que menciona o Decreto de 29 de Novembro de 1836.

*Et jus denique res alienatas a quocumque extraneo possessore vindicandi.* Finalmente, como o direito de reivindicar, ou de haver judicialmente do injusto possuidor, é um direito, que se dá no senhor da coisa possuida, e que lhe resulta da propriedade ou dominio, tem o administrador do morgado incontestavel direito a reivindicar do injusto possuidor qualquer coisa ou objecto vinculado; pois que, como vimos, tem elle um dominio verdadeiro no todo, e por isso em cada uma das partes dos bens, em que a instituição foi constituida, ou em que o vinculo foi fundado. *Quia*

*Quia vero illius dominium temporale est, restrictum, et restitutioni subjectum, etc.* Examinada a natureza do direito do administrador no morgado, assim como as faculdades, que comprehende, ou que d'elle resultão por necessaria consequencia, termina o A. este §. apontando as impossibilidades, ou as faltas de poder do mesmo administrador, por igual consequencia da natureza do seu direito.

O direito do administrador no morgado é resolvel na morte, como o do verdadeiro fiduciario onerado com a obrigação de conservar os bens do fideicommisso; logo não pôde alienar-os, nem tambem deteriorar-os: assim não pôde vendel-os, permutal-os, dal-os em emphyteuse, submettel-os a hypotheca, ou, quando moveis, a penhor, oneral-os com servidão, consentir em que prescrevão em damno do successor, etc.

Com tudo ainda que os actos referidos, porque importão alienação ou deterioração, não entrem, mas fiquem fóra das faculdades e arbitrio do administrador do morgado, alguns d'elles lhe facultão as nossas leis, prescrevendo-lhe modo e condições: o que passamos a ver, examinando toda a nota do A. ao seu §.

Como se dão circumstancias, em que é util alienar, sem que este acto por isso repugne com o bem do successor, antes lhe seja confôrme: podia o administrador do vinculo antigamente permutar ou fazer troca d'um objecto ou propriedade vinculada por outra, que tivesse a mesma situação; caso, em que o Desembargo do Paço lhe concedia licença, por virtude do seu Regimento no §. 39., sendo a praxe intervir o immediato successor, dando consentimento. Cab. p. 1. *decis.* 176., *Mend. in prax.* p. 2. cap. 2. n. 14.

*Et de eadem licentia in emphyteusim dari, etc.* Prosegue o Sr. Paschoal dizendo que com a mesma licença podia dar o administrador em emphyteuse prédio do vinculo; com tudo duvidamos de que o Desembargo do Paço a podesse conceder, pois que da Provisão de troca, expressada no §. referido, não se pôde argumentar para a de facultar emprazamento, dando-se naquella perfeita compensação por objecto equivalente, que permanece

no vinculo, quando pela emphyteuse sáe o dominio util, sem que fique um equivalente vinculado. Assim pensamos, ainda que vemos no art. 21. do Decreto de 4 de Abril de 1832 alludir-se a Provisão confirmando aforamento de bens de vinculo. Podia sim o administrador conceder empraçamento, quando o instituidor expressamente lh'o ordenava ou permittia; poder, a que n'esta relação certamente se refere a Ord. liv. 4. tit. 41., pois que em todo o seu *Regim.* não vemos dar-se faculdade para tanto, em quanto aos bens vinculados, ao Desembargo do Paço.

Hoje porém pôde o administrador dar d'aforamento bens do vinculo, mas estabelecendo-se o fôro judicialmente e em hasta pública, precedendo avaliação, admittido a lançar o immediato successor, e correndo os editaes e pregões por vinte dias consecutivos; caso, em que o titulo do contracto consiste na sentença d'arrematação, ou em escriptura feita á face do termo d'ella, se as partes a preferem. Decret. de 4 de Maio de 1832 art. 21. Mas se o successor immediato é maior de vinte e cinco annos, ou por qualquer outra fôrma emancipado, é válido o aforamento sem aquellas solemnidades, dando elle consentimento expresso na escriptura. Cit. Decret. art. 22.

Tambem as trocas de bens vinculados são válidas com as mesmas solemnidades, ou nos termos, em que os aforamentos são válidos, accrescendo que a propriedade, que assim entra no vinculo, deve na instituição ser confrontada e averbada, sem o que não val a troca, art. 24.

*Fructus tamen majoratus*, etc. Os fructos e rendimentos do morgado, por isso que fungiveis, não são do vinculo: pôde o administrador em virtude do dominio amplo, que tem n'elles, alienal-os por qualquer titulo, dividindo-se os percebidos ao tempo da sua morte pelos herdeiros, o que não acontece com os pendentes, pois como accessão pertencem ao successor. Gomes n. 74. á L. 40. de *Toro*. Na razão dos percebidos, para serem dos herdeiros, estão os fructos civis até o dia da morte do defuncto: os que se vencem depois, estão como os pendentes.

*Locatio autem in modicum tempus certe possessori conceditur*, etc. Em quanto á locação ou arrendamento dos bens do vinculo, diz o Sr. Paschoal, que, feito por tempo modico, cabe ou se comprehende no direito do administrador; mas não quando é feito por longo tempo, pois transfere dominio util, o que importa alienação, como mostra a Ord. liv. 3. tit. 47. *pr.: porque em taes arrendamentos de dez annos o senhorio proveitoso da cousa arrendada passa áquelle, a que o arrendamento é feito.*

Com tudo pelo Alvará de 5 de Novembro de 1757 as locações por dez e mais annos, sem expressa translação do dominio util *in perpetuum* ou em vidas, conservão a natureza de simples arrendamento contra a sentença da Ord. examinada; podendo desde então o administrador do vinculo arrendar por longo tempo bens do mesmo, ainda que o successor, não sendo juntamente seu herdeiro, tinha direito para rescindir este contracto, em razão de não lhe succeder nas obrigações, pois que do instituidor, e não do ultimo administrador, lhe vem a successão no morgado.

Esta jurisprudencia porém foi alterada ultimamente pelo Decreto de 4 d'Abril de 1832, o qual decide no art. 25., que o administrador do vinculo póde arrendar separadamente cada prédio a longos prazos, até cem annos *inclusive*, sem clausula de renovação, com consentimento do immediato successor em linha recta, por si ou por nomeado Curador, obrigando os arrendamentos assim feitos os successores futuros dentro do tempo convencionado: mas não são válidos, se falta legitimo successor em linha recta; e quando válidos, não póde o locatario ou rendeiro, excedendo o arrendamento trinta annos; cortar arvores, desfazer edificios, ou mudar a fórmula de cultura, que tiver emprendido nos ultimos vinte annos do contracto, salvo tendo licença por escripto do administrador do morgado. O mesmo Decret. art. 26.

Se o rendeiro infringe a referida providencia, tem o administrador direito a requerer o despejo, caso, em que fica o prédio em administração judicial, competindo

a renda áquelle, e o excedente do rendimento ao rendeiro, a quem ficão salvas as indemnizações dos danos, mostrade injusto o requerimento, art. 27. Não pôde porém o rendeiro por longo prazo obrigar o administrador a pagar-lhe bemfeitorias, por mais uteis e necessarias que sejam, ainda mesmo que outra cousa fosse expressa na convenção, assim como tambem não pôde reter o prédio no fim do tempo do contracto, art. 28.

*Servitutem quoque*, etc. Como a servidão é um encargo, que deteriora o prédio, em que é imposta, pois lhe diminue o valor, é evidente que não pôde o administrador concedel-a por sua propria auctoridade; o que lhe não tira o direito de permittir, e até mesmo o de obrigar-se por contracto, a consentir que alguém use ou tire utilidade d'um ou outro prédio, ou objecto vinculado, pois que tal obrigação onéra simplesmente sua pessoa, e não o vinculo, o que faz acabar aquella com esta, sem que passe ao successor. Molin. liv. 1. cap. 20. nu. 4. e 8. com os segg.

*Transactio similiter super rebus majoratus successori non nocet*, etc. A transacção, ou convenção que resolve, o direito duvidoso entre as partes, pois que importa alienação e renúncia, está fóra das faculdades do administrador com respeito ao total ou a parte do morgado; por isso, quando feita, utiliza ou prejudica a elle só, sem que naquelle caso dê direito, ou neste produza obrigação no successor. Gomes á cit. L. de Toro n. 86.

*An vero successor possit in vita possessoris rem ab eo non jure alienatam*, etc. É questão, em que os escriptores não concordão, se o immediato successor pôde em vida do possuidor accionar em juizo para rescindir ou annullar a alienação, emphyteuse, servidão ou outro acto injusto, practicado ou consentido pelo mesmo em quanto a cousa ou objecto vinculado.

Segue o Sr. Paschoal neste ponto a opinião negativa, que nos parece preferivel á opposta. Por quanto antes da morte do possuidor o successor não tem dominio ou direito algum no vinculo; tem a penas a esperanza de succeder: e como poderá elle sem dominio, para o qual, como o A. se explica, o dia cede ou vem

tão sómente no momento, em que deixa de existir o do actual administrador, empregar meios judiciaes, que não tem outro algum fundamento além da realidade do dominio? Reputamos pois insustentavel, pôr contraria aos principios, a existencia de tal direito no immediato successor.

*In bonis majoratus longi temporis praescriptio locum non habet*, etc. Tambem as opiniões forão varias sobre a prescripção de propriedade vinculada, sendo mais seguida a de Peres e Reinoso, segundo a qual esta especie de bens não é sujeita á prescripção de longo tempo, mas sim á de trinta ou quarenta annos contra o proprio que alienou, e não contra o successor; prejudicando a todos, e por isso sem differença do immediato aos successores remotos, a prescripção immemorial.

Esta materia porém acha-se hoje legalmente resolvida no Decreto de 4 d'Abril de 1832.; pois que admitindo no art. 20. a prescripção contra o vinculo, ou em favor da liberdade dos bens, a regula como se segue:

§. 1. Toda a propriedade vendida como livre, prescreve, quando o successor do vendedor deixa decorrer, sem a reivindicar por vinculada, os dez primeiros annos da sua administração, sendo elle por qualquer modo *sui juris*; mas se então é menor, contão-se os dez primeiros annos desde a maioridade.

§. 2. Prescreve toda a propriedade, que durante os futuros quarenta annos, contados desde o dia 4 d'Abril de 1832, o da promulgação desta Lei, for reputada livre, ou tida como allodial.

§. 3. Prescreve finalmente toda a propriedade declarada livre com observancia das providencias d'esta Lei nos artt. 2. e 17., quando nos dez annos proximos, contados na fórma do §. 1. d'este art., decorridos desde a data da sentença, que a declarou allodial, não foi demandada como pertencente ao vinculo.

Por consequencia a prescripção, com respeito aos morgados, tende unicamente a estabelecer ou formar a liberdade dos bens, sem que seja meio para os ouerar com encargos e servidões por negligencia do actual administrador em prejuizo do successor ou successores legitimos.

*Illud etiam inde consequitur, etc.* Proseguindo com o exame da nota, resolve aqui o A., pelo mesmo fundamento ou principio, o de caber exclusivamente ao possuidor do vinculo nos bens, que o constituem, dominio verdadeiro, ainda que temporario e restricto, outra questão; e é, se por ventura o que pretende o morgado em vida do possuidor, pôde accional-o ou empregar os meios judiciaes para ser declarado successor, suplantando-o no seu direito. É certo que se o possuidor actual é legitimo, e não intruso, o successor immediato, não obstante o ser legitimo, durante a vida d'aquelle nunca pôde ter acção para que seja effectivo; pois que existe no possuidor o successor actual, quando o outro é successor simplesmente habitual ou immediato; isto é, pertence-lhe a successão, mas tão sómente depois da morte d'aquelle e antes de qualquer outro, sem que tenha algum direito para expulsar ou perturbar o que possui, cit. Gomes n. 79. O que se amplia ainda mesmo ao caso, em que este administre mal os bens do vinculo, como se não lhe evita a ruina, ou os deixa sem cultura; por quanto ainda então conserva elle o seu dominio: e se o abuso, por excessivo, lança a familia em miseria, tem logar dar-lhe o Juiz, como prodigo, curador conveniente, bem podendo o successor immediato deixar de ser approvado para tal fim. Maldonad. *Addit ad Molin.* liv. 1. cap. 16. nn. 1., 2., 7. e 9.

*Ex eodem tandem fonte est, etc.* Do mesmo principio ainda o Sr. Paschoal conclue, que o successor actual não pôde privar o immediato do direito de succeder no morgado, nem ainda mesmo por alguma daquellas causas, por que vimos elle o pôde desherdar. Por quanto, posto que o possuidor tenha dominio, é elle um verdadeiro fiduciario com substituido certo e determinado no successor, isto por vocação do instituidor, do qual lhe vem o beneficio, e não do ultimo administrador: logo se esta qualidade se dá no pai em quanto ao vinculo, e por justa causa expressa no testamento, desherda o filho primogenito, este, morrendo aquelle, não lhe succede na legitima ou na herança, mas possui o morgado, pois que não é comprehendido entre os bens deixados pelo defuncto.

Finalmente fecha o Sr. Paschoal a sua nota ao §., advertindo que tambem por isso mesmo que o possuidor ou o actual administrador, em quanto vivo, é a unica pessoa, que tem dominio no vinculo, nas questões judicias com objecto no todo ou em alguma parte do mesmo é elle quem figura como autor, assim como sómente é elle o chamado a juizo como réo; o que com tudo não exclue o successor de assistir-lhe, querendo, na defesa do seu direito, por isso que juntamente tem interesse na causa. Mas, diz o Sr. Paschoal com Gomes á L. cit. de *Toro* n. 73., ou o successor seja, ou não seja, assistente do possuidor, a sentença proferida contra este, affecta ou prejudica tambem aquelle, embora não fosse ouvido.

Adoptamos sem difficuldade esta doutrina; por quanto ainda que pareça repugnante com a maxima — *Res inter alios acta nec nobis prodest, nec nocet*, recebida expressamente na Ord. liv. 3. tit. 81. §. *inic.*, tem esta regra excepção, quando a sentença é proferida, ou assenta a decisão sobre qualidade pessoal, dando-se legitimo contradictor. L. 25. D. *de stat. homin.*, Gama. *decis.* 284. n. 2., Feb. p. 1. *decis.* 30. n. 14. Logo a sentença proferida contra o administrador do morgado prejudica não sómente o immediato, mas todos os successores. L. 44. D. *de re judic.*, Molin. *de primogen.* liv. 4. cap. 8. n. 3.; com tanto porém que o possuidor vencido defendesse a causa diligentemente e sem fraude. Caldas *Forens.* liv. 1. q. 23. n. 85., *Pegas Forens.* tom. 1. cap. 4. n. 74., tom. 4. cap. 116. n. 1.

*Das dividas contrahidas pelo instituidor, bem como das do possuidor.*

§. 29. *Dubitari etiam solet, an saltem aeris alieni causa bona majoratus vendi, et alienari possint.* Depois das questões examinadas na nota antecedente, que todas se resolvem, como vimos, pelo principio demonstrado no §., o de ter o possuidor nos bens do vinculo um dominio verdadeiro, ainda que temporário, restricto e limitado, tracta aqui o A. em separado a importante

questão sobre taes bens poderem , ou não , ser alienados para satisfacção ou pagamento de dividas ; pois que depende ella de fundamentos ou principios , que são differentes daquelle.

Distingue o Sr. Paschoal entre dividas do instituidor ou fundador , e dividas do administrador ou possuidor. Em quanto ás contrahidas por aquelle , estabelece , que a necessidade ou a obrigação de pagalas importa a da venda ou alienação dos bens do vinculo , como é expresso na Ord. liv. 3. tit. 93. *in princ.* , a qual , suppondo execução e penhora em bens de vinculo , quer morgado , quer capella , por sentença proferida em Juizo Civil ou secular contra o instituidor , manda arrematar ou vender em hasta pública tantos dos bens viuculados , quantos bastem para pagamento das dividas.

Declara na parte final do §. , em harmonia com a Lei de D. João III. de 8 de Julho de 1553 , a 6.<sup>a</sup> na 2.<sup>a</sup> p. tit. 2. da Collecção de Duarte Nunes , que a providencia referida , anivelando com os bens livres os de vinculo para satisfacção das dividas do instituidor , se não entende nos bens de capella instituida por auctoridade do Santo Padre ou dos Prelados , visto serem de jurisdicção Ecclesiastica , que sabemos achar-se hoje restricta ás materias espirituaes puramente , sem que por isso capella alguma , ou ecclesiastica ou secular , se exceptue da regra posta.

*Et hoc intelligendum est , sive majoratus institutus titulo singulari et in re certa , sive titulo universalis in tota , vel parte hereditatis , etc.* Que o morgado ou o vinculo instituido por testamento , com objecto em toda ou sómente em parte da herança , está sujeito ás dividas do defuncto instituidor , é sem questão ; por quanto como é mais forte , na collisão , o direito de não perder , que o de lucrar , nunca pôde o fideicommisso subsistir , quando a importancia ou computo das dividas é superior ao dos bens. O que procede ainda mesmo nas dividas do instituidor , posteriores á data do testamento , pois que este tão sómente dá direito depois da morte do defuncto , direito , que nesta especie caduca em razão da falta d'objecto pela preferencia dos credores. De sorte que neste

caso nos parecem exactas e muito proprias expressões as que dizem achar-se então o vinculo insituido, mas não constituido, o que faz com que elle não exista.

Em quanto ao morgado instituido por contracto, seguem os nossos Praxistas, que os bens do vinculo podem igualmente ser alienados para pagamento das dividas anteriores á instituição, pois que são ellas um encargo, que os segue ou acampanha, preferindo por isso os crédores ao instituido ou successor, a quem o fundador não podia beneficiar em prejuizo d'aquelles.

Em quanto ás contrahidas depois da instituição, distinguem os mesmos Praxistas: ou a existencia d'aquellas precede, ou é posterior á tradição dos bens ao instituido no vinculo. No 1.º caso o devedor ainda tinha o dominio, pois que este para perder-se depende da tradição; logo ainda obrigou os bens aos crédores; por tanto ainda estes preferem, conservando-se em taes circumstancias a precedencia do direito de não perder ao de lucrar na collisão, ou impossibilidade d'ambos terem o seu effeito.

No 2.º caso porém, ou quando a instituição com a entrega dos bens é anterior á contracção ou existencia das dividas, cessa a collisão do direito de não perder com o de lucrar, existindo no instituido, pois que já tem o dominio, o direito de não perder igual ao de não perder dos crédores, e procedendo então a maxima — *Pari in causa melior est conditio possidentis*, para os bens do vinculo se não alienarem; tendo o instituido, instado por aquelles, o = *sibi imputent* = para responder-lhes.

Concordamos com a doutrina exposta, ainda que a do A. tem sectarios, fundando-se em a Ord. cit., a do liv. 3. tit. 93. *in princ.*, não adoptar taes distincções; mas ha para responder-lhes, que são ellas confórmes aos principios e sentenças espalhadas em outros titt. e livv. das nossas Ordd., as quaes sentenças e principios, combinados com aquella mesma Ord. em que tomão fundamento, dão em resultado a doutrina, que seguimos, e que a critica sustenta, logo que se assente na maxima d'a tradição da cousa fazer perder o dominio, radican-do-o na pessoa accipiente, como estabelece a Ord. liv. 4. tit. 7. *pr.*

*Pro aere alieno possessoris non venduntur quidem bona*, etc. Nesta 2.<sup>a</sup> parte do §. tracta-se das dividas do possuidor do vinculo, em quanto ás quaes é regra ou maxima geral, que para sua satisfacção se não vendem, dão em pagamento, ou por outro modo alienão os bens daquelle, pois que são por natureza inalienaveis, como vimos, deferindo-se o direito, que n'elles lhe cabe, ao successor por morte do ultimo administrador, cit. Ord. §. 1.: *É quando a condemnação procedo da divida, ou obrigação do administrador.... e não do instituidor, não se poderão os bens do morgado, ou capella, arremata, nem vender, etc.*

Segue-se então examinar o direito dos crédores em quanto ao morgado do administrador devedor. Obtida sentença condemnatoria contra este, são os bens do vinculo annualmente arrendados; do rendimento deduz-se o exactamente necessario para desempenho das obrigações impostas pelo instituidor, e satisfacção das *custas e despesas*, que á cerca desses bens e colhimentos dos *fructos foren fitas*; e tudo o mais, que sobeja, e que o administrador haveria para si, ou o liquido, é entregue annualmente aos crédores, que alcançarão a sentença; entrega esta de rendimento, que não tem interrupção, antes que finde ou se complete o pagamento.

*Haec autem addictio judicialis, seu adsignatio successoris... non nocet* Esta adjudicação porém do rendimento liquido dos bens do vinculo aos crédores não persiste depois da morte do devedor, pois que taes bens passam ao successor desobrigados em razão de não ser daquelle que os mesmos lhe vem em beneficio, mas sim do instituidor, como já advertimos. Nem tal adjudicação, com fundamento na obrigação e no dominio restricto do devedor, póde estender-se ao tempo da posse do successor, que não é herdeiro d'elle, Mendes *in Prax.* p. 1. liv. 3. cap. 21. n. 18. e 19., Pereir. *decis.* 18. Desta sorte os crédores, cujo pagamento ou não teve principio, ou não acabou de ser perfeito em vida do devedor, tem a imputar asi a perda, tanto pela sua imprudente confiança, como pela negligencia, depois d'ella, em procurarem antecipadamente inteira satisfacção.

*Excepiuntur debita, quae vocantur qualificata, etc.*

Com tudo a doutrina, que acabamos de estabelecer, procede como regra, á qual se dão excepções, pois que tem logar nas dividas *communis*, ou naquellas, em que falta ou se não dá qualidade especial, expressamente notada e attendida pelas leis para que seu pagamento onere o vinculo, ainda mesmo quando possuido por quem as não originou ou contrahio, nem é herdeiro do devedor; dividas estas, que contrapostas áquellas ou ás *communis*, se dizem *qualificadas* em razão de nellas se dar a qualidade referida. São estas as que expressamente menciona a Ord. liv. 4. tit. 101.; e *communis* todas as mais.

São por tanto dividas qualificadas as contrahidas pelo administrador antecedente em serviço do Rei ou da Nação; as feitas para sustento dos filhos e pagamento de criados; estas dividas porém, como o A. adverte, e dispõe a cit. Ord. *in princ.*, obrigação o successor tão sómente pelas orças, ou na importancia e valor do rendimento do vinculo nos dous primeiros annos seguintes á morte do devedor, para o que depois da mesma tem aquelle quatro annos, pagando em cada um d'estes o quarto de toda a sobredita importancia, quarto, que se distribue *soldo á livra* pelos crédores em cada um dos mesmos annos; isto é, distribue-se em proporção do que a cada um é devido, e sem que se attenda á igualdade pelo numero dos crédores. Ficão assim perdendo estes o excesso de seus créditos, sobre a importancia do rendimento do vinculo no biennio.

*Excepiendum autem vel maxime est aes alienum ex necessaria causa, etc.* Além das dividas qualificadas pela lei estão na mesma razão, para se exceptuarem das *communis*, obrigando o successor, as contrahidas por causa necessaria em utilidade do vinculo, como é, por exemplo, o dinheiro emprestado ao antecessor para conservar os edificios, evitando-lhes ruinas; pois que se o successor não fosse obrigado á sua satisfação, locupletar-se-hia á custa alheia, ou com prejuizo dos herdeiros do defuncto, o que as LL. não consentem; e tanto, que ellas, como o Sr. Paschoal adverte, por este mesmo

fundamento obrigação o successor a satisfazer aos herdeiros do defuncto antecessor as bemfeitorias uteis e necessarias, de importancia não modica ou consideravel. Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. Estas dividas porêm obrigão o successor sem limitação de tempo, ou perpetuamente e na totalidade pelos fructos do morgado, Molin. *de primog.* liv. 1. cap. 10., Gomes cit. n. 72., pois que tambem seus effeitos o abrangem totalmente, e são perpetuos em utilidade do mesmo.

*Ad onera realia, veluti census et tributa, etc.* Finalmente, como os impostos e tributos são encargos reaes, que acompanhão por isso os bens, o successor é obrigado aos devidos, e não pagos pelo defuncto administrador. Mas como o pagamento de taes encargos é uma fracção do rendimento, e a falta ou omissão d'aquelle fez augmento na herança, segue-se que o successor, satisfazendo-o, fica por isso mesmo com regresso aos herdeiros do antecessor para ser reembolsado, opinião, que pela força dos fundamentos ponderados, foi adoptada das Prelecções de Retes *de fideicommiss. perpet. famil. relict.* cap. 2. n. 9. pelo A., e que entendemos procedente ainda mesmo no successor, quando juntamente herdeiro, para haver dos coherdeiros a parte correspondente á porção de cada um nos bens livres, pela importancia dos encargos reaes do vinculo, devidos antes da sua posse, e que o mesmo pagou. Este recurso nos parece mais honesto entre pessoas relacionadas pelo sangue, do que o requerimento do sequestro nos bens do vinculo em vida do administador negligente, que encontramos lembrado no *Digest. Portug.* tom. 2. art. 1432., com Lobão *Tr. de morg.* cap. 12. §. 6.

*Rem quoque ipsam adficit onus alimentorum, etc.* Por estas expressões, considerando como encargo real do vinculo os alimentos, conclue o Sr. Paschoal na sua nota ao §., que o successor é obrigado a prestal-os aos irmãos menores, durante a vida da mãe, ainda que seja rica.

Parece ser esta opinião condemnada pelo Ass. de 9 de Abril de 1772, o qual gradúa ou dá lugar, como vimos, á obrigação dos alimentos nos irmãos depois dos

pais, e por isso depois da mãe, que não é pobre. Com tudo adoptamos a doutrina do A. contra a de Peres a L. 40. de Toro n. 75. Por quanto os irmãos tinham adquirido direito a ser alimentados pelo pai em vida deste, ao qual correspondia a obrigação pelo vinculo; mas como neste foi successor immediato o primogenito dos filhos, fica este com o onus d'alimentar os irmãos, sem que obste ser a mãe rica.

Por motivo da successão no morgado pôde até mesmo entre sobrinho e thio, assim como entre primos, dar-se o direito e obrigação dos alimentos, ainda que tal direito e obrigação regularmente se não extendão além d'irmão. Vê-se isto nesta hypothese: Ticio, possuidor do morgado, teve irmãos; tinham estes direito aos alimentos por aquelle; logo recebe o primogenito de Ticio, com o vinculo, a obrigação de prestar os alimentos aos thios; e como estes passam o seu direito aos filhos, vem por consequencia o filho primogenito de Ticio a receber com o vinculo o encargo real dos alimentos de seus primos, como filhos d'aquelles thios, que o pai antecessor alimentava como irmãos por um dever pessoal.

*Da successão nos morgados constituidos em bens da Corôa:*

§. 30. Como os bens da Corôa se deferião com exclusão das mulheres, e com outras particularidades determinadas na Lei Mental, foi questão mui importante, e antigamente disputada, que ordem de successão se devia observar no morgado constituido nos mesmos; isto é, se lhe cabia a ordem legitima de successão determinada na Ord. liv. 4. tit. 100., para os vinculos geralmente, ou outra em virtude da differença entre os bens particulares e os da Corôa.

Tal questão porém não nos deve actualmente occupar, por inutil; pois que abolidos e extinctos todos os bens denominados da Corôa pelo Decreto de 13 d'Agosto de 1832, é certo que em todos os morgados a successão se defere pela ordem, que temos examinado, sem a menor differença.

*Da successão do morgado instituido pelos conjuges na mesma carta.*

§. 31. *Quando majoratus a conjugibus in eadem charta fuit institutus, quaeri solet, quis in eo succedat?* Tambem antigamente se disputou sobre quem devia succeder no vinculo instituido simultaneamente por marido e mulher, ou pelos conjuges na mesma carta.

Alguns, considerando esta instituição como contendo dous vinculos, concluirão deverem ser chamados os collateraes d'ambos os conjuges, cada uns em sua parte. Excluirão outros os parentes da mulher, dando o morgado indiviso aos do marido em razão de considerarem este como cabeça, e por isso a principal parte d'aquella.

É certo que deixando os conjuges filhos ou descendentes, procedia e procede a ordem estabelecida na Ord. liv. 4. tit. 100., sendo a duvida e questão unicamente á cerca dos collateraes. Esta porém está hoje decidida pelo Ass. de 11 de Julho de 1820, segundo o qual deve succeder o mais proximo, sem importar ou merecer differente consideração que o seja pelo sangue do instituidor, ou pelo da instituidora. Por quanto concorrendo dous irmãos de conjuges instituidores de vinculo n'uma só carta, decidio aquelle Ass. pela successão do mais velho, em razão de estarem ambos no mesmo gráo, razão de decidir, que se resolve na precedencia do mais proximo, quando se dá nos concorrentes desigualdade na distancia do parentesco.

*Das obras pias.*

§. 32. *Illud tandem hic monendum, etc.* Conclue o Sr. Paschoal este Tit., notando a providencia do §. 27. da Lei de 3 d'Agosto de 1770, segundo a qual todos os morgados instituidos depois da data da mesma Lei, ainda que as instituições não sejam expressas neste sentido, se entendem gravados com a centesima parte do seu rendimento para obras pias, debaixo da inspecção dos Provedores das Comarcas, « por ser competente aos

particulares, diz o Legislador, no estabelecimento das suas casas, para melhor serviço da Corôa, imitarem a exemplar pidade do Senhor Rei D. Manoel na separação, que fez, da centesima parte das rendas da Corôa para obra pia, e do Alvará do 1.º d'Agosto de 1752, em que ampliei aquella disposição. »

Hoje a inspecção neste imposto, extinctos os Provedores, é do Administrador do Concelho; advertencia, a que devemos acrescentar tambem, que o administrador do vinculo capaz de serviço militar, e que a elle se subtrahê em tempo de guerra sem causa justa, é multado na decima dobrada do morgado, Alvará de 23 de Fevereiro de 1797 §. 4., Portaria de 8 de Janeiro de 1812; e que procede o mesmo, quando o filho, immediato successor, sujeito ao patrio poder, deixa de supprir a falta ou impedimento do pai. Alvará de 15 de Dezembro de 1809 §. 21.

Concluido o exame de toda a doutrina do A. comprehendida neste Tit., resta-nos para ponderar, que todo o vinculo, isto é, todo o morgado ou capella, com situação em qualquer provincia ou parte dos dominios Portuguezes, pôde ser hoje abolido, não rendendo duzentos mil reis livres de contribuições directas e mais encargos, Decreto de 4 d'Abril de 1832 art. 1.; abolição, que tem logar, ainda mesmo sendo maior o rendimento, quando não tem o actual administrador successor algum legitimo, art. 2. Se porém os bens de differentes instituições se reúnem no mesmo administrador, rendendo na sua totalidade seis mil cruzados liquidos, não tem logar a abolição d'algum dos vinculos, nem ainda mesmo a daquelle, cujo rendimento é inferior a duzentos mil reis livres, art. 3.

Logo, se pelo art. 2. deste Decreto o ultimo ou actual administrador, não obstante o maior ou superior rendimento do morgado, tem direito a extingui-lo, isto é, a tornar os bens á qualidade primitiva ou de livres, quando não ha depois d'elle successor algum legitimo: como podem os bens do vinculo, vacantes pela extinctão da familia, devolver-se á Corôa, onerados e não livres, para o Rei sómente lhes nomear successor?

Como pôde conceber-se, que a condição do Estado neste ponto seja inferior, e não igual á do ultimo possuidor? O Decreto de 3 d'Abril de 1832 renunciou a propriedade e dominio perfeito do Estado, que neste caso se realizariam em pouco tempo, em favor do ultimo homem do sangue; e não o podia fazer, se os bens vinculados vacantes se não devolvessem á Corôa inteiramente livres e allodiaes. O que em nossa opinião é um novo e não fraco argumento contra a doutrina do A. na ultima parte do §. 26. deste Tit.

Continuando com a abolição do vinculo, são habéis para requerel-a os actuaes administradores não sujeitos a tutor ou curador; bem como os herdeiros, quer testamentarios, quer legitimos, do administrador, que fallece antes de ultimada a abolição por elle mesmo requerida. Cit. Decr. art. 4. §§. 1. e 2. Os menores porém e interdictos, interessados na liberdade dos bens, são admittidos a requerel-a por seus tutores e curadores, art. 5.

Mas os herdeiros necessarios do actual administrador, ainda quando este não tivesse intentado a abolição, se o immediato successor era solteiro na data deste Decreto, podião requerer aquella; direito, que entendemos não acabado ou extincto nos herdeiros necessarios, quando o successor naquelle tempo ainda agora não tem casado, embora já se ache possuidor antigo do vinculo. Por quanto nos persuadimos de que não teve o §. 3. do art. 4. d'este Decret. outra razão ou fundamento mais, do que a negligencia dos successores immediatos na contracção do matrimonio; o que nos leva a exceptuar da sua disposição o successor então viuvo, e o incapaz de matrimonio pela impuberdade, demencia, ou outro impedimento absoluto.

Resta finalmente advertir, que quando a dissolução do vinculo é procedente, e se ultima ou leva a effeito por sentença, os bens, ainda que já possuidos pelo successor, se reputão allodiaes desde a morte do ultimo ou antecedente administrador, devendo ser por isso abrangidos na partilha da herança, cit. Decreto art. 14. §. 3.; no que entendemos comprehendidos os rendimentos

rendimentos com deducção da despesa dos encargos satisfeitos, pois que estes, quer sejam pios, quer profanos, só acabão ou se extinguem pela sentença de dissolução do morgado.

---

## TITULO X.

### Das Capellas.

*Razão d' ordem, definição de capella, e differença entre esta e morgado.*

§. 1. **C**OMO a capella é uma especie de vinculo, com successão, que a lei tambem defere, conferindo ao successor propriedade ou dominio limitado, e, em nossa opinião imperfeito, muito em ordem tracta o Sr. Paschoal do direito proveniente d'esta instituição depois da quasi identica, o morgado; principiando por descrevel-a ou defini-l-a subjectivamente considerada, e com attenção restricta á sua natureza especial, pelos termos — *Jus succedendi in bonis, piis oneribus obnoxiiis, et alienari perpetuo prohibitis, quorum successor, sive administrator certam portionem, veluti tertiam, vel quartam, ob impensam administrationis operam adsignatam habet.*

A capella, olhada como disposição, é um fideicomisso perpetuo, successivo, inalienavel e indivisivel, deixado para cumprimento d'obras pias. Consiste objectivamente nos bens sujeitos as clausulas referidas, as quaes formão sua propria ou especial natureza: e subjectivamente, no direito de succeder nos mesmos bens; ou, como o Sr. Paschoal mais explicitamente determina, consiste a capella *no direito de succeder em bens deixados com sujeição a encargos pios e sob prohibição perpetua de se alienarem, cujo successor ou effectivo administrador percebe uma porção certa e determinada de rendimentos em retribuição do trabalho.*

Esta definição é legal, pois que a Ord. liv. 1. tit. 62. §. 53. declara expressamente haver capella, se os bens vinculados estão sujeitos a missas ou outros encargos pios, assignando-se porção certa, ou quota determinada nos rendimentos; quando deixados estes ao administrador indistinctamente, ou sem porção determinada e fixa, ainda que onerados com taes encargos, constituem aquelles em morgado. Não podemos por tanto dizer simplesmente nominal a differença de morgado a capella, como parecem persuadir as expressões da nota a este §. — *re autem ipsa majoratus et capella idem prorsus sunt, et promiscue adcipiuntur*; porque nem os fins das duas instituições são os mesmos, nem iguaes na extensão os proveitos, que conferem, ainda que na ordem de successão, na inalienabilidade e indivisibilidade dos bens sejam identicas.

São distinctos os seus fins: o Sr. Paschoal o confessa; pois que o morgado procura principalmente perpetuar o esplendor, a honra e nobreza da familia, quando a capella se dirige principalmente ao culto e honra de Deos; naquelle o intuito da instituição é a memoria ou renome do auctor; n'esta é o bem da sua alma que principalmente o determina. Differem tambem nos proveitos: pois que o administrador do morgado faz seus todos os rendimentos; na capella pertence-lhe unicamente a porção certa, que nos mesmos o instituidor lhe separa.

### *Etymologia da palavra capella e origem da instituição assim chamada*

§. 2. *Capellae eadem ac majoratus origo, etc.* A palavra *capella*, formada de *cap*, termo Celtico, que da significação primitiva de cobertura da cabeça se ampliou depois á do corpo todo, comprehendendo por fim qualquer cobertura, passou para *capa* em latim, abrangendo tudo o que occulta ou cobre um objecto, e por isso tambem a caixa ou *theca* na mesma lingua.

Parece que guardando-se em caixa, no oratorio dos Reis de França, as reliquias de S. Martinho e outros

Santos, esta caixa ou *capa* fez dar ao mesmo oratorio o nome especial de *capella*, que depois se extendeo aos demais oratorios privados, ou logares dedicados perpetuamente ao culto particular da familia, mas com publicidade; applicando-se por ultimo á instituição, de que actualmente tractamos, por isso que os bens, n'ella deixados, principal e perpetuamente se empregão em culto público e honra da Divindade, distinguindo-se do legado pio, porque neste os bens ficão temporaria, e não perpetuamente onerados com obras ou encargos pios.

A ordem de successão na capella é a mesma, por que se defere o morgado, Ord. liv. 1. tit. 62. §. 53., sendo chamado um unico successor, para se perpetuar na familia o direito com os encargos, tomando por isso o mesmo modelo de successão regular, que aquelle, ou a outra especie de vinculo.

Se o morgado com motivo na manutenção da nobreza foi recebido nas nações, a capella foi igualmente adoptada por quasi todos os povos da Christandade pelo desejo d'alcançar-se a salvação; desejo, que vimos em outra parte ter excitado tambem nossos maiores a deixarem frequentemente legados — *pro bono et remedio animae*, o que principalmente os determinava á disposição *mortis causa*, ou á facção testamentaria.

### *Especies de capella.*

§. 3. *Proprie autem instituta capella non intelligitur*, etc. São duas as especies de capella, ou duas as instituições, em que os bens se sujeitão a missas, anniversarios, suffragios, esmolas ou outros encargos pios. No sentido amplo dá-se capella, quando os bens se deixão onerados perpetuamente com encargos d'esta especie, pois delles é que essencialmente dimana para os bens este nome e natureza: a capella porém neste sentido nenhuma particularidade nos offerece, pois que tanto na instituição, como na sua successão, se observão as disposições geraes de Direito, acompanhando os encargos pios os bens em todos os possuidores. Porém no sen-

tido próprio ou estricto a capella fórma um fideicommissão successivo, inalienavel e indivisivel; ou por outras expressões, constitue vinculo com successão regular na familia, differindo apenas do morgado nos pontos, que referimos. No ultimo d'estes sentidos, ou importando idéa de vinculo, é que tomamos a capella nesteTitulo.

*Por que leis se governão as capellas.*

§. 4. *Quia vero capellae et majoratus vix differunt*, etc. Pois que morgado e capella, como meios de disposição, não differem entre si, resulta empregarem nossas leis promiscuamente os mesmos nomes, e sujeitarem, em regra, ambas estas disposições a providencias communs. Por isso o que noTitulo antecedente ponderámos a respeito dos morgados, abrange as capellas igualmente no que respeita á intuição, á generalidade das pessoas que assim podem dispor, á ordem de nellas succeder, ás condições que podem ser-lhe adjectas, á representação, extincção, etc.

*Providências da Lei de 9 de Setembro de 1769 a respeito de capellas.*

§. 5. *Plura de capellis statuit Novella 9 Septembris 1769. Nam hac lege nulla est capellae institutio, Rege inscio, de bonis immobilibus*, etc. Principia o Sr. Paschoal por dizer-nos, que segundo a disposição do §. 14 da Lei de 9 de Setembro de 1769, ninguem póde sem licença do Rei instituir capella em bens immoveis. Nós porém não podemos attribuir á Lei tal sentença, pois nada nos parece mais claro, do que a prohibição absoluta, que vemos no seu §. 14, de ou por disposição testamentaria, ou por doação *causa mortis*, ou por ella *inter vivos*, ou finalmente por qualquer outro acto convencional, alguém instituir capella, gravando fundos de terras, ou outros bens de raiz; prohibição, que para não ser frustrada excitou as providencias do §. 15. da mesma Lei, exigindo, para validade da instituição, escriptura ou instrumento público sem excepção de

pessoa, com pena de perdimento do officio no Tabelião, que lavrar instrumento contrario áquella disposição, procedendo a mesma pena sem differença pelo reconhecimento do escripto particular de contracto, que esteja no mesmo caso.

Por tanto a doutrina hoje verdadeira, em nosso modo de ver, é que tão sómente se póde instituir capella sobre quantia certa de dinheiro, como dispõe esta Lei no § 17., precedendo licença do Poder Executivo pelo Ministerio do Reino, visto achar-se extinto o Desembargo do Paço, a quem ella competia antigamente; e que para a instituição de capella em bens immoveis é necessaria approvação do Poder Legislativo, dispensando na prohibição do §. 14., em que o A. se funda.

*Non tolerantur onera pia*, etc. Postas ou referidas as duas providencias, sendo a primeira que é nulla a instituição de capella em bens immoveis, e a segunda que para a validade da instituida em dinheiro é necessaria licença ou confirmação Regia, é a terceira na ordem do A. a do §. 19. da mesma Lei, segundo a qual a importancia da despesa dos onus pios não póde ser superior á decima parte do rendimento dos bens, á qual se devem tambem reduzir, ficando abolidos no excesso os encargos pios das capellas anteriores a esta disposição, tomando o Legislador expressamente por fundamento, não se ajustar com a razão que qualquer instituidor particular pretenda opprimir perpetuamente seus successores com o excedente a esta taxa, quando a *Santa Mãre Igreja se contenta com a decima dos fructos*.

*Extinguuntur capellae antiquae*, etc. Outra determinação, uma das duas do §. 21. da mesma Lei, é ficarem *ipso jure* abolidas, e reputados livres seus bens, as capellas, que nas Províncias do Reino não deixavão ao administrador, depois de satisfeitos os encargos, cem mil reis liquidos, e duzentos mil reis, sendo situadas na Côrte e Extremadura.

*Quocumque titulo vacantes sine oneribus Regiae coronae adquiruntur*. Refere a disposição da Lei cit. no §. 18., declarando que as capellas já devolutas á

Corôa, ou que de futuro se lhe devolverem, não se entendem passarem taes, pois que os bens ficão livres e desonerados totalmente dos encargos.

*Nulla tandem est animae institutio.* Finalmente, por outra disposição do §. 21. além da já referida, ficão nullas, para não poderem ter effeito algum todas as disposições e convenções, *causa mortis ou inter vivos*, em que for instituida a alma por herdeira.

*Outras providencias do Decreto de 17 de Julho de 1778.*

§. 6. *Quia vero hac Novella contra antiqui juris rationem non nulla fuerunt constituta, etc.* As disposições dos §§. 18., 19., 20. e 21. da Lei de 9 Setembro de 1769, que acabamos de examinar, prohibindo a instituição da alma como herdeira, abolindo as capellas de rendimento insignificante, bem como extinguindo ou reduzindo os encargos pios, forão suspensas pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, o que mui exactamente o A. aqui nos adverte. Devemos porém accrescentar, que o Alvará de 20 de Maio de 1796 instaurou e restituiu a seu vigor todos os ditos §§., declarando expressamente por esta occasião ter sido sua suspensão devida a motivos frivolos e inconsequentes.

*Pessoas, que podem instituir capella, e qual o seu rendimento.*

§. 7. *Capellae tamen institutio non solum Nobilibus, etc.* Não só os nobres e pessoas distinctas por serviços importantes são aptos para serem auctorizados pelo Soberano na fundação de capella; mas todos os que gozão da livre administração de seus bens, podem por este modo ou especie de instituição dispor d'elles. Por quanto, como o Sr. Paschoal se explica, não se tracta de perpetuar a memoria do fundador com o esplendor e nobreza da familia, como na outra especie de vinculo; mas cada um procura nesta o seu bem d'alma por meio do culto e honra de Deus; causa, que é pã-

blica, e que a todos interessa, — *sed piorum operum causa instituat, quae publica est, et omnibus patet.* E em verdade, como por vezes temos dito, e nunca nos cansaremos de o repetir, a prática da caridade e mais virtudes christãs, os exercicios de piedade, por outros termos, as demonstrações exteriores da nossa verdadeira crença, amor de Deos e de nossos semelhantes não só influem na felecidade da outra vida, mas despertão-nos e obrigão-nos mais do que tudo na exacta e escrupulosa observancia das leis humanas, da qual depende o bem do Estado.

*Regis tamen licentia necessaria est, etc.* Das reflexões expostas ultimamente não se póde concluir contra a dependencia da licença do Soberano para se dispor dos bens em capella, nem contra a justiça das leis, que regulão este objecto, pois que por uma parte o culto público religioso fórma a primeira das obrigações da sociedade civil, por outra este culto não exige o sacrificio das subsistencias dos vivos feito pelos defunctos; e, como disse D. José na Lei de 9 de Setembro, a Santa Madre Igreja contentava-se com a decima dos fructos. Por tanto têm logar as condições e providencias das leis para se obstar ao abuso nas disposições pias, abuso, que a mesma religião desapprova.

*Neque praeterea ad illius institutiouem ea tanta bona et redditus requiruntur, etc.* A Lei de 3 d'Agosto de 1770, regulando nos §§. 18., 19., 20. e 21. o rendimento dos vínculos, dispõe restrictamente aos morgados; por tanto não comprehende as capellas, nem mesmo tantas riquezas ou meios são precisos para alcançar o bem d'alma, prestando a Deos um culto simples, que lhe agrada, e elle acceta sempre que um coração sincero lh'o offerece. Com tudo o Decreto de 4 d'Abril de 1832, abolindo, como vimos, os vinculos, com expressa menção das capellas, cujo rendimento não deixa annualmente ao administrador duzentos mil reis livres da satisfacção dos encargos, indirectamente determina por esta disposição, que não possam vincular-se em capella capitaes de rendimento inferior áquella taxa, além do correspondente ou necessario para cumprimento das obras pias.

*Nas capellas administradas por Clerigos e corporações de mão morta.*

§. 8. *Non valet institutio capellae, in qua Ecclesia, Monasterium, Religiosi, vel Clerici ad illius administrationem vocantur, etc.* Nesta 1.<sup>a</sup> parte do §. estabelece o Sr. Paschoal a regra de serem nullas as capellas, deixadas em administração a Clerigos ou corporações de mão morta, auctorizando-se com Mend. *in Prax.* tom. 2. liv. 1. cap. 2. n.<sup>o</sup> 94., onde vemos supprimida uma instituição de capella conferida ao Mosteiro de S. Francisco de Paula.

Procede porém a incapacidade de taes collegios ou pessoas nas instituições com objecto em prédios ou bens immoveis; por quanto sendo as capellas vinculadas, e por isso de perpetua duração, nunca os bens se tornarião vacantes, porque não morrem estas pessoas; razão, de que entendemos ficar fóra a capella, que é deixada a pessoa natural com qualidade de Clerigo, uma vez que a mesma qualidade se não exija invariavelmente nos successores: ao contrario, se a mesma qualidade se requer sempre, o que tambem acontece, quando a dignidade figura mais attendida que a pessoa, como se o instituidor chamasse sempre o Deão d'uma Igreja Cathedral.

Assim se o primeiro administrador, ou outro em linha de substancia é Clerigo, Deão ou Chantre d'uma Sé, uma vez que a mesma qualidade se não exige *in infinitum*, vemos o sangue chamado, e a successão regular: nem as qualidades mencionadas e existentes no primeiro, ou outro administrador de capella o inhabilitão, ou produzem nelle alguma incapacidade para esta especie de vinculo; pois não se tracta cumulativamente de perpetuar o esplendor da familia, e prestar serviços incompativeis com o sacerdocio, isto é, não tractamos de morgados.

Por tanto considerado o fundamento da amortização dos bens, fundamento antigo para as corporações de mão morta, não poderem ser chamadas a administração de capellas, o que em nossa opinião se não dá na

qualidade ecclesiastica occorrente ou accidental em pessoa da familia ; segue-se ver , se as corporações de mão morta são igualmente incapazes de capellas constituidas em difheiro.

É evidente que as LL. da amortização , restrictas a bens immoveis , não soffrem ampliação , ou não podem comprehender a administração de fundos pecuniarios , que improductivos em si mesmos , necessitam , para renderem , da circulação ou do gyro: logo podem as corporações de mão morta administrar capellas taes , o que *a contrario sensu* se infere do Alvará de 23 de Maio de 1775 , pois que regulando a fórma da denuncia dos morgados e capellas por vacantes ou injustamente possuidas , faz aquella procedente no §. 18. pelos termos : *Como das capellas , ou morgados estabelecidos em bens de raiz , para andarem sempre em Clerigos ou outras pessoas ecclesiasticas.*

*Capellas tamen antiquas , de bonis etiam immobili- bus fundatas , etc.* Da incapacidade porém dos collegios e corporações de mão morta para a administração de capellas , fundadas em bens immoveis , exceptua primeiramente o A. as antigas , isto é , as capellas , que taes corporações já possuíam no anno de 1611. Por quanto pela Lei de 4 de Julho de 1768 , declarada na de 12 de Maio de 1769 , determinou D. José , que os bens de raiz , consolidados desde aquelle anno nestas pessoas juridicas , fossem dados em emphyteuse ; providencia , que não abrange ou comprehende as consolidações anteriores : ora se os corpos de mão morta retém dominio consolidado ou pleno nos bens immoveis , que tinham naquelle anno e antes d'elle , por maior razão retém a administração das capellas em taes bens , que já então possuíam , pois que pela satisfação dos encargos ou obras pias resultão para o público commodos e vantagens , que lhe não provêm dos bens livres mencionados.

*Quinimo eas etiam capellas retinere possunt , in quarum administratione erant anno 1640 , etc.* Exceptua o A. ainda da mesma incapacidade as capellas de bens immoveis , em cuja administração estavam em 1640 as corporações de mão morta.

Verdade é que D. João IV., pelo Decreto de 2 de Janeiro de 1651, suspendeu a Ord. do liv. 2. tit. 18, com relação ás capellas, que os ecclesiasticos possuem desde 1640; com tudo D. João VI. no Decreto de 8 de Julho de 1802 restabelece as denuncias de capellas taes, instituidas antes de 1651, considerando declaradamente derogado o Decreto de 2 de Janeiro cit. Por consequencia a excepção na incapacidade d'as corporações de mão morta administrarem capellas antigas, fundadas em bens de raiz, é restricta ás possuidas em 1611; e por isso não comprehende as de fundação posterior, como pretende o A.

Em resultado, podem corporações de mão morta administrar as capellas de bens immoveis, que possnião em 1611: as antigas de bens immoveis com vocação de familia, podem ser administradas por Clerigo d'ordem maior, quando a proximidade do sangue lhe dá logar na successão, pois que a sua incapacidade de succeder se limita á *pura e simples instituição de morgado*. Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 11. Posteriormente porém a esta Lei, e por sua disposição nos §§. 14. e 17. ninguem póde instituir capella em bens immoveis, mas tão somente em quantia certa de dinheiro, obtendo licença Regia; e nenhuma incapacidade tem as corporações de mão morta para sua administração.

### *Capellas de D. Affonso IV.*

§. 9. *Speciali memoria apud nos dignae sunt Regis Alphonsi IV. capellae*, etc. Menciona o A. neste §., como dignas de memoria e de mui especial recordação, as capellas de D. Affonso nosso Rei, e quarto deste nome, que a um valor abalizado ajuntou a mais insigne e distincta piedade, da qual entre outros são argumento as capellas, que fundou, e se distinguem pelo nome do Fundador, bem como por sua abundante dotação. Havia um Provedor especial para inspecção dellas, do qual nas causas, que lhe dizião respeito, se appellava para a Mesa da Consciencia, depois extincta; os encargos pios destas capellas são satisfeitos por um Capellão

Mór, dez Capellães menores, e vinte e quatro Mercceiros.

Os bens porém, que as dotavão, unirão-se em nossos dias aos nacionaes, fazendo verba no Orçamento o seu ainda importante rendimento, que alli se diz — *das capellas de D. Affonso IV.*; mas não se achão devolutos. Seus encargos são por ora satisfeitos; e oxalá que sempre o sejam.

*Das capellas devolutas á Corôa por vacantes.*

§. 10. *Capellae vacantes, a principio rite recteque institutae, fisco cum oneribus applicantur, etc.* Combinadas as expressões transcriptas do A. com as ultimas do §., cumpre distinguir entre capellas vacantes e nullas.

São nullas as que, illegitimamente instituidas, nunca podem ter effeito, passando os bens aos herdeiros como livres, segundo a disposição terminante da Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 15.

As vacantes dizem-se taes, quando válida e legalmente instituidas; mas por uma causa posterior são devolutas á Corôa: se esta causa consiste na extincção da familia, isto é, em não haver um só consanguineo do instituidor, ainda que em gráo remotissimo de parentesco, diz o Sr. Paschoal que se devolvem os bens acompanhados dos encargos, devendo o Rei nomear administrador, para que os mesmos sejam satisfeitos: *ut administratorem possit, et debeat nominare, qui eadem onera sustineat et adimpleat.*

Se porém a capella é vacante por commisso, isto é, se fica devoluta, porque chegou a ter um administrador incapaz, por exemplo, corporação de mão morta, consistindo aquella em bens immoveis, estes devolvem-se livres á Corôa, ou desonerados d'encargos: *quod vero ob commissum vacaverint, liberae ab omni vinculo et onere fisco cedunt.*

Em nossa opinião os differentes modos ou causas de vacancia da capella não influem variante, passando sempre os bens livres pela devolução, como anteceden-  
temente expozemos; sem que depois dos já referidos

nos restem mais fundamentos , além dos que o proprio A. nos fornece no §. immediato.

*Extinção , commutação e redução dos onus pios.*

§. 11. *Opera pia, utut jure imposita, possunt a legitima potestate, justa tamen de causa, redimi seu extinguí, etc.* As obras ou onus pios das capellas legitimamente instituidas, dando-se justa causa, podem ser inteiramente abolidos ou extinctos, encurtados ou reduzidos, e finalmente substituidos ou commutados, não por arbitrio particular, mas intervindo auctoridade competente.

Ninguem pôde duvidar d'esta doutrina: mas qual é a auctoridade legitima para taes actos? Diz o Sr. Paschoal que o Rei, e que d'este direito tem usado em Portugal os Soberanos, a quem pertencem as providencias em todos os objectos, que, como este, podem influir no bem público.

Em prova do direito do Poder supremo temporal para a extinção dos onus pios, dá o A. o §. 18. da Lei de 9 de Setembro de 1769: *Josephus I. in capellis quomodocumque ad Regiam Coronam devolutis pia opera omnino abolevit, atque extinxit*; confessando assim o que antecedentemente negou, ou que as capellas por qualquer modo vacantes, *quomodocumque*, isto é, vacantes quer por extinção de familia, quer por commissio, passão ou se devolvem á Corôa livres inteiramente, *omnino*, dos onus pios, os quaes desde então ficão extinctos. Mas accrescenta o A.: é notavel que D. José conservasse o vinculo destes bens, ou a sua qualidade de inalienaveis, o que é prejudicial ao Estado: *vinculum tamen, hoc est, prohibitionem alienationis servavit, quod notandum est; cum exitiosius Reipublicae sit*: asserção, que nos parece inteiramente destruida pelos termos expressos do mesmo §. da Lei cit.: *Mando que todas as que se achão devolutas (as capellas), e que daqui em diante se devolverem á Corôa, ou por commissos, ou por serem vacantes, se entendão, e fiquem livres.* Logo deixão de ser capellas, ficando os bens desvinculados ou allodiaes,

como antecedentemente sustentámos contra a doutrina do A.

*Idem, abolitis capellis parvi momenti*, etc. Outra prova e argumento do direito do Soberano para extinguir encargos pios apparece no §. 21. da mesma Lei, pois dá por livres e desembaraçados os bens constituidos em capellas, que na Côrte e Extremadura não rendem duzentos mil reis annuaes, deduzidos os encargos, e cem mil reis em todas as mais Provincias do Reino.

Finalmente em prova do direito de reduzir ou encurtar no numero os onus pios dá o §. 19., em que esta Lei reduz geralmente os excessivos aos compatíveis no cumprimento com a decima parte do rendimento annual dos bens vinculados em capella.

Provado que ao soberano Poder temporal compete a extincção e redução dos onus pios impostos pelos instituidores, e que entre nós tal direito até mesmo tem sido practicado, attribue na nota o Sr. Paschoal tambem a este mesmo poder o direito da commutação dos onus pios, ainda que o sagrado Conc. Trident. na sess. 22. *de reformat.* cap. 6. a entregue tão sómente aos Bispos em Synodo, decreto, que o A. observa com Gallemart não ter sido recebido nem na França, nem em outras nações. Esta doutrina merece elogios a Lobão, que no *Tract. Prat. de Morgad.* cap. 10. not. 10. ao §. 8., embrulhando a redução com a commutação d'encargos pios, diz não ter podido comprehender o motivo ou fundamento, por que D. Maria I. impetrou de Pio VI. o Breve de 6 de Março de 1779, pelo qual os Bispos e Ordinarios das Dioceses são os competentes, ou com auctoridade neste ponto.

O Concilio de Trento foi indistinctamente recebido em Portugal pelas Leis de 1564 e 1568; além disso pela natureza das cousas a commutação dos onus ou obras pias é privativa, em nossa opinião, do juizo da Igreja; e o poder temporal, por mais elevado que seja, é nullo, estranho e absolutamente improprio e incompetente neste caso.

O argumento procurado pelo A. e por Lobão na Ord. liv. 1. tit. 62. §. 41. parece-nos nada provar: por

quanto diz em Ord. , que nas instituições , que mandão cumprir obras pias , sem que estas se declarem , se devem entender *missas , anniversarios , responsos , confissões , etc.* Mas declarar , n'este caso , o que não está declarado , é approvar uma presumpção , e mandar observal-a , e de nenhum modo commutar encargos pios declarados em outros não declarados.

Podia o Desembargo do Paço , pelo §. 39. do seu *Regimento* , auctorizar trocas de bens vinculados para melhoramento , e nunca para detrimento dos morgados ou capellas : mas a conclusão , que o A. daqui deduz , salvo o devido e sempre por nós tributado respeito , parece nos não só falsa , mas ridicula : *itaque eadem auctoritate pia opera bonis adnexa subrogari posse videntur*. Pois auctorizar troca de bens para melhoramento das capellas , é por ventura auctorizar troca , subrogação ou commutação d'encargos pios ? Ao contrario é melhorar os meios para o cumprimento dos encargos pios já impostos. O mesmo dizemos do direito de reduzir ou augmentar os salarios aos administradores ; pois ainda que o augmento dos salarios possa influir redução dos encargos pios , da redução para a commutação não se argumenta , e nada se pôde concluir por isso.

Os encargos pios são reduzidos pelo Poder temporal ; mas por que modo ? Augmentando o lucro livre do administrador , auctoridade , que se exercita immediatamente nos bens ; e que pôde declarar livres os bens todos ; donde resulta no primeiro caso a redução dos encargos pios por falta de meios para os que ficão sem cumprimento ; e no segundo a extincção de todos , porque não ha meios alguns para elles. Cabe ao Poder temporal , repetimos , extinguir todas as capellas , declarando livres os bens de todas , e prohibir que outras no futuro se instituão ; mas não pôde commutar encargos pios : pois que para isto é necessario um poder directo , proximo e immediato á cerca de objectos espirituaes , como são *missas , anniversarios , responsos , confissões*. Ord. liv. 1. tit. 62. §. 41. A commutação dos onus pios é a preferencia do mais pio não declarado ao menos pio declarado ; e para isto só é proprio o juizo da Igreja.

Como porém este juizo pelo Concilio de Trento cit. estava nos Bispos com o Synodo Diocesano, que desgraçadamente em quebra da disciplina deixou de ser convocado, a piedosa e Fidelissima Rainha D. Maria I., não confundindo com o Imperio o Sacerdocio, e querendo ter recurso dentro do Reino para seus subditos, teve nisto esse fundamento e motivo encoberto a Lobão, segundo a confissão d'elle mesmo, para impetrar do Santo Padre no Breve já referido, que os Bispos *extra synodum*, na qualidade de Delegados da Sé Romana, tivessem, como tem actualmente, auctoridade neste ponto; sendo de notar, que tambem os Prelados Diocesanos receberão permissão do soberano Poder temporal para reduzirem taes encargos nos morgados e capellas, Avis. de 3o d'Outubro de 1783; bem como que este poder (fallamos da reduccão dos onus pios) é actualmente do Juiz de Direito, *Noviss. Refórm. Judic.* art. 334., pertencendo ao Administrador do Concelho inspecionar o cumprimento dos mesmos em ambas as especies de vinculo. Portar, de 2 d'Abril de 1838.

### *Do denunciante da capella por vacante.*

§. 12. *Capellae quovis modo vacantis denuntiantibus administratio quasi in praemium delationis conceditur, etc.* Achando-se a capella vacante ou devolvel para a Corôa, quer por commisso, quer por extincção da familia chamada na instituição, o denunciante recebe, como em premio, por uma ou duas vidas a administração da capella, bem como a do morgado; devendo para isto observar, sem omissão d'uma só, todas as muitas providencias do Alvará de 23 de Maio de 1775.

Esta denúncia era tomada pelo Juiz das capellas, obrigando-se o denunciante a tirar á sua custa os bens ao injusto possuidor, e com certidão da denúncia, extrahida do livro d'ellas, requeria a mercê pelo Desembargo do Paço. Hoje, como já advertimos com relação aos morgados, é o Governador Civil do Districto que recebe a denúncia, e o Conselho do mesmo quem resolve sobre passar-se, ou não, o Alvará de mercê. *Noviss. Refórm. Judic.* art. 356.

*Denuntiantibus Beneficia ad Regiam Coronam pertinentia ipsum Beneficium, eo tantum vindicato, quasi praemii loco concessum erat, etc.* Termina o Sr. Paschoal este Título, dizendo-nos que em tempos mais antigos o denunciante de beneficio do Padroado Real, logo que por sentença o mostrava devoluto, tinha em prêmio o beneficio; mas que posteriormente, para se evitar *simonia*, se lhe deu o direito de padroado, ou o direito de appresentar Clerigo idoneo para aquelle, pois que appresentar para beneficio é direito temporal.

Esta razão, que o A. attribue ao Alvará de 26 de Setembro de 1791, de ser o padroado ou appresentação um direito temporal, certamente não foi a verdadeira. Longe de nós está a idêa d'o officio sagrado ser effeito immediato do padroado, pois que aquelle provêm todo da instituição canonica e collação ecclesiastica; ainda que alguma espiritualidade, em razão da referencia áquelle officio, as nossas leis divisarão no direito d'appresentar, pois que a Ord. liv. 2. tit. 1. §. 7. determina « *que havendo demanda sobre o direito do Padroado, o conhecimento pertence ao Juizo Ecclesiastico, posto que seja Padroado da Corôa.* »

Mas depois da exposição franca da nossa opinião sobre o officio sagrado vir todo da instituição canonica e collação ecclesiastica; não sendo este lugar proprio para as largas demonstrações, que requer esta materia, terminamos com dizer, que a verdadeira razão do sobredito Alvará é dada por elle mesmo, consistindo em facilitar as denúncias, pois que mais antigamente apenas erão feitas pelos que tinham aptidão e idoneidade para o provimento no beneficio, provimento ou mercê, que tambem não conferia poder algum espiritual ou sagrado.

---

## TITULO XI.

### Direito nos bens dados em emphyteuse, ou Direito Emphyteutico.

*Razão d' ordem, etymologia da palavra emphyteuse, seus usos e definição subjectivamente considerada.*

§. 1. *EMphyteusis est jus quoddam proprietatis*, etc. Como o emphyteuta, ou tomador de bens por emphyteuse tem n'elles grande parte, mas não todos os elementos da propriedade ou dominio, o exame das nossas leis com referencia ao seu direito acha-se aqui collocado em boa ordem depois do que tem por objecto os bens constituídos em vinculo; porque n'uns e n'outros se dá propriedade limitada, assim como imperfeita em nosso modo de ver, ainda que por diverso fundamento, pois que nos bens dados em emphyteuse existem conjunctamente direitos reaes n'outra pessoa differente do possuidor, no que consiste a primeira especie de propriedade imperfeita, como vimos.

A palavra *emphyteuse* tira origem d'um termo grego, que significa *plantar, ou tornar melhor uma terra*; e se emprega para determinar o contracto, que dá titulo ao direito, de que tractamos; determina tambem este direito, e finalmente os bens, que são o seu objecto. Na primeira accepção *emphyteuse* é a convenção ou contracto, pelo qual o proprietario cede em outrem o gozo temporario ou perpetuo d'um prédio, com reserva de prestação annual em reconhecimento do seu dominio directo. Nesta accepção a *emphyteuse* entra na terceira parte da jurisprudencia, ou se encontra ao livro 4.º das *Instituições* do A.

Na segunda, ou subjectivamente considerada exprime o direito real, ou o *jus in re* nos bens tomados

*Part. II. Div. II.* 6

por virtude d'este contracto, ou, como o Sr. Paschoal mindamente determina, consiste « *no dominio util, que se dá em cousa immovel alheia, temporaria ou perpetuamente, com obrigação de se pagar em reconhecimento do dominio directo certa pensão.* » A cousa immovel finalmente, ou o objecto concedido em direito emphyteutico por virtude da convenção, seguindo se a tradição, diz-se tambem emphyteuse. Tomada nas duas ultimas accepções ou subjectiva e objectivamente cabe a emphyteuse na segunda parte da jurisprudencia, ou pertence ao direito *das cousas*, em que o A. a comprehende: mas como este direito real consiste em propriedade limitada, entra o seu exame, depois dos vinculos, nesta nossa 2.<sup>a</sup> *Divis.* do direito com objecto nas *cousas*.

Devemos porém advertir desde já com o A. no fim da nota a este §., que a emphyteuse, como contracto, tambem se diz entre nós *aforamento*, nome, que igualmente se dá ao contexto ou instrumento da convenção emphyteutica, donde vem dizer-se *aforar* o acto de conceder ou tomar o prédio em emphyteuse; a mesma idéa se exprime pelos termos — *dar ou receber por prazo*; e *prazo* se diz ainda o objecto concedido por *aforamento*, synonymo de *emprazamento*. Além disto, em harmonia com a linguagem exposta, dizemos *foreiro* o emphyteuta, contraposto ao senhor directo que chamamos especialmente *senhorio*. O canon, que onera annualmente o foreiro como encargo real sobre o prédio, tem o nome de *fóro* ou *pensão*. Todas estas expressões, com as idéas expostas, encontrão-se a cada passo usadas em nossas LL., e além d'outras na Ord. liv. 4.<sup>a</sup> titt. 36., 37., 38., 39. e 40.

### *Origem do direito emphyteutico.*

§. 2. *Origo emphyteuseos, etc.* Posto o direito do emphyteuta como tal, bem como a sua obrigação do reconhecimento, a que é correlativo o direito do senhorio, antes do exame das facultades, clausulas e obrigações differentes, que constituem a essencia e natureza daquella, adverte-nos o A. neste §., que a nossa em-

phyteuse nos interesses e encargos , que confere , tomou origem das LL. Romanas , mais do que das prácticas d'outros povos

A emphyteuse , conferindo dominio util ou perpetuamente , ou ao menos por tempo largo , como Domat observa liv. 1. tit. 4. na introduccão á secç. 10. , foi inventada para supprir em quanto ás terras incultas os inconvenientes do arrendamento ou locação , pois que não achando facilmente os proprietarios quem lhes tomasse por este titulo terrenos taes , recorrêrão á emphyteuse , animando os tomadores com a perpetuidade do seu direito ; ou pelo menos com a existencia do mesmo durante algumas vidas ou gerações ; invenção , que pelas causas excitantes devia ser descoberta na mais remota antiguidade , e abraçada entre todas as nações , muito embora estas variassem as regras em quanto a ella.

Os Egyptios conhecêrão ou praticarão em certo modo a emphyteuse , pois que vendendo , excitados pela fome , as terras a Pharaó , por intervenção de Joseph cada um dos particulares conservou *in perpetuum* a porção , que lhe cabia , com encargo de pagar áquelle Rei o quinto da producção annual. *Genesis* cap. 47. vers. 24. O mesmo nos refere Aristoteles que praticarão os Gregos ; e Josepho assevera outro tanto a respeito dos Judeos. Com tudo os bens cedidos , de que fallamos , ficarão antes censiticos , do que emphyteuticos , por isso que o concedente , segundo os costumes dos povos referidos , não reservava algum dominio sobre os prédios , limitando-se ao direito simples da prestação annual.

Esta observação levou o A. a attribuir a origem da emphyteuse a differença , que os Romanos fazião , de terras *vectigales* , e não *vectigales* , sendo estas as que se davão por locação , e aquellas com um encargo real *in perpetuum* , mudando talvez no tempo de Constantino o seu nome primitivo. Com tudo não nos parece que as terras *vectigales* fossem precisamente entre os Romanos o primeiro fundamento da emphyteuse , porque entre elles o tomador não teve logo o gozo ou o dominio util perpetuo , mas sim o temporario vitalicio , ou por duas ou mais gerações. Bunde vem o não darem as LL.

Romanas o nome de dominio ao direito do emphyteuta, senão quando foi perpetuo, e que pela sua duração se explique a contradicção apparente d'alguns textos, referindo-se uns á emphyteuse perpetua, e outros á temporaria.

A prestação porém do *canon emphyteutico*, o *laudemio*, a *renovação*, o *commisso*, etc., são particularidades Romanas recebidas entre nós, que os Germanos e outros povos não practicárão, Heinecc. *Elementa Jur. German.* liv. 2. tit. 2. §. 33.; conformando-se porém com ellas, na maior parte, os Longobardos e Wisigodos, como se vê dos Codigos respectivos *citt.* pelo A.

*Hoc jus sive a Romanis, sive a Wisigothis, sive aliunde derivetur*, etc. Conclue a nota ao §., advertindo, que o direito emphyteutico, ou nos viesse dos Romanos ou dos Wisigodos, ou d'outros, principiou a usar-se com frequencia, principalmente governando D. João I., em razão da muita voga, n'esse tempo, do direito de Justiniano, cujas disposições sobre este assumpto passarão com pouca differença aos nossos Codigos antigos, e d'elles para a Ord. actual liv. 4. titt. 37., 38., 39. e 40.

Lobão porém, *Tract. Pract. e Crit. do Direito Emphyt.* p. 1. cap. 1., prescindindo da origem do direito emphyteutico, censurou no §. 2. o nosso A. pela época, que lhe assigna, mostrando com Fr. Joaquim de Santa Rosa de Viterbo no *Elucidario*, que já no meio do seculo X. entre nós havia prazos com o nome d'*encomunhas*; censura, que, como outras, e quasi todas as do mesmo Jurisconsulto, nos parece infundada: por quanto não nega o Sr. Paschoal que em tempos mais antigos houvesse entre nós prazos, ou *encomunhas*; diz que principalmente sob o governo de D. João I. principiárão a ser frequentes: *apud nos frequentari praesertim coepit tempore Joannis I.*, o que Lobão não destroe, nem podia destruir.

Posta a origem do direito emphyteutico, ou elle viesse dos Romanos por transmissão dos Wisigodos, ou directamente sem esta, cumpre advertir que ás clausulas pura e simplesmente emphyteuticas outras se

união, adoptadas, entre nós, dos usos e prácticas *feudales*, como mostram as antigas investiduras ou títulos d'aforamento, mencionando, por exemplo, a obrigação de serviços pessoaes no foreiro, e sua sujeição aos direitos banaes do senhorio; direitos estes abolidos ultimamente pela Lei de 5 de Junho de 1824 §. 5., que, segundo nosso pensar, nem na letra, nem no espirito comprehende na extincção aquelles, ou os serviços pessoaes.

*Do que é essencial e natural no direito emphyteutico.*

§. 3. *Ante omnia principia haec generalia tenenda sunt*, etc. Depois da definição e origem do direito emphyteutico, examina antes de tudo o A. as condições, clausulas ou requisitos, que lhe são essenciaes, ou sem os quaes tal direito não existe; assim como os que lhe são naturaes, isto é, aquelles, cuja falta ou alteração não influe na existencia do direito, e n'elle se subentendem, se os contrarios não apparecem expressamente accordados na convenção ou investidura.

1.º *Quod dividi jure non possit*. Principiando pelos requisitos inherentes á substancia ou essencia do direito emphyteutico, estabelece como primeiro o não poder o prédio ou bens, que lhe servem d'objecto, dividir-se; o que é expresso na Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1., concordante a do mesmo liv. tit. 96. §. 23., bem como a Lei de 6 de Março de 1669.

Com tudo, como o fundamento da indivisibilidade do prazo, segundo as mesmas leis apontadas, está no favor do senhorio, e é maxima poder qualquer renunciar seu direito, quando as leis e bons costumes lh'o não prohibem, como neste caso acontece: todos os modernos Jurisconsultos dão por válida a divisão do prédio ou prédios, convindo n'ella o senhorio e juntamente o emphyteuta; sendo assim a indivisibilidade daquelles natural, e não essencial, no direito emphyteutico, pois que por este modo se não destroe, nem deixa de ser o mesmo.

2.º *Quod in rebus tantum immobilibus constituatur*,

etc. A palavra *emphyteuse* traz com siigo, como vimos, a idèa de melhorar um terreno, para proveito commum do concedente e tomador, e que importa perpetuidade de concessão, ou pelo menos fruição por largo tempo; logo não póde aquella, ou o direito assim chamado, ter objecto senão em prédios ou bens immoveis, os quaes tambem são os verdadeiramente susceptiveis d'o dominio n'elles se partir em util ou proveitoso, e directo. É porém de advertir, que ainda que a *emphyteuse* por sua causa primeira d'existencia seja restricta a propriedades incultas, não repugna o constituir-se em terras cultas, pois que sempre se podem melhorar; assim como que não repugna tomar-se por *emphyteusé* um prédio, que não dá fructos, nem admite cultura, mas que, capaz de melhorar-se, produz outras utilidades e interesses, como acontece com uma casa ou outro algum edificio; o que tudo é confórme com a Ord. liv. 4. tit. 37. *princ. ibi.: herdade, vinha; casa, olival ou outra possessão de fóro.*

3.<sup>o</sup> *Quod emphyteuta illius dominus sit non plenus, sed utilis*, etc. É da essencia da *emphyteuse* dar-se o dominio dividido: logo o do *emphyteuta* não é pleno, assim como não é pleno o do senhorio, o que faz perecer a *emphyteuse*, assim que ambos os dominios, o directo e o util, se consolidão ou reúnem.

4.<sup>o</sup> *Quod canonem is praestet in agnitionem domini directi*, etc. É igualmente da substancia ou essencia da *emphyteuse* prestar o foreiro ao senhorio certo canon ou pensão em reconhecimento do seu dominio directo; alias não podemos conceber a *emphyteuse*, em razão de ser tal canon o que distingue esta d'outros direitos e contractos, com os quaes se assemelha.

5.<sup>o</sup> *Quod rem emphyteuticam, in scio domino*, etc. Não póde o *emphyteuta* alienar o prédio emprazado com ignorancia, ou sem lh'o consentir o senhorio, a quem cabe o direito chamado *protimeseos* ou opção. É porém de advertir que esta clausula, por isso mesmo que procede unicamente em beneficio do senhorio, póde ser por elle renunciada, e existir assim sem ella a *emphyteuse*; o que faz que a não consideremos como verda-

deiramente essencial a esta, mas tão sómente natural. Por consequencia quando as partes não convencionão expressamente o contrario, procede tal obrigação, imposta pela lei ao emphyteuta; de sorte que se o mesmo aliena sem licença do senhorio, practica uma nullidade, e o prazo cáe em commisso, como se vê da Ord. liv. 4. tit. 38. *princ.* e §. 1.

6. *Canon intra triennium, etc.* Tambem o prazo cáe em commisso, ou perde nelle o emphyteuta todo o direito, se não paga ao senhorio o fôro ou pensão em três annos continuos, cumpridos ou acabados, como dispõe expressamente a Ord. liv. 4. tit. 39. §. *inic.*

Com tudo, como tambem este caso de commisso é estabelecido pela lei em favor do senhorio, que bem pôde pelo pacto prescindir d'elle expressamente, a obrigação do pagamento prompto, e não differido, do fôro ou canon sob tal pena, é natural, q não da substancia ou essencia da emphyteuse, pois não deixa esta de existir, quando a convenção precinde della expressamente.

*Ad illius autem substantiam non pertinent, etc.* Expostas as clausulas, que pertencem á substancia ou essencia da emphyteuse, aponta o A. na 2.ª parte do §. as que lhe constituem a natureza; e tal. é o laudemio, ou a obrigação d'o emphyteuta dar ao senhorio em caso de venda parte do preço. Na mesma razão se comprehendem os melhoramentos, *meliorationes*, ou a obrigação d'o emphyteuta não só conservar, mas dar mais valor ao prédio emphyteutico. A escriptura ou instrumento público é o titulo natural na emphyteuse secular; na ecclesiastica porém é elle essencial ao contracto, ou á existencia do direito emphyteutico, como mais adiante observaremos

A maneira de fazer o pagamento do fôro ou canon; a qualidade do mesmo; o tempo do seu vencimento; bem como a cessação do direito do senhorio, em quanto a elle, realizado o perigo na coisa dada em emphyteuse, ou por causa de invasão de inimigos, ou por effeito de esterilidade; são clausulas, que o A. considera naturaes á emphyteuse, porque podem variar, segundo

accordarem os pactuantes, sem que deixe de existir essencialmente o direito emphyteutico.

*Propria emphyteuseos et essentia, et natura est, quam paciscentes illi imponunt, etc.* Diz o Sr. Paschoal na nota a este §., que a essencia e natureza propria da emphyteuse dependem antes da vontade dos contrahentes, do que da denominação do contracto; doutrina, que nos parece confusa, e que póde precipitar-nos em erro.

Depende sim da vontade dos pactuantes a existencia da emphyteuse; mas a essencia da mesma é constante e invariavel. Ha de necessariamente dar-se um prédio ou objecto immovel; ha de um dos pactuantes, com dominio no mesmo, conceder o util ao outro, conservando em si o directo, e receber em reconhecimento d'este a prestação ou o canon do tomador: se falta na convenção alguma destas circumstancias, formarão os pactuantes por ventura entre si obrigações e direitos; mas de nenhum modo obrigações e direitos emphyteuticos.

Os contractos porém adjectos constituem a natureza da emphyteuse, uma vez que não offendão ou destruão sua essencia; o que na emphyteuse é especial, por quanto em outros contractos os pactos, que os acompanhão ou se lhe unem, valem extrinsecamente, como acontece na compra e venda com o pacto de *retro vendendo*, que não perturba ou não faz mudança na natureza do contracto principal, quando na emphyteuse os pactos entre o senhorio e o emphyteuta são os que lhe formão propriamente a natureza; como se vê no §. 3. *Instit. de locat. et conduct.* donde nos consta haver dado Zenão á emphyteuse, distincta da locação, bem como da compra e venda, uma natureza propria, que é formada pelos pactos dos contrahentes: *Et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus.*

Com tudo se pelo pacto, o que recebe dominio util no prédio, é expressamente desobrigado do canon ou prestação, este pacto, offensivo da essencia da emphyteuse, faz com que esta não exista, dando-se em vez d'ella verdadeira doação. Por tanto as convenções dos

pactuantes formão sim a natureza da emphyteuse, mas é preciso que ellas não lhe alterem a essencia; alias aquelles não empraçarão, mas celebrarão outro contracto.

*A emphyteuse differe do direito do comprador e conductor.*

§. 4. *Distinguenda igitur est emphyteusis ab emtione venditione, et a locatione et conductione, etc.* Depois dos principios geraes sobre a essencia e natureza da emphyteuse, occupa-se o A. com mostrar-nos, em que a mesma differe do direito, que provém d'outros contractos, principiando por dizer neste §., em que differe do que dá a compra e venda, assim como a locação e conducção.

Em quanto ás differenças entre o direito emphyteutico e o que confere a compra, limita-se o A. a ponderar, que por esta se acquire dominio pleno no objecto do contracto: *Nam per venditionem dominium plenum rei venditae et traditae adquiritur*; quando aquelle consiste tão sómente no dominio util. Accrescem porém outras differenças, e primeiramente na formação do direito; por quanto na compra a principal parte do preço deve consistir em dinheiro, quando a prestação na emphyteuse póde consistir em fructos e quaesquer cousas fungiveis. Na compra deve o preço corresponder ao valor do objecto, ou pelo menos á metade do mesmo, alias póde rescindir-se por lesão; na emphyteuse póde ser a prestação a mais modica imaginavel, pois não parte da proporção dos valores, mas do reconhecimento do dominio directo no senhorio. De mais na compra todo o perigo corre em regra por conta do comprador, pois que accedendo a tradição, elle tem adquirido todo o dominio na cousa; na emphyteuse corre o perigo por conta do emphyteuta, mas se a cousa perece totalmente, é por conta do senhorio. Finalmente o direito do comprador tem por objecto tanto bens moveis, como immoveis; quando o da emphyteuse, como vimos, só consiste em immoveis.

*Et per locationem actio duntaxat personalis, etc.*

Vistas as differenças entre o direito do comprador e a emphyteuse, segue-se examinar as que existem entre esta, considerada ainda como direito, e o que dá a locação. Assentado que o emphyteuta tem dominio util, e por isso as acções reaes, a que o mesmo serve de fundamento, quer contra o senhorio, quer em relação a estranhos, o contrario acontece no direito, que confere a locação, isto é, o contracto, pelo qual o senhor da coisa concede o seu uso, mediando certa paga, pois que lhe fica naquella todo o dominio, bem como a posse civil; o que faz ficarem n'elle tambem todas as acções reaes e possessorias, restando apenas ao conductor acção pessoal, com fundamento no contracto, para compellir o locador aos reparos necessarios na propriedade locada, bem como ás despesas e damnos, a que o vicio da coisa deu causa. Assim se o conductor for perturbado na posse, precisa de que o locador lhe ceda o interdicto, sem o que o não pôde intentar; mas o emphyteuta não precisa de tal cedencia, por isso que tem dominio e posse civil, que lhe servem de fundamento. De mais o direito do conductor é em regra temporario; quando o do emphyteuta é perpetuo, e pelo menos vitalicio ou por vidas.

*Neque pensio in locatione solvitur in recognitionem domini directi, etc.* Outra differença mui notavel consiste em que a pensão deve ser correspondente ás utilidades, que confere o direito do conductor; quando na emphyteuse tal correspondencia se não exige, porque o fôro, ou canon, não se paga como retribuição d'interesses, mas unicamente como reconhecimento do dominio directo no senhorio. De mais a locação, ou o direito, que por ella é conferido, dá-se tanto em cousas moveis, como immoveis; ao contrario a emphyteuse só se dá em prédios ou bens immoveis. Finalmente o successor por titulo singular na propriedade locada tem direito a fazer cessar o do conductor, sem lhe preencher o contracto; por exemplo, o comprador d'uma casa que se acha alugada pôde despedir o inquilino; o que assim não é no emphyteuta, porque tem dominio util.

*Si Zenoni et Justiniano credimus*, etc. Allude o Sr. Paschoal na nota ao que nos consta da Instit. §. 3. de *locat*; e da Lei 1. C. de *jur. emphyteutico*. Acontecia frequentes vezes receber-se um campo para se gozar perpetuamente (*perpetuo fruenda*), mediando uma somma (*pensio sive redditus*), que devia ser paga ao proprietario annualmente, de sorte que o tomador e seus herdeiros, assim como outra pessoa, que lhe succedia de qualquer maneira, continuavão a gozar o mesmo campo, sem que o proprietario lh'o podesse retirar, pelo menos em quanto o pagamento da pensão não era interrompido, *quamdiu pensio sive redditus praestaretur*.

Aquelle, que recebe um prédio para o gozar (*fruenda traduntur*), assemelha-se antes ao conductor, do que ao comprador; por outra parte, conceder o gozo perpetuo, é o mesmo que alienar; e então o proprietario parece mais vender, do que locar. Caio na Instit. nos ensina que a opinião mais commum considerava este contracto locação; e por isso é que Justiniano Instit. §. cit. chama *dominus* o que entrega o terreno, e o que o recebe *conductor*.

Mais tarde, como consta da Instit. de Justiniano §. cit., e da L. 1. C. de *jur. emphyt.*, Zenão com o nome de *emphyteuse* formou da especie, de que fallamos, um contracto inteiramente distincto, tanto da venda, como da locação, dependendo sua natureza, com respeito aos acontecimentos fortuitos, bem como sobre outros pontos, da convenção das partes, ou das clausulas entre ellas accordadas; decidindo porém que na falta absoluta de convenção sobre as occorrencias casuaes, a destruição total da cousa, fica a risco ou por conta do concedente, e que o tomador ao contrario supporta a perda parcial, e todos os inconvenientes, que fazem mal ao prédio, sem inteiramente o destruirem. No que no primeiro caso differe do comprador, pois que deve o preço, ainda que a cousa pereça ou acabe inteiramente, e se já o satisfez, não póde então repetil-o.

No segundo as perdas, que o tomador experimenta, de nenhuma sorte o desobrigão da prestação annual ao concedente, por isso que é devida, em razão do sólo,

e em quanto este existe, *in recognitionem dominii*. Vinnio a este logar da Instit. n. 40. Na locação ao contrario, o conductor paga a pensão como preço dos fructos e producções; logo se elle não pôde gozar, porque uma esterilidade, incursão d'inimigos, ou outra causa semelhante, obstou á producção, ou destruiu a seara, fica livre do pagamento, perdendo apenas o trabalho e sementes: *oportet enim agrum praestari conductori, ut frui possit*. L. 15. §. 2. D. *locati conducti*.

*Locatio ad longum tempus, id est, ad decennium et ultra, in multis cum emphyteusi convenit*. Mostrado pelas remissões do A., que a emphyteuse, confundida por uns com a locação perpetua, e por outros com a venda, chegou em fim a receber das providencias de Zenão natureza propria e distincta, termina o A. advertindonos a principal similhaça, segundo as nossas leis, entre ella e a locação *ad longum tempus*, isto é, a locação por dez ou mais annos.

A emphyteuse confere ao tomador dominio util no prédio: este dominio porém resultava igualmente da locação por dez annos, como em outro logar notámos ser disposição da Ord. liv. 3. tit. 47. *in princ.*, que por isso tira ao marido a faculdade de litigar sobre ella, sem que a mulher o auctorize; concordante a do liv. 4. tit. 48. §. 8., que prohibe áquelle alienar os bens arrendados por dez annos, sem outorga, procuração ou consentimento expresso d'esta. Mas tambem antecedentemente advertimos, que esta jurisprudencia foi revogada expressamente pelo Alvará de 3 de Novembro de 1757, determinando que todos os contractos que não forem d'aforamento perpetuo, ou pelo menos por tres vidas ou gerações, com expressa translação do dominio util, se julguem de simples locação ordinaria, sem que por elles se transfira algum dominio: logo acabou perfeitamente a similhaça principal, que antigamente se dava por nossas leis, entre locação perpetua e emphyteuse.

Todavia, como o A. continúa a ponderar, assim mesmo notaveis differenças se davão por nossas Ordd. entre os effeitos destes contractos: por quanto se o

conductor passa a outrem seu direito, o locador pela alienação não recebe algum laudemio; quando este é devido ao senhorio na do dominio util, ou na dos bens, em que elle versa. Além disto o emphyteuta cáe em commisso, ou perde todo o seu direito, pela falta de pagamento do fôro; mas não é assim o conductor por longo tempo, que não satisfaz a pensão ou alugel tres ou mais annos consecutivos. Finalmente o emphyteuta está privado de alienar o seu direito sem consentimento do senhorio, quando o conductor por longo tempo pôde alienar o seu gozo sem consentimento do locador. Parece porém repugnar tal doutrina com a Ord. liv. 4. tit. 38. e 39.; por quanto dispõe aquella *in princ.*, *que o foreiro, que traz herdade, casa, vinha ou outra possessão aforada para sempre, ou para certas pessous, ou a tempo certo de dez annos, ou dahi para cima, não poderá vender ou escaimbar, dar, nem alhear a cousa aforada sem consentimento do senhorio*, bem como a outra do mesmo liv. tit. 39. §. *inic.*, parece envolver tambem no perdimento do direito por commisso o conductor, que em tres annos consecutivos não satisfaz a pensão.

Com tudo segundo a critica do A., com a qual nos conformamos, estes textos não tractão de locação, pois se referem ao foreiro, ou emphyteuta, quer do prazo perpetuo, quer do concedido por certas vidas ou gerações, isto é, por tempo incerto, quer finalmente do prazo concedido por tempo determinado e certo de dez annos, ou d'ahi para cima; emprazamentos estes praticaveis entre nós antes do Alvará de 3 de Novembro de 1757., depois do qual, como ainda ha pouco ponderámos, nunca pôde dar-se emphyteuse com duração menor, do que de tres vidas. São pois as sentenças das Ordd. apontadas, estremes ou exclusivas da emphyteuse, e não comprehendem a locação *ad longum tempus*.

*A emphyteuse tambem differe do censo.*

§. 5. *Distinguenda quoque a censu, quocum confundi solet. Dumoulin define o censo — Modicum an-*

*num canon, quod praestatur in recognitionem domini directi.* Concorda Pothier, dizendo que o censo é uma prestação annual de dinheiro ou fructos, imposta sobre o prédio dado com sujeição a este encargo, devido pelo possuidor ao senhor em reconhecimento do senhorio, isto é, do seu dominio directo, — *en reconnaissance de sa seigneurie.*

Esta especie de censo, practicada principalmente na Alemanha e França, importando infeudação, e em que era usada a tradição symbolica por meio da investidura, por isso mesmo que obrigava o tomador á vassallagem, ou á fidelidade e serviços militares para com o senhor ou senhorio, não reservava para este um dominio directo tão pingue, como o que fica ao concedente na emphyteuse, sendo o censo em si prestação mais honorifica, do que util, donde nascem unicamente as differenças principaes entre esta e aquelle. — Principaes — dissemos nós; pois em quanto á sua origem, o censo neste sentido deve-se aos usos feudaes; quando o Direito Romano a deu á emphyteuse, separada ou distincta d'outros contractos e direitos.

Taes differenças são não se dar commisso na falta de pagamento do censo; quando o foreiro cae n'elle, faltando ao do canon tres annos consecutivos. Tambem o censuario ou vassallo póde alienar o seu direito; o que não póde fazer o emphyteuta sem consentimento do senhorio. De mais o censo deve-se não sómente pela totalidade do prédio, mas por cada uma das partes; donde resulta, que se aquelle se divide entre muitos, os detentores são obrigados cada um solidariamente pelo pagamento devido ao senhorio. Nem o interesse do senhor ou censualista padece pela divisão do prédio; por quanto, como nesta especie a prestação é mais honorifica, do que util, maior honra é ser o senhor reconhecido por muitos, que por um, e poder obligar muitos pela parte, que a cada um cabe no pagamento do censo, a não querer usar do direito solidario contra um só delles. O fôro ou o canon emphyteutico ao contrario considera-se antes util, do que honorifico.

Com tudo o censo n'esta especie não se distingue

da emphyteuse pela falta do laudemio, como o Sr. Paschoal mui exactamente pondera na sua nota ao §. : *Qui praedium hoc modo adquirebat, quamvis illius dominus utilis esset, et ex eo laudemium solveret, verus emphyteuta non erat, quia illud bene poterat alienare, domino invito*; por quanto parte do preço da venda pertence ao senhorio, ficando o alienante, que a occulta, obrigado á sua constrangida satisfacção, ou á *amenda povente recélée*, na frase de Pothier; assim como a uma multa correspondente á importancia do censo e sobre esta, deixando de o pagar, sem com tudo, como já advertimos, cair em commisso, ou perder todo o seu direito no prédio.

*Nam censuarius rei in censum adceptae dominus est pleno jure*, etc. Examinado o censo com infeudação, aquelle, que mais do que outro algum direito, se confunde com a emphyteuse, mas que assim mesmo se distingue em pontos tão importantes, como os que acabamos de notar; cumpre advertir com o A. na parte ultima da nota, que estes censos, mais usados dos Germanos, nunca entre nós se practicárão, mas sim os outros sem investidura ou infeudação, que na nossa prática se observárão talvez antes da emphyteuse, da qual são differentes inteiramente.

Fallamos do censo *reservativo*, que encontramos definido na Lei de 16 de Janeiro de 1773 §. 3., sendo elle « o em que cada um cede o seu prédio, reservando para si certa porção de fructos, ou dinheiro da sua annual producção ou rendimento, com a qual bem possa o prédio, ou a propriedade cedida. »

Resulta d'esta definição, que o concedente ou censualista se limita na reserva á porção certa pela producção do prédio, ou á quota em dinheiro nas forças justas do rendimento. Logo temos ser o censo encargo real, mas sem reserva alguma de dominio, o qual por isso passa todo ou integralmente ao tomador ou censuario: por tanto cessão aqui ou não se dão direitos alguns senhoriaes, como a consolidação por commisso, e o laudemio na venda; sem que em consequencia, o censo reservativo tenha cousa alguma de commum com a emphyteuse,

pois que a pensão é também correspondente ás utilidades, que dá o campo cedido, e não tende ao reconhecimento de dominio, que nenhum se dá no concedente.

Desta doutrina resulta finalmente dever-se o prédio presumir, em dúvida, antes censitico, do que emphyteutico, pela razão de ser aquella qualidade mais vantajosa e favoravel, do que esta, para o que possui a propriedade, que, naturalmente livre, tal se presume, e o censo se prova.

Resta ainda advertir que além do censo reservativo, ha outro, de que o A. não faz menção, o qual se diz *consignativo*; e procede, quando um, que recebe d'outrem certa somma de dinheiro, se obriga a dar-lhe determinadas medidas de fructos pelos rendimentos do seu prédio, convencionando o valor de cada uma das mesmas: contracto, que nos parece de natureza feneraticia, ou com a mesma do empréstimo a juros; e assim se considera no *Digist. Portug.* tom. 3. art. 1155. Outros porém dão ao censo consignativo a natureza de compra, que lhe faz perder a qualidade de remivel, a qual lhe ajusta como empréstimo.

Não procuramos porém profundar esta questão, pois que a marcha regular das idéas nos obriga agora a limitar-nos a separar ou distinguir a emphyteuse do censo em ambas as suas especies. Já vimos ser aquella differente do reservativo; e como a quantidade dos fructos no consignativo, ou seja objecto da compra, ou pagamento progressivo da divida, nunca dá dominio algum no prédio ao censualista, é evidente ser o censo consignativo mui diverso também da emphyteuse.

*Distingue-se do feudo, superficie, pensões annuaes e precarias.*

§. 6. *Distinguenda similiter emphyteuta concessio a feudali, etc.* Dumoulin define o feudo — *Benevola, libera et perpetua concessio rei immobilis vel aequipollentis, cum translatione utilis dominii, proprietate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitiorum*; isto é, a concessão gratuita, que um faz para sempre a outro, d'uma  
 cousa

cousa immovel ou reputada tal, sob encargo de lhe guardar fidelidade, prestar serviços militares, e com reserva do dominio directo. A essencia do feudo está na obrigação da fidelidade do vassallo para com o senhor concedente, e deste para com aquelle, a qual se chama protecção: *Pertinet ad essentiam feudi res, dominium utile, et mutua fidelitas, quae comprehendit tum fidelitatem domini, quae protectio vocatur, tum fidelitatem vassalliticam*; se falta uma destas condições essenciaes, não se dá feudo. Boehmer. *Principia juris feudalis* §§. 2., 35. e 36. O encargo porém de serviços militares é da natureza, e não da essencia do feudo. Pothier *Des Fiefs* 1.<sup>o</sup> p. cap. preliu. §. 3. n. 3.

Mas a fidelidade não fórma a essencia da emphyteuse, nem os serviços militares entram na sua natureza; logo é mui differente do feudo, ainda que tenham de commun conferirem dominio util.

*A superficie*, etc. A emphyteuse tambem differe da *superficie*, isto é, do direito de plantar ou de edificar no solo alheio: por quanto, quando por modico tempo concedida, tem a natureza de locação, como acontece com os logares para commercio nos mercados; e quando por longo tempo, ainda differe da emphyteuse, pois que o dominio util, que esta confere, é mais pingue, dando toda a utilidade e proveito, de que o solo é susceptivel, quando o dominio util do superficiario se limita a edificar e plantar, ou comprehende apenas as utilidades da superficie do solo. De mais na emphyteuse é essencial a pensão, que na superficie pôde deixar de dar-se: finalmente não pôde o emphyteuta alienar sem consentimento do senhorio, quando deste consentimento o superficiario não necessita, se comprou o seu direito, ou lhe foi dado em legado.

*A pensionibus annuis creditoribus in praedio hypothecae supposito assignatis*, etc. Ainda o Sr. Paschoal com Pinheir. e Molin. *citt.* distingue como differentes da emphyteuse ás pensões annuaes, assignadas ao credor para amortizar o seu crédito pelo prédio, em que o devedor lhe constitue hypotheca. Por quanto a obrigação ou encargo de taes pensões é pessoal, e não real,

enimo a do canon ou fôro, sem que opere contra ou differente cousa a realidade da hypotheca, porque não é d'esta, mas do contracto principal entre o crédor e devedor, que nasce aquella obrigação; donde resulta permanecer ella no devedor ainda depois que aliena o mesmo prédio, sem que o crédor possa accionar o possuidor, em quanto aquelle tiver bens, por onde possa pagar; entretanto que o fôro ou a obrigação do canon emphyteutico passa com o prédio para qualquer possuidor. Além disto as pensões, de que fallamos, tem por fim amortizar uma divida, sem que se paguem em reconhecimento do dominio directo, que se não dá ao crédor; logo não é este senhorio, nem emphyteuta o devedor.

*Et a precariis*, etc. Progride o A., distinguindo a emphyteuse da *precaria*, nome, que não designa o *precario*, ou contracto, por que alguém concede a outrem o uso d'uma cousa por tempo resolúvel á vontade do concedente, mas sim a concessão deste uso por poucos annos logo determinados, com dependencia de renovação findos elles; concessões estas, que forão mui frequentes nos tempos meliores da Igreja, em que os Bispos, e ainda mesmo os Parochos, fazendo-as por cinco annos, e renovando-as depois d'elles, podião assim remediar, e effectivamente remediavão não só os Clerigos pobres, mas os leigos indigentes.

Estas concessões porém ou *precarias* podem ter objecto em cousas moveis, por exemplo, nos fructos percebidos e já guardados na tulha, ou ao tempo, em que se levantão da eira: além disto não exigem necessariamente pensão do que recebe o favor; e benefícios puramente forão quasi sempre as que os pastores ecclesiasticos concedião. Por tanto é a *precaria* concessão inteiramente differente da emphyteutica.

*Nihil autem fere ab emphyteusi differt contractus libellarius cum emphyteuta initus*. Depois d'o Sr. Paschoal nos mostrar a emphytense distincta de todos quantos contractos notámos, bem que alguns tenham com ella circumstancias semelhantes, fecha o §. ponderando que quasi nada, *nihil autem fere*, se distingue da emphy-

teuse o contracto *libellario* concluido com o emphyteuta.

Diz-se *libellario* o contracto, pelo qual o emphyteuta cede n'outrem o dominio util por certa pensão annual. É por tanto evidente, que o segundo tomador neste contracto recebe com o dominio util o onus real, por cuja satisfação deve reconhecer o dominio senhorial ou directo; logo o contracto *libellario* até aqui em nada differe ou se distingue da emphyteuse. Como porém naquelle se cria uma nova obrigação, que onera; em bem do primeiro, o segundo emphyteuta, esta circumstancia de mais é que unicamente distingue da emphyteuse o contracto, de que tractamos; circumstancia, que não altera a essencia da emphyteuse em cousa alguma.

*Libella* entre os Romanos umas vezes se disse a moeda de modico valor, como o A. nota com Cicero; outras significou a pequena medida de trigo, apenas sufficiente para alimento d'uma pessoa n'um dia, L. 9. C. de *episcop. audient.*: donde veio denominar-se *libellario* este contracto, porque a pensão, que reserva o primeiro emphyteuta, é modica naturalmente. Entre nós este contracto chama-se *subemphyteuse*, *subemphyteuticação*, *subemprazamento*; e tambem do emphyteuta, que a concede, se diz que *empraza á face* ou *á sombra do seu prazo*.

*O emphyteuta distingue-se do colono em todas as suas especies.*

§. 7. *Dstiniguendus denique est emphyteuta a colono, etc. Colono*, genericamente fallando, é o que habita e cultiva um prédio rural, cuja propriedade ou dominio pertence a outrem. Diz-se *colono simples* o que paga ao proprietario pensão certa em dinheiro, ou em fructos, pelo predio, que cultiva. *Parciario* é o colono, que do prédio alheio, que cultiva, paga pensão incerta, em quanto esta pôde ser maior ou menor no numero das medidas elementares, que a compõem, segundo a producção, como, por exemplo, a terça parte ou ametade dos fructos.

O colono na especie de *parciario* é um verdadeiro socio nos rendimentos com o dono do prédio, que os produz; porque são socios os que põem em commun seus fundos, serviços e industria para proveito commun; como acontece n'esta especie com o proprietario, por quanto contribue com o prédio, e o colono com o trabalho, sementes e outras despesas da cultura: donde vem que sendo o contracto por menos de dez annos, a Ord. liv. 4. tit. 45. §. *in ic.* o equipare em tudo ao de *parceria*, para, como sociedade, não passar necessariamente aos herdeiros do socio predefuncto; quando sendo por tempo de dez annos ou mais, em razão da locação por longo tempo dar dominio proveitoso antigamente, succedião n'elle os herdeiros, por não ser então o contracto de *parceria*, mas outro, que a Ord. cit. §. 2. não nomeia, e que pela legislação anterior á Lei de 3 de Novembro de 1757 era translativo do dominio util ou proveitoso, differente porém da *emphyteuse*, pois que a parte do rendimento tendia mais a indemnizar o concedente pela outra, que cedia, do que ao reconhecimento do seu dominio directo.

*Porro coloni vel totales sunt*, etc. Divide mais o A. nesta parte da nota ao §. o colono em *total*, e no contraposto a este, o *parciario* n'outro sentido: aquelle o que toma a herdade inteira ou todo o prédio; este o que o toma com outros, cabendo a cada um uma parte ou quinhão.

Estes colonos *parciarios*, não em quanto são socios na producção ou nos fructos com o senhorio do prédio, mas em quanto o cultivão dividido em quinhões, tem o nome de *Poneiros* na provincia do Alem-Têjo; nome, que alem do de *colonos parciarios* lhes dá a Lei de 9 de Julho de 1773 §. 14., mandando que as herdades divididas em quinhões se adjudiquem na totalidade, para bem da agricultura, ao que tiver dominio ou posse *principal*: isto é, quinhão ou propriedade mais valiosa e importante, que a de cada um dos outros quinhoeiros, os quaes a lei chama *senhores subalternos*, devendo aquelle pagar a estes, por justa avaliação, o que se julgar competente a seus quinhões

respectivos; providencia, que o Decreto de 17 de Julho de 1778 suspendeo.

O A. especifica no §. finalmente os colonos *originarios*, ou que trazem esta qualidade do nascimento, e *adscripticios*, que todos se comprehendem nos chamados *servos da gleba*. Mas na primeira parte d'este escripto, examinando as differentes especies de escravidão, vimos que taes colonos não passarão para nós dos abusivos costumes feudaes. Por tanto prescindindo destes colonos, pois os não temos, nem os *emphyteutas* são escravos, todos os mais, cujas especies examinámos, se distinguem do *emphyteuta*, pois que a pensão, que satisfazem, ou é em paga dos fructos e utilidades do prédio agrario, que cultivão, ou tem outro fundamento, que não é o restricto reconhecimento do dominio senhorial ou directo: *qui pensionem annuam non in recognitionem directi domini solvunt, sed pro mercede, vel ex alio capite.*

#### *Divisões da emphyteuse.*

§. 8. *Emphyteuseos summa divisio est in civilem, seu saecularem, et ecclesiasticam.* Depois de estabelecida a definição da *emphyteuse* com relação á segunda parte do Direito, isto é, não como contracto, mas subjectivamente considerada, ou como *jus in re* consistente no dominio util onerado com os direitos do senhorio, que se dizem por isso *senhorias*, ou *dominicas* segundo outros; distinguimos o mesmo dominio util, em si, e por suas circumstancias especiaes, do direito, que tem causa em contractos, que não são o *emphyteutico*. Cabe agora examinar com o A. suas differentes especies.

O dominio util onerado com o reconhecimento do directo, ou a *emphyteuse* subjectivamente considerada, toma a primeira e mais geral divisão da natureza dos bens, que são o seu objecto: e como estes ou são civis e profanos, ou pertencem ao patrimonio e dotação das Igrejas, a *emphyteuse* nesta relação divide-se em *civil* ou *secular*, e *ecclesiastica*; uma e outra das quaes se distinguem tambem pelos effeitos juridicos menciona-

dos na Ord. liv. 4. tit. 39. §§. 1. e 2., e outros, que mais opportunamente exporemos.

*Utraque autem vel perpetua est, vel temporalis.* A emphyteuse em ambas as suas primeiras espécies, ou tanto a ecclesiastica, como a secular, distingue-se pelo tempo de sua concessão em *perpetua*, e *temporaria*: aquella a que o foreiro recebe do senhorio para sempre; esta a restricta a certas pessoas ou a tempo definido, como o de dez annos ou mais. Assim encontramos caracterizadas ambas estas especies de emphyteuse na Ord. cit. liv. e tit. *in pr.*, mas com relação á secular, ou á que tem por objecto bens profanos; o que dá fundamento a duvidar sobre a perpetuidade da emphyteuse ecclesiastica, e muito mais quando a Ord. liv. 2. tit. 1. §. 6. falla d'esta tão somente como temporaria nas expressões — *ou por as vidas do prazo serem fundas*; — accrescendo que na Novell. 7.º cap. 3. Justiniano resolve, que a emphyteuse ecclesiastica não passa dos conjuges, a quem fôra concedida, e de dous herdeiros seguintes, nomeados expressamente, com tanto que sejam filhos ou netos: *sed usque ad solam vitam percipientium standum, nisi filios aut nepotes habuerint.*

Com tudo este mesmo Imperador revogou a exposta disposição pela Novell. 120. cap. 6. §. 1.: *Licentiam igitur damus praedictis venerabilibus domibus non solum ad tempus emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed et perpetue haec eis emphyteutico jure volentibus dari.* Por tanto as nossas Ordd. apontadas não se explicão taxativa, mas exemplificativamente, podendo assim a emphyteuse ecclesiastica ter ambas as especies em quanto ao tempo da duração.

Sobre a perpetuidade porém da emphyteuse cumpre advertir com a nota do A.: 1.º que procurando naturalmente a emphyteuse o melhoramento dos prédios, mais facilmente, quando ha duvida, se decide pela sua perpetuidade, ainda que a não requer a essencia do direito emphyteutico, pois que não exige mais do que a realidade do dominio util concorrente com a obrigação de reconhecer-se o directo do modo que fica ponderado: 2.º que a emphyteuse perpetua tambem se diz

*fateusim e aforamento emfatiota*, nomes, que não só a distinguem da temporaria nas antigas investiduras ou títulos antigos de concessão emphyteutica, mas na Lei de 3 de Novembro de 1757, ainda que na de 12 de Maio de 1769, a que o A. se refere, taes prazos se distinguem tão sómente por perpetuos, contrapostos aos temporarios ou em vidas, que os Mosteiros e corporações de mão morta, no caso de consolidação, devem continuar, conservada sem alteração, sua primordial natureza. Esta disposição acaba de destruir toda a dúvida de que não só a emphyteuse secular, entre nós, mas tambem a ecclesiastica, em harmonia com a ultima jurisprudencia Justiniana, pôde ser temporaria ou perpetua.

Devemos advertir finalmente, que aquella emphyteuse, ou a temporaria, que segundo nossas Ordd. podia ser de duração determinada pela vida do tomador, ou por dez annos prefixos ou mais, depois da cit. Lei de 3 de Novembro não pôde durar ou conceder-se por menos de tres vidas ou gerações, e por isso sempre com duração de tempo incerto.

*Hereditaria*, etc. Visto que a emphyteuse na sua distincção mais geral se divide em ecclesiastica e secular; e que tanto esta, como aquella, com respeito á duração, pôde ser *perpetua*, *fateusim e emfatiota*, ou *temporaria*, nunca por menos de tres vidas: passa o A. a distinguir no §. a emphyteuse nas suas especies primeiras, em razão d'outro fundamento, o qual consiste na successão.

Com este fundamento a emphyteuse secular ou a ecclesiastica pôde ser *hereditaria*, *familiar*, e tambem de *nomeação*, podendo esta ser ou de *livre nomeação*, ou *hereditaria*, ou *familiar*, o que tudo se conclue das clausulas da investidura, por onde consta a vontade ou intencção dos pactuantes, da qual unicamente depende, como já advertimos, a natureza da emphyteuse, bem como o altera-la depois de já constituida ou formada.

*Utraque quoque vel antiqua*, etc. Ainda o Sr. Reschoal, com relação ao principio da existencia da emphyteuse, a considera, em qualquer das especies referidas,

distincta em *antiga*, e *nova*: aquella a em que o emphyteuta succede, ou que já gozárão outros; esta a que elle principiou, ou que originariamente constitue por seu contracto: differença ou distincção importante nos effeitos, ainda que á primeira vista pareça ser indifferente. Para o que basta agora advertir, por exemplo, que a emphyteuse ecclesiastica, quando antiga, dada a consolidação, ha de ser continuada sem alteraçãõ na sua anterior e primordial natureza, como ha pouco vimos determinar a Lei de 12 de Maio de 1769; quando na que pela primeira vez se concede, ha liberdade intêira de clausulas.

*Emphyteusis hereditaria*, etc. Continuando a nota neste logar, em que antecedentemente a deixámos, define aqui o A. a emphyteuse na especie de *hereditaria*, a qual ou é *hereditaria pura*, se não exige no successor mais do que a qualidade de herdeiro do antecessor emphyteuta; ou *mixta* se além d'esta qualidade requer outra, por exemplo, a de varão.

*Familiaris quoque vel pura est*, etc. *Familiar* é a emphyteuse, cuja investidura não exige no successor mais do que pertencer elle á familia ou geraçãõ do primeiro emphyteuta: se para n'isto, ou não requer senão o parentesco, diz-se emphyteuse *familiar pura*; e *familiar mixta*, quando além do parentesco determina mais alguma condiçãõ, como a de primogenitura, varonia ou outra.

*Emphyteusis nominationis*, etc. A emphyteuse de nomeaçãõ, que communmente se concede por tres vidas, mas que tambem pôde dar-se perpetuamente, ou por maior numero de gerações, é a que confere ao emphyteuta faculdade de por acto *inter vivos*, ou por disposiçãõ *causa mortis* determinar successor. Ord. liv. 4. tit. 37. *in princ.* Se o direito de nomear não depende de qualidade especial no nomeado, ou assim expressamente se faculte na investidura ao nomeante, ou tacitamente, por se lhe não oppor restricção alguma em contrario, dizemos ser a emphyteuse de *livre nomeaçãõ*. Mas se esta é restricta em favor da familia do nomeante antecessor, diz-se á emphyteuse *familiar de nomeaçãõ*,

hem como *hereditaria* de *nomeação*, se deve recair em herdeiro do defuncto *emphyteuta*.

*Omnis autem emphyteusis*, etc. Adverte finalmente o A. neste logar da nota ao §., que todas as vezes que não é *pura hereditaria*, chama-se a *emphyteuse de pacto e providencia*, não por que aquella não resulte tambem de pacto e não contenha providencia, mas porque em todas as mais especies providenceião os pactuantes, para se não observar tal successão que alias se entenderia ser por elles adoptada.

*Cousas, que podem ser objecto ou ser dadas em emphyteuse.*

§. 9. *In emphyteusin tantum dari possunt res immobiles, vel solo cohaerentes*, etc. A *emphyteuse* considera-se perpetua, se por *clausula expressa* se não *convenciona temporaria*; e ainda neste caso, entre nós, deve durar ao menos por tres vidas: mas o objecto correspondente a tal direito deve ser tambem perpetuo, ou de longa duração; logo como as cousas moveis perecem, não são proprias, e tão sómente as immoveis o são, para se dar sobre ellas o direito *emphyteutico*.

Concede-se porém facilmente a existencia d'um direito perpetuo, com objecto em cousas moveis e certas, por exemplo, o direito de perpetuamente se exigir porção determinada de fructos, o que antecedentemente vimos acontece no censo reservativo. E poderá o *consensualista* conceder este direito em *emphyteuse*? Ainda que tal objecto movel, por virtude da duração perpetua do direito, se considere como imovel, com tudo por isso que os fructos não adherem ou não estão unidos ao prédio, nem soffrem melhoramento, são em realidade bens moveis, e incapazes de n'elles se dar *emphyteuse*, porque esta é direito ligado com a obrigação de melhorar o objecto: *Licet enim suo modo pro immobilibus propter durationem juris reputentur; tamen nec solo cohaerent, nec in hunc finem, ut meliores fiant, et excolantur, conceduntur. Mul. ad Struv. exerc. II. Thes. 60., Voët. ad Pand. liv. 6. tit. 3. n. 7.*

Em fim o dominio util não pôde dar-se propriamente, senão sobre objectos, que em si mesmos são capazes de producção e interesses, que se renovão: taes são os bens immoveis, ou os inherentes ao solo, como moínhos, casas, plantações, que se perpetuão e melhorão por necessarias e uteis bemfeitorias. Portanto somente os objectos referidos são proprios da essencia do direito emphyteutico, ou como diz o Sr. Paschoal: *In emphyteusin tantum dari possunt res immobiles, vel solo cohaerentes, quae meliorationem; alienationem, et dominium utile possunt recipere.* O mesmo se deduz da Ord. liv. 4. tit. 37. e 38. pr.

*Recte ergo dantur praedia rustica et urbana, etc.* Sendo da essencia do direito emphyteutico assentar em bens immoveis, como acabamos de ponderar, fica ella satisfeita, quer os prédios, objecto de tal direito, sejam urbanos, quer rusticos, por quanto ainda que aquelles, destinados para nossa habitação, não dêem fructos naturaes, nem se possam melhorar pela cultura, dão outras utilidades, como já advertimos, e se melhorão tornando-se mais cominodos e duradouros. Assim vemos a herdade, vinha, olival, prédios rusticos, a par da casa, prédio urbano, proprios para igualmente serem tomados de fóro, na Ord. já cit. do liv. 4. tit. 37. §. inc., concordante a do tit. 38. in princ.

*Hodie tam culta, quam inculta, etc.* Ainda que as terras bravas e incultas, como antecedentemente notámos com Domat, fossem o objecto primitivo da emphyteuse, pois que as cultas, e na mesma razão os edificios ou habitações já construidas admittem tambem melhoramento, não repugna darem-se em emphyteuse, practica recebida nas Ordd. ultimamente apontadas, pois mencionão a casa, edificio construido, a vinha e olival, prédios frugiferos, como objecto de fóro.

Cumprê porém advertir, que os terrenos incultos, e os que se destinão para casas, tomados de aforamento, ficão em tudo com a natureza estreme de prazos: por isso o canon ou pensão, calculada sobre o reconhecimento do dominio directo do senhorio, é modica, e apenas um signal significativo d'aquelle, sem

proporção com os proveitos, que o emphyteuta recebe, ou pôde vir a receber. Ao contrario os terrenos cultivados, bem como casas ou habitações construídas, ainda que, tomadas por emphyteuse, confiram dominio útil, reservado o directo no senhorio, regulão-se na pensão pelo arrendamento, ou é ella calculada pela producção nas terras frugíferas, e nos prédios urbanos pelas commodidades, que prestão na razão do aluguel; de sorte que o emphyteuta não pôde prevalecer-se da natureza modica do canon para a pensão ser reduzida, por que taes emprazamentos em quanto a ella, seguem as proporções da locação e conducção de longo tempo, como dispõe a Lei de 4 de Julho de 1776, conforme, em nosso modo de ver, com os mais solidos principios de justiça.

*Pensio autem pro emphyteusi in aedibus, etc.* A proposito da differença na quantidade da pensão, falla o A., neste logar e por incidente, da qualidade da mesma. Já dissemos que a pensão emphyteutica pôde ser ou de dinheiro, ou de qualquer coisa fungivel, com tudo, quando o prazo consiste em casas ou em chão para estas se edificarem, não pôde aquella ser de fructos, ou consistir em pão, vinho, azeite ou outra coisa semelhante, mas sim em dinheiro ou em aves. O contrario obsta a que se forme o direito emphyteutico, pois que annulla inteiramente o contracto. Ord. liv. 4. tit. 4o.

O Sr. Paschoal faz sua a razão de decidir, que Valasc. quaest. 20. n. 6. attribue a esta Ord.: *quia oppidani, et habitatores civitatum facilius in pecunia, quam in redditibus solvunt.* Talvez seja esta razão a verdadeira da cit. Ord., consistindo em ser mais facil para os habitantes das villas e cidades pagarem, como emphyteutas, o fôro antes em dinheiro, do que em fructos: mas a mesma Ord. nos ministra uma razão de duvidar, que combate a de Valasc., approvando nas casas, e chão para edificar-as, o fôro de *quaesquer aves sem restricção ás domesticas,* como arbitrariamente se resolve no *Digest. Portug.* tom. 3. art. 929., sendo evidente que a prestação d'aves selvagens é mais difficil para os habi-

tantes das villas e cidades, do que para os que vivem nos campos. Além d'isto os ultimos referidos, se professão a vida agricola, não podem sem nullidade tomar casas, ou chão para as construir, por fôro consistente em fructos, quando para ellês era este mais suave, do que o outro de dinheiro, abraçado pela sentença geral da lei, sem excepção de caso algum, em que se tracte de prazo com objecto em prédio urbano; o que assim não seria, se a maior commodidade dos foreiros, em quanto ao pagamento, fosse a razão de decidir da sentença legislativa, pois se daria nas habitações emphyteuticadas dos cultivadores excepção expressa a tal disposição.

Por tanto sendo incerta, como nos parece, a razão de decidir da cit. Ord., não procede, em nossa opinião, a doutrina seguinte do A., que pela razão em contrario, da facilidade de se pagar em fructos o fôro de prédios rusticos, admite que naquelles se commute o que foi pactuado em dinheiro. Acresce que o fôro em dinheiro onerando prédios rusticos não annulla a convenção; logo deve o emphyteuta a pensão na especie pactuada, sem que com outra faça bom e verdadeiro pagamento.

*Vel propter annonae caritatem.* Parece querer persuadir o A., que se os fructos estão caros, a commutação n'elles do fôro pactuado em dinheiro, deve ser admittida ao emphyteuta: mas não ha em todo o caso proporção entre a quantidade e qualidade dos fructos ou valor d'estes com a somma certa, em que consiste a pensão convencionada? Logo parece dar-se aqui uma utilidade imaginaria do foreiro ou emphyteuta. Finalmente as clausulas da convenção formão, como vimos, a natureza da emphyteuse; obrigação ambos os pactuantes; e o fôro de qualidade ou especie permittida onera perfeitamente o emphyteuta, a quem nunca cabe alteração, com fundamento em suas commodidades, sem consentimento do senhorio: o contrario é iniquo.

*Recte quoque in emphyteusin dantur res, quae solo cohaerent, eo licet non comprehenso, etc.* Voltando á materia principal deste §., ou ás cousas, que podem ser

objecto do direito emphyteutico, refere o A. como taes as que são inherentes ao solo, sem que este se comprehenda, como se um deixa plantar arvores no seu terreno, ou construir habitação de madeira: *veluti aedificia ex lignis constructa et arbores in fundo alieno*; caso, em que o emphyteuta fica responsavel pelo fôto e satisfação correspondente aos direitos senhoriaes, em quanto existem taes objectos, sem que, depois de extinctos, possa novamente plantar ou construir, salvo o caso de renovar o contracto, pois que o objecto, que determinava o seu direito, pereceo.

*In molendinis etiam*, etc. Tambem os moinhos, em que a agua ou o vento fazem as vezes d'operarios, podem dar-se em emphyteuse, pois se reputão bens immoveis pela adhesão, que tem na terra, e por se destruirem ao mudal-os de logar, o que sem isso não acontece, senão depois de longo tempo. Com esta doutrina, além de Cocc. e Valasc. citt., concorda geralmente a nossa prática.

*Vectigalia autem*, etc. Valasc. quaest. 12. n. 5. e 6, bem como o A. neste logar do §., entendem que as pensões, quotas de fructos, fóros e outras rendas, quando o direito de recebê-las é perpetuo ou tem duração por vidas, não podem ser objecto de concessão emphyteutica, ainda que a Ord. liv. 3. tit. 47. *in princ.* e §. ult. as considere bens immoveis ou de raiz, prohibindo ao marido litigar sobre ellas sem outorga da mulher, o mesmo que dispõe em quanto a estes.

Por quanto considerão neste conceito da lei uma ficção, não se dando em realidade mais, do que um direito, que é em si incorporeo, quando a emphyteuse unicamente consiste em objectos verdadeiramente immoveis.

Lobão porém no *Tract. Praet. e Crit. do Direit. Emphyt.* §. 43. discorda, argumentando da concessão em emphyteuse de terras cultas, em que cessa o fim — *ut meliores fiant*, para se poderem emprazar os réditos annuos, que nos occupão, conformando-se com o Card. de Luc. *de emphyt.*

Não nos parece verdadeiro o principio de nas ter-

ras cultas cessar o fim do melhoramento natural á emphyteuse, pois não concebemos prédio algum com impossibilidade de melhorar-se. Achamos com tudo a maior analogia no direito perpetuo de taes réditos, fóros, rações, quotas de fructos, com o dominio util n'um prédio culto; pelo menos os interesses resultantes são identicos. As terras cultas não dispensão o trabalho, do qual o concedente se livra, impondo-o ao emphyteuta: e que implicancia ha em que os fóros, por exemplo, de propriedades dispersas, ou, ainda que não dispersas, nimiamente divididas, o que faz aquelles de cobrança laboriosa, se entreguem a um só em emphyteuse sob encargo de pagar ao senhorio pensão ou canon em correspondencia com a totalidade dos mesmos, concedendo-lhe em seu proveito o equivalente ao trabalho?

O empraçamento de terras cultas e frugíferas admite o fóro regulado pela producção, como vimos determina a Lei de 4 de Julho de 1776; o emphyteuta vem a lucrar unicamente em proporção do trabalho e despezas da cultura: na mesma razão está o que melhora a condição do senhorio, e utiliza para si na proporção do trabalho da cobrança. Não só Lobão conheceo prazos desta especie, como affirma, mas também nós temos certeza de dous, em que é senhor directo o Cabido de Coimbra.

*Neque jura, et actiones ctiam reales, etc.* Os direitos e acções, ainda mesmo reaes, ou com fundamento no *jus in re* sem attenção a qualidade, nem a facto pessoal, não podem ser dados em emphyteuse, pois são bens d'uma terceira especie, distincta tanto dos moveis, como dos imóveis; e é certo que estes ultimos são os que se concedem por tal titulo. Valasc. quaest. 12. n. 10. O mesmo Valasc. porém, *ibidem* n. 12., exclue como válida, e sem que n'ella intervenha pacto reprovado, a convenção, em que o litigante concede o prédio litigioso, se por ventura o emphyteuta vencer a causa; convenção, que diz ser entre nós muito frequente, *ut quotidie accidit*, e permittida. Por quanto n'esta especie a emphyteuse não versa sobre o direito

ou acção, mas sobre a coisa immovel, quando já restituída ao verdadeiro senhor.

*Illud vero certum est, emphyteuscos vinculo supponi non posse bona alienari prohibita, etc.* Conclue o Sr. Paschoal este §., estabelecendo como maxima geral não poderem dar-se em emphyteuse prédios, que não podem alienar-se, por isso mesmo que esta especie de concessão aliena a parte util do dominio sobre elles. Daqui vinha não poderem os donatarios da Corôa dar por emphyteuse bens da mesma sem licença do Soberano, faltando a qual, a concessão não tinha effeito além da vida do concedente, Ord. liv. 2, tit. 35. §. 25., excepto sendo incultos, e não excedendo dez geiras, Alvará de 27 de Novembro de 1804. Não podião porém em caso algum levar dinheiro, nem receber outra coisa dos emphyteutas, quer pelos contractos d'aforamento primordiaes, quer pelas innovações dos já feitos; disposição comprehensiva, e ainda em vigor, dos commendadores e administradores de capellas e morgados em quanto aos bens respectivos. Ord. liv. 4. tit. 41.

Os commendadores das Ordens Militares nos bens immoveis, que como taes actualmente possuirem, uma vez que lhes não viessem como donatarios da Corôa, pois então se achão allodiaes, ou do dominio pleno dos possuidores, parece, (por que em nossa opinião as commendas, hoje extinctas ou antes simplesmente honorarias, são as dotadas com dizimos) não só estarem sujeitos á referida sentença da Ord. liv. 4. tit. 41., mas á Lei de 7 de Fevereiro de 1772, mencionada na nota a este §.; segundo a qual podem sim renovar prazos antigos devolutos por commissão, ou por qualquer causa consolidados, mas não podem sem faculdade Real conceder emprazamentos novos, ou sobre bens nunca emprazados, excepto nos termos do já lembrado Alvará de 27 de Novembro de 1804, em quanto a terras incultas, não excedendo dez geiras.

*Majoratus autem bona, capellae, et dotalia recte dantur de Palatii tantum Curiae licentia, etc.* Volta tambem na nota o Sr. Paschoal novamente á opinião de poderem bens vinculados em morgado ou capella ser

objecto de emphyteuse, bem como os pertencentes a dote, com Provisão de licença do Desembargo do Paço, conforme o seu *Regim.* §. 39. e 40.

Mas o que antecedentemente pensámos em quanto aos bens vinculados, é o que agora repetimos a respeito dos dotaes, pois que o cit. §. 40. sobre estes, em harmonia com §. 39. em quanto áquelles, conclue prohibindo os *escambos*, excepto por bens da mesma situação. A noção grammatica de tal termo não é outra, mas a mesma, que se exprime por *trocas* e *permutações*; e nunca as nossas Ordd., tanto actuaes, como antigas, a usão n'outro sentido. A razão juridica da permissão da troca nos bens vinculados e dotaes é o melhoramento ou beneficio da capella, morgado ou dote: mas da concessão emphyteutica não resulta um beneficio, igual ao dominio util que se aliena, logo da Provisão facultativa da troca não se conclue para a de permissão da emphyteuse, pois se não pôde conceber comprehendida na razão, que auctoriza para aquella.

Com tudo os bens incultos vinculados, e na mesma razão os dotaes com a mesma qualidade, podião ser dados em emphyteuse por arbitrio particular dos possuidores, não excedendo dez geiras, e não se dando fraude nos pactuantes, cit. Lei de 27 de Novembro de 1804 §. 10. Nos bens porém de morgado e capella, ainda mesma frugíferos, se a instituição o mandava ou permitia, concedião os administradores emphyteuse legalmente, sem que dependessem de Provisão, uma vez que assim se não diminuise a quantidade legitima do rendimento do vinculo; concessões por emphyteuse, a que entendemos se refere a Ord. liv. 4. tit. 41. e outras, como antecedentemente advertimos.

Os administradores com tudo podem hoje dar d'aforamento bens vinculados, observando-se as condições determinadas pelo Decreto de 4 d'Abril de 1832, como já advertimos, a que deve accrescentar-se a prohibição d'acceptar *lucras*, segundo a Ord. ultimamente cit.

*Res universitatis ad loci senatum adinrentes, etc.*  
Termina a nota ao §. com os bens municipaes ou dos concelhos, cujo aforamento, segundo a Ord. liv. 1. tit.

66. §. 17., devia ser feita em pregão ou hasta pública, sob pena do fôro noveado, pago pelos vereadores ao concelho, e nullidade do contracto. Foi porém esta Ord., como temos idêa d'em outra parte haver notado, alterada pela Lei de 23 de Julho de 1766, que prohibio aos vereadores o emprazamento de taes bens, e determinou, além d'outras providencias, que recorressem os pretendentes ao Desembaigo do Paço, o qual depois d'ouvida a Camera, Nobreza e Povo, e de postos a lanços os bens, com informação dos Provedores das Comarcas, os concedia em emphyteuse. Hoje é competente para esta concessão a Camera Municipal, pois lhe cabe a alienação das propriedades do Concelho, *Cod. Adm.* art. 123. §. 6., com recurso para o Conselho de Districto, art. 280. n. 9.

Terminado o exame das differentes proposições de doutrina comprehendidas neste §. e sua nota, cumpre adicionar-lhe o que tem por objecto a concessão emphyteutica dos immoveis das Igrejas, não só porque consideramos grave este objecto segundo o estado da nossa legislação actual, mas por devermos rectificar as idêas, que nesta relação expozemos a pag. 9. e seg. da nossa 1.<sup>a</sup> *Divis.* d'esta 2.<sup>a</sup> parte do Direito sobre as cousas.

Alli dissemos que a Ord. liv. 2. tit. 24., com objecto restricto no *ouro, prata, joias e ornamentos* das Igrejas e Mosteiros, não podia ser ampliada aos immoveis, para se não alienarem sem licença do Soberano; e que antes se devia concluir d'ella, que com excepção dos moveis referidos, os immoveis tinham ficado entregues aos Bispos e Prelados, para em sua alienação procederem segundo as exigencias da necessidade e utilidade das Igrejas, simultaneamente com os Cabidos das Cathedraes, em observancia dos canones. Notamos porém agora, que a observancia d'estas solemnidades nas alienações de taes bens é excitada neste Reino pelo Alvará de 25 de Junho de 1631, preceito, que leva ao maximo da certeza, ou põe em toda a evidencia o sentido, que attribuimos áquella Ord.

As Igrejas e Corporações de mão morta, pelas Leis de 4 de Julho de 1768, e 12 de Maio de 1769, forão  
*Part. II. Div. II.*

obrigadas a dar em emphyteuse os bens immoveis adquiridos desde 1611, sendo-lhes concedido reter os que já possuíam naquelle anno. As emphyteuses concedidas por tal preceito, bem como as anteriores, em cuja concessão se observáram os canones, consolidando-se por alguma causa, continuarão a ser alienadas ou concedidas, sem se renovarem as solemnidades canonicas em quanto a ellas, mas a de bens, posteriormente adquiridos, que as Igrejas devem alienar *intra annum*, isto é, todas as emphyteuses novas ou pela primeira vez concedidas, erão feitas com nullidade, logo que aquellas solemnidades se preterião. Pinheir. *de emphyt.* disp. 2. sect. 2. desde n. 7., com todos os mais referidos por Lobão *Tract. de Dir. Emphyt.* §. 26.; isto por virtude das disposições ecclesiasticas, mandadas observar expressamente pelo cit. Alvará.

Sendo este, como foi, o estado da nossa antiga legislação em quanto ás concessões novas emphyteuticas, como iuportando alienação dos bens immoveis das Igrejas, sem differença de monachas, collegiadas, parochias e Cathedraes, não podemos reprimir o nosso espanto ao encontrar n'um dos mais modernos escriptores, que entre nós em outro tempo o aforamento dos bens das Igrejas e Corporações competia aos Provedores das Comarcas, concluindo desta competencia que deve hoje pertencer ao Juiz de Direito. Este sabio Jurisconsulto, acabando d'apontar a Ord. liv. 1. tit. 62. §. 45. e 46., confundio Igrejas e os bens de sua dotação ou patrimonio, com estabelecimentos de caridade, isto é, hospitaes, albergarias e capellas, ou bens deixados para obras pias, estabelecimentos, em que os Provedores das Comarcas tinham inspecção, pertencendo-lhes por isso fiscalizar o aforamento dos bens, que lhes erão deixados por herança, sem que as sentenças de taes §§. comprehendão a emphyteuse ecclesiastica, de que tractamos.

Exposto que para se conceder emphyteuse ecclesiastica nova, devião observar-se as solemnidades canonicas, como expressamente determinou o Alvará de 25 de Junho de 1631, devemos advertir que para o em-

prazamento de terras conjunctas ás Igrejas, ou com a qualidade e denominação de *passaes*, terras especialmente privilegiadas, como vemos na Ord. liv. 2. tit. 22., era preciso impetrar Indulto Apostolico, pois que neste ponto, como attestão Cald., Feb., Pereira *de man. Regia*, Barb., Frag. e outros referidos por Lobão, *ibidem* §. 27., foi recebida entre nós a Extravag. *Ambitiosae* (inter commun.) *de reb. eccl. non alienand.*

Tal foi o estado antecedente da nossa jurisprudencia; mas acha-se alterado sobre outras distincções, que passamos a expor.

Os bens, que formão o patrimonio das Igrejas Cathedralaes, para aforamento novo ou *primordial* na frase da Portaria de 8 d'Abril de 1839, como expozemos no logar d'este escripto, que antecedentemente apontámos, dependem de preceder licença Regia pelo Ministerio da Justiça; licença, que assenta, segundo a prática, sobre o fôro estabelecido em hasta pública ante o Governador Civil do Districto, informação d'este Magistrado e resposta do Procurador geral da Fazenda.

Parecia, e pareceo-nos quando pela primeira vez escrevemos á cerca d'esta providencia (que attenta a legislação anteriormente estabelecida e não revogada, consideramos algum tanto excentrica da orbita regulamentar), que n'ella, por identidade de razão se comprehendião as concessões em emphyteuse nova dos bens de todas as mais Igrejas.

Enganámo-nos porém; por quanto suscitando-se dúvida sobre se tambem comprehendia os bens das Collegiadas e Igrejas não Episcopaes, a Port. expedida pelo Ministerio dos Negocios da Fazenda em 27 de Junho de 1844, sobre consulta do Tribunal do Thezouro Publico, resolve que os bens de taes Igrejas se não entendem alli comprehendidos, e que na actual legislação se encontrão os meios, que lhes são applicaveis.

Toma a Portaria de 27 de Junho de 1844, o fundamento d'as Collegiadas terem natureza e instituição diversa da dos Cabidos das Cathedralaes; mas é certo que a qualidade dos bens é a mesma em todos os que formão o patrimonio das Igrejas, e que esta qualidade

deveria por ventura determinar identidade de providencias; idéas, que nos levárão á opinião de considerarmos todos os bens ecclesiasticos comprehendidos, para emphyteuse nova, na de 8 d'Abril de 1839, mas que ultimamente vemos restricta aos das Igrejas Cathedraes ou Episcopaes.

E a quem caberá, segundo a legislação vigente, auctoridade confirmativa nas alienações e empraçamentos novos dos bens das Collegiadas, Mosteiros e Igrejas Parrochiaes? Nas rodas administrativas, porque não achamos lei expressa além do Alvará de 25 de Junho de 1631, e Ord. liv. 2. tit. 24., só nos lembra, á similitude dos bens municipaes, a intervenção do Conselho de Districto, á qual, se legislassemos, entregaríamos tambem as emphyteuses novas com senhorio nas Cathedraes, para uniformidade de medida e facilidade no expediente.

*Pessoas, que podem conceder e adquirir emphyteuse.*

§. 10. *De substantia ergo emphyteuseos est, etc.* Mostrado quaes os bens immoveis, que podem ser objecto do direito emphyteutico, estabelece o A. a regra geral de que podem concedel-o todos os que gozão da livre administração nas suas cousas, assim como recebem-o todos os que a lei não prohibe; por quanto como a concessão emphyteutica é alienação da parte util do dominio, e só podem alienar com validade e effeito os que administrão seus bens livremente, ou com faculdade de dispor, é certo que só estes podem ceder de tal dominio, uma vez que se conformem com as leis. Assim o marido sem consentimento da mulher não constitue válidamente emphyteusé; como não a constitue concedendo-a áquelle, que por lei é inhabil para esta aquisição.

Como porém em regra todos podem adquirir, e por isso accetar a emphyteuse, refere o Sr. Paschoal tão sómente os que formão excepção á mesma regra, e primeiramente os Clerigos com relação aos *Reguengos*, porque dentro d'estes não podião comprar, ou

por outro qualquer titulo adquirir bens de raiz, salvo por successão legitima, caso, em que devião alienal-os em pessoa leiga antes de passado um anno. Ord. liv. 2. tit. 16. O mesmo e com a mesma relação procedia nos Fidalgos e Cavalleiros, Ord. do mesmo liv. tit. 17. Hoje porém acabárão estas providencias pela extincção dos Reguengos. Decreto de 13 d'Agosto de 1832. art. 7.

*Corpora, quae Manus-mortuae vocantur.* Os Corpos chamados de *mão morta*, isto é, os collegios, corporações e estabelecimentos publicos, cuja existencia é perpetua por subrogação successiva das pessoas, que as compõem ou administração, como as Igrejas, Ordens e Mosteiros, não podem tomar empraçamento, porque versa em bens immoveis, e é titulo oneroso, perpetuo ou vitalicio, quando estas pessoas juridicas ou moraes apenas podem adquirir taes bens por successão, devendo alienal-os antes que finde anno e dia. Ord. liv. 2. tit. 18. §. 1.

*Magistratus temporales, vel perpetui, etc.* Nem os Magistrados temporarios, nem seus officiaes, durante o tempo do serviço, podem tomar em emphyteuse bens, que lhes sejam concedidos por pessoa da sua jurisdicção, ou sujeita ao seu officio, Ord. liv. 4. tit. 15. ampliada aos Magistrados perpetuos e seus officiaes pela Extravag. de 10 de Janeiro de 1678. Hoje porém consideramos antiquadas estas providencias, ainda que nos não pareçam destituidas de boa e solida razão.

*Pauperes, et animae, etc.* Finalmente refere o A. os pobres e as almas como inhabeis para a concessão emphyteutica, por isso que se considerão como pessoas incertas, das quaes se não podem exigir as prestações devidas ao senhorio. E poderá conceder-se a emphyteuse em seu beneficio, mas a cargo de pessoa certa, ou com syndico determinado? Como cessa n'este caso a incerteza em quanto ao canon e mais encargos, parece cessar inteiramente o fundamento da inhabilidade, uma vez que se não dê administração por subrogação successiva de pessoas em virtude de Estatuto approvedo, caso, em que se dará, em nossa opinião, estabelecimento de *mão morta*, e como tal prohibido de receber por emphyteuse, como acabámos de ponderar.

Resta renovar a idéa de que os vereadores e officiaes das Camaras Municipaes, nem ainda por arrematação, nem por pessoa interposta, podem tomar de emprazamento bens d'ellas, em quanto servem. Alvará de 23 de Julho de 1766 §. 1. O que igualmente não podem os mesarios e administradores de estabelecimentos de beneficencia, como Misericordias e Hospitaes, sobre bens, que lhes pertencão. Alvará de 6 de Dezembro de 1603.

*Modos, por que se concede e se prova a emphyteuse.*

§. II. *Constituitur vel in testamento, vel inter vivos.* A concessão emphyteutica pôde ser feita em testamento, ou por acto *inter vivos*, isto é, por contracto entre o concedente e o tomador, caso, em que se dá o contracto *consensual*, pelo qual um cede, e outro aceita o dominio util em coisa immovel por certo canon, que o concedente reserva com o dominio directo para reconhecimento d'este mesmo.

Diz-se *consensual* este contracto, não porque o consentimento dos pactuantes n'elle intervenha especialmente, pois que tal consentimento intervêm em todos os contractos, mas porque este fica perfeito por virtude da concordancia das vontades, que o formão, de sorte que depois d'esta nenhum d'aquelles ou dos pactuantes pôde livremente arrepender-se.

Diz-se contracto, em que um cede e outro aceita o dominio util, e não contracto, em que este dominio se acquire; por quanto a aquisição depende da effectiva tradição, e não do simples contracto, o qual em si não é mais do que o titulo ou causa remota da transferencia do dominio, que sómente pela tradição, causa proxima, se effectua ou acquire.

*Quia vero solo consensu perficitur, etc.* Como o contracto emphyteutico fica perfeito pelo consentimento mútuo dos pactuantes, é consequente não ser da sua estencia, em regra, a escriptura pública, mas ser-lhe esta unicamente natural como especie de prova.

Assim, provado o contracto por outro meio, como por testemunhas ou escripto particular, o emphyteuta obtem pela acção pessoal *emphyteuticaria*, que o senhorio *ex vi* da obrigação, proveniente do contracto, lhe faça entrega do prédio; ainda que não tem acção contra terceiro, se não tem adquirido o dominio por tradição real ou symbolica.

*Excipimus tamen emphyteusin ecclesiasticam.* Por Direito Natural, o direito e obrigação real são resultados correlativos do consentimento dos pactuantes; jurisprudencia, que, abandonada a dos Romanos, foi recebida no Cod. Civ. de França art. 1590, o qual prescinde da tradição. O nosso direito porém dá ao contracto o effeito pessoal, dependendo o real da tradição; mas falta aquelle por excepção no contracto emphyteutico ecclesiastico não celebrado por público instrumento ou escriptura, pois que nesta especie lhe é essencial, o que faz que sem ella fique nulla a convenção, como se conclue da Ord. liv. 4. tit. 19. *pr.*, quando *a contrario sensu* a não faz essencial na emphyteuse secular: o que nos parece provir do principio de não suppor a lei pessoa tão insensata, que ceda o dominio util em coisa sua, ou perpetuamente, ou por largo tempo, expondo os direitos, que reserva, ao risco da fallencia de prova por morte das testemunhas, ou por causa dos vicios allegaveis contra o escripto particular. Menos zelo porém julgou possivel nos economos e administradores de bens ecclesiastos; e por isso exige como essencial a escriptura no contracto emphyteutico, em que os mesmos bens se concedem.

*In testamento constituitur*, etc. Depois da emphyteuse constituida por contracto, e dos effeitos, que d'elle resultão por virtude da essencia consensual, a qual muda para literal, quando tem por objecto bens ou cousas ecclesiasticas; falla o A. da concedida em testamento ou por disposição *mortis causa*, pois que dada a faculdade de dispor por este modo, não se pôde negar o effeito á concessão emphyteutica em testamento ou codicillo, feito com as solemnidades legaes.

São diversas as fórmulas ou maneiras, que com esta

relação pôde empregar o testador; por quanto pôde legar o dominio util tão sómente, caso, em que o herdeiro é senhorio, e o legatario emphyteuta; pôde tambem legar o directo, caso, em que o legatario é o senhorio, e emphyteuta o herdeiro; ou finalmente conceder o dominio util a um, e o directo a outro, estranhos ambos a herança. Como porém a concessão emphyteutica é onerosa, pois obriga o legatario ao reconhecimento do dominio directo pelo fôro, obrigação, que não lhe pôde ser imposta sem a sua acceitação; fórma esta uma verdadeira condição, da qual depende o effeito ou validade do legado, sendo-lhe por isso applicavel a doutrina, que em logar proprio deixámos estabelecida sobre a transmissão do legado condicional aos herdeiros do legatario. É evidente que a emphyteuse concedida *causa mortis* tem prova no testamento ou codicillo em favor do legatario; bem como que a obrigação do mesmo, em quanto ao fôro, a tem igualmente na disposição do defuncto junta com a da acceitação expressa ou tacita do legado.

*Direitos principaes do emphyteuta e senhorio.*

§. 12. *Emphyteutae, et domini jura praecipua facile ex dictis cognoscuntur.* Da definição, que já demos, d'emphyteuse, quer considerada subjectivamente ou como *jus in re*, quer como causa remota ou titulo d'este direito, isto é, como contracto, facilmente se deduzem os direitos principaes, tanto do senhorio, como do emphyteuta. Em quanto a este, principia o Sr. Paschoal estabelecendo como proposição incontestavel e fecunda em resultados, que é elle o senhor util do prédio, com posse natural e civil. É senhor util o emphyteuta, porque o direito de perceber os fructos e utilidades do prédio lhe foi cedido por contracto ou por disposição *causa mortis*; tem a posse natural, por isso que detem o mesmo prédio com exclusão de qualquer outra pessoa; tem igualmente a civil, pois que a sua detenção é com animo de fazer seu o objecto detido, posse, que exercita *proprio nomine*, ou por si mesmo: *Sed et qui vectiga-*

*lem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur*, L. 15. §. 2. D. *qui satisd. cogant*.

Da proposição estabelecida seguem-se os seguintes resultados: 1.º que são do emphyteuta todos os proveitos e utilidades, pois que para os gozar lhe forão os bens cedidos, — *fructus traduntur*, §. 3. Instit. *de locat.*; e neste gozo ou fruição de utilidades e proveitos, consiste o dominio util, que no prazo lhe pertence, como acabámos de ver.

2.º *Ut eam possit a quocumque possessore vindicare, etiam ab ipso domino*. Póde o emphyteuta reivindicar de qualquer possuidor, e ainda mesmo do senhorio, o objecto emprazado, pois que a reivindicação tem fundamento no dominio, e tal é o seu direito, L. 1. §. 1. D. *Si ager vectigal*. O dominio porém, que lhe fundamenta a reivindicação contra o senhorio, não precisa d'outra prova além da que faz a investidura ou o titulo emphyteutico; mas esta prova não é bastante contra terceiro, porque como o senhorio lhe podia dar em prazo coisa alheia, deve provar que o mesmo teve dominio pleno, sem o que não prova o seu menos pleno, pois lhe deriva d'aquelle.

3.º *Interdictis, et actionibus quibuscumque possessoriiis defendere*. Póde defender o prédio ou bens do prazo com as acções e interdictos possessorios, pois que o seu fundamento é a posse, e já vimos que não só a natural, mas tambem a civil existe no emphyteuta. Assim, se nella é perturbado, usa do remedio, que se diz — *Uti possidetis*, ou de *manutenção*, contra o perturbador, para que cesse na turbação, e se lhe comine pena no caso de continuar a perturba-lo. Cabe-lhe igualmente a *força nova*, ou o interdicto — *Unde vi*, contra o espoliador, para lhe restituir a posse *cum omni causa*, isto é, com indemnização de todos os prejuizos, que causou. Tambem póde usar da *nunciação de nova obra*, ou acção d'*embargo*, contra o que muda o estado do seu prédio, fazendo n'elle obra nova prejudicial ao que é do emphyteuta, etc.

4.º *Eandem alteri*, etc. Póde o emphyteuta subemphyteutar ou subemprazar, isto é, conceder a terceiro

o dominio util, que tem, com reserva de maior fôro, e mais avultado laudemio, ficando-lhe por isso lucro depois de satisfeitos os encargos senhoriaes. Este direito existe sem questão no emphyteuta, por quanto é sem questão ser o dominio util seu; logo pôde concedel-o com reservas a seu arbitrio. Disputa-se porém, se neste caso o consentimento do senhorio é condição necessaria, ou se sem elle no direito do emphyteuta se comprehende o de conceder válidamente subemphyteuse. O Sr. Paschoal com Valasc. *quaest.* 13. n. 9. e seg. entende ser insuprivel o consentimento do senhorio sobre o do emphyteuta, ou que este não basta independentemente daquelle; concorda o *Digest. Portug.* tom. 3. art. 905.: mas Lobão no seu *Tract. Pract. e Crit. do Direit. Emphyt.* §. 39. segue o contrario, persuadido de que a L. ult. C. de *jur. emphyt.*, fonte da nossa Ord. liv. 4. tit. 38., não pôde comprehender a subemphyteuse como alienação prohibida sem consenso ou approvação do senhorio.

Com tudo nós com a mesma lei, que o ultimo referido Jurisconsulto toma por fundamento, distinguimos: ou o emphyteuta por clausula expressa na investidura tem poder, sem dependencia do senhorio, para conceder subemphyteuse; ou este poder lhe não é expressamente concedido: naquelle caso, em virtude da convenção primitiva, elle transfere a terceiro válidamente o seu direito sem approvação do senhorio; o contrario é, se tal clausula não consta expressamente.

Por quanto duvidando-se, diz Justiniano na Lei cit., se por ventura o emphyteuta deve com approvação ou consentimento do senhorio alienar as suas bemfeitorias, *utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes . . . alienare*; assim como transferir em outrem o direito emphyteutico, *vel jus emphyteuticum in alium transferre?* determinamos, que, se a investidura, *emphyteuticum instrumentum*, contém algumas clausulas a tal respeito, se observem, *eas observari*; e que se estas não existem, ou se a investidura se perdeu, não é licito absolutamente ao emphyteuta vender as suas bemfeitorias, ou transferir o direito

**emphyteutico sem consentimento do senhorio:** *Minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre.* E é bem certo que o contracto libellario ou subemphyteuse se comprehende nos titulos de transferencia do direito emphyteutico.

Em resultado esta Lei é a mesma, que estabelece em regra a necessidade do consentimento do senhorio para a subemphyteuse valer, e como fonte da Ord. liv. 4. tit. 38., faz que ella comprehenda este meio na prohibição d'alienar sem aquelle consentimento. A paridade entre o conductor sublocar sem consentimento do locador, para o emphyteuta subemprazar sem o do senhorio, com que Lobão insta no argumento, não procede; para o que basta saber, que aquelle não é naturalmente obrigado a melhorar, obrigação, que existe no emphyteuta. De mais o Alvará de 20 d'Agosto de 1774 §. 2. exige o consentimento da Universidade para valerem as subemphyteuses dos prazos de seu dominio directo; o que por identidade de razão procede em regra em todos os outros com diferente senhorio.

5.º *Nominare.* Se o prazo é de nomeação, ou se pela investidura se faculta ao emphyteuta nomear quem lhe succeda no mesmo, é evidente que lhe cabe este direito sem dependencia d'alguem, e até mesmo o de revogar não só uma, mas muitas nomeações, que tiver feito, nos termos da Ord. liv. 4. tit. 37. *pr.*, como adiante exporemos.

6.º *Transmittere ad heredes quoscumque*, etc. Também é um direito do emphyteuta transmitir ou a quaesquer herdeiros, ou aos que lhe são necessarios, o prazo segundo a qualidade e natureza do mesmo. Ord. liv. 4. tit. 36. §. 7., e tit. 37. §. 6.

7.º *Ut tributa, et collectas occasione rei imperatas*, etc. Mas não tem o emphyteuta direito a deduzir na pensão, ou a haver por outro modo do senhorio os tributos impostos ao prédio, ou por virtude d'elle á pessoa, caso, em que tem o nome de *collectas*; pois que tanto estas, como aquelles, se regulão pelos fructos e proveitos, que percebidos pelo emphyteuta em virtude

do seu dominio , chamão exclusivamente sobre elle taes encargos , L. 2. C. *de jur. emphyt.* Igualmente não deduz , nem tem direito a exigir a despesa feita nas bemfeitorias modicas do prazo , pois onerão naturalmente o direito emphyteutico , em cuja razão se não achão as consideraveis , como adiante veremos. Finalmente ainda adverte o A. o que nós n'outro logar advertimos , isto é , que o emphyteuta supporta , sem que fique dispensado da pensão , todo o damno particular , *omne damnun ¶ articulare* , isto é , todo o perigo , ainda que casual , quando não destróe totalmente a cousa immovel ou o prédio , pois que em quanto existe parte deste , é obrigado ao reconhecimento do dominio , que conserva o senhorio direito , L. 1. *in fin.* , l. 2. C. *de jur. emphyt.* , §. 3. Instit. *de locat.*

*Domino ratione domini directi competit* , etc. Depois do exame dos direitos principaes do emphyteuta , conclue o Sr. Paschoal este §. referindo tambem os do senhorio como tal , ou que compõem o seu dominio directo : e são o dar consentimento para válidamente se alienar a emphyteuse , o da opção , o do canon , laldemio , renovação , e consolidação por virtude do commissão ou devolução ; de cada um dos quaes passamos a tractar nos §§. seguintes.

### *Do canon emphyteutico.*

§. 13. *Cum ergo canonis solutio* , etc. Já vimos ser a prestação do canon obrigação essencial emphyteutica a que é correlativo o dominio directo do senhorio , dominio , que suppõe necessariamente a concessão da propriedade util , com o seu reconhecimento manifestado por meio de tal prestação ; alias não se daria no concedente nem signal , nem fundamento da reserva d'algum direito , e seria tida por plena a propriedade do possuidor , ou não existiria emphyteuse.

O canon por tanto é objecto de direito no senhorio ; mas tem fundamento no dominio util do emphyteuta , realizado pela tradição do prédio , antes da

qual a obrigação do pagamento d'aquelle não existe, pois não tem causa verdadeira: o que faz ser o canon onus real, que se fórma ou estabelece *in traditione*, ou, como se explica Dumoulin, adquire-se *non per emptionem sub pecunia, sed per concessionem et traditionem fundi ab initio*.

Posta a natureza real da obrigação em quanto ao canon emphyteutico, e o direito correlativo em quanto ao mesmo no senhorio, que acção será a deste para haver o pagamento do fôro? Diz o Sr. Paschoal que o emphyteuta sómente pôde ser obrigado a elle pela acção *emphyteuticaria*, e não pela *hypothecaria*: *emphyteutam ad illius praestationem omnino obligari actione emphyteuticaria, non hypothecaria*. Por consequencia attribue tão sómente ao senhorio a acção pessoal ordinaria *ex emphyteusi*, para demandar a pensão, á que o foreiro se obrigou pelo contracto. Logo concorrendo o senhorio com crédores hypothecarios, é por elles preferido, pois neste caso é crédor chirografario; e tambem não pôde obrigar o successor com fundamento em pensões não satisleitas pelo emphyteuta antecessor, cuja obrigação, por isso que pessoal, não passou d'elle.

Mas se a obrigação do pagamento do canon se estabelece *in traditione fundi*, pois que tem causa verdadeira no dominio util adquirido; se fórma onus real; parece caber tambem ao senhorio a acção hypothecaria, não só contra o tomador, mas contra o que lhe succede na emphyteuse, ainda mesmo pelas pensões, que aquelle ficou devendo, como pôde deduzir-se da Ord. liv. 4. tit. 3. *in princ.*

*Eam tamen in emphyteusi ecclesiastica, etc.* Reconhece com tudo neste logar o A., que a acção hypothecaria cabe ao senhorio na emphyteuse ecclesiastica, para haver o pagamento das pensões, o que é expresso na Lei de 4 de Julho de 1768; mas que esta excepção é restricta á sua especie, e então confirma isso mesmo a regra geral em contrario, para não proceder tal acção na emphyteuse secular, ou para dever seguir-se, que a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 38., concedendo acção

hypothecaria ao senhorio, se refere áquella mesma excepção, ou á emphyteuse ecclesiastica, sem que estabeleça regra geral.

Não concordamos com esta critica do A., antes entendemos que a Lei ultimamente citada fez daquella excepção regra geral a mais ampla e expressa. Por quanto esta Lei, enumerando desde o §. 34. os crédores com hypotheca legal ou tacita em determinados bens dos devedores, para serem n'elles preferidos, refere no §. 38. como taes « os senhores de prédios rusticos, ou urbanos, e os senhores directos, quando concorrem, para haverem dos seus rendeiros, inquilinos, ou emphyteutas as pensões, alugueres e fóros, para preferirem neste caso (o da concorrência) pela sua tacita e legal hypotheca a outros crédores, posto a tenham geral, ou especial mais antiga. »

Os senhores directos são geralmente crédores hypothecarios por seus fóros; aqui não se distingue para este effeito entre emphyteuse ecclesiastica e secular, logo não nos cabe distinguir, restringindo a disposição áquella, no que se arguiria a mesma Lei de ociosa, pois na emphyteuse ecclesiastica, já pela de 4 de Julho de 1768 a hypotheca ficou expressa para pagamento dos fóros. Demais os senhores directos ou senhorios, são referidos a par dos senhores dos prédios rusticos ou urbanos; e se em quanto a estes se não distingue, não se póde distinguir em quanto áquelles, quando não só a Hermenentica Juridica, mas a expressa disposição da Lei de 18 d'Agosto de 1769 §. 11. prohibe as restricções, que se não deduzem das palavras do legislador tomadas no seu sentido verdadeiro, natural e genuino.

Cabe por tanto ao senhorio acção hypothecaria para haver o pagamento do canon, disposição, que encontramos expressamente continuada no art. 1242. n.º 6. do *Cod. Comm.*, pois constitue hypotheca tacita no prédio em favor do senhorio pelo fóro e laudemio.

*Canon autem promissus et in pecunia*, etc. O canon póde consistir em qualquer cousa, que preste utilidade; logo podem as partes constituir-o em dinheiros

fructos, aves, ou outro objecto em igual razão; nem implica que parte seja em dinheiro, e o resto em outras cousas differentes entre si pela especie, Ord. liv. 4. tit. 39. *in princ.* Exceptua-se porém o fôro de prédios urbanos, ou de chão, em que se hajão de edificar; pois que annulla o contracto, como já observámos, não consistindo em dinheiro ou quaesquer aves. Ord. do mesmo liv. tit. 40.

*Et recte uno numo constituitur*, etc. Como o fôro ou canon emphyteutico tem unicamente por objecto o reconhecimento do dominio directo, que reserva o senhorio, sua quantidade é indifferente, pois por mais modica que seja, consegue o fim referido, como se fosse avultada. E tanto não perde por modico o canon, que esta qualidade é natural no que se dá pela concessão de terras bravas e incultas, e na mesma razão pela de terreno ou chão para casas; pois que assim mais meios ficão ao emphyteuta para melhorar o prédio como é obrigado naturalmente. Donde vem que cinco reis, um ovo, meia maquia de trigo, um frango, formão com legalidade a pensão d'um vasto prédio, ou de muitos tomados juntamente por emphyteuse.

Mas quando a concessão tem objecto em terreno cultivado ou frugifero, pôde o fôro ter a quantidade da pensão, como se fôra tomado por locação, pois como tal então se considera n'este respeito o emprazamento: d'onde vem, como já advertimos, não poder o emphyteuta prevalecer-se da natureza modica do fôro para redução daquelle, que onera o seu direito. Lei de 4 de Julho de 1776. Com tudo n'este caso, em que o fôro é equivalente á pensão, que o prédio mereceria tomado d'arrendamento, pôde o foreiro, dando-se esterilidade ou invasão d'inimigos, prevalecer-se do favor, que já mencionámos, concedido aos conductores, para não pagar o fôro. Concorda o *Digest. Portug.* tom. 3. art. 934.

*Quamobrem pensio neque diminuitur, neque remittitur*, etc. Quando porém o canon é regulado pela natureza do contracto emphyteutico, ainda que o prédio mereça em mais de metade, uma vez que reste parte,

deve ser pago sem abatimento ou redução; pois que subsiste o principio de dever reconhecer-se o dominio directo do senhorio, o qual cessa tão sómente com a destruição total do prazo, como antecedentemente notámos que decide o §. 3. *Instit. de locat.*, concordante com a L. 1. C. *de jur. emphyt.* Pelo mesmo fundamento, ainda que o prédio nada produza, ou por se dar esterilidade, ou invasão d'inimigos, ou outra força maior, que não constitua em culpa o emphyteuta, deve este o fôro inteiro. Barb. á Ord. liv. 4. tit. 39. n. 18., Valasc. *quaest.* 27. n. 11.

*Quod ad collectas quoque, etc.* Também o emphyteuta não tem direito a deduzir no fôro as collectas e tributos, pois são encargos dos fructos e rendimentos, e é maxima deverem os incommodos recaír sobre os commodos. Se porém o canon ou pensão é regulada como na locação, pois que os fructos em grande parte vem a pertencer ao senhorio, a mesma maxima o comprehende, para dever participar proporcionalmente em taes encargos. Valasc. *quaest.* 17. e 27. desde o n. cit.

*Quia vero pro pensione solvenda contra emphyteutam actio personalis emphyteuticaria competit, non realis, etc.* O Sr. Paschoal, coherente com a sua opinião de ter o senhorio, para haver o pagamento do fôro unicamente a acção *ex emphyteusi* ou pessoal, segue agora que o emphyteuta successor não é obrigado pelas pensões, que o antecessor ficou devendo, o que pretende provar com a Ord. liv. 4. tit. 36. §. 5. *ibi*: *É cada uma das pessoas, a que ... vier o fôro, será obrigada pagar a pensão d'elle ao senhorio.* Mas esta Ord. certamente não faz prova de tal doutrina, pois estabelece a obrigação de cada um dos successores, suppondo sempre satisfeita a de cada um dos antecessores; e sómente provaria, declarando expressamente o successor desobrigado das pensões precedentes á sua posse, o que n'ella se não encontra. Demais já mostrámos dar-se a todo o senhorio, sem differença entre emphytheuse ecclesiastica e secular, hypotheca tacita ou legal nos bens ou objecto da mesma, para preferir aos mais crédores pelo fôro; logo a divida do antecessor é um encargo real, que segue o prazo no successor,

successor, correspondendo no senhorio o direito, que fundamenta a acção hypothecaria.

*Pensio autem quemadmodum nec remittenda, ita nec augenda a dominio est.* Visto que o canon ou pensão não deve ser reduzida, nem delia o emphyteuta pôde considerar-se desobrigado em caso algum, se o prazo não perece inteiramente; resolve o A. neste logar do §., que tambem não pôde ella ser augmentada pelo senhorio; nem ainda mesmo quando, extinctas as vidas da primeira concessão, esta se renova ou repete, por isso que a renovação não confere titulo novo, mas é prorogação da primeira investidura.

Com tudo a Lei de 4 de Julho de 1768 §§. 2. e 3., bem como o Alvará de 12 de Maio de 1769, que o A. amplia aos senhorios seculares, para no acto da renovação não poderem exigir maior fôro, pois que sómente prohibem o augmento de pensões nos prazos ecclesiasticos, visivelmente excluem a doutrina geral estabelecida, pois contém ampliação, que se não deduz do sentido natural e genuino das palavras, em que a prohibição d'este augmento por taes leis é concebida. Mas dada como necessaria, e não dependente do arbitrio do senhorio secular, a renovação emphyteutica, repugna que o augmento do fôro por essa occasião dependa tão sómente do seu arbitrio, e deverá ser exigido segundo o juizo de louvados, no que nos conformamos com o *Digest. Portug.* tom. 3. art. 10.

Accresce para não seguirmos a generalidade de se não poder augmentar o canon, quando os prazos se renovão, o ser a prohibição d'este augmento tão restricta aos de especie ecclesiastica, que os das commendas, ordens militares e Universidade, bem que de corporações de mão morta, e por isso os mais analógos aos ecclesiasticos, forão excluidos da referida prohibição. Resol. de 30 de Dezembr. des 1768, Leis de 20 d'Agosto de 1774. §. 2., e 1 de Junho de 1787 cap. 6. Nem o Decret. de 14. de Março de 1759 na providencia transcripta no §. pelo A. o favorece, por que falla de concessões novas, e não de renovações emphyteuticas; e além disto a avaliação determinada do fôro, sem

ter lugar o arbitrio do senhorio, foi medida especial deste Decreto com objecto em habitações para os operarios da fabrica das sedas no sitio do Rato em Lisboa.

*Do consentimento do senhorio na alienação necessaria da emphyteuse.*

§. 14. *De essentia quoque emphyteuseos est, quod, domino inscio, vel invito, alienari non possit, etc.* Já ponderámos que a clausula d'o emphyteuta não alienar sem consentimento do senhorio pôde ser por este renunciada expressamente, sem que se altere a essencia da concessão ou do direito emphyteutico, donde resulta ser-lhe ella tão sómente natural. Por tanto se tal renúncia expressa se não deu, o foreiro não poderá vender, escamibar, dar, nem alhear a coisa aforada sem consentimento do senhorio, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.*, e L. ult. C. *de jur. emphyt.*

A razão intrinseca e fundamental da exposta disposição legislativa consiste no favor do senhorio: 1.º para que saiba quem lhe fica obrigado ao pagamento do canon; 2.º para que possa oppor-se á transferencia do prazo em pessoa inidonea por ser pobre ou poderosa, qualidades, que difficultão o pagamento e exigencia do fôro; 3.º em fim para que possa exercer ou usar os direitos do laudemio e opção, que lhe são concedidos pelas leis.

*Quod intelligendum de alienatione voluntaria, etc.* Limita porém o A. a disposição, que veda o emphyteuta da alienação do seu direito, á que faz com liberdade ou por acto voluntario, entendendo que na necessaria, ou determinada pelo Juiz, se não requer o consentimento do senhorio; o que pretende provar com a Ord. liv. 3. tit. 93. §. ult.

Antes de tudo cumpre examinar qual seja a qualidade ou natureza do consentimento do senhorio com respeito á alienação dos bens de prazo. Este consentimento não necessita de ser expresso na alienação voluntaria, nem tambem na necessaria, por quanto segun-

do a Ord. liv. 4. tit. 38. §. *inic.* verso — *É este requerimento*, não só na venda, que é feita por vontade do foreiro, mas na necessaria, que se faz por mandado e auctoridade de Justiça, deve saber-se do senhorio, se quer a coisa *polo tanto*, ou pelo preço já por outrem offerecido. Se o senhorio não declara logo querel-a, é esperado trinta dias, passados os quaes sem que declare, não se espera mais sua resposta, e póde o prazo ser vendido; e o mesmo é, quando declara querer este, mas não satisfaz o preço dentro dos mesmos trinta dias: disposições, que não nos deixão duvidar de que a lei pelo silencio do senhorio no primeiro caso infere o seu consentimento; e que pela falta de pagamento no segundo presume ter mudado de vontade, passando a consentir. Logo para valer a venda necessaria, deve ser denunciada ao senhorio; e val com o seu consentimento, ainda que não expresso, mas tacito ou presumptivo, como o Sr. Paschoal reconhece na nota ao §. seguinte: *sed non requiritur, quod alienationi expresse consentiat*; consentimento tacito bastante, mas indispensavel, se falta o expresso, tanto n'uma, como n'outra alienação.

Nem a Ord. liv. 3. tit. 93. §. ult., em que o A. se apoia para prescindir da approvação do senhorio na alienação necessaria, lhe dá prova, com disposição repugnante á da Ord. do liv. 4. tit. 38.; pois que em harmonia com esta, e remetendo-se a ella, dispõe na parte final: *Será porém o senhorio requerido, se os quer tanto polo tanto, como diremos no quarto livro, no Titulo 38.*; o que não é senão para o mesmo ou optar, ou consentir expressa ou tacitamente, não optando.

Com tudo se na investidura ou testamento ha clausula de não poder o emphyteuta alienar sem consentimento expresso do senhorio, como as condições approvadas pelos pactuantes formão a natureza da emphyteuse, é claro que não póde o emphyteuta alienar voluntariamente sem expressa approvação, mas tal clausula não abrange a alienação necessaria, para estorvar que o prazo se atremate, *porque*, como dispõe a citada Ord. liv. 3. tit. 93. §. ult., *a dita clausula não*

*ha logar na venda feita por necessidade e mandado da Justiça.*

Não val por tanto a arrematação ou venda necessaria, sem o senhorio ser ouvido, para, como já dissemos com a cit. Ord. na sua sentença ultima, optar, ou alias consentir expressa ou tacitamente. Por consequencia a approvação do senhorio procede na alienação voluntaria, e tambem na necessaria.

*Et etiam neglecto, emphyteusis publicae utilitatis causa alienatur, etc.* Mas se o terreno ou prédio emprazado é necessario para usos publicos, como o bem geral prefere ao particular, não se dá necessidade do consentimento ou sciencia do senhorio para que o mesmo se aliene; por exemplo, se o terreno é proprio para se abrir ou melhorar estrada pública: o que determinou, em beneficio da agricultura das vinhas do alto Douro, o Alvará de 13 de Dezembro de 1778, mandando no §. 11., que os terrenos emprazados e outros necessarios para as novas estradas se adjudicassem, pondo-se o preço determinado por louvados em deposito, para d'este o cobrar quem tivesse direito a elle, sem que assim se considere necessaria sciencia ou consentimento d'alguem.

Igualmense se o terreno do edificio incendiado ou demolido pertence a emphyteuta, que não tem meios, ou que não quer reedificá-lo conformando-se com a fórma do prospecto competentemente determinado, não obsta a falta do consentimento do senhorio á sua alienação, como se vê do Alvará de 12 de Maio de 1758 §. 7., Decreto de 14 de Março de 1759, e outros com respeito á reedificação de Lisboa depois do terremoto.

*Domino similiter invito, emphyteusis alienatur, quando, pluribus successoribus exstantibus, etc.* Ainda o Sr. Paschoal considera não necessario o consentimento do senhorio na alienação do prazo, que fica a muitos herdeiros, porque o defuncto o não nomeou, caso, em que ou se adjudica a um pelo seu valor, ou, discordando em quanto a este, passa a vender-se a estranho, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1. Com tudo quando fica n'um de taes herdeiros, indemnizando

os outros pela estimação, como opportunamente veremos, não é ouvido o senhorio, porque o prazo propriamente não se aliena, mas defere-se por successão, o que é cousa mui differente; e quando a discordancia dos coherdeiros em quanto ao valor do mesmo prazo faz necessaria a sua venda dentro de seis mezes depois da morte do defuncto, deve o senhorio consentir, pois manda a lei expressamente no §. cit. ouvil-o antes sobre se o quer tanto por tanto.

*In dotem emphyteusis a patre filiae recte datur absque domini consensu*, etc. E poderá o pai dotar com prazo a filha sem consentimento do senhorio? Diz o Sr. Paschoal que sim; principalmente sendo a emphyteuse de nomeação, e o dote não estimado. Explica-se d'este modo, porque sendo o prazo de nomeação, dotando-o, usa o emphyteuta d'um direito, que lhe dá a investidura, porque não faz mais que nomeal-o, para o que não depende do consentimento d'aguem; e não faz senão nomeal-o, dotando com elle a filha, porque o dote não estimado não é vendido. De mais, diz elle, ainda que o dote seja estimado, se é feito pelo pai, da-se alienação necessaria, em que não ha necessidade d'intervir consentimento do senhorio.

Mas como o A. conhecesse, que contra a doutrina por elle estabelecida se podia argumentar com a Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.*, pois fallando do foreiro em quanto á emphyteuse, e com relação ao senhorio, dispõe, que « no caso, que a quizer doar, ou dotar, não lhe pagará quarentena, e todavia lh'o fará saber, para ver se tem algum legitimo embargo: » previne-se respondendo que esta Ord. é procedente, ou quando o dote for estimado, ou quando dado por estranho, ou, como lhe parece mais provavel, que determina o dever de noticiar o dote ao senhorio, e não a precisa necessidade do seu consentimento: *vel (quod probabilius videtur) de necessitate dotem domino denunciandi, et non praecise de illius consensu.*

Com tudo pelo exame d'esta Ord. parece que o foreiro ou emphyteuta, para constituir no prazo dote á filha, necessita, em regra, do consentimento do

senhorio ; por quanto determina que sem tal consentimento elle não possa alhear, no que se comprehende dotar o prazo. Ora a lei manda dar noticia do dote ao senhorio, sem que distinga o que é feito por estranho, do que faz o pai á filha, o que basta para não podermos distinguir, excluindo um ou outro de sua tão geral disposição ; nem a noticia, que do dote se deve dar ao senhorio para ou fica no seu simples conhecimento, porque pôde obstar-lhe com legitimo embargo, no contrario do que consiste a sua approvação tacita ou expressa. Logo parece dar-se precisamente a necessidade da mesma approvação, para tanto o pai como o estranho fazerem dote no prazo.

Exceptuamos porém o caso de ser a emphyteuse de nomeação, pois que esta essencialmente se exercita, dando o emphyteuta aquella em dote ; e como assim procede auctorizado pela investidura, não depende de novo consentimento, salvo se o dote é estimado *venditionis causa*, porque então não nomêa, mas aliena ou vende o prazo.

### *Na alienação voluntaria da emphyteuse.*

§. 15. *Si vero emphyteuta sua\* voluntate sine consensu domini rem alienaverit, in commissum cadit, etc.* Na alienação voluntaria da emphyteuse é evidente exigir-se consentimento do senhorio, se o não renunciou expressamente no contracto, e que sendo feita sem elle, cae o prazo em commissum, querendo aquelle prevalecer-se do seu direito ; bem como que pôde obrigar o emphyteuta a tomar novamente o prazo em si com encargo do pagamento do canon, pois que foi nulla tal alienação, nullidade, que tem ambos os effeitos referidos em favor do senhorio, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 38. §. 1., concordante a L. ult. C. *de jur. emphyt.*

*Ea autem alienatio solum prohibetur, etc.* Como a alienação ou se toma no sentido proprio e restricto, isto é, pelo acto, por que se transfere ou passa a outrem todo o dominio, que o transferente tem na cousa, o

que acontece na troca, na venda é doação; ou em sentido improprio e amplo pelo acto, que transfere algum direito real, conservando-se o dominio, como, por exemplo, o usufructo, isto fez com que o Sr. Paschoal nos advirta, que a prohibida ao emphyteuta sem consentimento do senhorio, é a alienação no sentido proprio, ou aquella, por que o emphyteuta transfere o prazo, — *res ipsa emphyteutica*, ou todo o direito, que n'elle tem, — *jus emphyteuticum*. Por quanto os actos d'alienação, sem que intervenha tal consentimento, que a Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.* prohibe ao emphyteuta, são o vender, permutar ou escamibar, dar, dotar e alhear, expressão esta, em que se comprehende subemphyteutar; pois que, embora Lobão siga o contrario, não é a subemphyteuse alienação indifferente ao senhorio, podendo por ella passar-se o prazo a pessoa, que por poderosa ou pobre torne arriscado ou difficil o pagamento do canon, ou pouco seguro o melhoramento do prédio. Mas como a prohibição geral de alhear é nesta Ord. exemplificada por actos translativos do dominio ou do direito emphyteutico, a alienação, que se prohibe no espirito da mesma, é tão sómente a propria e restricta, sem que a possamos ampliar á de sentido lato ou amplo.

*In dotem ab extraneo dari.* Já expozemos a nossa discordancia com o A. sobre este ponto, e os fundamentos, por que em regra comprehendemos tambem o pai na prohibição de dotar a filha com o prazo sem approvação do senhorio.

*Vel in perpetuum oppignorari.* Estabelece o Sr. Paschoal, que o emphyteuta não póde sujeitar válidamente os bens do prazo a hypotheca perpetua sem approvação do senhorio. A hypotheca tende, como accessorio do contracto, a segurar ao crédor seu pagamento pelo preço do immovel hypothecado: logo tende ella a uma alienação; donde resulta não poder hypothecar o que não póde alienar. E como o emphyteuta, segundo a disposição de nossas leis, não póde sem approvação do senhorio alienar, não póde por consequencia sem aquella approvação sujeitar o prazo a hypotheca.

Mas convencionada esta, perderá o emphyteuta por commisso o seu direito? Accredita-mos que não, pois ainda que por este modo se encaminhe a alienação, ella não se acha consummada, e seu dominio existe, como existe dando-se venda convencionada e com preço recebido, mas antes de feita a tradição, a qual somente o precipita em commisso.

E valerá por ventura tal hypotheca para obrigar pela divida o senhorio, se o prazo lhe reverte, ou aquelle, a quem passa por successão? De nenhum modo; porque pela concessão emphyteutica deve o prazo devolver-se livre, assim como passar livre ao successor, salvo se o senhorio consentio na hypotheca, pois que tal consentimento altera ou revoga a clausula anterior do transito e devolução do prazo livre. Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. *in fin.* Donde concluimos, que não pôde o consentimento do senhorio sobre a hypotheca anterior, mas dado depois do prazo já transmittido, obrigar o successor emphyteuta ao pagamento, pois que a falta d'approvação antecedente lhe fez passar o prazo desobrigado, e como tal foi por elle adquirido.

Lobão no *Tract. do Direito emphyt* §. 848. insiste no poder d'o emphyteuta hypothecar o prazo validamente sem consentimento do senhorio, salvo se no contracto ha expressa prohibição; mas se a prohibição d'alienar sem consentimento do senhorio e natural á convenção, ainda que se não expresse, parece do mesmo modo procedente a de hypothecar o direito emphyteutico sem o mesmo consentimento

*Bene tamen potest locari in breve, vel longum tempus*, etc. Com tudo como hoje a locação, ainda que de longo tempo, não confere dominio util, pôde o emphyteuta conceder o prazo por este titulo sem dependencia de consentimento do senhorio; pôde sem a mesma dependencia alienar-o a hypotheca vitalicia do usufructo ao gozo d'este por outrem, ou a outra servidão, porque taes obrigações affectão tão somente o foreiro, sem que passem por sua morte ao senhorio ou ao emphyteuta successor, se ao mesmo tempo não e herdeiro do defuncto. Esta doutrina porem, ainda

que conforme á razão e principios de Direito, não foi geralmente adoptada pela praxe: *Haec autem opinio utut, juris rationi consentanea esse videatur, in foro non omnino recepta est.*

Não nos diz o Sr. Paschoal os fundamentos da variante da prática n'este ponto; mas parece consistir unicamente em que por estes encargos pessoaes, que passam ao comprador, fica o prazo diminuido em valor durante a vida do emphyteuta concedente, o que envolve prejuizo do senhorio, pois recebe por algum tempo laudemios menos crescidos. Com tudo se nisto é que consistem taes fundamentos, pois que outros nos não occorrem, parece que se devem desprezar, por limitarem com excesso os direitos emphyteuticos, quando póde o senhorio ser indemnizado, como adiante notaremos.

*Contra vero in foro hodie, et jam dudum opinio praevaluit, etc.* Ao contrario não só nos ultimos tempos, mas nos antigos a praxe geral abraçou, em favor do senhorio, o não poder o emphyteuta, sem o seu consentimento, instituir vinculo de capella ou morgado em prazo, ainda mesmo perpetuo e hereditario; não só porque contra a investidura se não deve dar successor, que aquelle não approve por consideração com o pagamento do fóro, mas porque sendo os bens inalienaveis pelo vinculo, ficaria o senhorio perpetuamente privado dos laudemios nas alienações, bem como do direito da opção, que lhe cabe quando as mesmas se offerecem. Pinheir. *de emphyt.* p. 2. disput. 4. secc. 7. §. 8.

*Consensum dominus praestare intelligitur, quando alienationem vel verbis, vel factis adprobavit.* Já antecedentemente advertimos, e o Sr. Paschoal aqui confirma, que o consentimento tacito do senhorio, quando a sua approvação é necessaria, val tanto como o expresso: isto é, que o senhorio não só approva válidamente por palavras enunciadas ou escriptas, mas por factos, d'onde se induz consentimento, assim como a renúncia do direito á consolidação, que lhe provêm do commissso. Por tanto se elle exige ou recebe do comprador,

que lhe não foi denunciado, a pensão, deste modo o approva; igualmente se a venda lhe foi denunciada., mas no decurso de trinta dias nem approva, nem rejeita expressamente que a mesma tenha effeito, consente n'ella por seu silencio. Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.*

Com tudo se o senhor<sup>o</sup> directo approva um comprador determinado e certo, isto não basta para que outro lhe seja substituido válidamente sem sua nova approvação, pois de consentir na alienação não se conclue que consinta na pessoa, porque por suas qualidades é que se determina a dar ou a negar approvação. Se porém o senhorio faculta, sem referencia a pessoa determinada, mas em geral, que o prazo se aliene, tem logar a substituição de pessoas, ou póde ser alienado em favor de qualquer, que seja idoneo, isto é, de toda a pessoa, que não faz peor a condição do senhorio, nem é inhabil segundo as leis para tomar em si emprazamento; pois que ambas estas condições são intrinsecas á concessão da faculdade de alienar, por mais ampla que seja, ou constituem os termos habeis, que a devem essencialmente limitar: o contrario seria no emphyteuta abuso de confiança, equiparado á fraude, que não póde produzir effeito válido, sanando a inidoneidade e incapacidade pessoal, ainda mesmo que já se desse a tradição, pois que a primeira das duas qualidades fundamenta a rescisão, e a segunda a nullidade do contracto.

### *Da opção ou direito protimeseos.*

§. 16. *Ad essentiam emphyteuseos vel maxime pertinet jus protimeseos.* Deixando a nota ao §. antecedente, em que o A. se afadiga para convencer-nos de que o consentimento tacito do senhorio válida tanto, como o expresso, a alienação dos bens do prazo, ou do direito emphyteutico, que os tem por objecto, pois que de doutrina tão evidente; como esta, ninguem póde duvidar, passamos ao exame do direito de opção no senhorio.

Abre o Sr. Paschoal o §. estabelecendo, que um dos direitos, que principalmente constituem a essencia da emphyteuse, é a *opção* ou *prelação*, ou o direito *protimeseos*, em virtude do qual o senhorio, com obrigação correspondente no emphyteuta, pôde preferir, *ceteris paribus*, a qualquer, quando o prazo se aliena. Parece porém que a essencia da emphyteuse não exige precisamente que tal direito exista no senhorio, e que aquella se não altera, se este expressamente o renuncia na concessão emphyteutica; mas como a lei lhe attribue a opção; fica esta da natureza da emphyteuse, se não houve renúncia a seu respeito.

Este direito, como na nota ao §. se diz, é fundado na equidade: por quanto, ainda que em rigor, por virtude do dominio, devesse o emphyteuta ter faculdade de o transferir a seu arbitrio, uma vez que a pessoa por idonea não prejudica a condição do senhorio; contudo, como deste lhe veio o proveito do dominio util, é conforme á gratidão, e por isso á equidade, que o mesmo dominio lhe reverta tanto pelo tanto, quando o emphyteuta quer aliená-lo, visto que na reversão este não tem detrimento, e aquelle pôde querel-a, por lhe ser conveniente, caso, em que procede a maxima natural — *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*, inclinando-se esta mais em favor do senhorio, do que d'outrem, quem quer que seja, pois d'aquelle já o emphyteuta recebeo utilidade com o mesmo objecto. Além d'isto a conveniencia d'o senhorio consolidar, segundo a face primeira da natureza das cousas, é maior, do que a do que pretende uma parte sómente do dominio, e é conforme á equidade promover com igualdade de meios antes o bem maior, do que o menor, muito mais quando dahi o agente não recebe detrimento, como acontece na preferencia dada ao senhorio pelo emphyteuta.

O direito, de que tractamos pôde ser reservado expressamente em qualquer contracto, como por identidade de fundamento se conclue da Ord. liv. 4. tit 11. §. 2.; mas sem dependencia d'esta reserva expressa, uma vez que o concedente d'um modo expresso o não

tenha renunciado na concessão, entra elle na natureza da emphyteuse. Ord. liv. 4. tit. 38. *pr. ibi*: *E querendo-a o senhorio por o tanto, havel-a-ha, e não outrem.* Para o que, como antecedentemente ponderámos que dispõe a mesma Ord., deve elle declarar, que usa deste direito, e fazer entrega do preço ao emphyteuta dentro de trinta dias, decorridos desde que este o requereu, para lhe consentir a alienação; alias procede a mesma, cessando a opção por esta vez.

*Hoc autem jus præcipue locum habet in venditione tam voluntaria, quam necessaria.* Como são diferentes os titulos, por que o prazo pôde ser alienado, e em alguns a opção não tem logar, diz o Sr. Paschoal, que cabe ella principalmente na venda, pois que n'esta, ou seja necessaria, ou voluntaria, tal direito assiste sempre ao senhorio, o que nem sempre acontece, segundo a opinião do A., na troca ou permutação, como logo exporemos.

Que a opção é direito do senhorio na venda sem differença de voluntaria e necessaria, se resolve na cit. Ord. *verbis*: *E este requerimento, que se ha de fazer ao senhorio, se quer a coisa pelo tanto, não sómente se deve fazer na vendã voluntaria, que se fizer por vontade do foreiro, mas tambem na necessaria, que se faz por mandado e auctoridade de Justiça.* É concordante a Ord. do mesmo liv. tit. 36. §. 1., e tit. 96. §. 23.

*Itaque cessat in donationibus, etc.* Assentado que a opção tem sempre logar na venda, pois que por esta especie d'alienação o emphyteuta ou procura haver o preço, ou pagar com elle, se aquella é necessaria, sendo-lhe sempre indifferente que o mesmo venha do senhorio, ou de terceiro; é facil concluir, que todas as vezes que o emphyteuta tem em vista o que não pôde conseguir alienando no senhorio, cessa n'este a opção. Acontece isto primeiramente na doação para practicar liberalidade, que o donatario lhe merece; mas se aquella tem causa, ou procura fim e modo, que o senhorio pôde igualmente realizar, é procedente a opção. Por exemplo, se o emphyteuta faz a doação por causa dos alimentos, que põe a cargo do donatario, como o se-

nhorio póde levar a effeito esta causa; tambem póde preferir pela opção: o mesmo é, se o doador lança sobre o donatario o pagamento de dividas; casos, em que se não dá a doação verdadeira, de que falla a mesma Ord., pois participa de contracto oneroso.

Pensamos porém que estas limitações, oppostas á regra, que exclue a opção, não procedem quando pela importancia dos encargos e valor dos bens doados se mostra haver um liquido importante, com que o doador quiz beneficiar o donatario, pois que n'este liquido existe liberalidade, recaído em mérito ou qualidade pessoal: assim como tambem pensamos que aquella regra não tem logar, ou que procede a opção, quando ha prova d'a doação ser palliativa de venda em fraude do senhorio, quer se procure frustrar-lhe o direito á opção, quer evitar a satisfacção dos laudemios.

*In permutatione rei pro re, in quam adfectio cadere potest.* Alguns dos nossos Praxistas, e com elles o A., seguem que a opção não compete ao senhorio na permutação por coisa immovel, em que se dá affeição, ou o gosto e estima do emphyteuta, reduzindo por este modo a preferencia daquelle á permutação de cousas fungiveis pelo prazo; opinião, que assenta no principio de reputarem acto injusto, obrigar o emphyteuta a receber do senhorio coisa differente, quando lhe não póde dar outra igual á que estima, para conseguir a qual apprehendeo a convenção, que alias o mesmo não faria.

Mas póde tambem dar-se gosto no senhorio para recuperar por esta occasião o prédio, que cedêra por emphyteuse, ou que fôra concedido por algum dos seus maiores: e n'este caso qual das duas affeições deverá ser satisfeita? A Ord. cit. do liv. 4. tit. 38. §. *inic.* certamente se decide em favor do senhorio, pois no caso d'o emphyteuta querer vender ou *escatambar*, deve declarar-se áquelle e requerel-o, se tanto por tanto quer o prazo, e por isso dizer-lhe o preço ou a *cousa*, que entra na convenção, concluindo, que querendo o senhorio optal-o *por o tanto*, isto é, pelo mesmo preço ou *cousa*, o haverá elle e não outrem. Por tanto a palavra

*escamibar* não perde aqui o sentido, que sempre tem nas nossas Ord. ; exprime a permutação, pois que falla da cousa offerecida, ou que figura na troca; e como não distingue a fungivel da immovel ou não fungivel, parece que não podemos nós distinguir, com o A., adoptando a doutrina, que nos propõe.

Nem nos parece haver dureza na letra da Ord. ; por quanto o preço d'affeição, se falta cousa igual, é pago pelo senhorio ao *emphyteuta*; quando a affeição do senhorio, se o prazo passasse a outrem, ficaria absolutamente sem a menor satisfação, o que lhe favorece a preferencia. Outros Praxistas seguem a opinião, que seguimos; e os contrarios devem seguir por coherencia, que na troca, em que negão a opção, não tem lugar o *laudemio*, o que não podem provar á face da cit. Ord., segundo a qual o direito a elle no senhorio unicamente não existe na alienação benéfica do prazo (*doar, ou dotar*), natureza, que não é a da permutação. Concorda o *Digest. Portug.* tom. 3. art. 963. com Brito ao Cap. *Potuit, de locat.* §. 5. n. 20. Logo, como o *laudemio* é retribuição do senhorio não optar, e este lhe é devido em qualquer troca, cabe-lhe sempre n'ella a opção.

*In dotis datione, etc.* O *emphyteuta*, que confere o prazo em dote, não pactua preço ou outra cousa por elle; logo não pôde ter o senhorio n'este caso o direito da opção.

*Et tamen, etc.* Vistas as especies d'alienação, em que o senhorio pôde optar, e aquellas em que não, conclue o A. este §. advertindo, que ainda mesmo neste caso, ou quando a opção lhe não compete, deve o *emphyteuta* declarar-lhe a pessoa, em favor de quem transfere o prazo, para que seja certo do que fica na obrigação de reconhecer-lhe pelo fóro o seu dominio directo, e tambem para que possa oppor o que tiver, segundo as leis, a que se realize a transferencia do util. É expressa neste sentido a mesma Ord. ; por quanto ordenando que o pagamento da quarentena ou *laudemio* não tem lugar na doação e no dote, o que, como já advertimos, importa a não procedencia da opção, conclue que sempre o *emphyteuta* dará noticia de taes

actos ao senhorio, para ver se tem algum legitimo embargo.

*Do laudemio.*

§. 17. *Debetur domino laudemium in compensationem veluti consensus rei alienationi praestiti.* Tractase d'outro direito senhorial, o do *laudemio*, nome, que não vemos nas LL. Romanas, ainda que n'ellas se encontre o objecto, que explica. Consiste este no direito de haver o senhorio, se o prazo é vendido, a quinquagesima parte do preço, *quinquagesimam partem pretii*, ou se permutado, a mesma parte do valor ou estimação, *vel aestimationis loci qui ad aliam personam transfertur, accipere.* L. ult. C. *de jur. emphyt.* Entre nós consiste o laudemio na quarentena do preço, o que procede, se na escriptura se não declara porção maior ou menor, como determina a cit. Ord. do liv. 4. tit. 38. *pr. ibi: e-pagará ao senhorio a quarentena, ou o conteúdo em seu contracto.* Donde se infere tambem, que se neste o senhorio expressamente o renuncia, não tem lugar tal direito, sem que deixe d'existir a emphyteuse, pois que não é da essencia, mas sim da sua natureza, ou, segundo as expressões do A. na nota a este §.: *quippe laudemium non de substantia, sed de natura contractus est.*

Como porém para a procedencia do laudemio deve a venda ou alienação ter effeito, não optando o senhorio, vem elle a ser como prêmio do seu consentimento naquella, ou uma compensação de não usar do direito *protimeseos*, adquirindo-a por isso pela approvação do novo emphyteuta; donde talvez deriva o nome, a *laudatione*, *laude* ou *laudando*. O que serve de fundamento para que alguns imponhão o pagamento do laudemio a cargo do comprador, ou do que entra no prazo, em razão de ser este, e não o vendedor, o louvado ou approvado para a alienação se effectuar.

Com tudo esta opinião do pagamento do laudemio ser obrigação do comprador, ou do que pela permutação acquire o prazo, carece de razão solida, não só porque a approvação do senhorio assenta sobre acto

pessoal do emphyteuta alienante, mas tambem e principalmente porque segundo as nossas leis tal obrigação é imposta ao vendedor, e por igualdade de razão ao que passa a outrem pela troca o direito emphyteutico. Por quanto a Ord. liv. 1. tit. 62. §. 48., concedendo ao foreiro a faculdade de vender bens empraçados, de capella, hospital, albergaria ou confraria, uma vez que os administradores não queirão usar da opção, se explica deste modo em quanto áquelle: *do preço, por que assim vender, pagará á capella, hospital ou albergaria senhorio, a quarentena*; disposição concordante com a do liv. 4. tit. 38. *in princ.*, pois que deixando ao foreiro a liberdade de vender, quando o senhorio se não declara no consentimento, ou não entrega o preço dentro de trinta dias, referindo-se áquelle, accrescenta igualmente: *e pagará ao senhorio a quarentena, ou o conteúdo em seu contracto*. Logo é o alienante devedor do laudemio, não só nos prazos de capellas e estabelecimentos pios, mas em todos, pela generalidade da disposição ultimamente referida, em que por isso se comprehende o emphyteuta, quer de prazo ecclesiastico, quer secular ou profano, sempre que pela investidura não consta expressamente renúncia do concedente ou senhorio em quanto a tal obrigação.

Esta obrigação porém do emphyteuta, que vende ou troca prazo, procede em regra, porque pôde o senhorio exigir o laudemio do comprador em alguns casos, e vem a ser quando a elle se obrigou, ainda mesmo por modo tacito, por exemplo, se o alienante no contracto declarou vender por preço livre: o mesmo é, se o vendedor não tem meios, pois que pôde o senhorio em virtude da hypotheca legal haver o laudemio do comprador. *Digest. Portug.* tom 3. art. 966. e 967. Mas sendo aforado chão para casas ou outros edificios, que effectivamente o emphyteuta construiu, o laudemio deve reduzir-se em proporção da parte do preço correspondente ao valor do mesmo chão, sem que se deva computar o que cabe aos edificios, *cit. Digest. ibidem* art. 969. Ao contrario, os encargos e reservas, que o emphyteuta impoz ou consentio nos bens do

do prazo, devem ser considerados como não impostos, para o laudemio se deduzir do preço, que estes terão desonerados, o mesmo *Digest. art. 970.*

*In emphyteuseos datione in solutum, etc.* Na dação do prazo em pagamento deve-se o laudemio ao senhorio; por quanto sendo voluntaria da parte do emphyteuta, é equiparada á venda; e sendo necessaria ou por adjudicação judicial está na mesma razão, pois, como diz o A., esta alienação foi voluntaria no principio, ou na causa, isto é, na contracção livre da divida: *quae a principio, et in causa voluntaria est.* E como o vendedor, que recebeu o preço antes da tradição, pôde judicialmente ser obrigado a esta, sem que perca a qualidade, que contrahio na convenção, considerada a somma devida como preço anticipado do prazo, não perde a natureza pela adjudicação, vindo esta a substituir a tradição.

*In permutatione pro re fungibili.* O Sr. Paschoal, coherente com a doutrina, que ha pouco nos expoz, de não ter lugar a opção na troca por coisa immovel, e sómente quando o emphyteuta recebe pelo prazo bens fungiveis, segue agora que sómente neste caso é devedor do laudemio: mas tambem nós firmes na nossa, de caber a opção em toda a troca, seguimos que o laudemio é devido, quer o emphyteuta receba coisa immovel, quer fungivel.

Em primeiro lugar, em quanto ao laudemio directamente, temos a L. ult. C. *de jar. emphyt.*, que a respeito dos senhorios se explica d'este modo: *non amplius eis liceat, pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel aestimationis loci qui ad aliam personam transfertur, accipere.* Dão-se aqui, em nosso modo de ver, duas sentenças distinctas no caso, em que o senhorio consinta, *subscriptione*, ou desista da opção *vel depositione*: a primeira dá-lhe direito a haver o laudemio computado na quinquagesima parte do preço; logo procede esta na venda: a segunda confere-lhe o mesmo na estimacção ou valor do prédio ou objecto immovel, *loci*, que se transfere para outrem, o que não pôde ser senão na troca; alias

ou as palavras , que se referem a esta , são ociosas na lei , ou o são as que não podem entender-se senão com referencia áquella. Mas tal ociosidade não nos é licito suppor ; assim como não nos é licito distinguir nas especies de bens , que entrão na permutação do prazo , porque a lei o não faz : logo deve-se o laudemio , ou elles seão immoveis , ou moveis.

Em segundo lugar na Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.* já vimos proceder a opção na troca , quer o prazo se permuta por cousas moveis , quer por immoveis , pois que tambem não distingue ; ora o laudemio , como o A. reconhece no n. 8. d'este §. , deve-se pela renuncia da opção ; logo se esta se dá na troca , quer por immoveis , quer por moveis , tambem se dá o direito do laudemio , admittindo esta Ord. por um modo indirecto a sentença directa em quanto ao mesmo , que acabamos de attribuir á L. ult. C. *de jur. emphyt.* Acresce que a venda considerada em si é essencialmente uma troca , sem outra differença da permutação além de nesta não intervir preço ou dinheiro , circumstancia accidental em importância , que parece não dever tirar a opção , e por consequencia o laudemio ao senhorio , quando um e outro d'estes direitos lhe competem na outra especie de alienação por titulo igualmente oneroso. De mais a Lei de 20 d'Agosto de 1774 §. 2. manda que o Tabellião , que houver de lavrar as escripturas de venda , ou permutação de prazos da Universidade , o não faça *sem o indispensavel Alvará de licença , expedido pela Junta da Fazenda , e o conhecimento em forma original , de que se metteo no Cofre da mesma Junta a importancia do laudemio correspondente ao valor do prazo vendido ou permutado.* O que não pôde considerar-se providencia com fundamento especial sobre as permutações de prazos d'esta corporação ; mas sim com razão geral em harmonia com a já examinada Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.*

Finalmente sendo certo o principio de que na venda , em que , por nulla , se não deve siza , tambem o laudemio se não deve , pois que com tal vicio não tem effeito a venda , daqui não se pôde argumentar , em ~~nessa~~

opinião, como encontramos n'um moderno escriptor, para não ter logar o laudemio nas permutações, em que se não deve siza, pois que siza e laudemio são cousas inteiramente differentes; nem a Lei de 2 d'Outubro de 1841, e Decreto de 19 d'Abril de 1832 art. 2., dispondo que nas permutações sómente se deve siza da differença do valor paga a diuheiro, incluem em tal disposição o laudemio.

*In alienatione lege jubente facta publicae utilitatis ergo*, etc. Na alienação do prazo pelo preceito da lei em razão das exigencias da conveniencia pública, segue o Sr. Paschoal que a expropriação do dominio directo val tres laudemios sobre a pensão de vinte annos, o que foi determinado pelo Decreto de 6 de Março de 1769 com o fim da reedificação de Lisboa. Parece-nos porém que esta providencia, assentando em terrenos devastados pelo terremoto, não pôde formar regra geral para comprehender edifficios em bom estado, e prédios bemfeitorizados, ainda que vejamos a mesma norma de valor adoptada na venda dos bens incorporados na Corôa pelo Decreto de 24 de Janeiro de 1801, bens, a que o Soberano podia fixar o preço que quizesse, pois erão reputados objecto do seu dominio. Estas considerações nos levão á opinião de que nestes casos de conveniencia pública devem as indemnizações dos senhorios e emphyteutas ser determinadas por louvação especial, ou com attenção ás circumstancias.

*In venditione facta virtute pacti de retrovendendo*, etc. Quando a venda se resolve ou se desfaz por virtude do pacto de *retrovendendo*, o laudemio não se deve, pois que então não se dá alienação repetida ou nova venda, mas sim o effeito da acquisição precedente resalvado com approvação do senhorio, que não optou, e que por isso houve o laudemio, donde vem não ter elle agora opção.

Com tudo se o pacto de *retrovendendo* foi restricto a tempo certo, e passado elle, o que vendeo, torna a comprar, dá-se um contracto novo, pois que o primeiro pelo termo decorrido ficou perfeito, extinguindo-lhe todos os effeitos do dominio precedente; logo como

acquire por outra causa ou titulo, que até alli não existia, cabe a opção ao senhorio, e por consequencia o laudemio.

*In nominatione emphyteuseos, etc.* Na nomeação da emphyteuse não tem lugar o direito do laudemio, pois não se dá alienação verdadeira, mas deferencia ou meio de transmissão determinado na investidura, que por isso não requer novo consentimento do senhorio, em que se funde o laudemio.

*In alienatione, domino sciente, sed invito, etc.* Se o senhorio não consente, oppondo-se á alienação com causa injusta declarada tal por sentença do Juiz, cessa o direito do laudemio, pois a sua opposição o destroe por esta vez, porque repugna com a approvação, base e fundamento do mesmo.

*In emphyteuseos per aestimationem divisione, etc.* Quando o prazo se divide por estimação, tambem o laudemio não procede; não por não ser elle e sómente o seu valor que se divide, mas porque aquelle, a quem cabe, o obtem por successão, e não por alienação, o que já não acontece quando, em razão d'os herdeiros não concordarem no valor, passão a vender o prazo a estranho, circumstancia, em que se dá alienação, e por isso direito no senhorio á opção, e em consequencia ao laudemio; como o A. deixou dito na primeira parte do §.: *in emphyteuseos venditione extraneo facta, propterea quod coheredes in ea uni adjudicanda haud conveniunt, nam his, et similibus casibus jus protimeseos locum habet.*

*In emphyteuseos alienatione, quam dominus jure protimeseos adcepit, etc.* É evidente que optando o senhorio na venda ou troca do prazo, não se lhe deve o laudemio, pois, como antecedentemente notámos, é este a retribuição da renuncia do seu direito *protimeseos*. Ord. liv. 4. tit. 38. *in princ.* no verso — *E declarando.*

*In venditione sub conditione, ea nondum impleta, etc.* Na venda condicional, em quanto se não realiza a condição, não ha direito algum a exigir o laudemio, pois quo a dependencia do evento ou a suspensão daquella, faz suspender o contracto, consummando-se este

tão sómente quando a mesma se verifica. Também na venda pura, em quanto o preço se não paga, e se não faz a tradição dos bens do prazo, como o contracto nestes termos consiste ou para n'um estado imperfecto, em que tanto um como outro dos pactuantes pôde arrepenher-se da promessa, o laudemio não se deve, porque nestas circumstancias ainda a alienação se não dá. Mas se accede a tradição com espera do pagamento ou *habita fide de pretio*, haverá direito no senhorio para exigir o laudemio?

Segundo a Ord. liv. 4. tit. 5. §. 1. o comprador acquire pela tradição, quando a espera do preço é concedida, um dominio revogavel, de sorte que, findo o prazo ou o tempo convencionado, se o pagamento não é feito, pôde o vendedor haver a coisa ou objecto do contracto, quer se ache em poder do comprador, quer no de outra pessoa, assim como prescindir do objecto vendido, e demandar aquelle pelo preço. Logo, sendo o dominio util neste caso resolvel, o que não constitue alienação consummada, parece ser improcedente a exigencia do laudemio.

Com tudo esta jurisprudencia foi alterada pelo Alvará de 4 de Setembro de 1810, dispondo que o comprador com espera concedida de pagamento do preço fica pela tradição com o dominio perfeito, sem que o vendedor retenha algum direito real, mas tão sómente o pessoal resultante do contracto para exigir o pagamento, ficando assim fóra de duvida que sendo estas as circumstancias da venda, tem direito o senhorio a exigir o laudemio.

*Cessat in locatione ad longum tempus, etc.* Ainda que antigamente alguns seguirão, que pela locação *ad longum tempus* se devia o laudemio ao senhorio, por isso que era causa de translação do dominio util ou proveitoso, oppondo-se outros a tal doutrina com o fundamento d'o locador permanecer obrigado ao pagamento do fóro: hoje é inutil tal questão, pois que, como vimos, o dominio util, para existir separado do directo, requier expressa concessão, e nunca por menos de tres vidas; logo concedida a *emphyteuse* em loca-

ção de longo tempo, cessa a alienação de tal dominio, e por isso tambem cessa neste caso o direito do laudemio; bem como cessa na hypotheca do prazo, na dação do mesmo em usufructo, ou impondo-lhe outra servidão, pois que em taes especies não se dá alienação verdadeira do direito emphyteutico, unico fundamento daquelle.

*São impartiveis os bens do prazo.*

§. 18. *Emphyteusis non natura sua (nihil enim prohibet quod per glebas dividatur), sed jure individua est,* etc. Ainda que os bens de prazo, como os allodiaes, considerados em si mesmos ou na qualidade de bens immoveis, possam dividir-se por glebas entre muitos coemphyteutas; com relação ao direito, em favor do senhorio não se podem dividir por este meio, mas tão sómente, em alguns casos, o seu valor se divide, ou os bens se partem por estimação; qualidade, que lhes é dada expressamente nas leis, não só para commodo do senhorio, recebendo d'um e não de muitos a pensão, como se infere da Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1. ibi: *E por quanto o fóro não ha de ser partido*, e do tit. 96. §. 23. *verbis: E porque os taes bens, segundo a natureza dos fóros, não se hão de partir, e hão de andar em uma só pessoa*; mas tambem, e ainda em proveito do senhorio, para se não confundir a pensão, como se vê na cit. Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1. Donde conclue o A., que nem por convenção, nem por costume podem dividir-se os bens de prazo, pois lhe resiste a lei, o que faz ser a indivisibilidade da essencia, e não da natureza da emphyteuse; opinião, que fortifica com a Lei de 6 de Março de 1669, pois reprova o costume de na provincia do Minho se dividirem em glebas os prazos, como causa dos senhorios muitas vezes nem conhecerem os foreiros, e prescindirem até mesmo das pensões em razão das grandes difficuldades da cobrança; costume porém, que não obstante tal providencia prohibitiva, continuou, como o A. nos diz na nota, principalmente entre os

coherdeiros, dividindo entre si os prazos por glebas, e encabeçando n'um d'elles a cobrança das quotas *pro rata* dos bens partidos, para depois satisfazer o fôro inteiro ao senhorio.

E será este costume, quando o senhorio o approva expressa ou tacitamente, repugnante com a Lei e Ord. ultimamente examinadas, de sorte que a indivisibilidade seja da essencia, e não da natureza da emphyteuse, como pensa o A. P. Alguns Jurisconsultos, com os quaes nos conformamos, discordão de tal doutrina, por quanto a indivisibilidade dos bens de prazo é determinada nas Leis para favor particular do senhorio, favor, que por isso mesmo é renunciavel: logo é a indivisibilidade da natureza, e não da essencia da emphyteuse, a qual por isso os pactuantes de seu mutuo consentimento podem alterar; consentimento, que da parte do senhorio pôde ser tacito, e tal se dá, quando obriga os possuidores parciarios á distribuição da pensão e nomeação de *cabecel*, *cabeça*, ou cobrador de cada um em quanto á sua porção no fôro. A *Reform. dos Estat.* §. 141., approvada pelo Alvará de 20 de Julho de 1612, mandando á corporação da Universidade não consentir a divisão dos prazos do seu senhorio sem licença Regia, licença restricta a estes, e cuja necessidade não pôde ampliar-se aos prazos particulares, convence de que a indivisibilidade de taes bens lhes não é essencial, mas tão sómente natural. Acresce que o proveito do senhorio pôde combinar-se mui bem com a mesma divisão em alguns casos, tanto pelo direito resalvado da nomeação de *cabecel*, como pela maior facilidade das vendas, que daquella resulta nos grandes prédios, o que lhe torna mais frequente a occasião dos laudencios.

### *Das bemfeitorias.*

§. 19. *Meliorationes in re emphyteutica factae ipsam sequuntur; itaque eas non potest emphyteuta sine domino alienare*, etc. São bemfeitorias todas as obras feitas pelo emphyteuta, que aproveitão ao prazo, ou

por necessarias á sua conservação, ou por uteis, augmentando-lhe o valor, em razão de o fazerem mais productivo ou commodo. Para o exame do direito, que cabe n'ellas ao emphyteuta, devemos considerar em duas differentes circumstancias o prazo: uma em quanto está no seu dominio ou poder; outra quando, ou por commisso, ou por findar o tempo da concessão, se devolve ao senhorio.

Na primeira das circumstancias ponderadas faz-se differença entre bemfeitorias extrinsecas, e intrinsecas: aquellas as separadas e independentes do prazo, como acontece com as pastagens contiguas compradas pelo emphyteuta, ou com os celleiros construidos na vizinhança; estas ou as intrinsecas as que lhe são inherentes, e fazem parte do mesmo, por exemplo, um lagar, casa ou moinho, dentro dos bens emprazados.

Nas primeiras nenhum direito tem o senhorio; a propriedade do emphyteuta e n'ellas illimitada ou plena, pôde por tanto este dispor das mesmas a seu arbitrio: o que assim não é nas segundas, pois fazem parte do prazo, e tem por isso a sua mesma natureza; donde vem que assim como este se não pôde alienar sem consentimento do senhorio, tambem ellas dependem para isso do mesmo consentimento, como expressamente resolve a L. ult. C. de jur. emphyt., em quanto as faz objecto da opção senhorial.

*Quia vero iniquum est alterum cum alterius damno fieri locupletiores*, etc. Como as bemfeitorias, de que fallamos, tem influencia manifesta no valor dos bens do prazo, e por isso no seu preço, é evidente que optando o senhorio pelo tanto, não pôde pretender o emphyteuta cousa alguma com fundamento nas mesmas; mas se o prazo se devolve áquelle por commisso, ou porque as vidas ou o tempo da concessão tiverão fim, terá por ventura o emphyteuta direito a exigir a estimação ou o valor de taes bemfeitorias?

Para este ponto se decidir, devemos fazer differença entre bemfeitorias voluntarias, e as que provêm da obrigação, quer imposta pela lei ou *ex juris necessitate*, quer pela convenção ou *ex pacto*. Se provêm da

obrigação imposta pela lei, quaes as que a conservação do prédio exige, não tem direito o emphyteuta a haver do senhorio o seu preço, o que procede do mesmo modo e por igual fundamento nas que fez por virtude da convenção, como se por esta se obrigou, por exemplo, a plantar um pomar; por quanto no primeiro caso cumprio um dever, declarado na lei, ao qual voluntariamente pela acceitação se obrigou; no segundo satisfiz a clausula ou condição expressada pelo senhorio, á qual igualmente se sujeitou; obrigações, tanto a proveniente da lei, como a que nasce da convenção, cujo cumprimento se suppõe fazer parte da pensão, que d'outra sorte não seria tão modicamente pactuada; donde vem serem ellas efficazes no effeito, a ponto de na falta de cumprimento, ou porque a casa, por exemplo, pereceo pelas ruinas, ou porque a plantação do pomar não foi feita, caber ao senhorio acção contra o emphyteuta ou seus herdeiros, para que cumprão, ou paguem a estimação, tanto das mesmas, como do ũanno, que teve causa na sua falta.

Agora pelo que respeita ás bemfeitorias voluntarias, procede a distincção entre as ordinarias e modicas, e as extraordinarias e avultadas: aquellas não podem ser repetidas pelo emphyteuta, pois constituem o melhoramento do prédio, a que se obrigou pela natureza propria da emphyteuse, ou pela indole do contracto, que as equipara ás que o emphyteuta deve por virtude da lei, ou por contracto expresso para as não repetir do senhorio, como se prova pela Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22., por quanto, determinando que se o pai nomear prazo n'um filho, este trará á collação as bemfeitorias augmentativas de valor, que o nomeante tiver feito, conclue: *E isto não se entenderá em algumas despesas, e bemfeitorias pequenas, nem em algumas outras, que o nomeante de necessidade, conforme o direito, sem outra convenção das partes, nem condição posta no contracto emphyteutico, é obrigado a fazer.*

Ao contrario tem o emphyteuta ou seus herdeiros incontestavel direito a repetir do senhorio o valor ou estimação das bemfeitorias uteis consideraveis e extraor-

dinarias, o que é conforme á maxima prohibitiva de qualquer se locupletar com a jactura ou perda alheia, adoptada na Ord., que acabamos de transcrever; por quanto excluindo da collação as modicas, na razão das que são feitas em observancia da lei e cumprimento da condição posta no contracto, chama ou faz vir á conferencia as bemfeitorias, em que taes qualidades se não dão; e por isso as consideraveis em utilidade do prazo, que não forão pactuadas, e que tambem o direito não remitte em razão de não serem necessarias, ou com fim na conservação do objecto empraçado; sendo esta Ord. a que dá luz á do liv. 5. tit. 1. §. 3., que comprehende na confiscação (hoje abolida) as bemfeitorias do prazo, que os herdeiros haverião, para concluirmos serem estas as uteis extraordinarias e consideraveis.

Nem a Ord. do liv. 4. tit. 38. §. 1., determinando como effeito do commissio que *tudo será devoluto e applicado ao senhorio, se o quizer*, se pôde entender sem encargo de pagar taes bemfeitorias, pois que as leis devem entender-se em harmonia entre si, assim como concordantes com os principios de justiça, que em caso nenhum permitem locupletar-se o senhorio com a jactura do emphyteuta ou dos herdeiros, que lhe succedem, pois não é aquelle exceptuado da maxima geral, que antecedentemente lembrámos, porque não soffre ella a mais pequena excepção.

### *Como se succede na emphyteuse hereditaria pura.*

§. 20. *Successio emphyteutica pro diversa emphyteuseos conditione diversa est.* Pois que pelo exame da natureza da emphyteuse não podemos concluir que esta acaba restrictamente com a vida do tomador, antes pelo contrario devemos concluir que passa a outros depois d'elle, ou perpetuamente ou ao menos por tres vidas, é conforme á boa ordem que agora nos occupemos com a importante materia da successão no direito emphyteutico, successão, que é differente segundo as diffe-

rentes especies de emphyteuse, como o Sr. Paschoal se explica, ou antes é a differença de successão a que faz variar em especies a emphyteuse.

Assim a emphyteuse na especie d'este §., porque concedida ao tomador ou primeiro emphyteuta e a seus herdeiros ou successores, sem outra alguma qualidade, se diz emphyteuse *hereditaria pura*, distincta da *hereditaria mixta*, objecto do §. seguinte em razão d'os herdeiros ou successores deverem ser acompanhados d'uma outra qualidade para succeder. O mesmo acontece nas outras especies de prazo, pois, como iremos observando, é sempre a qualidade especial da successão que as distingue e determina.

*Hereditaria pura pro Titio, ejusve hereditibus ac successoribus constituta, jure hereditario, etc.* Com relação á emphyteuse na especie de *hereditaria pura*, estabeleço o Sr. Paschoal antes de tudo como principio geral, que se defere por virtude do direito hereditario, e por consequencia aos herdeiros testamentarios ou legitimos, do mesmo modo que a herança, de que faz parte, seguindo por isso sua natureza. Por quanto em tal especie é attendida simplesmente a qualidade de herdeiro; e como esta se dá nos chamados por testamento, e em falta d'estes nos legitimos, segue a successão do prazo a mesma ordem da herança, tomando a natureza, e fazendo parte d'esta, não para que se divida por globas entre todos os coherdeiros, como os demais bens do defuncto, mas para em razão da sua indivisibilidade ficar exclusivamente n'um d'aquelles, partindo-se entre todos sua estimação ou valor, vindo este a ser o que essencialmente se comprehende na herança. Do que fica dito sobre o modo e ordem, por que se defere a successão n'esta especie d'emphyteuse, seguem-se necessariamente os seguintes resultados expostos pelo A. neste §.

1.º Que na emphyteuse *hereditaria pura*, sómente succede quem effectivamente é herdeiro do emphyteuta defuncto, pois n'esta qualidade consiste precisamente a habilitação para ella, e como falta no desherdado; assim como no que se absteve da herança, nenhum

d'estes é habil para succeder em emphyteuse de tal especie.

2.º Que os herdeiros testamentarios preferem os legitimos n'esta successão, pois a mesma ordem se guarda na successão da herança, ordem, que assenta na maxima geral, que manda preferir a vontade expressa á tacita, sendo aquella a que chama os herdeiros testamentarios, e esta a que a lei presume para chamar os legitimos, e que por isso não procede, senão em falta da primeira.

3.º Que o emphyteuta chamado pelo direito hereditario pôde dispor do prazo do mesmo modo, ou com o mesmo direito, com que pôde dispor dos outros bens da herança, pois que esta abrange aquelles como parte; disposição, que se deve entender sob clausula de ficarem sempre salvos ou sem offensa os direitos senhoriaes.

4.º Que o testamento ou disposição *causa mortis* sobre esta especie d'emphyteuse pôde ser arguido de nullidade pelos herdeiros preteridos, ou desherdados sem causa justa expressa e verdadeira, bem como pelos lesados por qualquer modo, por quanto os bens de prazo puramente hereditario, como todos os mais da herança, pertencem aos herdeiros necessarios; logo quando lesados n'aquelles, cabem-lhes os mesmos recursos contra a disposição, que lhes cabem quando são lesados n'estes, ou seja pela preterição, ou pela injusta desherdação, ou por inofficiosidade.

Por tanto se o pai fez doação da emphyteuse, de que fallamos, ou constituiu um dote n'ella, sendo o seu valor excedente da terça deduzida da totalidade dos bens, os filhos prejudicados tem o meio da rescisão por inofficiosidade em quanto ao excesso, em que seu pai os lesou, pois são herdeiros necessarios com direito nestes bens igual ao que tem nos outros da herança, na qual todos elles se comprehendem com a mesma natureza em quanto á successão.

5.º A successão n'esta especie d'emphyteuse defere-se primeiramente aos descendentes, na falta d'estes aos ascendentes, em terceiro lugar aos collateraes d'entro

de grão successivel, e finalmente ao conjuge sobrevivivo, pois já vimos ser esta a ordem, por que a herança se defere. Donde vem que tanto o filho legitimo, como o legitimado por subsequente matrimonio, e ainda mesmo o natural, se o pai é plebeo, é o primeiro chamado á successão, quer o defuncto morra testado, quer intestado. Assim como que o neto filho d'outro filho predefuncto, concorrendo com o thio, succede com elle, por virtude da representação, no prazo d'esta especie, que fica por morte do avô.

A esta doutrina com tudo parece oppôr-se a Ord. liv. 4. tit. 36. §. 2. nas palavras — *E onde houver filho ou filha, não haverá o fôro neto nem neta, posto que o neto seja filho de filho mais velho*; disposição que manifestamente exclue o neto de concorrer no prazo com o thio. Esta sentença porém não assenta na transmissão da emphyteuse hereditaria, mas sim na de nomeação, quando o pai morre sem fazer esta; bem como tambem se refere á familiar ou de geração, pois são as duas especies de emphyteuse, de cuja successão se tracta principalmente neste Titulo, como mostra a sua inscripção ou rubrica.

Tambem parece oppor-se á doutrina antecedente, que exclue os filhos naturaes do pai nobre de succeder-lhe no prazo hereditario, a mesma Ord. §. 4., por quanto diz — *E não havendo descendente legitimo por morte do foreiro, posto que haja ascendente legitimo, haverá esse fôro o seu filho natural, se o tiver, ainda que seu pai fosse cavalleiro*. Mas esta disposição é relativa ás mesmas especies de emphyteuse. E tanto, nem esta, nem a sentença antecedente são applicaveis á successão na emphyteuse hereditaria, que o §. 7. ult. do mesmo Titulo chama a esta todos os herdeiros, remetendo-se em quanto á fórma da partilha ao §. 23. do tit. 96. do mesmo liv., que a manda dividir por estimação entre os filhos ou herdeiros do defuncto, ficando encabeçados os bens n'um dos mesmos, em razão da qualidade de não se partirem por glebas.

*Conjux similiter in emphyteusi hereditaria pura succedit, eaque inter eum et defuncti heredes aestima-*

*tionem dividendam*, etc. Posto ou assentado que na successão da emphyteuse hereditaria pura se observa a disposição testamentaria nos mesmos termos, em que val sobre os outros bens da herança, e que na falta de testamento procede a mesma ordem da successão legitima, ou que se defere como os mais bens do intestado, isto é, pela proximidade do parentesco segundo as regras em outro lugar explicadas; adverte o A. nesta parte do §., que o conjuge sobrevivente succede como meeiro no prazo d'esta especie, tomado na constancia do matrimonio contrahido por carta d' metade, pertencendo a outra parte aos herdeiros do defuncto, para o que se divide na estimação; e que o mesmo acontece com o que um dos conjuges já tinha antes do matrimonio contrahido pelo modo referido, pois que se o foi por dote e arrhas, observa-se o que entre os conjuges se acordou, como se vê da Ord. liv. 4. tit. 96 §. 24.

*Quae tamen superstiti tantum adjudicanda est*, etc. Como a emphyteuse hereditaria ou tomada na constancia do matrimonio, ou trazida para este por um dos conjuges, se divide na estimação ou valor entre aquelle dos dous, que sobrevive, e os herdeiros do defuncto, porque, na mesma razão dos outros bens e direitos, faz objecto da communhão conjugal no matrimonio ordinario, ou contrahido pelo costume do reino; diz-nos agora o A. a pessoa, a quem os bens emprazados se adjudicão n'esta especie e circumstancias, pois não podem ser divididos por glebas, como geralmente já advertimos.

Para se determinar esta pessoa, cumpre observar se o prazo foi tomado na constancia do matrimonio, ou se um dos conjuges já o tinha antes d'este contrahido: na hypothese primeira é investido no prazo aquelle dos interessados na herança, em que todos os mais, ou pelo menos a maior parte d'elles concorda, se igualmente concordão na estimação, a que o investido fica obrigado para entre si a partirem, alias são os bens vendidos dentro de seis mezes desde o dia da morte do defuncto, e o preço se divide, cit. Ord. §. 23.: na segunda hypothese, se o sobrevivente é o conjuge, que

trouxe o prazo, fica n'elle encabeçado, ou em algum de seus herdeiros no caso de ter morrido, a mesma Ord. §. 24.

*Fiscus vero solum succedit, etc.* O fisco succedia unicamente nesta especie d'emphyteuse, quando o emphyteuta actual incorria por delicto na confiscação de seus bens, ou se por alguma causa se tinha feito indigno da herança. Hoje porém, como diferentes vezes temos notado, não succede o fisco n'estes casos, em razão de se achar abolida aquella pena, *Cart. Const.* art. 145. §. 19. Nem igualmente succede o fisco ou succedeo em tempo algum, com fundamento na vacancia da emphyteuse, por não só faltarem os herdeiros necessarios do defuncto intestado, mas os parentes collateraes até ao decimo grão, segundo o Direito Civil; por quanto não pôde considerar-se vacante a emphyteuse ou os bens de prazo, em razão de ter nelles o senhorio uma parte do dominio, com a qual a outra se consolida pela morte do emphyteuta, que não testou, se absolutamente não deixa parentes alguns successiveis, pois que a falta absoluta d'herdeiros fórma clausula implicita na concessão d'esta especie d'emphyteuse para fundamento da devolução ao senhorio, que por isso mesmo prefere o fisco, como se prova pela Ord. liv. 2. tit. 1. §. 6., a qual dispõe, que pôde a Igreja demandar o possuidor da emphyteuse, que possue sem titulo, ou com elle nullo, ou por as vidas serem findas, sem que n'este ultimo caso a declare vacante: ora se a vacancia da emphyteuse não procede, quando faltão pessoas com vocação na investidura, por que as vidas estão findas, por identidade de razão não procede, quando, por falta de parentes successiveis e herdeiros testamentarios, findarão as pessoas attendidas na concessão, devendo por tanto a emphyteuse devolvel-se ao senhorio, sem que seja preferido pelo fisco.

6." *In emphyteusin hereditariam succedere non modo filios, etc.* Do principio da emphyteuse hereditaria se deferir, como os outros bens da herança do defuncto, conclue em sexto logar o A., que não só succedem

n'ella os filhos, filhas, parentes paternos e maternos, mas tambem os estranhos. o que se entende, em quanto a estes, sendo chamados no testamento ou disposição *mortis causa*; e que uns e outros succedem, se vê na Ord. liv. 4. tit. 36. §. ult., pois chama a esta successão *todos os herdeiros*, generalidade, que comprehende os legitimos e testamentarios, bem como, entre estes, os estranhos, sem attenção com alguma outra qualidade, e por isso sem differença em razão da idade, sexo e numero dos mesmos.

Por quanto ainda que os herdeiros sejam muitos, como já advertimos, e o A. aqui repete, adjudicão-se os bens a um só d'elles, que satisfaz aos outros na razão do que lhes cabe na estimacão accordada; e se discordão neste ponto, vende-se o prazo, cujo preço é partido entre todos, Ord. liv. 4. tit. 96. §. 23.; partilha esta, que sempre é feita, tanto no preço como na estimacão, com respeito á porção, que cada um tem na herança, podendo por isso dar em resultado partes desiguaes, ou como o Sr. Paschoal se explica, succedem os coherdeiros no preço e estimacão do prazo, não em partes iguaes entre si, mas em porções hereditarias, ou succedem *segundo forem herdeiros*, na frase da cit Ord.

7.º *Successorem ad emphyteutae ultimi possessoris debita persolvenda teneri*, etc. Do principio, que deixou estabelecido, conclue finalmente o Sr. Paschoal, que o successor da emphyteuse é obrigado ás dividas do antecessor, ou mais claramente fallando, é obrigado ás dividas, a que este estava sujeito, ainda que originariamente as não tenha contrahido: por quanto succede aquelle n'esta especie d'emphyteuse *jure hereditario*, ou na qualidade de herdeiro; logo succede tanto nos bens, como nas dividas todas e encargos, por que tanto uns, como outros, constituem a herança do defuneto; o que faz igualmente ser o successor obrigado a conferir ou a trazer o prazo á collação, se o houve d'um ascendente em quanto vivo, como se vê da Ord. liv. 4. tit. 97. §. 17.

*Successão propria da emphyteuse hereditaria mixta.*

§. 21. *In emphyteusi hereditaria mixta, quae praeter heredis qualitatem aliam requirit, etc.* É hereditaria mixta a emphyteuse, como antecedentemente advertimos, quando, além da qualidade de herdeiro, a investidura exige no successor outra qualidade accumulada, não bastando aquella sem esta, nem tambem esta sem aquella.

Posto isto, fica evidente que a clausula sobre a qualidade adjecta á de herdeiro, e, como esta, em nossa opinião, igualmente principal, póde infinitamente variar nas differentes investiduras ou titulos de concessão de tal especie de prazo, ainda que a outra ou a de herdeiro permaneça inalteravel; assim como é evidente que aquella variante não annulla a concessão, nem a qualidade a si mesma se annulla: por quanto ainda que a clausula de masculinidade e outras, como o A. lembra na nota, nenhuma validade tenham na instituição dos morgados depois da Lei de 3 d'Agosto de 1770, que vimos os fez todos regulares, com tudo é isto inapplicavel á concessão emphyteutica, inteiramente differente, e da qual tal Lei não falla, sendo bem certo que póde qualquer dispor do que é seu, com as condições, que o proprio arbitrio lhe dicta, quando as leis e os bons costumes lhe não obstão, como acontece na diversidade e variante da qualidade accrescentada á de herdeiro para se deferir o direito emphyteutico.

*Quare in emphyteusi pro heredibus et descendentibus concessa solum descendentes succedunt.* Da doutrina posta resulta, que se a vocação dos successores for expressamente restricta a *herdeiros e descendentes*, o prazo, extinctos estes, perece pela devolução ao senhorio, ainda que do emphyteuta fiquem herdeiros ascendentes e collateraes.

Procede o mesmo, se a qualidade accrescentada é a de parentesco, caso, em que são excluidos da successão os parentes não herdeiros, bem como os estranhos instituidos; assim como é excluida a femea, ainda que

descendente e herdeira, quando os herdeiros chamados na investidura são os descendentes varões.

*Masculis autem descendantibus vocatis, quamvis non filia, nepos tamen ex ea succedit*, etc. Segue o Sr. Paschoal, que se os descendentes varões são os herdeiros chamados, não obstante a filha não succeder, succede o neto, filho d'esta, principalmente se não existem outros netos, fructo de sexo viril, pois que o neto, filho de femêa, é varão e descendente.

Se a filha, mãe do neto, é predefuncta, segundo os nossos principios, sustentados n'outro lugar deste escripto, tal neto, para concorrer com outros netos, fructo de sexo viril, na herança do avô, não precisa do beneficio da representação: logo, como herdeiro *jure proprio*, succede-lhe tambem no prazo, pois é varão, sem que tenham melhor direito os netos, filhos de filho. Se a filha, mãe do neto, sobrevive a seu pai ou ao avô deste neto, não succede elle no prazo, pois ainda que varão, não é herdeiro, porque sua mãe é viva; nem esta succede ao pai no prazo, porque ainda que herdeira, falta-lhe a qualidade viril, o que faz que concorra ella com os sobrinhos, netos por varão, na herança do defuncto, mas não no prazo. O mesmo entendemos em quanto ao neto, filho de filha predefuncta, para não succeder no prazo, concorrendo com o thio, irmão da mãe; por quanto precisa de representar esta para concorrer com aquelle na herança do avô: mas com relação ao prazo é considerado como femêa, qualidade, que o exclue, pois que excluia, se fosse viva, a mãe, que elle representa.

*In emphyteusi pro filiis data admittuntur filiae*, etc. Na emphyteuse hereditaria restricta a filhos, isto é, a herdeiros com a qualidade de filhos, entendem-se as filhas chamadas junctamente e os netos, se faltão filhos; por quanto, assim como no prazo de nomeação para filho pôde a filha ser nomeada, ainda que existão filhos, e na falta d'estes a neta, ainda que existão netos, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 37. §. 6., porque o nome *filhos* comprehende os descendentes d'ambos os sexos, ainda que distantes, se faltão outros mais proximos:

tambem na hereditaria concedida em bem dos filhos, succedem os filhos com as filhas, e se faltão estes, succedem os netos com as netas, e assim nos outros graos; de sorte que esta formula coincide com a outra—*pro heredibus descendantibus*.

*Quia vero in hac emphyteusi utpote hereditaria heredis qualitas necessario requiritur*, etc. Como nesta successão, além da qualidade adjecta, se requer necessariamente a de herdeiro, pois estamos em emphyteuse e successão hereditaria, segue-se que esta emphyteuse se defere aos herdeiros effectivos, isto é, aos que tem o direito hereditario, e que accetão a herança: logo é evidente que ficão elles pela addição obrigados aos encargos hereditarios, na razão das porções tambem hereditarias.

*In emphyteusi pro Titio, ejusve filiis, vel cognatis heredibus concessa*, etc. Adverte aqui o A., que dándose emphyteuse hereditaria mixta de familiar com restricção aos descendentes, ou sem ella, abrangendo os mais parentes, se a qualidade adjecta se não dá no herdeiro instituido, por isso que o defuncto preferio um estranho, é questão, se por ventura deve o prazo deferir-se ao herdeiro escripto, ou ao successor legitimo? Discordão as opiniões: alguns seguem que o herdeiro escripto succede tambem no prazo em virtude da qualidade principal, a de herdeiro, que se não dá no parente: resolvem outros que nem aquelle, nem este são successiveis no prazo, pois que as duas qualidades são igualmente principaes, sem que nenhum d'elles as reuna; por consequência que o prazo se devolve ao senhorio, e perece pela consolidação: finalmente outros, como o Sr. Paschoal, adoptão a opinião de dever o prazo deferir-se ao successor legitimo, e não ao escripto, tanto porque o concedente, pela formula, que empregou, mostra querer conferir o beneficio á familia do emphyteuta, a que não pertence o herdeiro instituido, como porque da parte do legitimo não esteve o fazer-se instituir.

Achamos grande força nas razões, que devolvem neste caso a emphyteuse ao senhorio, nenhuma nas

que chamão o estranho á successão, e alguma nas do A.; por tanto, em regra preferimos a primeira d'estas opiniões, e interpretando que a vontade do concedente foi fazer bem á familia, mas ao mesmo tempo excitá-la ao exercicio dos bons officios reciprocos, adoptaríamos a opinião do A. no caso unico de se provar, que o testador procedeo imprudentemente e sem razão, preterindo o parente na herança, ainda que o testamento se não podesse annullar ou rescindir, pois que n'estas circumstancias não só o prazo, mas a herança, vem ao successor legitimo; estabelecendo opinião em favor d'este, por se mostrar, na especie, que a falta da qualidade d'herdeiro não se dá por sua culpa, e que por isso o não deve prejudicar em quanto ao prazo.

*Sucçessão na emphyteuse familiar pura.*

§. 22. *Emphyteusis familiaris pura*, pro Titio ejusque familia concessa, in hereditate emphyteutae non est, etc. Rectificando as idéas, é familiar a emphyteuse, quando nella sómente podem succeder os que tem a qualidade, que dá o parentesco, ou as relações de sangue com o tomador, de sorte que fica a successão restricta aos da sua gente ou familia. Se o parentesco é a unica qualidade, que se requer no successor, diz-se *familiar pura* a emphyteuse; e se além d'esta qualidade se exige outra accumulada naquella, chama-se *familiar mixta*. Aqui tractamos da primeira destas especies; a segunda é objecto do §. seg.

Em quanto á successão propria e especial da emphyteuse familiar pura, que tambem se chama prazo de geração, como o sangue é o unico fundamento attendido para a successão se deferir n'esta especie, fundamento, que depende da natureza, e não da vontade do tomador ou emphyteuta antecessor, segue-se que a qualidade d'herdeiro, essencial, nas especies que examinamos, á successão emphyteutica, fica sendo na de geração inteiramente indifferente; de sorte que nesta o herdeiro não succede como tal, mas como parente, pois que a successão defere-se *jure sanguinis*, e não

*jure hereditario*, sem que por isso o prazo n'esta especie fórme parte da herança, á qual o mesmo é estranho, *in hereditate emphyteutae non est*; recebendo-o assim o successor immediatamente do instituidor ou concedente, e não do antecessor, o qual se considera como meio de transmissão, ou, como se explica Recheri no *Recueil d'arrêts du sénat de Turin* tom. 4. pag. 99.: *Neque necessaria est hereditaria qualitas, sed emphyteusim habent filii, licet a patre heredes instituti non fuerint, vel paternam hereditatem repudiaverint: neutrum consequuntur filii ex patris, sed ex concedentis voluntate, atque emphyteusis res plane distincta est a parentum hereditate, prout obtinet in fideicommissis.*

*Et hinc est, ut in emphyteusim hanc ex testamento, vel nominatione inter vivos, etc.* Sendo tal a natureza do prazo familiar puro, não pôde, ou seja por nomeação em testamento, ou por ella *inter vivos*, recair a successão n'um estranho, pois que sendo tal, falta-lhe a qualidade essencial e insupprivel do parentesco, requerida na investidura, o que se confirma pela Ord. liv. 4. tit. 37. §. 6., em quanto na especie do prazo concedido por contracto ao tomador, sua mulher e um filho, que d'entre ambos nascer, faculta ao derradeiro, ou ultimo conjuge vivo nomear em um dos filhos ou filhas, na falta d'estes, em neto ou neta, mas não em pessoa alguma estranha.

*Ea tamen uni adjudicanda.* Como pois este prazo se defere *jure sanguinis*, e podem achar-se na mesma proximidade dous ou mais, que devão ser determinados successores, se este caso acontece, adjudica-se a um d'elles, pois que sempre prevalece a indivisibilidade dos bens, dividindo-se por estimação entre os concorrentes com igualdade de direito, como já vimos resolve a Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1., concordante o tit. 96. §§. 23. e 24.

*Ab intestato vero succedunt primo filii, etc.* Se o emphyteuta, que não nomeou *inter vivos*, morre intestado, attende-se á proximidade do sangue: e por isso são chamados primeiramente os filhos, comprehendidas as filhas; na falta destes os netos, sem attenção com o sexo

ou idade ; e se estes tambem faltão , seguem-se os segundos netos, etc., ordena esta de successão , que se acha graduada para os descendentes na cit. Ord. liv. 4. tit. 37. §. 6. E é de notar , que n'este prazo se comprehendem como successiveis os filhos naturaes de pai nobre , segundo se vê da Ord. do mesmo liv. tit. 36. §. 4. *verbis*: *E não havendo descendente legitimo por morte do foreiro , posto que haja ascendente legitimo , haverá esse fóro o seu filho natural , se o tiver , ainda que seu pai fosse cavalleiro. E o filho spurio não poderá haver o dito fóro , salvo sendo legitimado por nós em tal fórma , que possa succeder ab intestato , e não d'outra maneira.* Donde concluimos que os filhos naturaes , com exclusão dos outros illegitimos , succedem no prazo familiar por morte do pai , ainda que fosse nobre , e com preferencia aos ascendentes legitimos ; mas que não podem preferir os descendentes legitimos , ainda que mais remotos , se o pai é cavalleiro ; o que faz que o neto legitimo de tal avô prefire o filho natural , de quem o mesmo é pai.

Lobão *Traet. de Direito Emphyt.* §. 159. e segg. , concordando com a nossa opinião emittida , de que o filho natural não prefere o descendente legitimo , ainda que mais remoto , discorda da opinião do A. , em quanto restringe o cit. §. 4. do tit. 36. ao prazo de livre nomeação , em que diz succede , na falta de todos os descendentes legitimos , o filho natural de pai nobre , porque n'elle pôde succeder um estranho , sem que a sentença affirmativa d'esta successão possa comprehender o prazo ou emphyteuse familiar.

Não accexitamos , por nos parecer inteiramente arbitraria , a doutrina restrictiva de Lobão na sentença do §. 4. cit. da nossa Ord. O Título 36. do liv. 4. , em que se acha este §. , inscreve-se — *Do que toma alguma propriedade de fóro para si e certa pessoas , e não nomeou alguém a ella antes da morte. Promette regular a successão ab intestato nos prazos , quer o defuncto podesse nomear livremente , quer a certeza das pessoas chamadas á successão , e para serem nomeadas , fosse determinada por qualidade expressa na investidura :*

assim abrangge a inscripção não só o prazo de livre nomeação, mas o de nomeação restricta pela qualidade de parente, qualidade, que determina ou faz certas as pessoas comprehendidas na concessão para succederem.

O §. *in*ic. principia por providencias ou disposições na especie de livre nomeação, mas não contrahc a largueza da inscripção a esta especie; falla d'ella exemplificativamente, sem rejeitar a outra, em que a nomeação, que o defuncto não fez, devia ser restricta á familia ou parentes segundo a investidura. E tanto este titulo comprehende a emphyteuse em todas as mais especies, que os compiladores resalvãõ no §. ult. como differentes as regras de successão na emphyteuse hereditaria.

Além disto, se fosse certa a doutrina de Lobão, teriamos deficiente a nossa legislação, pois que não regula em outra parte a successão *ab intestato* em quanto á emphyteuse familiar; qualidade ou deficiencia, que não podemos attribuir-lhe á vista da extensão, que adopta, e do escrupulo do §. 7. e ult. do titulo com declarações especiaes sobre a emphyteuse hereditaria, que seria o mesmo em quanto á familiar, se não se achasse n'este titulo inteiramente abrangida. Preferimos portanto á de Lobão a doutrina do Sr. Paschoal, que faz successivel *ab intestato*, tanto no prazo familiar, como no de livre nomeação, o filho natural de pai nobre na falta de descendentes legitimos, preferindo os ascendentes, no que o cit. §. da Ord. estabelece concordancia, em quanto á consideração, que dá ao filho natural do pai nobre, com a l. 10. D. *de senatoribus: Liberos senatorum accipere debemus, non tantum senatorum filios, verum omnes, qui geniti ex ipsis, exve liberis eorum dicantur: sive naturales, sive adoptivi sint liberi senatorum, ex quibus nati dicuntur.*

*Et succedunt, a patre licet exheredati, etc.* Como a emphyteuse familiar se defere *jure sanguinis*, sem que dependa da qualidade de herdeiro, de sorte que não é ella, como já advertimos, beneficio do antecessor, mas um resultado provindo, por meio d'este, immediatamente do instituidor ou concedente, segue-se que se

o filho for justamente desherdado pelo pai, como não perde por isso a qualidade natural do parentesco, nem a precedencia de logar, que este lhe dá pela sua proximidade, succede no prazo com os irmãos instituidos, a quem esta circumstancia tambem não dá melhor direito, pois succedem unicamente como parentes mais proximos.

*Proximus remotiorem semper excludit*, etc. O filho ou descendente mais proximo prefere sempre o mais remoto, sem que este concorra com aquelle pela representação: por quanto, se sendo o prazo de livre nomeação, morrendo o emphyteuta sem nomear, e ficando-lhe filho ou filha, não pôde succeder-lhe neto ou neta, posto que o neto seja filho de filho mais velho, como determina *in medio*, o §. 2. do cit. tit. 36.: por força de maior razão isto procede no prazo familiar, em que o sangue, ou a qualidade de parente prefere pela investidura. Não pôde por isso ter logar, em quanto aos prazos, quando não é hereditaria a successão, o direito do mais novo pela representação do mais velho.

Na successão dos morgados o beneficio ou direito de representação tem logar, o que não acontece nos prazos, porque entre estes e aquelles ha differença essencial em quanto ao fim. Os morgados, instituidos para conservação da nobreza, requerem nos successores o direito de representação; alias não se animariam ao serviço do estado para mais se ennobrecerem, nem encontrariam mulheres illustres, com cujos matrimonios perpetuassem a familia em maior esplendor, pois lhes obstaría a tudo isto o receio de morrerem antes da posse no vinculo, deferindo-se este, em prejuizo de sua linha descendente, ao irmão segundo-genito. Mas os prazos tem por fim a cultura e melhoramento das terras, para o que a força e robustez, que se desenvolvem na razão dos annos, são meios convenientes, sendo por isso, em regra, mais apto nesta relação o thio, que o sobrinho; o que faz com que este não concorra com aquelle representando seu pai primogenito predefuncto. Padece isto excepção na emphyteuse hereditaria, por dever em tudo conformar-se na successão com a da

herança, onde se procura principalmente melhorar a subsistencia dos successores ou coherdeiros; o que faz ser o direito de representação admittido naquella, como antecedentemente ponderámos.

*Masculus in eadem linea et gradu feminae praefertur, et senior semper juniori.* Da o Sr. Paschoal como regra em quanto á especie de successão, em que estamos, que o varão prefere a femea na mesma linha e grão, assim como o mais velho o mais moço em igualdade de sexo; providencia expressa na cit. Ord. liv. 4. tit. 36. §. 2. *verbis: e onde houver muitos filhos, ou filhas, sempre o maior dos filhos, ou a maior das filhas em falta dos filhos, haja o fôro.*

Com tudo não nos parece bem applicada esta regra á successão *ab intestato* na emphyteuse familiar, por quanto como a ella são chamados os parentes ou os individuos da familia, aquelles, que estão na mesma linha, e occupão n'esta o mesmo grão, succedem todos no prazo, sem differença de idade ou sexo, pois que a igual proximidade dá a todos igual direito para succederem em partes iguaes na estimação, encabeçando-se o prédio n'um d'elles; o que se prova por paridade da Ord. liv. 4. tit. 96. §. 24., por quanto diz, *que se o prazo, que um dos conjuges levou para o matrimonio, lhe foi dado para elle, e para seus filhos e seus descendentes, sem fazer menção de herdeiros e successores, ou de herdeiros, ou successores, não se partirá tal aforamento, nem a estimação d'elle por morte de cada um, entre o que vivo ficar, e os herdeiros do que fallecer, mas ficará precipuo com o que antes o tinha ou seus herdeiros.* Logo o prazo levado para o matrimonio, concedido não só aos filhos ou descendentes, mas á familia ou complexo de parentes, por morte d'um dos conjuges não se parte por estimação entre o sobrevivente e os herdeiros do predefuncto; mas se o conjuge, que o trouxe para o matrimonio, sobrevive, fica com elle precipuo, isto é, não o divide com mais alguem; e se é o predefuncto, succedem n'elle exclusivamente seus herdeiros, não como taes, mas como parentes, que se achão com o defuncto na mesma proximidade de sangue.

Por tanto aquella regra, que manda succeder o varão com preferença á femoa em igual proximidade, e na mesma o mais velho ao mais moço em igualdade de sexo, milita no prazo de nomeação, deferido por falta d'esta *ab intestato*, suppondo a lei que o pai, se usasse do seu direito, preferiria o filho varão a filha, e em igualdade de sexo o mais velho.

*In defectum descendantium ascendentes eodem modo et jure succedunt.* Na falta de descendentes legitimos, se o pai, ainda que nobre, tambem não deixa filho natural, succedem os ascendentes, observada igualmente a proximidade do sangue, *convém a saber*, para nos explicarmos segundo o §. 4. da Ord. liv. 4. tit. 36., *pai e mãe, e avós, quando não houver alguns da linha descendente.* Com tudo na falta de descendentes o prazo familiar não passa indistinctamente pela proximidade aos ascendentes, mas attende-se ao sangue: assim se pelo pai veio ao filho, que não deixa descendentes, não é a mãe quem lhe succede, por ser estranha ao sangue do tomador.

*Iis deficientibus, succedunt similiter cognati in emphyteusin pro Titio, ejusque familia, et propinquis datam; secus pro Titio, et illius liberis, iis nimirum exstantibus, etc.* Estabelece o Sr. Paschoal, que se o prazo é tomado pelo emphyteuta *para elle, sua familia ou parentes*, na falta de descendentes e ascendentes são chamados os collateraes; por isso que são parentes, e succedem igualmente pela proximidade do sangue; mas que não succedem estes ou os collateraes, se o prazo é concedido para o tomador e seus filhos, o que se entende em quanto estes existem, e não em sua falta, pois que então, não obstante a clausula d'a investidura chamar os fillos, ou restrictamente os descendentes, succedem os collateraes; disposição, que diz devemos attribuir á Ord. liv. 4. tit. 36. §. 2.

Achamos ser exacta a doutrina ultimamente exposta pelo A.; mas não porque tal intelligencia se deva dar á cit. Ord., pois que em si mesma a repelle expressamente, dispondo que *quando se o foreiro ab intestato, não nomeando alguma pessoa ao fóro, e sem her-*

*deiro descendente, ou ascendente, fique o fôro devoluto ao senhorio*; sentença, que não amplia aos collateraes a successão, pois na falta de descendente e ascendente, termina pela devolução a emphyteuse. Porém na especie proposta, em que o prazo foi dado ao *tomador e seus fillos*, temos emphyteuse familiar de sangue attendido restrictamente nos descendentes; por consequencia em quanto existem estes, *is nimirum exstantibus*, não tem ingresso na successão os collateraes, no que consiste o primeiro ponto da doutrina do A., que é por si mesmo evidente.

Vamos agora ao segundo; sendo o prazo familiar restricto aos descendentes, faltando estes, serão chamados os collateraes? Pela cit. Ord. já vimos que estes não succedem, pois que antes da successão lhes chegar, o prazo se devolve ao senhorio. Com tudo esta Ord., em quanto consolida no senhor directo o prazo não nomeado, ou que ficou *ab intestato* na falta de descendentes e ascendentes, foi terminantemente derogada pela Lei de 9 de Setembro de 1769 no §. 26.

Por quanto sobre o fundamento de não permittir a equidade, que os prazos vitalicios ou temporarios, depois de beneficiorizados pelos emphyteutas, que fallecerem intestados sem as vidas preenchidas, se devolvão aos senhorios, se não lhes ficão descendentes ou ascendentes, com lesão dos restantes herdeiros legitimos, deroga neste ponto tão sómente aquella Ord., extendendo a successão aos parentes ou herdeiros transversoaes *ab intestato* até ao quarto grão *inclusive* segundo o Direito Canonico. Logo não obstante a restricção da investidura pela qualidade do successor em todas as especies de prazos temporarios, que ficão *ab intestato*, na falta de descendentes e ascendentes succedem os collateraes até ao grão referido, ou nas vidas que ainda restão, ou, se terminadas e extinctas, no direito de pedir renovação.

É de notar que esta Lei, revogando a referida sentença da Ord. liv. 4. tit. 36., em quanto a todos os prazos vitalicios ou temporarios, nos dá novo argumento contra Lobão de que em tal titulo se não tracta sim-

plesmente da successão *ab intestato* na emphyteuse de livre nomeação, alias a revogaria tão sómente em quanto a esta, e não em quanto ás mais especies, como faz por sua generalidade.

*Conjux superstes non succedit in emphyteusiu familiarem demortui conjugis*, etc. Na emphyteuse familiar d'um dos conjuges não succede por sua morte o sobrevivivo, mas sim os herdeiros do defuncto. Esta doutrina é em these verdadeira; por quanto, como os conjuges, em regra, não são unidos pelo sangue ou parentesco, é certo que se um d'elles obtem emphyteuse familiar, pois que o outro não pertence á familia, ou não provém por geração do mesmo tronco, não lhe succede no prazo, mas defere-se por sua morte aos herdeiros legitimos do defuncto, ainda mesmo que não sejam instituidos, porque são elles os que formão a familia, ou que tem a qualidade do parentesco, unica attendida nesta especie. Isto, que resulta da natureza das cousas, é expresso na Ord. liv. 4. tit. 96. §. 24. verso — *Porém.*

*Succedit tamen in hereditariam puram, vel mixtam*, etc. Ainda que o conjuge sobrevivivo não succeda ao predefuncto na emphyteuse familiar, succede-lhe na hereditaria pura, como já observámos, pois que está na razão dos outros bens, que constituem a herança, para se comunicar entre os conjuges. É porém questão, se o mesmo acontece na emphyteuse hereditaria mixta, por exemplo, na que, além da qualidade de herdeiro, exige o parentesco nos successores.

Segue o Sr. Paschoal que o conjuge sobrevivivo succede n'esta especie do prazo deixado pelo consorte, no que se confórma com os bons Jurisconsultos. Por quanto pela Ord. liv. 4. tit. 96. cit. §. 24., se no contracto d'aforamento, feito antes do matrimonio, se não faz menção de herdeiros e successores, o aforamento ou prazo não se parte entre os herdeiros do defuncto e o conjuge, que fica vivo; mas *a contrario sensu* parte-se o aforamento pelo conjuge, que fica vivo, e os herdeiros do defuncto, se no contracto se fez menção d'herdeiros ou successores: e como esta menção existe

no da emphyteuse hereditaria mixta, parte-se ella para o conjuge succeder por meação ao outro conjuge.

Discordão alguns desta doutrina com o fundamento de nos successores chamados á emphyteuse nesta especie deverem reunir-se accumuladas ambas as duas qualidades; e como, em regra, não tem o conjuge nem a de herdeiro, nem tambem a de parente, concluem que não pôde elle ou seus herdeiros succeder em tal prazo ao outro conjuge.

Com tudo adoptamos a primeira opinião, por quanto o conjuge não succede n'este caso como herdeiro, e por isso não carece do parentesco, alias indispensavel, se como tal succedesse; mas succede em razão de meeiro em todos os bens communicaveis: e como os emphytheuticados d'esta especie são taes na estimação, parte-se ella não só quando o matrimonio se dissolve, mas quando pela separação perpetua dos conjuges *quoad torum* os bens tambem se separão.

*Haec autem semper confertur*, etc. A emphyteuse hereditaria mixta, ou dada em vida a um dos coherdeiros, ou nomeada n'elle por disposição d'ultima vontade, como faz parte da herança, sempre vem á collação para igualdade das partilhas, cit. Ord. O contrario é na emphyteuse familiar pura, pois se defere *jure sanguinis*, sem que entre na herança. Esta regra com tudo tem as seguintes excepções:

1.<sup>a</sup> *Nisi fuerit ab emphyteuta inter vivos data*, etc. Refere o Sr. Paschoal como excepção á regra posta, ou para vir á collação a emphyteuse familiar, o caso, em que o emphyteuta fez d'ella doação em sua vida a um dos filhos; por quanto, segundo o A. se explica, durante esta, o dominio util, que o pai tinha, estava entre os seus bens, que não podem ser diminuidos em prejuizo dos filhos: *in illius quippe bonis, eo vivente, erat, quae minuenda utique non sunt in filiorum praesudicium*.

2.<sup>a</sup> *Ratione pretii*. Se o prazo familiar, objecto da doação, foi comprado na constancia do matrimonio, como o preço estava nos bens partiveis, deve tambem ser conferido, pelo mesmo fundamento; o que pro-

cede igualmente em quanto ao valor das benfeitorias, *mellorationum*, pois que tanto este, como aquelle, sairão da massa divisivel entre os conjuges e seus herdeiros. Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22.

*Fiscus nunquam succedit*, etc. Conclue o A. este §. advertindo que a emphyteuse familiar, dando-se delicto do emphytenta, em que a confiscação de bens procedia, ficava fóra, ou não era comprehendida para pertencer ao Fisco, pois que, na mesma razão do morgado, existindo algum parente, era a este que pertencia; e na falta de parente, por causa do direito do senhorio, os bens, por isso que não vacantes, se lhe devolvião. Ord. liv. 5. tit. 1. §§. 2. e 3., e tit. 6. §§. 13. e 18.

*Emphyteusis hereditaria*, etc. Como, pelo que temos exposto, a emphyteuse familiar, ao contrario da hereditaria, não se comprehende na herança, resultão deste principio as consequencias enumeradas na nota a este §., as quaes passamos a examinar.

1.º *Filius in eam succedit, patris hereditate repudiata*. O filho, que não acceta, ou que repudia a herança de seu pai, nem por isso perde o direito de succeder n'este prazo. Esta consequencia tem a razão naquella mesmo principio; por quanto, ainda que pelo repudio o filho fique inhabil, sendo maior, para pretender o que lhe coube na herança, como esta não comprehende taes bens, nem elle por aquelle acto fique estranho á familia, ou inferior ao seu grão de parentesco, succede n'elles; e tanto isto é assim, que perdendo involuntariamente a qualidade de herdeiro, porque o pai o desherdou com justiça, ainda então succede na emphyteuse, como já advertimos, e o A. agora em segundo lugar estabelece; por quanto o filho não recebe do pai tal emphyteuse, mas sim do concedente por morte do desherdante, a quem não cabe privar aquelle d'um direito, que lhe não confere: *quia eandem non a patre, sed a domino institutore habet*.

2.º *Hereditatem restituere gravatus hanc emphyteusim non restituit*. O herdeiro gravado com o fideicommisso da herança, e que por isso a deve restituir, nem

por isso restitue ao fiduciario a emphytense familiar em que succedeo *jure sanguinis*, pois que esta pertence-lhe por outro titulo, nem faz parte da herança. O contrario seria com a emphytense hereditaria.

3.º *Ha in legitimam non imputatur*, etc. A emphytense familiar, ainda que nova ou originariamente adquirida pelo pai, quando o filho lhe succede, não se imputa, ou não lhe preenche a legitima, pois que esta não se deduz dos bens do pai em quanto vivo, mas dos que formão a herança depois de pagas as dividas, e n'ella não se comprehende tal emphytense.

4.º *Conferri itaque non debet*, etc. Pois que o prazo familiar ou de geração não faz parte da herança, segue-se, como vimos examinando o §., que sendo doado *mortis causa* ao descendente, não é por elle conferido, ou não o traz á collação, porque não existe o fundamento para esta, ou o prejuizo dos outros filhos pela desigualdade das legitimas. Mas como a fruição do dominio util está nos bens do emphyteuta em quanto vivo, resulta que doando o prazo em vida sem reserva d'usofructo, são defraudados os outros filhos ou descendentes, o que faz procedente, neste caso, a conferencia ou collação por morte do defuncto; ao contrario, se reservou na doação o usofructo vitalicio, pois que n'estas circumstancias aquella só tem effeito vantajoso para o donatario depois de fallecido o doador, como instrumento do concedente ou senhorio.

Attribuindo esta intelligencia á Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22., não podemos deixar de concordar com o nosso Cald., em quanto acha dura tal sentença applicada ao filho donatario, quando gozou o prazo por pouco tempo antes da morte do doador, pois não corresponde a utilidade, que realmente recebeu, á estimação, que é obrigado a conferir, ficando assim quasi frustrada a vantagem que o pai teve intenção de fazer-lhe: com tudo a cit. Ord. é expressa, e sua sentença geral não soffre que lhe demos excepção.

*Conferenda etiam est ratione pretii*, etc. Visto o fundamento da primeira limitação posta á regra, que

exclue da conferencia ou de ser trazido ao monte partivel o prazo familiar doado ao descendente, refere a nota as outras duas, que tambem mencionámos no §. ; e são quando o prazo foi comprado pelo pai na constancia do matrimonio, ou n'elle fez bemfeitorias consideraveis, como igualmente e expresso na mesma Ord. Cabe porém advertir, que em ambos estes casos proceda a conferencia, ou o prazo seja doado em vida, ou por morte do ascendente emphyteuta, pois que em ambas as especies de doação, se aquella se não dêsse, dar-se-hia prejuizo dos mais filhos e herdeiros em razão d'o preço, quer do prazo, quer das suas bemfeitorias consideraveis, ter saído da massa geral, que por morte do defuncto constitue a herança, á qual deve reverter pela collação, para que não aconteça o desfalque ou desigualdade das legitimas.

*Semel autem imputatione in filio puta facta, non amplius in nepote, aliove successore facienda est.* Finalmente, em quanto á collação do prazo familiar, que póde ser feita, se o donatario convém, imputando-se-lhe no seu quinhão ou legitima o valor, que o mesmo tinha ao tempo, em que lhe foi doado, resta advertir que, feita uma vez, não se renova.

Assim, se o filho, por exemplo, fez a conferencia do prazo, o neto ou outro qualquer successor não é a ella obrigado; alias com o fundamento de procurar-se igualdade nas legitimas, seria esta transtornada, pois que os successores no prazo ficarião com legitima inferior á dos outros coherdeiros, e seria invertida a natureza desta especie d'emphyteuse, tornando-se pela renovação das collações essencialmente hereditaria. Com tudo, se o filho, que trouxe o prazo uma vez á conferencia, lhe fez novas e importantes bemfeitorias, o neto, filho deste filho, a quem o mesmo é doado, fica obrigado a conferir o preço d'ellas, para succeder ou herdar o pai com os irmãos, ou descendentes, que deixarão por sua morte. Cit. Ord. §. 22.

5.<sup>o</sup> *Emphyteusis familiaris ante matrimonium habitata non communicatur inter conjuges, etc.* Da natureza da emphyteuse familiar por virtude da successão, que  
 lhe

lhe é propria, tambem resulta, que trazida para o matrimonio por um dos conjuges, não se communica por meação entre estes, ainda que contrahissem aquelle segundo o costume do reino, por isso que falta no outro conjuge a qualidade do sangue ou parentesco attendido, ou não pertence á familia chamada na investidura. D'onde vem, como já observámos, que dissolvido o matrimonio pela morte, se o emphytenta é o sobrevivivo, retem o prazo precipuo, sem que por estimação se divida, e se é o predefuncto, passa todo a seus herdeiros legitimos, com exclusão do outro conjuge ou de seus herdeiros proprios. Ord. liv. 4. tit. 96. §. 24. Outro tanto acontece, quando na constancia do matrimonio o marido ou mulher acquire prazo desta especie por titulo de successão ou gratuito, pois que sua acquisição assenta ou tem fundamento na mesma qualidade ou parentesco, que falha no outro conjuge. Valasc. *de partit.* cap. 26. n. 21. Com tudo, se na constancia do matrimonio um dos casados houve o prazo por titulo oneroso, fica então partivel por estimação entre ambos, não porque o preço se communique, como o Sr. Paschoal se explica, *communicatur pretium*, mas porque já se achava communicado, e permanece por isso na communhão.

*Emphyteusis autem concessa marito et uxori, et uni ex filiis, quem nominaverit, utrique conjugum in solidum, et pro indiviso acquiritur.* Ainda que a emphytense de geração ou familiar, no caso de vir para o matrimonio por compra, e por igual fundamento no de permutação por bens partiveis do casal, se divide ou communique na estimação entre os conjuges, isto não acontece, sendo concedida a *marido e mulher, e a um dos filhos, que o ultimo ou o sobrevivivo d'aquelles nomear*: por quanto ficão ambos, nesta especie, senhores uteis solidarios, isto é, por morte do primeiro conjuge, em quem o prazo estava indiviso, passa igualmente na integridade, ou sem que alguém tenha nelle algum direito, ao segundo; e do mesmo modo por morte d'este ao filho, que elle nomêa para succeder-lhe. Cald. *de nominat.* quaest. 19. n. 84. e 85.

*Et hinc tandem consequitur, eum, qui in hanc emphyteusin succedit, ad defuncti debita non teneri, nisi ratione pretii, vel meliorationum, etc.* Como as dividas do defuncto são encargo e fazem parte da herança, na qual a emphyteuse familiar se não comprehende, segue-se que o successor como tal, ou como emphyteuta, quando não é herdeiro, não fica em obrigação pelas dividas daquelle, salvo dentro d'as forças do preço, se o prazo foi comprado, ou do das bemfiteorias consideraveis, pois que tanto este, como aquelle, entram na herança do defuncto.

Destes principios ainda o Sr. Paschoal conclue com Gam. *docis. 5.*, que o prazo familiar não pôde ser vendido para pagamento das dividas do actual emphyteuta, podendo tão somente assentar a execução nos fructos e rendimentos: *ipsa vero pro aere alieno minime vendi potest, quia re ipsa familiaris est: quare executio in illius tantum fructibus facienda.*

A esta doutrina porém obsta a generalidade da Ord. liv. 3. tit. 93. §. 3., pois sujeita a penhora e arrematação em hasta publica, não os rendimentos, mas os mesmos bens do prazo, não se achando outros patrimoniaes ao condemnado ou devedor; e isto ainda que na investidura haja clausula expressa prohibitiva da alienação, que não pôde obstar a necessaria ou determinada por auctoridade da Justiça; sentença esta tão ampla e geral, que nos prohibe dar-lhe excepção na emphyteuse familiar, assim como repelle, em nossa opinião, as distincções e doutrinas mysteriosas e escuras de Lobão para a sua procedencia, porque o interprete, distinguindo quando a lei, o não faz, não interpreta, mas usurpa o poder de legislar.

Com tudo nem por isso concluímos, que o successor no prazo familiar é obrigado ás dividas do defuncto, se não forão contrahidas para utilidade e conservação dos bens do mesmo, por que pela realidade efectiva da successão todo o prazo, que não é ou não participa de hereditario, passa livre ao successor, se não lhe passou com penhora e principio d'execução por morte do defuncto emphyteuta. Por quanto a cit. Ord.

faz procedente a penhora pelas dividas proprias tão sómente, e tanto, que o *Regim. dos Contos* cap. 81. assenta sobre este principio, ou reconhece que os prazos podem tão sómente ser arrematados por dividas dos emphyteutas, em quanto vivem.

Donde concluímos que supposto os bens de prazo se comprehendão nos proprios do emphyteuta em quanto vivo, não se comprehendem por sua morte na herança, e passam livres, menos os que são ou participão de hereditarios, o que é conforme á sua mesma natureza. Nem estranhamos o Direito, que sujeita bens ás dividas do possuidor, sem que estas os acompanhem no successor, por quanto antes da successão realizada e com effeito, este não perde; e manda a equidade, que os crédores não percão na collisão de pela falta d'outros bens se não poder realizar o ganho ou lucro do successor, que sómente soffre perda, quando effectivamente possui, caso, em que deve preferir aos crédores, tanto porque forão negligentes durante a vida do devedor, como pela maxima — *pari in causa melior est conditio possidentis*.

#### *Successão na emphyteuse familiar mixta.*

§. 23. *Haec autem omnia ad emphyteusiu familiarem mixtam producenda utique sunt*, etc. Tudo quanto temos dito a respeito da successão na emphyteuse familiar pura, é applicavel á mixta, pois entre esta e aquella é apenas a differença, que a primeira fiada mais requer no successor, além da qualidade de pertencer pelo sangue ou geração á familia do tomador, quando a segunda, além desta mesma qualidade, exige outra. Por tanto se a qualidade accrescentada é a da varonia, *pro descendantibus masculis*, são as femeas postergadas ou excluidas, o que não importa a exclusão de seus filhos, sendo varões, pois reúnem ambas as qualidades, a do parentesco com a do sexo attendido. Igualmente se a qualidade exigida além do parentesco é a da primogenitura, *pro primogenito*, o descendente mais velho é quem succede, sendo tal o filho, que tem verdadeira-

mente mais annos ao tempo, em que o pai morre. Assim se o primogenito fallecido antes do pai emphyteuta deixa filho, ou um neto para este, o filho segundo-genito do mesmo pai prefere o sobrinho filho do predefuncto irmão primogenito, pois na successão dos prazos, que não são hereditarios, como já dissemos, o direito de representação não se observa, ao contrario do que acontece na dos vinculos. Ord. liv. 4. tit. 100. *in princ.*

*Et Regiae Coronae*, etc. Tambem o direito de representação antigamente se não observava na successão dos bens da Corôa, o que dispunha a Ord. liv. 2. tit. 35. §. 1.; mas como os primogenitos dos donatarios não achassem casamentos vantajosos durante a vida dos pais, pelo perigo de morrerem antes destes, e passarem taes bens em prejuizo de seus filhos aos irmãos segundo-genitos; o Estado da Nobreza propoz em Côrtes este inconveniente a D. João IV., o qual pela Lei de 2 de Março de 1647, revogando aquella Ord., admittio a representação para modo de succeder nos bens da Corôa, assim como já o estava nos morgados.

*Si tamen emphyteusis ita constituta sit, ut in eam per viam majoratus*, etc. Posto que o direito de representação segundo a lei não se practica na successão da emphyteuse familiar, no que differe da que se observa nos vinculos, como a natureza daquella, e por isso a ordem de succeder-lhe é formada pelas clausulas dos pactuantes, que lhe não alterão a essencia, e nesta especie é deferida *jure sanguinis*, no que concorda com a do morgado, segue-se que se o concedente e tomador adoptarem expressamente na convenção, que a primogenitura do successor se regule exactamente como nos vinculos, observa-se a representação; e por consequencia o neto, filho do primogenito fallecido, succede no prazo ao avô, excluindo o thio filho segundo-genito do defuncto ou do ultimo emphyteuta. Pinheir. *de emphyt. disput. 5. sect. 4. §. 3. n. 95.*

*Emphyteuse de nomeação.*

§. 24. *Nominationis emphyteusis ea dicitur, quae cum nominandi facultate data est, etc.* Diz-se nomeação, no assumpto em que estamos, o acto, pelo qual o emphyteuta em virtude do poder, que lhe dá a investidura, designa ou determina o que lhe ha de succeder; por tanto emphyteuse de nomeação é aquella, em que o foreiro pôde praticar este acto, ou por virtude da concessão nomear o successor.

Esta especie de emphyteuse differe da familiar, porque nesta succedem unicamente os que formão a familia, preferindo os descendentes, em falta destes os ascendentes, e depois os collateraes, succedendo todos os que se achão em igualdade de distancia pela mesma linha e grão, Ord. liv. 4. tit. 96. §. 24. *verbis: e ficará precipuo com o que antes o tinha ou seus herdeiros, não como taes, mas como parentes, e nesta qualidade herdeiros legitimos do defuncto com relação á herança; quando na emphyteuse de nomeação succede tão somente o nomeado, bem que não seja herdeiro legitimo ou parente.*

Differe tambem a de nomeação da emphyteuse hereditaria, por quanto succede n'esta o herdeiro, e sendo muitos, divide-se o prazo por estimação entre todos, encabeçando-se n'um dos mesmos, cit. Ord. §. 23; quando naquella succede exclusivamente o que a nomeação do foreiro antecessor determina, abstrahindo d'outra alguma condição.

*Haec autem facultas et inter vivos, et testamento conferri potest.* É evidente que a faculdade de nomear, ou de determinar successor, pôde ser concedida ao emphyteuta por contracto ou *inter vivos*, ou por disposição *causa mortis* e testamentaria; bem como que pôde a faculdade de nomear ser livre ou independente de qualidade especial no nomeado, ou restricta á de parente ou herdeiro, o que faz ser neste caso a emphyteuse hereditaria de nomeação, e naquelle familiar de nomeação, ou, como o Sr. Paschoal se explica: *eaque vel libera omnino est, vel ad heredes emphyteutae, illius-*

*vs familiam restricta, in quo cum hereditaria et familiariter convenit, eique propterea applicanda, quae de utraque diximus.*

Se a emphyteuse é hereditaria de nomeação, e por isso o successor succede precisamente como herdeiro, fica obrigado pela emphyteuse ás dividas do defuncto, o que já não acontece na familiar de nomeação, pois não faz parte ou fica fóra da herança; e como o successor neste caso succede como parente, e não como herdeiro, resulta não ser obrigado como tal aos encargos, nem a trazer á collação a emphyteuse, em que foi nomeado successor, quer em vida do foreiro, quer por sua ultima disposição.

*Possunt emphyteusin nominare quicumque primordialis institutionis lege hanc facultatem habent, et nominari qui specialiter non inveniuntur prohibi.* Postas as differenças em quanto ao successor entre a emphyteuse de livre nomeação e a restricta, tanto pela qualidade de parente, como pela de herdeiro, examina o Sr. Paschoal, que pessoas podem nomear, e depois quaes as que podem ser nomeadas, com respeito á emphyteuse de livre nomeação.

Em quanto aquellas, estabelece como regra poderem nomear as que tem esta faculdade concedida na investidura; donde vem que sendo o prazo do marido; não carece, nomeando, da concorrência da mulher, e *vice versa*. Ord. liv. 4. tit. 97. §. 25. *ibi: E o filho, ou filhas, que o pai nomear; onde a mulher não concorre com respeito á nomeação.* Procede o mesmo, sendo o prazo da mulher, cit. §. *in fin.:* *F. esta maneira se terá com o marido, quando o prazo for da mulher.* O que parece provir do principio de não conferir o nomeante da emphyteuse cousa alguma do que é seu, vindo todo o direito immediatamente do senhorio; alias deveria o prazo communicar-se entre os conjuges, e intervirem concorrentemente na nomeação do successor, ou ficar esta ao sobrevivente.

Este principio do nomeante não dar direito algum emphyteutico, sendo um mero instrumento do concedente, é combatido por Lobão *Tract. do Droit. Emphyt.*

§. 302. e segg., exceptuando o caso unico extraordinario e não vulgar, de ser o emphyteuta obrigado pela investidura a nomear certa pessoa; doutrina, que preparou a opinião, que modernamente encontramos professada, de dever entrar o prazo de nomeação no patrimonio da familia, perdida inteiramente a idéa de resultar o beneficio unicamente do concedente ou senhorio, e não do possuidor ou emphyteuta.

Não podendo nós legislar ou constituir Direito novo, revogando o actual, discordamos dos modernos neste ponto, seguindo o Sr. Paschoal e outros muitos; pois não abandonamos os antigos sem razão. Se o prazo de nomeação fosse patrimonio da familia, partir-se-hia entre os conjuges, como os outros bens communicaveis; viria á collação, sendo nomeado descendente para succeder-lhe; e o nomeante neste caso seria considerado doador, bem como o nomeado donatario d'uma parte da herança: mas nada d'isto encontramos; por quanto, se o prazo é do marido, e não o nomeou na mulher, por sua morte recebe ella como meeira o que lhe cabe no preço e bemfeitorias, pois era este unicamente o que estava na communhão; e se aquelle não foi comprado na constancia do matrimonio, nem teve bemfeitorias, a mulher nada recebe, como igualmente acontece com respeito ao marido não nomeado, sendo o prazo da mulher, cit. Ord. do liv. 4. tit. 97. §. 25. Logo não é o prazo de nomeação parte da herança do defuncto emphyteuta, ou não pertence ao patrimonio da familia; e tanto, que taes prazos passam para os successores livres de todos os encargos, como declara expressamente a Lei de 4 de Fevereiro de 1763, exceptuados unicamente os das casas nobres, que passam onerados com os apanagios ou alimentos das viúvas.

Além d'isto o nomeante do prazo é um simples instrumento do concedente, sem que faça por este modo doação, liberalidade ou beneficio algum; por quanto devendo todas as doações, exceptuadas as Regias, ser insinuadas, quando excedentes em valor á taxa legal, como determina a Lei de 20 de Janeiro de 1775, pelo

Assento de 21 de Julho de 1797, Decreto de 21 de Fevereiro, e Provisão de 17 de Agosto de 1801, a nomeação de qualquer para succeder no prazo, feita pelo emphyteuta, se este reserva o usufructo vitalicio, não é insinuada: logo não é doação, ou não contém liberalidade do nomeante.

Donde se conclue que sómente o usufructo vitalicio do emphyteuta, quando não reservado, dá á nomeação a qualidade de doação, e que por isso tão sómente neste caso o conjuge auctorizado para nomear, quer elle seja marido, quer mulher, depende do consentimento do outro conjuge.

Com tudo tem esta regra excepção, quando o prazo foi tomado para marido e mulher, e um filho nomeado pelo conjuge derradeiro, que fallecer; porque pertencendo a este a nomeação fica o prazo solidario ou indiviso em ambos, como se infere da Ord. liv. 4. tit. 37. §. 6., não podendo por isso um dos conjuges nomear sem o outro, ainda mesmo que reserve o usufructo, em quanto ambos viverem. Póde porém o sobrevivivo, passando a segundas nupcias, nomear sem a concorrência do outro conjuge o prazo, que levou, se não concede o usufructo durante a vida d'elle nomeante.

*Eadem nominandi facultate jure utitur Religiosus, deportatus, ultimove supplicio damnatus, etc.* Seguida a opinião de ser o emphyteuta nomeante um instrumento do concedente, ou que é d'este que provém todo o beneficio, quando aquelle não cede o usufructo vitalicio, no que nos parece dar-se um resultado indubitavel da Ord. liv. 4. tit. 97. §. 25., bem como do Assento de 21 de Julho de 1797, Decreto de 21 de Fevereiro, Provisão de 17 d'Agosto de 1801, e declaração expressa da Lei de 4 de Fevereiro de 1763, com disposições vigentes e não revogadas, que a opinião d'um ou outro escriptor não póde por si apagar: segue-se que o Religioso, ainda que morto civilmente, e hoje a Freira, póde com validade nomear, porque a nomeação é um facto, cujos effeitos não provém do seu agente, do mesmo modo que póde escrever

validamente o testamento, que o testador lhe dicta, ainda que não pôde transferir o usufructo do prazo, pois que pela profissão ou emissão do voto de pobreza o perdeo.

Na mesma razão o condemnado á morte natural, ainda que, como escravo da pena, é incapaz da disposição de seus bens, e por isso da transferencia do usufructo e commodidades do prazo, pôde válidamente nomeal-o; porque as leis não o inhabilitão expressamente para este factó, ao contrario do que dispõe, por excepção unica, com o criminoso de lesa Majestade, cujo delicto o priva desta nomeação, e rescinde a que fez antes, porque devolve *ipso jure* o prazo ao senhorio, Ord. liv. 5. tit. 6. §. 19.; disposição, que com o nosso Caldas entendemos procedente na nomeação anterior, quando revogavel, porque sendo irrevogavel, dá-se direito adquirido no nomeado, de que o não pôde privar delicto alheio.

*Nominare possunt ad emphyteusin cum libera eligendi facultate*, etc. Depois do exame das pessoas, que podem nomear ou determinar successor á emphyteuse, refere o Sr. Paschoal as que podem ser nomeadas, e primeiramente com respeito ao prazo de livre nomeação, assumpto, em que procede a maxima ou regra geral de poderem ser nomeados todos os que não são expressamente prohibidos pelas leis. Por tanto pôde não só o filho legitimo e legitimado, mas o natural e espurio, ser nomeado; pois ainda que o ultimo não succeda *ab intestato*, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 36. §. 4., isto não acontece na nomeação expressa, quer por acto *inter vivos*, quer por ultima vontade ou testamento, porque como a pai nesta especie d'emphyteuse pôde nomear pessoa estranha, não se pôde considerar prohibido da nomeação em filho espurio, uma vez que lhe não ceda em vida o usufructo, salvo se o fizer por titulo de alimentos. Cald. *de nominat.* quest. 19. n. 65., e *de potest. eligendi* cap. 13. nn. 3. e 4., concorda com o A., entendendo a cit. Ord. restricta á successão do prazo não nomeado, ou que se defere *ab intestato*, sem cohibir a liberdade de nomear em filho ou descendente illegitimo de toda e qualquer especie.

*Ipsi extranei, modo prohibiti non sint.* Já dissetmos, e o A. aqui refere como capaz de ser nomeado nesta especie d'emphytense o estranho, ainda que o emphytenta tenha herdeiros necessarios, pois não faz ella parte da herança do tlefuncto: com tudo não se entende habil neste sentido o incapaz do direito emphytentiso, pois se daria nullidade, nem o que pôde fazer peor a condição do senhorio. No contrario se daria abuso de confiança, que por igualdade da intenção e resultados, como antecedente notámos, é equiparado á fraude.

*Laici et clerni, a clericis licet nominati,* etc. Não só os leigos, mas os clericos podem ser, até mesmo por outros clericos, nomeados, pois se comprehendem na regra geral estabelecida, em razão de não haver lei alguma, que os inhabilite ou estorve; nem lhes obsta a Ord. liv. 2. tit. 18. §. 5., porque tão sómente prohibe aos clericos succeder a outros nos bens livres, nem a do mesmo liv. tit. 35. §. 10., como restricta aos bens da Corôa, nem ainda a Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 11., pois que tão sómente inhabilita os clericos da successão nos morgados; sentenças legislativas restrictas ás especies determinadas, sobre que assentão, que por isso não podem ampliar-se á inhabilidade na relação, em que estamos: como igualmente procede com a Lei de 4 de Julho de 1768 §. *Permitto mais*, em quanto manda, que só leigos ou seculares arrematem prazos ecclesiasticos nas execuções por dividas ás Igrejas, para evitar por ventura que os clericos com vista em seu proprio e particular interesse mais facilmente vexassem os devedores, motivo, além da disposição restricta ás arrematações de taes prazos, que os não exclue de serem nomeados successores emphytenticos.

*Maritus ab uxore etiam quinquagenaria, modo filios non habeat, ex priore matrimonio,* etc. Refere ultimamente o Sr. Paschoal como válida a nomeação do marido feita pela mulher, ainda que quinquagenaria, se não tem filhos ou descendentes do primeiro matrimonio; porque a nullidade d'uma tal nomeação tão sómente se daria, existindo os referidos descendentes, como expressamente dispõe a Ord. liv. 4. tit. 105. in

*fin.*, sem que possa ampliar-se, por ser lei restrictiva da liberdade, á viuva com menos annos, ainda que tenha filhos do primeiro casamento, ou ao viuvo quinquagenario nestas mesmas circumstancias. Esta jurisprudencia, permittindo na constancia do matrimonio a um dos conjuges nomear o prazo no consorte por disposição *inter vivos*, nos confirma na idéa de que nossas leis não considerão que o emphyteuta confira pelo acto da nomeação direito algum do que é seu, ou, como diz o A., — *nihil de suo confert vel alienat*; alias dar-se-hia doação com nullidade, por ser feita entre conjuges. E será tal acto doação, quando o conjuge renuncia ao mesmo tempo no consorte nomeado o usufructo e commodidades emphyteuticas? Como os direitos referidos são rendimentos, que se communicão entre os conjuges, até mesmo no matrimonio contrahido por dote e arrhas; e como tambem, não obstante a renúncia ou nomeação, sem reserva alguma a seu respeito, continuão a permanecer na communhão, em que antes existião, nem ainda n'esta especie a nomeação da emphyteuse daria transferencia de direito entre os conjuges, e por isso não seria liberalidade ou doação.

*In restricta ad heredes*, etc. Depois do exame das pessoas, que podem ser nomeadas, quando o prazo é de livre nomeação, continúa o Sr. Paschoal com o das que podem ser nomeadas, quando a nomeação é restricta a herdeiros ou parentes; em quanto áquella, como deve assentar unicamente sobre a qualidade de herdeiro, é evidente que não pôde o emphyteuta determinar para lhe succeder em tal prazo, senão aquella mesma pessoa, que tem de succeder-lhe na herança, assim como que a nomeação na emphyteuse familiar ha de necessariamente recair em parente ou pessoa da familia. Daqui resulta que se a emphyteuse é conferida *pro filia*, pôde igualmente ser nomeada na filha, sem que lhe obste o varão concorrente na mesma linha e grão; assim como que pôde o neto ser nomeado, se faltão filhos, sem que tambem lhe obste o serem estes unicamente mencionados na concessão; o que tudo é expresso na Ord. liv. 4. tit. 37. §. 6.: *bem poderá o pai, ou mãe,*

qual derradeiro d'elles fallecer, nomear um de seus filhos, ou filhas, qual quizer; mas não poderá nomear outra pessoa estranha. E no dito caso, não tendo filhos, poderá nomear um neto, ou neta, qual quizer, posto que no contracto se não faça menção senão de filho.

*Inter filios is praeferendus*, quem pater nominaverit, etc. Se existem muitos filhos; prefere a todos o nomeado pelo pai, como se prova da Ord. liv. 4. tit. 36. §. 2., por quanto toma para occasião de suas providencias o morrer o emphyteuta ab intestado, ou não nomeando pessoa alguma ao fóro; logo se, tendo filhos, nomêa um, é este a todos preferido, ainda que seja natural, ou legitimo do segundo matrimonio, postergado o do primeiro, pois em todos se dá naturalmente a mesma qualidade, attendida na concessão: *nam cum omnes natura liberi sint, pater bene potest unum prae alio nominare*; salvo se a circumstancia da legitimidade do nascimento se exige na investidura. Não pôde porém o pai nomear para o prazo, que lhe foi concedido *pro filio*, o adoptivo, pois que em verdade não é filho, ou resultado de geração natural, — *secus adoptivum, quia natura filius non est*.

*In familiari mixta*, etc. Na emphyteuse familiar mixta de nomeação, isto é, quando o successor, que por esta se determina, além da qualidade do sangue ou parentesco, deve accumular ou reunir outra, que também foi attendida expressamente, como acontece com o requisito ou circumstancia de legitimo nascimento, ou quando a varonia se exige, o filho, que a reúne, é tão sómente o que deve ser nomeado: *is tantum, qui eam habet, nominari debet*. O que provém do principio de dever praticar-se o facto da nomeação restrictamente com respeito á pessoa, em quem se dá a qualidade, ou reunião de qualidades approvadas pelo concedente, do qual provém o direito emphyteutico pelo ministerio do nomeante, approvado igualmente por aquelle.

*Si emphyteuta, ad emphyteusin quod adinet, intestatus decessit*, etc. Por estes termos nos indica o Sr. Paschoal a materia ou assumpto principal da nota ao §., que acabámos de examinar; e vem a ser a ordem,

por que se defere a successão da emphytense, que o foreiro não nomeou, morrendo por isso intestado em quanto a ella.

Por morte do intestado em quanto á emphytense, preferem os filhos e descendentes legitimos; e na falta destes, os naturaes aos ascendentes: não se parte porém por estimação a' emphytense entre todos os que se achão na mesma proximidade, mas prefere o filho varão á filha, ainda que mais velha; o neto, ainda que mais moço, prefere á neta, mas não prefere á filha, posto que seja filho de filho mais velho predefuncto do fallecido foreiro. Se muitos descendentes concorrem na mesma proximidade de sangue, e em igualdade de sexo, tem a maioridade preferencia: assim o mais velho dos filhos varões exclue todos os outros; faltando filhos, prefere a filha mais velha ás restantes; betn como na falta de filhos e filhas succede o neto primogenito, ou a mais velha das netas, se não concorrer com varão na mesma proximidade. Ord. liv. 4. tit. 36. §. 2. Na falta de descendentes legitimos, se ha filho natural, ainda que o pai fosse nobre, precede este os ascendentes legitimos, pois são chamados depois d'elle pela lei; preferindo igualmente, entre os ascendentes, no mesmo gráo o varão, e no mesmo sexo o mais velho, precedencias, que continuão nos collateraes até ao quarto gráo segundo o Direito Canonico, porque, como vimos, são chamados pela Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 26., revogando a cit. Ord. §. 2., que em falta de descendentes e ascendentes por morte do defuncto intestado, devolvia o prazo ao senhorio restando alguma vida por preencher, segundo a Investidura ou concessão.

*Intestatus autem is decedit.* Como a ordem referida de successão é procedente, morrendo intestado o defuncto emphytenta, adverte o A. nesta segunda parte da nota, quando n'elle se dá tal qualidade. É evidente que existe ella no defuncto, quando nem na vida, nem por morte determinou successor; com tudo se elle fez testamento, ainda que não faça expressa nomeação, não se considera intestado á cerca desta, pois se entende ter nomeado tacitamente o herdeiro instituido ou

escripto, nomeação bastante para o mesmo não só lhe succeder *in solidum* na herança, mas no prazo, Ord. liv. 4. tit. 36. *in fin. pr.*; porém nomeação tacita ou subentendida na instituição d'herdeiro, se o foreiro não constituiu-dote ou doação no prazo, ou não traspassou em sua vida o direito, que nelle tinha, pois taes actos, ainda reservando elle o usufructo, são essencialmente nomeação irrevogavel, Ord. liv. 4. tit. 37. §. 1., o que faz não se considerar o defuncto intestado neste caso, nem ter nomeado tacitamente pela instituição o herdeiro, pois se dá expressa nomeação, incluída no dote ou doação.

Mostradas as circumstancias, em que se considera intestado o defuncto, ou sem ter feito nomeação, caso, em que a successão se defere pela ordem, que antecedentemente expozemos, cabe continuar com o exame das pessoas, a quem o prazo se defere pela nomeação tacita. Já vimos recair ella no herdeiro instituido; mas sendo muitos os herdeiros testamentarios, o que ha de observar-se?

Devemos neste caso distinguir entre herdeiros descendentes e ascendentes ou necessarios, e herdeiros não necessarios ou estranhos: se todos os instituidos tem esta ultima qualidade, divide-se o prazo por estimação entre elles, encabeçando-se n'um dos mesmos, Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1.; mas se os instituidos são descendentes ou ascendentes do defuncto, manda o §. 3. da cit. Ord. observar a ordem, que ficou determinada no §. 2. *eod.*, isto é, defere-se o prazo ao herdeiro necessario mais proximo, ou menos distante do defuncto pelo sangue, preferindo em igual proximidade á fema o varão, e no mesmo sexo ao mais moço o mais velho, o que entendemos continúa a observar-se, sendo os herdeiros collateraes até ao quarto grão, segundo Direito Canonico, se não concorrem com descendentes nem ascendentes por virtude da disposição já examinada da Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 26., que revogando o §. cit. da Ord., lhe acrescentou taes parentes com successão necessaria para a vida ou tempo, que ainda resta da concessão.

*Ipsam autem nominationem emphyteuta*, etc. Terminão a nota do A. algumas observações. É a primeira, que o emphyteuta não carece, para nomear, do consentimento do senhorio, pois que usa do poder, que lhe dá a investidura ou instituição primordial; donde vem não se pagar pela nomeação o laudemio.

*Eaque ad illius praescriptum pure*, etc. É a segunda observação, que o nomeante, não pode impôr condição, fideicommisso, substituição qualquér, ou encargo algum novo ao nomeado, pois não é d'elle, mas sim do senhorio que este recebe o direito emphyteutico; o que faz não ser nesta simples qualidade, ou como successor na emphyteuse, obrigado ás dividas do antecessor, Valasc. *consult.* 27. nn. 8. e 9., Cald. *de potest. eligend.* cap. 7.; nem igualmente a trazer aquella á collação, pois que por morte do defuncto ficou fóra de seus bens, sem que pertença á herança, salvo em quanto ao preço, se foi comprada, ou ao valor das beneficioria uteis extraordinarias, como antecedentemente ponderámos com a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22.

*Quando é irrevogavel a nomeação, e quando revogavel.*

§. 25. *Nominatio semel facta revocari non potest, quando nominato jus quaesitum fuit.* A nomeação, depois de feita, é irrevogavel, quando por ella o nomeado tem adquirido direito, bem como quando com a mesma acaba ou se extingue o poder de nomear: por quanto no caso da aquisição do direito não póde perdê-lo o nomeado sem o seu consentimento; e no de acabar com a nomeação o poder de fazer outra, já tambem ficou naquelle direito adquirido, de que não póde igualmente ser privado. Ord. liv. 4. tit. 37. §. 2.

*Inde consequens est*, etc. Do principio posto resulta que o emphyteuta a quem foi dado simplesmente, ou sem referéncia ao tempo da morte ou antes d'ella, o direito de nomear, feita a primeira nomeação, não pode mais fazer outra, porque por ella fez tudo quanto podia, e com isto acabou inteiramente o seu poder a tal

respeito, ou, como o Sr. Paschoal se explica, pela primeira nomeação o *emphyteuta functus est officio suo*, de sorte que, antes de nomear, era para elle a nomeação acto inteiramente voluntario; mas fica *ex post facto* necessario e inalteravel.

Com tudo no §. 5. da cit. Ord. se offerece em termos os mais expressos uma especie, em que por excepção a esta regra, extinto o direito de nomear pela primeira nomeação, convalesce no *emphyteuta* o poder de fazer outra; e vem a ser quando nomeou sem traspasar algum direito, e fallece a pessoa nomeada; porque neste caso caduca a nomeação n'ella feita, sem que passe a seus herdeiros, tornando-se por isso habil para segunda o *emphyteuta*, como se a primeira não fôra feita.

*Posse tamen, si facultas daretur, facta relatione ad tempus mortis*, etc. Do principio contrario ao primeiro estabelecido pelo A., ou de ser revogavel a nomeação, quando não confere algum direito, caso, em que tambem sendo feita, não extingue no *emphyteuta* a faculdade de nomear; resulta, que se esta faculdade é dada na investidura, com referencia ao tempo da morte daquelle, pôde o mesmo fazer não só uma, mas muitas nomeações, sendo todas revogadas pela ultima ou derradeira; porque todos os actos, diz a mesma Ord. §. *inic. in fin.*, que são ordenados para o tempo da morte, se podem mudar e revogar até a morte.

Ha porém no mesmo tit. §. 1. um caso expresso, em que a nomeação fica perfeitamente irrevogavel, e vem a ser se o que tem, com referencia á morte, poder de nomear, traspassa em sua vida os bens ou o prédio aforado com todo o direito, que n'elle tem, quer o faça por titulo de dote, quer por outro, ainda mesmo que reserve o usufructo; por quanto a pessoa, para quem fez o traspasse pelo titulo de dote ou doação, pois que na especie se dá tambem a entrega ou tradição, *acquirio inter vivos* por esta, como modo ou causa proxima, e juntamente por aquelle, como remota, um direito irrevogavel, que dá por isso á nomeação incluída em tal titulo esta mesma qualidade.

*Ad illius revocandae potestatem quod adinet, etc.* Pondera o A. com a cit. Ord. §. ult., que para a nomeação ser revogavel, é indifferente que o poder de nomear seja dado em testamento, ou por contracto; pois que em todo o caso é revogavel, se o poder foi concedido com referencia ao tempo da morte; ao contrario, se foi dado simplesmente ou sem aquella referencia.

*Nominatio testamento facta testamentum sequitur, etc.* Cumpre tambem ponderar que a nomeação feita em testamento segue este; por tanto é a nomeação revogada, quando elle é revogado, e perde o seu effeito com elle, cit. Ord. §. 4.: *a nomeação feita no testamento revogado, ou havido por nenhum, é por isso mesmo havida por nenhuma, como se nunca fosse feita.* Mas adverte o A., no que igualmente concordamos, que se o testamento não val por nullo em razão da preterição ou desherdação do herdeiro necessario, val a nomeação n'elle feita, pois se considera legado, em que o testamento tem effeito neste caso, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 82. §. 1.

Resta porém acrescentar, que para a revogação ter effeito ou validade, deve necessariamente ser feita em acto pelo menos tão forte em prova, como o da nomeação: assim, sendo esta feita por escriptura, não val a revogação feita perante testemunhas. Cit. Ord. liv. 4. tit. 37. §. 3.

### *Da renovação da emphyteuse.*

§. 26. *Emphyteusis extincta sine culpa possessoris ob finitas generationes, etc.* Diz-se *renovação* da emphyteuse a concessão repetida do direito emphyteutico extincto, á qual se dá este nome, por isso que se concede *non novam investituram faciendó, sed veterem renovando.* Por tanto a renovação suppõe extincto o direito emphyteutico sem culpa do possuidor, e por isso não tem logar na emphyteuse perpetua, mas tão sómente na temporaria ou vitalicia. Dissemos sem culpa do possuidor, por quanto se o emphyteuta alienou

o prazo sem consentimento do senhorio, ou não lhe pagou o fôro seguidamente em tres annos, cãe em commissão, perecendo o seu direito, em pena da falta do cumprimento da obrigação contrahida, o que o faz indigno da renovação, de que tractamos.

É questão mui disputada entre os DD., se extintas as vidas da concessão, ou acabando o direito emphyteutico sem culpa do possuidor, a renovação, que o continúa, é voluntaria, ou necessaria da parte do senhorio; ou por outros termos, se este a deve de justiça, ou somente por equidade; questão, que observamos agitada entre nós, o que assim não é n'outros paizes, a ponto d'os Praxistas do tempo do Direito escripto em França se explicarem, concordes neste sentido: *« à l'expiration du terme porté par le bail emphytéotique, le preneur, ses héritiers ou ayant cause, doivent rendre les lieux en bon état, à l'exception des bâtimens qu'il a construits volontairement, qu'on ne peut pas l'obliger à réparer; mais il ne peut pas non plus les démolir à la fin de son bail, en emporter des matériaux, en répéter les impenses, ni obliger sous ce prétexte le bailleur à lui continuer le bail, soit pour la totalité de ce qui y était compris, soit même pour la jouissance de ces bâtimens; dans ce cas superficies solo cedit.*

Differente e inteiramente opposta doutrina adoptarão em regra nossos Escriptores e Praxistas, pois que levados pelo prestigio da eschola Bartolina, que n'este ponto ainda hoje é a mais seguida no fôro, derão ao possuidor um direito efficaz á renovação, ou com obrigação perfeita d'o senhorio a conceder.

Ulpiano na L. 1. §. 41. e segg. *D. de aqua quotid.*, sobre o direito de conduzir agua dos rios e logares publicos, disse, que ao Principe cabia dar esta faculdade, e concedel-a *aut praediis, aut personis*: que no primeiro caso passa para qualquer possuidor do campo, a quem fôra concedida; expirando no segundo com a pessoa attendida na concessão. Acrescenta porém o mesmo Jurisconsulto, que o successor pôde impetrar do Principe a mesma graça, e que seria injuria negar-l'h'a. Bartolo explicou esta Lei, e na sua Glossa

a ella entendeo dar-se igual razão na *emphyteuse*, para que o ultimo possuidor impetre facilmente prorogação do senhorio, e para este ser injusto negando-a. A auctoridade de Bartolo fez respeitar esta opinião, e comprehendel-a no nome de *equidade Bartolina* em memoria do seu auctor; accrescentando seus defensores, que não sendo permitido a qualquer locupletar-se com jactura alheia, a não se dar necessidade ou rigorosa obrigação no senhorio de continuar a concessão, vinha elle a locupletar-se com as bemfeitorias e melhoramentos do prédio em prejuizo dos herdeiros ou successores do *emphyteuta*, ultima vida, o que obstaría a que durante o tempo da concessão se despendesse com as terras emprazadas, no que perderia a agricultura em detrimento do público; accrescendo finalmente que a força da *equidade Bartolina* se acha sanccionada pela Lei de 9 de Setembro de 1769. §. 26.

Rejeitão alguns tal doutrina, achando debeis as razões, que a fundamentão: 1. porque não ha paridade na concessão da agua pública, cujo uso pertence a todos, com a do terreno de patrimonio particular por virtude d'um contracto, e por isso sempre dependente da vontade do concedente: 2. porque o tomador não se obrigou á reversão, senão por sua vontade, sem que possão os vindouros obrigar o senhorio a continuar-lhe a concessão, o que faria a *emphyteuse* essencialmente perpetua, sendo convencionada temporaria; quando as nossas leis admittem ambas as especies distinctas, dando por isso effeito á convenção, quer approve uma, quer outra: 3.º porque a pensão ou fôro foi estabelecido modicamente, para o *emphyteuta* e successores por toda a utilidade do prazo, durante todo o tempo determinado no contracto, se indemnizarem completamente das despesas, a que a lei e a convenção os obrigão, ficando-lhes salvo o seu direito, como vimos, pelas bemfeitorias uteis extraordinarias: 4.º em fim porque seria a maior incoherencia ser a eschola de Bartolo reprovada, e proscripta do nosso fôro toda a sua auctoridade pelo §. 13. da Lei de 18 d'Agosto de 1769, e passados poucos dias approvar-se sua chamada *equidade*

na Lei de 9 de Setembro do mesmo anno, como os adversarios erradamente pretendem; por quanto esta Lei, chamando os collateraes até ao quarto gráo segundo o Direito Canonico na falta de nomeação, e na dos descendentes e ascendentes, quiz salvar-lhes a fruição da vida, que restava estipulada na convenção, o que é na verdade mui differente da renovação, quando as vidas todas findárão, estando preenchido perfeitamente o contracto n'este caso.

Mas adoptada pelo A., com a maior parte dos nossos Escriptores, e pela praxe, que nem podemos, nem pretendemos destruir, a opinião Bartolina, segue-se o exame dos corollarios, que, como nascidos d'ella, se referem no §.

1.º *Nullò etiam pacto de renovatione faciendâ interposito.* Dada como devida pelo senhorio a renovação do direito emphyteutico extincto sem culpa do emphyteuta, para que aquelle se não locuplete á custa deste, é coherente concluir com Valasc. *de jur. emphyt.* quaest. 38. n. 17., e *consult.* 157., que ainda que no contracto não haja clausula, que obrigue o senhorio á renovação, deve elle concedel-a. Cumpre porém advertir, que em França pelo contrario a renovação tacita, ou que não é expressamente pactuada no estabelecimento da emphyteuse temporaria, não procede, pois, como se explicão seus Praxistas: *La tacite réconduction n'a pas lieu en matière d'emphytéose*; o que resulta d'a equidade Bartolina não ter tido alli entrada, como antecedentemente expozemos.

2.º *Et eo etiam casu, quo pactum de renovatione non faciendâ speciatim fuit adjectum.* Do principio da necessidade d'o senhorio conceder renovação, conclue o Sr. Paschoal com Cald. *de renovat.* quaest. 8. n. 19., e quaest. 2. desde n. 21., além de Valasc. *consult.* 123. n. 13., que procede a mesma necessidade, ainda dando-se pacto expresso em contrario, ou de não se renovar a concessão quando findarem as vidas, pois que seria este pacto opposto ao bem da agricultura. Parece-nos porém muito dura tal doutrina, por quanto não existe neste caso a menor sombra do consentimento tacito

do senhorio para a obrigação de renovar, assim como do emphyteuta para o ultimo possuidor exigir renovação; e é certo deverem-se observar religiosamente as convenções, que não offendem as leis ou os bons costumes, circumstancias estas, que se dão na que rejeita expressamente a renovação, porque nenhuma d'aquellas a reprova, nem por estes é condemnada. O senhorio, que por tres vidas pelo menos recebe uma modica pensão, é justo que receba um dia o prédio ou prédios melhorados, e que o possuidor lh'os entregue na fórma da convenção, depois de por muitos annos o tomador e successores terem utilizado os fructos e rendimentos, com que se indemnizárão das despesas; nem o bem da agricultura necessita ou carece de que seja violada a santidade das convenções e boa fé dos contractos: além de que não se promove este bem com proveitos exclusivamente favoraveis aos emphyteutas, alias os proprietarios preferirião o estado inculto de suas terras á concessão emphyteutica.

3.<sup>o</sup> *Et teneri, nullis etiam meliorationibus factis*, etc. Amplia o A. com Cald. logar cit. a renovação necessaria ao caso, em que não ha bemfeitorias no prazo, uma vez que se não ache deteriorado. Mas com que se enriquece á custa alheia nestas circumstancias o senhorio? Que favor se faz aqui á agricultura? E que pretexto póde chamar nesta especie a equidade Bartolina?

4.<sup>o</sup> *Jus renovationis in bonis esse*, etc. Posto como direito do ultimo possuidor o exigir renovação, segue-se que a mesma faculdade se comprehende nos seus bens, podendo por isso ser por elle especialmente legada, Valasc. *consult.* 157., Pereir. *decis.* 128.; o que procede em favor do que seria habil para succeder no direito emphyteutico, segundo a concessão, se as vidas não fossem findas.

5.<sup>o</sup> *Et dominum ad renovationem faciendam obligari vel judicis officio, vel actione personali* Dada no senhorio a necessidade ou obrigação de prorogar pela renovação a emphyteuse, com direito correspondente no successor ultima vida, ou no que succederia pela lei, se as vidas não fossem findas, seria este direito inef-

ficaz, se o mesmo não tivesse meios coactivos de o levar a effeito. Póde por tanto recorrer ao officio do Juiz, para' constranger a renovação o senhorio, ou usar da accção pessoal *ex emphyteusi* para o obrigar a renovar, bem como cabe accção ao senhorio para constranger a pedir-lhe renovação, findas as vidas, o possuidor, com medição nova das fazendas, e augmento da pensão arbitrada por louvados, como é praxe do Reino, Pinheir. *disp.* 7. n. 67. Com tudo aos senhorios ecclesiasticos é prohibido pedir augmento da pensão, Lei de 4 de Julho de 1768, e Alvará de 12 de Maio de 1769. Mas ainda que o prazo seja *fiteosim* ou perpetuo, nada obsta a todo e qualquer senhor directo requerer reforma do instrumento da concessão, e vedoria para nova medição e dematcação predial. *Surd. cons.* 208. n. 13.

6.<sup>o</sup> *Successorém emphyteutae, cui renovatio competit, rei emphyteuticæ possessionem, etc.* O que tem direito a que a concessão lhe seja renovada, póde tomar posse dos bens do prazo, e até mesmo reivindicar-os do injusto detentor; por quanto dalla a necessidade da renovação, o que tem direito a esta, extincta a ultima vida, logo se considera successor. *Valasc. consult.* 157., *Pereir. decis.* 7.

7.<sup>o</sup> *Renovationem intra annum, etc.* Não se deduz esta doutrina da renovação, ou d'outro algum principio antecedente; é porém certo que no silencio das leis a tal respeito, pelo costume do Reino se introduzio o dever pedir-se a renovação *intra annum*, ou nos doze mezes decorridos depois de findas as vidas, alias prescreve o'direito de pedil-a, salvo dando-se no interessado causa, que o excuse da mora, como molestia, ou ausencia do senhorio em parte incerta, ou em logar occupado pelos inimigos. *Valasc. quaest.* 39., *Pinheir. de emphyt.* *disp.* 7. *sect.* 3.

8.<sup>o</sup> *Et cum eisdem clausulis et conditionibus, eademque pensione annua, etc.* Estabelecido ser a renovação antes continuação do contracto antecedente ou primordia, do que nova concessão, segue-se não poder o senhorio alterar as clausulas e condições, que lhe mudem a natureza, alias seria outro, e não continuação do

contracto, que findou. Com tudo como a quantidade e especie do cano é perfectamente accidental, o augmento, hem como a diminuição, ou a mudança na especie em quanto a elle, não influem para que se não dê renovação. Nem ao senhorio secular é prohibido, como o A. continúa a estabelecer, exigir maior ou mais crescida pensão; por quanto as Leis de 4 de Julho de 1768, e de 12 de Maio de 1769, com o intuito de vedarem accumulacão de riquezas nas Igrejas, prohibem, como já dissemos, que os fóros cresçam nas renovações dos prazos ecclesiasticos; o que se não pôde ampliar aos seculares, não só por falta de disposiçãõ expressa e de igualdade de razão, mas porque seria absurdo desmido estabelecer neste caso a iniquidade como fundamento da equidade, que se procura para base da renovação: e iniquidade seria obrigar o senhorio a conservar, por exemplo, o fóro de rão reis, preço d'um alqueire de trigo antigamente, quando hoje esta mesma medida de tal fructo val o quadruplo e mais. Com tudo posta a necessidade ou obrigaçãõ d'o senhorio renovar, seria o mesmo que destruil-a dar-lhe livre arbitrio sobre a quantidade do fóro, que por isso deverá ser, como antecedentemente advertimos, estabelecida por louvados.

9.º *Donikum pro renovatione, quam facere tenetur, ne leve quidem murusculum posse adcipere.* Segue o A., que o senhorio, concedendo renovação, não pôde exigir ou receber luvas algumas, pois lhe obsta a Ord. liv. 4. tit. 41. Esta Ord. porém não sustenta tal doutrina, em nossa opiniãõ; por quanto é restricta aos administradores de bens da Corõa, capellas, morgatlos e commendas, prohibindo-lhes luvas nas concessões e innovações emphyteuticas, sob pena de perdimento em dobro do dinheiro ou vantagem, que levarem por tal motivo, e nullidade do contracto; disposiçãõ, que por isso que é penal, fica restricta às pessoas, que expressa, sem que possa ampliar-se a quaesquer outras, e, quando muito, é comprehensiva dos administradores pela razão de poderem pelo interesse das luvas pactuar pensões insignificantes e demasiadamente tenues em prejuizo

dos successores, o que não é para temer nos senhorios seculares.

Não nos conformamos. porém com o pensar d'alguns Praxistas, que permitem luvras pela renovação, não se dando excesso ou usura: por quanto, segundo elles, dá se a necessidade ou obrigação daquella no senhorio; logo é inconsequente conceder-lhe tal direito, porque o cumprimento d'uma obrigação não se obtem, nem se faz por paga ou preço.

10." *lis tantum renovationem deberi*, etc. Finalmente como pela renovação se continúa o direito de succeder pelo mesmo modo anterior, e por isso o de exigir-a cabe unicamente áquelle, a quem seria o prazo deferido, se não estivesse extincto, Cald. *de renovat.* quaest. 9. nn. 13. e 19., Pinheir. *decis.* 128.: segue-se, que sendo este hereditario vitalicio, cabe o direito de renovar aos herdeiros instituidos; e se os não ha, aos legitimos; bem como aos parentes na mesma proximidade, sendo o prazo de geração. Ord. liv. 4. tit. 96. §. 24.

Se porém a emphyteuse é de nomeação livre ou restricta á família do tomador, não succedem no direito de renovar os parentes todos na mesma proximidade, mas o varão exclue a femêa, e em igualdade de gráo o mais velho prefere os outros; sendo chamados primeiramente os descendentes; em sua falta os ascendentes, depois do filho natural do defuncto, se o ha; e por fim os collateraes dentro do quarto gráo segundo o Direito Canonico. Ord. liv. 4. tit. 36. §§. 2. e 4., Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 26. O que procede, se por ventura o ultimo emphyteuta morre intestado, e não legou o direito de renovação em pessoa habil para succeder, se sua morte não extinguiu a emphyteuse, pois que nestas circumstancias o legatario é preferido, por isso que o direito de nomear para exigir renovação estava nos bens do defuncto. Pinheir. *sect.* 3. n. 33.

*Hodie ergo non caducat emphyteusis data Titio, et ejus descendentibus, neque viro et uxori, et utriusque filio, quem ultimus nominaverit, etc.* — Com fundamento na cit. Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 26.,

adverte na nota o A., que sendo o prazo concedido ao tomador e descendentes, ou a marido e mulher, e a um filho, que o ultimo daquelles nomear, se faltão filhos ou descendentes, o prazo não caduca, porque se defere aos collateraes dentro do quarto grão, aos quaes cabe o direito de renovar, se as vidas estão extinctas. Com tudo esta Lei, como já advertimos, suppõe o prazo vitalicio ou temporario não nomeado deferido *ab intestado*, e tanto o de livre, como o de restricta nomeação, faltando alguma vida por preencher, na falta de descendentes e ascendentes do emphyteuta: n'este caso defere o prazo aos collateraes referidos; logo se ha descendentes, succede um destes no prazo, e por sua morte devolve-se ao senhorio; na falta de descendentes, existindo ascendentes, um d'elles preenche a vida; e se estes tambem faltão, passa então a successão aos collateraes referidos, nos quaes acaba a successão ou termina o emprazamento, sem que tal Lei dê renovação a descendentes, ascendentes ou collateraes; de sorte que o A. e mais sectarios da renovação necessaria encontrão n'ella o que nós em verdade não podemos por modo algum attribuir-lhe.

*Porro quae nos hic de renovatione diximus, etc.* Termina a nota advertindo, que o direito á renovação, pois que vem do direito emphyteutico, procede quando este se extingue sem culpa do emphyteuta, por quanto se perece por culpa d'elle, acabão todos os seus effeitos, e por isso tambem aquelle; podendo por tanto o senhorio reter, ou conceder ao antigo ou a differente foreiro os bens, quer com as mesmas clausulas e natureza, quer com outras a seu arbitrio, ainda que oppostas á antiga investidura, pois se não attende por extincta: *illius enim, utpote extinctae, nulla ratio habenda est.* Pinheir. *de emphyt.* disp. 7. sect. 4.

*Modos, por que acaba o direito emphyteutico.*

§. 27. *Amittitur emphyteusis multis modis.* Muitos são os modos, por que a emphyteuse se perde ou acaba.

Procedem uns sem culpa, outros por culpa ou por facto imputavel ao emphyteuta. Acaba sem culpa sua pelo total perecimento do prédio; por quanto como o direito emphyteutico está annexo ou se refere ao corpo dos bens do prazo, perecendo estes, necessariamente perece aquelle, porque seu objecto não existe, e não pôde dar-se direito algum sem objecto, como se conclue da L. 1. C. de jur. emphyt., e §. 3. Inst. de locat., pela razão: *Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est*, princ. Instit. de usufruct. Por tanto se a emphyteuse tem objecto n'uma casa ou edificio, e este perece totalmente por incendio, acabou o direito, bem como a obrigação do foreiro; mas se o mesmo o reedifica, restabelece o seu direito, e a necessidade da pensão com as mesmas clausulas da antiga investidura, sem que o senhorio possa alteral-as ou obstar-lhe á reedificação.

Dissemos que a extincção da emphyteuse acontece pelo perecimento total do seu objecto, pois que, como antecedentemente ponderámos, se perece sómente parte, nem acaba o direito do emphyteuta, nem o do senhorio á pensão, porque se não idare esta com preço dos fructos e proveitos, mas em reconhecimento do dominio senhorial ou directo: *Sini vero particulare, vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia: hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum*, L. 1. C. de jur. emphyt. Esta doutrina porém não é applicavel, se as terras frugíferas forão dadas por emphyteuse, com fôro calculado sobre os proveitos, commodidades e interesses, como na locação, porque neste caso é por esta que se regula, tendo por isso a pensão abatimento em razão daquelle, que os bens ficarão tendo no rendimento por effeito da ruina ou estrago, que em parte d'elles houve.

2.º *Cessione, seu renuntiatione in favorem domini*, etc. Pela cadencia ou renuncia do foreiro em favor do senhorio é evidente que acaba a emphyteuse, pois fica neste com o directo o dominio util cedido. Mas é preciso para isto a concorrencia e intervenção simultanea de duas condições ou requisitos: primeiro, que

a emphyteuse seja susceptível de renúncia, isto é, que este facto do emphyteuta não prejudique terceiro, pois que n'este caso a renúncia não tem effeito por nulla; por exemplo, se o prazo foi concedido a marido e mulher, e a um filho d'entre ambos, não podem os pais válidamente renuncial-o por si, porque offendem o direito deste filho.

E o segundo requisito para por este modo acabar a emphyteuse, que o senhorio aceite a renúncia ou cedencia do emphyteuta, não só porque se ella é beneficio, ninguém pôde obrigal-o á sua acceptação, *inuito non confertur beneficium*, mas porque em regra não pôde o senhorio ser obrigado á acceptação do prazo, ou a consentir em que o emphyteuta l'ha entregue, tanto porque a emphyteuse foi constituída por um contracto, que sómente o mutuo dissenso pôde destruir e desfazer, como porque se dá no emphyteuta obrigação do pagamento do fôro, de que não pôde absolver-se a si mesmo,

Com toda esta doutrina, como dissemos, procede em regra, pois que segundo nossos Praxistas, com cuja opinião nos conformamos, sempre que o prazo é pre-judicial ao emphyteuta, e sómente util ao senhorio, pôde aquelle renuncial-o, extinguindo a obrigação, ainda que este repugne.

Por exemplo, sendo o objecto emprazado um mo-nho, com obrigação, como fôro, de apromptar o emphyteuta em cada anno, as farinhas necessarias para os gastos da familia do concedente, se esta cresce a tal ponto, que não sobra tempo ao tomador para apromptar outras farinhas, em que lucre, tornando-se assim toda a utilidade em prejuizo do senhorio, deve este aceitar a emphyteuse renunciada, pois não pôde locupletar-se com a jactura d'aquelle.

3.º *Praescriptione*. Pela prescripção acquisitiva acaba a emphyteuse em favor do senhorio, comprando os bens em boa fé a terceiro, se o emphyteuta deixa correr todo o tempo necessario sem usar da sua acção, ou se, depois de intental-a, acquiesce. Procede a extinctiva em favor do emphyteuta, quando igualmente em boa

fé deixa de satisfazer a pensão, e o senhorio acquiesce ou não usa do seu recurso, circumstancias, em que a necessidade ou obrigação da pensão acaba no emphyteuta, ficando o prédio no seu dominio pleno, ou considerado allodial.

4." *Temporis lapsu ob finitas generationes, etc.* Acabado o tempo ou vidas da concessão, volta o dominio util ao senhorio, como dispõe a Ord. liv. 2. tit. 1. § 6. verso — *por as vidas serem findas*; que não obstante ser alli disposição com referencia a prazos da Igreja; por identidade de razão comprehende toda a emphyteuse temporaria ou vitalicia, sem exclusão da profana, para acabar por este modo.

5." *Consolidatione, seu devolutione speciali ex causa caduci, etc.* Ainda que geralmente se dá consolidação, sempre que o dominio util se reúne com o directo, que deste modo fica pleno, com tudo diz-se consolidação em especie, quando a reunião dos dominios, o util com o directo, acontece no senhorio pela caducidade, isto é, pela extincção da emphyteuse em razão de não existir pessoa alguma das que na investidura tinham vocação para continuar aquella, succedendo-lhe. Por tanto caduca, e por isso consolida-se no senhorio o prazo hereditario, se não fica herdeiro algum do defuncto: o mesmo é na emphyteuse perpetua familiar, se lhe não fica parente; o que entendemos, contra a opinião do A., extensivo aos collateraes além do quarto gráo segundo o Direito Canonico, e tão sómente até ao gráo referido na familiar vitalicia ou temporaria. Lei de 9 de Setembro de 1769. A de livre nomeação caduca, se o que tinha direito para determinar successor, morre intestado em quanto a ella, ou sem fazer a seu respeito nomeação expressa ou tacita, quando lhe não fica descendente, nem ascendente, nem collateral dentro do referido quarto gráo, cit. Lei.

*Culpa possessoris amittitur emphyteusis.* Examinados os modos e circumstancias, em que sem culpa do foreiro se extingue o direito emphyteutico, vejamos com o A., quando da culpa daquelle resulta o mesmo effeito, ou quando o prazo perece por facto ou commissão do

foreiro, perdendo em pena todo o seu direito, que se devolve ao senhorio.

1.º *Ob non solutum canonem intra triennium.* Cáo o emphyteuta em commisso, primeiramente se não paga o fôro por tres annos cumpridos e continuos, pois que tal factó devolve o dominio util inteiramente ao senhorio secular, se o quizer, Ord. liv. 4. tit. 39. *in pr.*, o que procede, ainda que este não tenha exigido o pagamento, porque o mesmo tempo desperta o seu dever ao foreiro, ou, como Gregorio IX. se explica no Cap. ult. *de locat.*, e o A. aqui repete, *in hoc casu dies statuta pro domino interpellat.* Nem o foreiro purga ou sana a mora, se offerece depois as pensões vencidas ao senhorio, nem este accitando-as renuncia o seu direito á devolução, pois não faz mais, do que receber uma divida, como resolve a cit. Ord. §. 1.º: *offerecendo ao senhorio todo o fôro e pensões devidas, não purgará por isso a mora, nem será relevado do commisso, em que cáto, ainda que o senhorio lhe receba as pensões, salvo se expressamente lhe aprouver accitar a dita purgação, e o relevar do commisso.*

*Nec judicis sententia requiritur*, etc. Para ter logar a pena do commisso, segue o Sr. Paschoal, não ser necessaria sentença alguma do Juiz, pois que resulta *ipso jure* do factó, que constitue aquelle, ou o delicto qualificado tal pela lei em offensa do senhorio, no que concorda com Heinecc. *ad Pand. ad tit. locat.* §. 333. not.

Esta doutrina porém não é confôrme á justiça, em nossa opinião, nem confôrme ao systema adoptado em nossas leis. Não é confôrme á justiça, pois nem esta permite que a pena seja imposta sem a prova do delicto e defesa do agente, nem que julgue d'uma e outra o proprio interessado. Tambem o systema das nossas leis não acceita a opinião do A., o que nos parece evidente, combinada a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 8. com o Ass. de 20 de Julho de 1780. Por quanto segundo aquella Ord. o conjuge sobrevivente com descendentes menores deve fazer inventario em dous mezes desde a morte do defuncto, alias *por esse mesmo feito será*

*privado da herança dos filhos ou descendentes, que ao tal tempo tiver, para nunca mais em tempo algum lhe succeder.* E procederá esta pena pela falta d'inventario sem sentença declaratoria do Juiz? Não, pois que o dit. Assent. resolve, que não obstante estar pelo mesmo facto imposta pela lei, é sempre necessaria a sentença declaratoria, alias seria a pena executada sem defesa e audiencia do réo, o que repugna com o Direito Natural. O mesmo seria, dizemos nós, por identidade de razão no perdimento da emphyteuse sem sentença do Juiz declaratoria do commissor.

*Non potest tamen dominus propria auctoritate non solventem expellere, etc.* Aqui concordamos perfeitamente com o A., que acha repugnante com a ordem social despossar o senhorio sem auctoridade do Juiz o emphyteuta incurso no commissor, por quanto não permite aquella a alguém fazer justiça a si mesmo.

*Non committitur tamen emphyteusis, parte canonis non soluta.* Como o dolo ou proposito fraudulento do emphyteuta, que não reconhece por tres annos o dominio directo, é a causa da existencia do commissor, segue-se que pagando elle uma parte da pensão, ainda que não satisfaça a restante, e falte assim ao verdadeiro pagamento, não incorre no commissor, pois destroe por este modo a idéa de se negar a reconhecer o senhorio. Por estes fundamentos concordão os Praxistas em que o pagamento das pensões não vencidas ou futuras, ficando em aberto ou por pagar as preteritas, ainda quando bastantes pelo numero para findarem a emphyteuse, evita o commissor, mostrando a falta de dolo do devedor, o que tira a qualidade de delicto ao seu facto antecedente, não obstante o protesto do senhorio contra elle pelo commissor, pois que contradiz este protesto, reconhecendo a boa fé do foreiro pela acceptação de taes pensões. Com tudo estas razões não nos pareem verdadeiras, sendo mais exacto e juridico dizer, que o senhorio, recebendo pensões futuras, renunciou o direito proveniente do commissor practicado, obrigandose á conservação do foreiro, alias receberia sem causa, e que por isso o seu protesto não destroe a

obrigação contrahida ; o que assim não seria , recebendo pensões preteritas , pois tinham causa na divida , o que não o constitue em renúncia do direito adquirido , ainda que não proteste por elle.

*Praeterea possessoris culpa emphyteusis amittitur*, etc. Pela deterioração notavel do objecto emprazado com causa no dolo ou culpa larga do emphyteuta perde este o seu direito, como dispõe em quanto ás emphyteuses ecclesiasticas a Novell. 120. cap. 8., disposição, que a maior parte dos Reimicolas amplia entre nós, não obstante a falta de lei patria, ás emphyteuses seculares, tanto por identidade da razão, como porque, sendo o fim da concessão emphyteutica o melhoramento dos bens, seria iniqua a obrigação do senhorio conservar o emphyteuta, que não só os não melhora, mas os destrõe, ou consideravelmente damifica.

Acaba tambem a emphyteuse pela alienação do objecto sem consentimento do senhorio, Ord. liv. 4. tit. 38. *in pr.*, o que procede querendo este usar do seu direito, cit. Ord. §. 1.; e finalmente acabava pela confiscação de bens incorrida pelo foreiro, pois se devolvia o prazo ao senhorio, excepto quando hereditario, que passava para o Fisco. Ord. liv. 5. tit. 6. §§. 18. e 19.

*A commissi autem poena quaecumque causa solet excusare*, etc. Termina o A. este §., advertindo com Gam. *decis.* 212. n. 3., Valasc. *consult.* 11. n. 14., e Reinos. *observ.* 59. n. 20., que o commisso costuma ser desculpado no emphyteuta por qualquer causa, que se opponha á idéa de ter obrado por dolo.

### *Singularidades da emphyteuse ecclesiastica.*

§. 28. *Emphyteusis ecclesiastica, cum species alienationis sit*, etc. Como os economos e administradores das Igrejas estão para ellas na mesma razão de tutores, que não podem alienar, e por isso conceder arbitrariamente os seus bens em emphyteuse, não val esta, sem precederem as licenças e solemnidades, que n'outro

logar expozemos: o que procede, como igualmente já notámos, na concessão nova ou primordial, sem que seja necessario repetil-as para continuar as antigas emphyteuses. Extravag. *Ambitiosae, de reb. eccles. non alien.*

*Biennio deinde, non triennio, etc.* Outra singularidade da emphyteuse ecclesiastica consiste em se perder por commisso, faltando o pagamento do fôro em dous annos, quando são necessarios tres na secular sem o mesmo pagamento: o que faz ser naquella o emphyteuta admittido, ainda depois de citado, mas antes da lide contestada, a purgar a mora, em que esteve, de não pagar, offerecendo ao senhorio as pensões; beneficio, de que não goza o foreiro secular, por isso que tem mais tempo para evitar o commisso. Ord. liv. 4. tit. 39. §. 2. Além disto na emphyteuse secular a escriptura é necessaria tão sómente para prova, quando na ecclesiastica é de tal sorte essencial, que sua falta a annulla, ou é a escriptura da substancia do contracto, como se explica a Ord. liv. 4. tit. 19. *in fin. princ.*

Refere ainda o A. como differença entre uma e outra emphyteuse o não poder a ecclesiastica estender-se além de filhos e netos, quando a secular pôde ser tambem perpetua. Com tudo a Novell. 7. cap. 3., que prohibia a perpetuidade da emphyteuse ecclesiastica, foi revogada, como antecedentemente advertimos, pela Novell. 120. cap. 6. §. 1.: *Licentiam igitur, damus praedictis venerabilibus domibus* (igreja, mosteiros, hospitaes e casas pias) *non solum ad tempus emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed et perpetue haec eis emphyteutico jure volentibus dare.* Nem o Cap. *Potuit 4. de locat.*, citado pelo A., prova de modo algum contra a perpetuidade da mesma especie de emphyteuse; por quanto determina unicamente o commisso pela falta de pagamento do fôro no biennio, concordante a Ord. cit. do liv. 4. tit. 39. §. ult., que se remmette neste ponto ao Direito Canonico, sem que por isso tambem prove a pretendida antiga prohibição de se conceder entre nós perpetuamente a emphyteuse ecclesiastica.

*Huc etiam vel maxime spectant*, etc. Ainda com relação a especialidades da emphyteuse ecclesiastica refere o A. as sentenças da Lei de 4 de Julho de 1768, mandando primeiramente banir do fóro a opinião de poderem as Igrejas, Mosteiros e quaesquer corpos de mão morta; consolidar nos prazos, que lhes pertencem, sendo nùllas e sem effeito taes consolidações, ou se fação ou tenham feito por devolução, commissio, ou por outro qualquer modo. Em ségundo lugar determina, que os bens consolidados desde 1611, ficando validas as consolidações anteriores, sejam dados em emphyteuse pelas Igrejas e mais corpos de mão morta dentro d'um anno, com os mesmos fóros e laudemios, por que antecedentemente os havião aforado, permitindo-lhes com tudo que pelas dividas dos foreiros não só possam fazer execução nos rendimentos dos prazos, mas nas mesmas propriedades, as quaes os individuos, que formão os corpos do Clero secular, sendo pertencentes a emphyteuses dos mesmos corpos, podem optar, devendo, em quanto vivos ou por sua mórte, passal-as a pessoas seculares.

A prohibição porém de consolidar ambos os domínios não abrange as Ordens Militares por Resolução Reg. de 30 de Dezembro de 1768 *ibi*: *Sou servido declarar, que não foi da minha Real intenção comprehender os bens das Ordens Militares na disposição da minha Lei de 4 de Julho do presente anno; nem tambem ficou absoluta para os corpos de mão morta não poderem consolidar, depois do Alvará de 12 de Maio de 1769: Hei por bem declarar, que em todos os casos em que os prazos por regra geral se podem consolidar com o dominio directo, como succede nos casos de commissio e nos de devolução, possuem os ditos corpos de mão morta consolidar sómente para o effeito de tornarem a empraçar dentro de anno e dia; ficando assim prohibidas as consolidações perpetuas em taes corpos por titulo d'opção, consolidação e commissio; mas permittidas as temporarias *intra annum*, para outra vez se concederem os bens em emphyteuse sem maiores fóros e laudemios.*

*Dubitari solet*, etc. Visto que os corpos de mão morta não podem deter em si bens immoveis, além dos adquiridos até 1611, examina o Sr. Paschoal nesta nota, com que terminá a materia do direito emphyteutico, se os mesmos corpos podem possuir *Padrões de juros Reaes*, ou titulos de divida Nacional com vencimento de juros pagos pelo Thesouro.

Ainda que taes Padrões pela Ord. liv. 3. tit. 47. *in pr.* se considerem bens de raiz, tem seguido alguns DD., que os corpos de mão morta os podem possuir segundo as LL., pois que as que se oppõem á amortização, versão sobre immoveis verdadeiros, e não sobre os que o são por ficção. Com tudo o A. não adopta tal doutrina, não só porque para estes corpos possuirem os titulos, de que fallamos, ou por successão ou por compra, sempre se tem impetrado dispensa, como mostra com exemplos, o que faz suppor lei prohibitiva, mas porque esta existe com certeza no Alvará de 31 de Janeiro de 1775. §. 3. Por quanto concedendo á Misericordia de Lisboa e Hospitaes d'ella, poderem haver bens, que sem faculdade do Soberano não podião possuir por mais tempo, do que o determinado na Lei do Reino, refere como taes em primeiro logar *Padrões de juro em qualquer dos Atmozarifados e Alfandegas*; logo taes titulos estão expressamente na lei considerados bens estaveis, que os corpos de mão morta são prohibidos de conservar. Accresce que a Provis. de 14 de Maio de 1770 lhes dá a mesma natureza, declarando não poder certa irmandade possuir um Padrão, que lhe havia sido deixado, e que por isso estava devoluto ou no dominio da Corôa.

Adverte com tudo o A., que os Collegios e estabelecimentos de mão morta são prohibidos de possuir Padrões de juros, que comprarem; ou que lhes forem deixados; mas que emprestando elles mesmos dinheiro ao Thesouro, seria iniquo e contrario á boa fé e honra nacional confiscar-lhes ou fazer-lhes perder quer o proprio, quer os juros.

## TITULO XII.

### Das partilhas e collações.

*Razão d'ordem, e o que seja petição de herança.*

§. 1. **D**Epois de o A. nos haver mostrado, como se succede na herança, formada pelas dividas e bens alldiaes do defuncto testado e intestado, continuou, pela analogia das materias, com a successão nos bens de propriedade limitada, isto é, com a que versa nos vinculados e emphyteuticos, os quaes, ainda que impartiveis, contribuem para a herança, uns e outros com o preço das bemfeitorias uteis extraordinarias e com os fructos extantes percebidos, e os ultimos com o custo, quando comprados na constancia do matrimonio, ou com a estimação sendo hereditarios. Por tanto, como sómente agora estamos bem certos dos diferentes elementos, que compõem a massa partivel deixada pelo defuncto, é este o logar opportuno para o exame das regras applicaveis á partilha ou divisão de tal massa, se ha muitos coherdeiros, ou ainda um só herdeiro concorrendo com o conjuge meeiro; o que dá occasião ao assumpto das collações, pois que precedem aquella communmente, para n'ella se observar igualdade.

Mas como o fundamento unico para requerer a partilha da herança consiste no direito hereditario deferido pelo testamento, e na falta deste pela lei, direito, que póde ser negado pelo que está de posse dos bens, tracta o A., antes de tudo, do meio ou accção, que tem por fim liquidar a existencia da qualidade de herdeiro, e se diz *petição de herança*.

Esta accção compete ao herdeiro legitimo ou testamentario contra o possuidor, para que o Juiz o declare herdeiro, condemnando ao mesmo tempo aquelle na entrega de toda a herança, ou da parte, que nella lhe

cabre, com as accessões e rendimentos desde a morte do defuncto. Deve o herdeiro, se este morre testado, exhibir o testamento, se o tem, ou requerer que o réo o exhiba, accumulando com a petição de herança neste caso a acção chamada *de edendo*.

A petição de herança é acção universal, pois que tem por objecto toda a herança, ou uma quota d'ella, contra o que possui como herdeiro ou por titulo universal; sendo propria a de reivindicação contra o que possui por titulo singular, mas nullo, alguns bens ou cousas determinadas da herança. L. 9. C. *de pet. hered.* Se ha duvida sobre ser morta a pessoa, cuja herança se pede, tem logar não a petição de herança, mas a de curadoria dos bens do ausente na fórma da Ord. liv. 1. tit. 62. §. 38., pois se não dá herança d'homem vivo.

*Et in effectu et causa parum a reivindicacione differt.* Conclue o Sr. Paschoal este §. advertindo que a petição de herança, tanto na causa, como no effeito, pouco differe da reivindicação. A causa da reivindicação é o dominio, a daquella é o direito hereditario, o que produz a differença de que na reivindicação deve o auctor provar o dominio do defuncto, além do seu; quando na petição de herança não faz mais do que provar o seu direito de succeder por virtude do testamento, ou da lei na falta deste, no que se dá maior vantagem.

Em quanto ao effeito, tambem differem; por quanto na reivindicação o possuidor de boa fé não satisfaz os fructos consumidos, nem os damnos, a que a sua negligencia deo causa; na petição de herança o possuidor restitue todos os fructos desde a morte do defuncto, e satisfaz os damnos causados por culpa leve.

Finalmente a reivindicação, por isso que é acção real, prescreve entre presentes por dez annos, quando a petição de herança prescreve sómente por trinta em razão de participar de pessoal, pois no que possui cousa alheia se dá quasi contracto, que o obriga a todos os prejuizos, de que foi causa, e restituição dos interesses percebidos.

*Acção de partilha da herança.*

§. 2. *Ex eodem fonte oritur iudicium familiae eriscundae*, etc. Do mesmo direito hereditario nasce o juizo *familiae eriscundae*, ou acção de partilha da herança, a qual compete ao herdeiro contra o cabeça de casal e coherdeiros, para cada um sob juramento dar ao inventario os bens da herança, que em si tiver, com os rendimentos desde a morte do defuncto, ou os bens comprados com elles: pedindo além disso que todos concordem em louvados, que avaliem os bens com as bemfeitorias ou damnificações, para tudo se indemnizar e partir. Se ao autor se não disputa a qualidade de herdeiro, é-lhe inteiramente desnecessaria a petição de herança; mas se lhe é disputada, não póde intentar a acção de partilha, senão depois de ter vencido naquella, pois não é liquido o seu direito de partir, ou soffre dúvida.

*Hoc igitur iudicio res hereditarias ex bono et aequo inter heredes dividuntur.* Isto é, na partilha da herança não sómente se observa a justiça e igualdade, mas tambem a equidade: assim, se um dos coherdeiros tem interesse em que lhe seja adjudicada uma gleba da herança confinante com outra sua, manda a equidade attendel-o; igualmente se o prédio perde consideravelmente do seu valor dividido entre todos, adjudica-se a um, que satisfaz ou com dinheiro, ou com outros bens, em que não parte, a estimação correspondente aos quinhões dos outros: o que faz que a partilha da herança participe algumas vezes da venda, e outras da permutação. De mais a acção de partilha com respeito á herança é summaria, sem que admitta questões d'alta indagação; e se occorrem, devem ellas disputar-se em processo separado, para que a divisão do liquido se não demore com a do illiquido. Ord. liv. 4. tit. 96. §. 17. *Noviss. Refórm. Jud.* art. 299. §. 3. Assim se estão illiquidos os rendimentos, as despesas, ou damnos feitos nos bens, é bastante que o Juiz condemne os coherdeiros em mutuamente se indemnizarem; reservando para a execução, sem se sobrestar na partilha, a liquidação das differentes prestações.

*Divisio autem semel facta*, etc. Adverte em fim o A., que depois d'uma vez feita a partilha, não se desfaz temerariamente, ou sem que todos os interessados consentão com conhecimento de causa: por quanto, como se deduz do §. ult. *Inst. de offic. Jud.*, o dominio, que todos em commun tinham na herança, fica consistindo para cada um no respectivo quinhão, depois de feita a partilha; e como ninguem pôde ser privado do seu direito, sem que consinta, não pôde ella desfazer-se. Donde vem que ficando alguns bens por dividir, é sobre estes que recáe nova partilha, conservando-se intacta a primeira: *Familiae eriscundae judicium amplius, quam semel, agi non potest: quod si quaedam res indivisae relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest.* L. 22. §. 4. *D. famil. erisc.* Exceptua-se porém desta regra o caso, em que algum dos coherdeiros é menor, porque sendo lesado na partilha, a desfaz por meio da restituição *in integrum*, Ord. liv. 4. tit. 96 §. 21, quando fóra d'esta circumstancia o erro ou lesão não é bastante, pois que sómente cabe ao lesado haver indemnização, ou ser composto na sua parte pelos outros, sem que a partilha se revogue, como dispõe a cit. Ord. §. 16., e melhor adiante mostraremos.

*Por que modos se faz a partilha.*

§. 3. *Fiunt autem bonorum partitiones vel ab ipsis heredibus extrajudicialiter*, etc. Quatro são os modos por que os coherdeiros podem partir ou dividir a herança entre si, os quaes o Sr. Paschoal aqui expõe.

1.° Extrajudicial e amigavelmente, como lhes faculta a Ord. cit. §. 18. *verbis: ou quando as partes fizerem partilha entre si sem auctoridade de Justiça.* Neste caso porém querem alguns, que, como ha convenção, se o objecto ou a herança excede a taxa da Lei, deve a partilha ou auto d'ella passar para escriptura pública, em que os coherdeiros assignem, como se conclue da mesma Ord., que referindo-se á partilha extrajudicial, acrescenta: *tanto que por elles for acabada, e o auto,*

que se d'ella fizer, for por elles assignado em escriptura publica, ou autos públicos, não se poderá jámais a partilha desfazer, posto que alguma das partes a contradiga.

Com tudo esta doutrina pela nossa anterior legislação não procedia, sendo os coherdeiros todos ligados pelo parentesco, pois que nestas **circumstancias** seus contractos admittião prova por **testemunhas**, e por isso a partilha entre elles dispensava a **escriptura**, não absolutamente, mas nos termos da Ord. liv. 3. tit. 59. §. 11.; providencia, hoje extensiva não só a todos os parentes, ou sem attenção com a maior proximidade, mas aos mesmos estranhos, qualquer que seja a importancia do objecto. *Noviss. Reform. Jud.* art. 463.

2.º *Vel per partitores*, etc. O segundo modo consiste em se fazer a divisão por partidores dados pelo Juiz, o que a mesma Ord. §. cit. concede não sómente aos irmãos, mas aos outros coherdeiros, *verbis: Por mandado da Justiça e por partidores, e for concordada e assignada pelo Juiz e partidores*. Também se os coherdeiros não adoptão a partilha puramente convencional, nem a feita por partidores dados pelo Juiz, tem logar a judicial com sentença sobre processo proprio. *Cit. Ord.*

Com tudo se o defuncto regulou a partilha no testamento, (e este é o quarto modo de partir) não tem logar algum dos outros referidos, pois se deve observar a vontade do testador: *Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est*, L. 8. C. de *inoffic. testam.* concordante o *Cod. Civ.* de França art. 1075; o que procede, se o defuncto não prejudica a legitima dos herdeiros necessários, como o A. adverte com *Valasc. de partit. cap. 20.*

Mas poderá o testador regular válidamente a partilha entre quaesquer coherdeiros? Ainda que a referida L. Romana, com o cit. art. do *Cod. Civ.* de França, attribuão este poder ao ascendente para com os descendentes, parece dar-se por igual razão no descendente testador, para com os ascendentes coherdeiros, e por maior, quando estes são collateraes ou estranhos ao

defuncto, caso, em que se não attende á igualdade da partilha, mas ao cumprimento restricto da vontade do testador.

*Partidores, divisores, seu aestimatores*, etc. Pondera o Sr. Paschoal na nota ao §., que os partidores, divisores, arbitradores ou avaliadores, isto é, as pessoas, que reúnem o officio de avaliar com o de partir os bens da herança, ou são nomeados pela Camera do Municipio, ou pelas partes, ou pelo Juiz *ex officio*, e que se os primeiros nomeados não concordão, deve o Juiz, segundo a Ord. liv. 3. tit. 17. §. 2., determinar terceiro com aprazimento das partes, para concordar com um daquelles; providencia, que diz adoptada por falsa deducção da L. 17. §. 6. D. *de recept. qui arbitr.*, e que se não póde observar, porque tira o livre arbitrio ao terceiro arbitrador.

Mas devemos advertir que os avaliadores nomeados pela Camera tem objecto nos bens, em que se faz execução, Lei de 20 de Junho de 1774 §. 11., e Alvará de 25 d'Agosto de 1774 §. 30.; o que faz não serem os competentes para avaliar os bens da herança, salvo se os coherdeiros concordão, condição, com que aquelles podião reunir a qualidade de partidores, se nenhum destes era menor. Por quanto sendo menor algum dos coherdeiros, um official público era o partidor, que não podia ser juntamente avaliador, Alvará de 25 de Junho de 1695; bem como os avaliadores não podião ser juntamente partidores, Alvará de 21 de Junho de 1759. Estes partidores porém forão extinctos pelo art. 27. do Decreto de 18 de Maio de 1832.

Cumpra tambem advertir, que nos não parece admissivel a opinião do A., rejeitando a necessidade do terceiro avaliador se conformar com o arbitrio d'um dos dous principaes ou primeiros nomeados, não só porque podendo aquelle discordar, se não daria vencimento, devendo chamar-se outro, e mais, até se darem concordes dous arbitrios, mas e principalmente porque a cit. Ord. liv. 3. tit. 17. §. 2. é expressa, determinando a necessidade da concordancia do terceiro, e quando a lei é expressa, só nos cabe observal-a.

Os partidores porém ainda hoje tem logar na partilha entre maiores, como era antigamente, *Noviss. Refórm. Judic.* art. 299.; e são as partes que os escolhem, Guerreir. Tr. 2. liv. 3. cap. 10. n. 12., para sob juramento deferido pelo Juiz fazerem as sommas, deducções e divisões de toda a massa, em conformidade do despacho, que lhes determina a fôrma da partilha; pertencendo ao officio do Juiz designar os bens, que devem ser adjudicados a cada um dos coherdeiros, no que lhes cumpre observar toda a possível igualdade, cit. Guerreir. n. 14. Esta adjudicação termina, ou conclue a partilha, para ser julgada por sentença, da qual as partes podem recorrer por appellação, mas sem effeito suspensivo. *Noviss. Refórm. Judic.* art. 413.

#### *Da citação dos coherdeiros.*

§. 4. *Quia vero, quod omnes tangit, ab omnibus debet adprobari, etc.* Como os coherdeiros tem interesse commum na partilha, devem, para se não dar nullidade, ser citados não só todos os presentes, mas os ausentes em parte certa, se a citação é possível, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 96. §. 2. Com tudo se o ausente está em parte certa, onde a citação é possível, mas difficil, por exemplo, se está na India, parece que a falta de citação pessoal não torna nulla a partilha, pois que a cit. Ord. para a necessidade daquella tem em vista a facilidade d'a mesma se fazer, por estas expressões — *onde bem possa ser citado*, o que nesta especie se não dá. Procede o mesmo, se o logar, em que o ausente se acha, ainda que não mui distante, é inaccessible por occupado pelos inimigos, ou em razão de contagio. Concorda o *Digest. Portug.* tom. 2. art. 1015.

*Si loco incerto absint, partitiones fiunt, etc.* Se a ausencia é em logar incerto, prescinde-se da citação, e, salvo o direito ao ausente, procede-se sem nullidade á partilha, sem que até mesmo se empregue ou seja necessaria a que se faz por edictos, segundo a opinião do A. em harmonia com outros, entre os quaes se distingue principalmente Valasco, que sustenta tal doutrina com as seguintes razões.

1.ª A nossa cit. Ord. manda, que se não faça a partilha, estando o ausente em parte certa, *onde bem possa ser citada*: logo *a contrario sensu* prescinde da citação, se o lugar é incerto.

2.ª A partilha exige celeridade, não só porque os coherdeiros interessão em saber qual a porção, que lhes cabe, mas em a administrarem quanto antes como mais conveniente entenderem.

3.ª Na partilha feita sem citação do ausente em parte incerta, este não é prejudicado, pois lhe fica salvo o seu direito.

Temos porém difficuldade em admittir a opinião, que prescinde neste caso da citação feita por edictos: por quanto a Ord. liv. 4. tit. 96. §. 2., que sómente falla da citação ordinaria ou em pessoa, referindo-se ao ausente em parte certa, e dispensando esta especie de citação *a contrario sensu* no ausente em parte incerta, assim como, em nossa opinião, quando o ausente está em parte certa, onde esta mesma especie de citação é difficil; não se pôde entender que dispensa nestes dous casos a citação por edictos, quando esta se acha determinada na Ord. liv. 3. tit. 1. §. 8. para todos aquelles, em que a citação é necessaria, mas se não pôde fazer em pessoa, em razão da ausencia em parte incerta, ou perigosa, ainda que certa. O que faz que aceitemos o argumento de Valasco *a contratio sensu*, como procedente para não ser necessaria nos dous casos a citação em pessoa, como a unica, de que falla a Ord., em que funda o argumento, mas não para a falta da necessidade da feita por edictos, dando á Ord. liv. 3. tit. 1. §. 8. uma excepção, que não aceita, por sua geral disposição.

Não negamos que a partilha requer celeridade, nem que nesta os coherdeiros interessão; mas não é isto fundamento para que se não empreguem os meios legaes de chamar a ella o ausente. Também não negamos que a este fica salvo o seu direito; mas negamos que lhe seja indifferente o não assistir á partilha por si, ou por procurador, porque ella não se desfaz; e ainda que se pôde emendar, quando alguem é lesado na sexta parte, pôde o ausente ser lesado em menos,

em que fica sem meio para ser indemnizado. Por tanto entendemos insupprível a citação por edictos em ambos os casos apontados; e não a reputamos inutil, pois é possível ter o ausente por este meio noticia da exigencia da partilha, que lhe respeita, muito mais pela providencia do annuncio no Periodico da terra, ordenado no art. 207. da *Noviss. Refórm. Jud.*

Nem hoje tal citação do ausente se dispensa, porque nas circumstancias expostas da Ord. liv. 3. tit. 1. §. 8., a exige a generalidade da mesma *Noviss. Refórm. Judic.* art. 206.

*Miiores, si pupillarem aetatem excedunt, etc.* Se algum dos coherdeiros é filho-familias, e como tal sujeito ao poder patrio, deve o pai ser citado para a partilha, não só como tutor e defensor natural do filho, mas porque lhe cabe o usufructo nos seus bens adventicios, sendo assim por si mesmo interessado, causa, ainda que outra se não dêsse, para dever ser citado. Se porém o coherdeiro é orfão e pubere, tanto elle, como o tutor, são citados, mas não é citado o impubere, e sómente o seu tutor, Ord. liv. 3. tit. 41. §. 8., casos, em que a partilha não pôde ser amigavel, Ord. liv. 4. tit. 96. §. 6., e fica a cargo do Juiz proceder a inventario dentro d'um mez depois da morte do defuncto. Ord. liv. 1. tit. 88. §. 4.

Exposta a doutrina do A. sobre a citação dos coherdeiros, tanto quando todos são maiores, como quando algum d'elles é menor, aproveitaremos a oppor-tunidade para expor as providencias novissimas, com referencia á partilha, em que o orfão com menos de vinte e cinco annos de idade é interessado, ainda que sejam maiores todos os outros coherdeiros; estando na mesma razão a em que interessa o ausente ou outra alguma pessoa, que por Direito não pôde reger-se ou administrar os seus bens. *Noviss. Refórm. Judic.* art. 404.

Como o inventario dos bens e encargos deixados pelo defuncto é a base da partilha, os inventarios, que respeitão aos menores, são distribuidos pelo Juiz Ordinario ou de Direito do domicilio do defuncto, em livro especial para este fim. *Cit. Refórm.* art. 499. O

processo do inventario principia por o Juiz convocar o Conselho de familia para a nomeação do tutor, se o defuncto o não nomeou ao filho em testamento; alias o Conselho é convocado para nomeação dos louvados, que hão de avaliar os bens da herança. De tudo isto se faz auto, que é por todos assignado. *Cit. Refórm.* art. 404.

O Juiz defere juramento ao cabeça de casal, para dar á escripta os bens todos, sob as penas de sonegados, *Ord. liv. 1. tit. 88. §. 4.*; defere igualmente o juramento aos louvados, para bem avaliarem; e determina se proceda á descripção e avaliação em presença do tutor, podendo tambem assistir as mais pessoas interessadas. *Cit. Refórm.* art. 405. O escrivão numera seguidamente cada verba dos bens, que escreve, distinguindo os moveis por seus signaes e qualidades; declara estas nos immoveis, bem como suas confrontações, sem que omitta as dividas, tanto activas, como passivas, e a natureza dos seus titulos. Terminada a descripção e avaliação, o Juiz verifica a exactidão dos numeros das differentes verbas, e se acha algum emendado, manda fazer declaração da emenda, a qual assigna. *Art. 410.*

Concede depois por vinte e quatro horas peremptorias vista a cada um dos interessados, tanto para licitarem, isto é, para offerecerem, querendo, maior valor sobre a avaliação dos louvados, como para dizerem o que lhes convier sobre a fôrma da partilha; e o que por esta occasião não licita, não pôde mais licitar. Esta vista é dada depois de todos os coherdeiros ao cabeça de casal, e por fim ao Curador. *Art. 4011. §§. 1. e 2.* As licitações não são admittidas em mais propriedades, do que as que provavelmente couberem na legitima de cada um, e não tem logar relicitações, *cit. art. §§. 3. e 4.*; mas pôde o vencido na licitação requerer, se não adjudiquem os bens ao vencedor, e que entre na partilha o maior valor licitado. *Portar. do Ministerio do Reino de 30 de Novembro de 1839.*

Os bens impartiveis, que não pertencem a menores, não se descrevem, mas sómente as bemfeitorias, se são taes, que por Direito fazem parte da herança; e se estes

bens pertencem a menores, descrevem-se seus rendimentos para responsabilidade do tutor. Os prazos partiveis por estimação, descrevem-se, como outros quaesquer bens com o abatimento do fôro e mais encargos. Entendemos desta sorte o art. 416., ainda que manda descrever no inventario geralmente os vinculos e prazos, para evitarmos os casos, em que a descripção é inutil.

Depois da descripção e avaliação, determina o Juiz a fórma da partilha, mandando separar dos bens partiveis os que devem vender-se, ou adjudicar-se aos crédores nos termos do art. 415.; os que devem ficar para a meação e para a terca, se desta dispoz o defuncto; e finalmente os que ficão reservados para preencher as legitimas dos dotados, que conferirão a estimação, e não os bens em substancia, assim como as dos licitantes, quando uns e outros por causa da desigualdade não podem entrar no sorteio. Determinada a fórma da partilha, e feitas as deducções referidas, manda o Juiz que dos bens partiveis, que restão, se formem tantos montes, quantos são os coherdeiros: cada um daquelles é designado por uma letra do alfabeto, e preenchido por tantos numeros da descripção e avaliação, quantos bastão para que elle seja pago. Art. 416.

Convoca depois para sua casa os coherdeiros, os crédores, o tutor dos menores e o curador; em presença de todos faz metter n'uma urna as letras, que designão os montes, e n'outra os nomes dos herdeiros. Tira o tutor uma das letras dos montes, a qual conserva occulta, até que o curador tire um nome da outra urna, e o entregue ao Juiz, que o lerá em voz alta. O escrivão escreve adiante desse nome = Pertence-lhe o monte designado por tal letra, á qual correspondem os numeros tal e tal; = procede-se assim até ao fim. Os herdeiros podem trocar entre si os montes, que lhes sairão em sorte, assim como o tutor por parte dos menores. Manda o Juiz lavrar auto com declaração do resultado do sorteio, e das trocas, se as ha, o qual é por elle rubricado, e assignado pelo curador e tutor. Art. 417.

Junta ao processo do inventario a partilha feita

por lètras e numeros, é julgada por sentença, e se extrahe o titulo para cada um dos coherdeiros. Art. 419.

Se a herança fica vacante por abstenção dos coherdeiros, o Juiz a faz vender com as solemnidades legais, e manda recolher o producto ao deposito público, onde o ha, e não o havendo, á arca dos orfãos, com declaração dos encargos. Art. 409.

*A quem se pede a partilha.*

§. 5. *Heredes autem, quamvis hodie virtute et potestate legis rerum hereditariarum domini*, etc. Tendo visto a quem cabe pedir a partilha; quaes as pessoas; que para ella devem ser citadas; bem como que é feita por partidores escolhidos pelos coherdeiros, ou com sua accitação dados pelo Juiz, quando todos aquelles são maiores, o que hoje não tem lugar na partilha; em que é interessado menor, e na mesma razão o ausente, furioso ou mentecapto, pois que se faz por sorteio; principia o A. neste §. a referir as pessoas; a quem se pede a partilha.

Ainda que os herdeiros pela morte do defuncto ficão senhores e possuidores dos bens hereditarios, segundo a expressa disposição do Alvará de 9 de Novembro de 1754, que faz passar-lhe a posse civil, que o defuncto tinha em sua vida, com todos os effeitos da natural antes desta ser tomada; quando outrem tem occupado a herança, não podem apprehendê-la por sua auctoridade privada, ou sem sentença do Juiz; porque n'uma sociedade ordenada ninguem pôde fazer justiça a si mesmo, ou constituir-se juiz em causa propria, o que daria occasião a tumultos: *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. L. 176. D. de regul. jur.*

Com tudo se a herança se não acha occupada, podem os herdeiros apprehender sua posse, pois que cessão neste caso os inconvenientes ponderados; além de se dar o principio indubitavel de poder qualquer entrar na posse do que é seu; se não ha quem li a dispu-

te, Ord. liv. 4. tit. 58. §. 3.; princípio, que se não dá nas contrarias circumstancias, devendo por isso o herdeiro ou herdeiros intentar a petição de herança contra o possuidor, se lhes não reconhece o direito hereditario, ou, se lh'o não disputa, a acção de partilha ou *familiae erciscundae*, para debaixo de juramento dar os bens á descripção, seguindo-se a avaliação, e depois d'ella a partilha, que, julgada por sentença, tem execução contra o possuidor réo condemnado na restituição do que cabe a cada um dos herdeiros, com os fructos e rendimentos produzidos desde a morte do defuncto, como antecedenmente ponderámos. Donde se conclue serem os meios judiciais referidos, e não a força e auctoridade privada, os que tem logar para se obter a partilha ou divisão da herança do que está em posse d'esta: *Quare partitionem et divisionem ab eo petere debant, qui in possessione bonorum fuerit.*

*Applicação da doutrina estabelecida ao conjuge sobrevivido.*

§. 6. *Petenda igitur in primis partitio bonorum a conjuge superstite*, etc. Estabelecida no §. antecedente a regra de que ao possuidor da herança é que deve pedir-se a partilha, como, por virtude da communhão entre os conjuges, esta posse por morte d'um fica indivisa no sobrevivido, a este é que os herdeiros do defuncto devem pedir a partilha, quer o conjuge existente seja o marido, quer a mulher, se com este vivia com tal ao tempo da sua morte, pois que sempre o conjuge sobrevivido fica em posse e cabeça de casal, de cuja mão receberão os herdeiros do defuncto a partilha, e os legatarios os legados, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 95. pr.; a qual accrescenta, que tanto os herdeiros e legatarios, como outra qualquer pessoa commette esbulho, tomando posse d'alguma coisa da herança contra vontade da mulher, e por igual razão do marido sobrevivido, o que confirma a doutrina antecedente d'a partilha dever pedir-se pelos meios judiciais, pois não é a qualidade de marido ou mulher o fundamento da

esbulho, mas a posse, fundamento, que se dá em qualquer outro possuidor da herança.

*Outras applicações da necessidade da petição judicial da partilha.*

§ 7. *Eandem partitionem frater a fratre, etc.* Posto o principio de dever a posse ser respeitada, segue-se que os irmãos devem pedir a partilha ao irmão ou irmã, que por morte de pai e mãe está em posse da herança, como determina a Ord. liv. 4. tit. 96. §. 9. nas expressões: *E os irmãos ou herdeiros, que assim vierem de fóra, não entrarão na posse dos ditos bens, que elle tiver para partir, mas de fóra lhe devem pedir partilha d'elles.*

*Neque ei concedendum, etc.* Da transcripta providencia se conclue igualmente, que o irmão, que não possui, não póde pretender entrometer-se na posse com aquelle, que possui, com fundamento de ser irmão igualmente, ou d'o possuidor não ser apto para administrar; assim como não póde pretender que o possuidor largue a posse para elle possuir, porque para se evitarem taes contestações como occasião de rixas, a cit. Ord. manda que o irmão peça *de fóra*, isto é, sem pretender possuir, a partilha ao irmão, que está em posse. Como porém esta posse do irmão não é deferida pela lei, mas é por elle adquirida, procedendo como herdeiro, e com animo de possuir como tal, é necessario que elle tenha practicado actos, que mostrem este animo, pois que a posse, quando, como neste caso, não é deferida pela lei, requer factos e animo, ou acquire-se *corpore et animo*. Consistem estes factos, explicativos do animo, na guarda das chaves da casa, em arrendar prédios, pagar soldada, dar sustento aos criados, ou, como diz o A., possui como herdeiro o que procede ou se conduz como tal, por exemplo, *qui claves domus ad manus habuit, salarium, vel victum domesticis dedit, fundos locavit, etc.* De sorte que outro irmão, que vive na mesma casa, mas não practicou actos como os que ficão referidos, embora seja herdeiro, e tenha

a posse civil da herança, com os effeitos da natural depois da morte dos pais, não possui como herdeiro para este effeito, ou *para dar partilhas da sua mão*. São por tanto os actos referidos que determinão o que deve dar partilha, ou o a quem deve ser pedida, sem que a precedencia do sexo ou idade por si mesmas ou sem a posse o determinem.

*Heredibus quoque extraneis institutis, etc.* Como pois a posse da herança é o fundamento da obrigação de dar partilha, segue-se tambem que os estranhos instituidos devem pedir-a ao possuidor; e se muitos estão de posse, todos elles devem sem differença ser citados, para debaixo do juramento darem á descripção o que tiverem, ou possuão a totalidade, ou cada um uma quota da herança, ou bens a esta pertencentes. Ord. liv. 4. tit. 96. §. 9.

*Si plures concurrant ad possessionem adipiscendam, etc.* Conclue o A. este §. advertindo, que se muitos concorrem á posse da herança, e ha fundamento para recear que daqui resultem arruinos e pelejas, deve o Juiz ordenar que os bens se ponhão em sequestro, isto é, em mão de pessoa fiel e idonea, que os tenha, até ser determinado a quem pertencem por Direito. Ord. liv. 4. tit. 95. §. 2.

Esta Ord. porém, bem entendida, é procedente no caso, em que a posse se não acha occupada, pois se houver possuidor, concorrendo outros depois a perturbal-o, o Juiz deve defendel-o ou sustental-o na posse, e não pôr a herança em sequestro, d'outra sorte seria a lei contradictoria, dando occasião ás rixas, que procura evitar.

### *Cousas, que se não partem ou dividem.*

§. 8. *Neque profecto res omnes, quae hoc judicio veniunt, dividuntur.* Ainda que são objecto da partilha todos os moveis e immoveis, dividas activas e passivas, direitos e obrigações, ou tudo quanto constitue o patrimonio do defuncto, com seus encargos; cousas ha, que lhe pertencem, e se não podem dividir. Taes são: 1.º as

*Part. II. Divis. II.* 15

por natureza indivisiveis; 2.º as que pela divisão se deteriorão; 3.º finalmente as que a lei não permite dividir.

A primeira classe pertencem as servidões, *quatenus in jure consistunt*, ou em quanto se considerão faculdades e direitos, pois como taes são cousas incorporeas, que por isso não tem partes: pôde porém dividir-se o seu uso ou exercicio. Por tanto se o prédio, a que cabe a servidão, se divide por dous herdeiros, cada um usa d'ella, como se desde o principio fosse devida aos dous prédios, em que aquelle foi partido: donde vem que se um dos donos a não usa, perde para si a servidão, em quanto o outro pelo uso a conserva. L. 6. §. 1. D. *quomodomod. servit. amitt.* Assim ainda que a da agua, que um prédio presta a outro, considerada como direito, se não parta; partido o prédio dominante, pôde o uso da agua partir-se por tempo, ou por quantidades.

As dividas como direitos, e por isso cousas incorporeas, são impartiveis por natureza; mas fica o seu objecto partido *ipso jure* entre os herdeiros segundo as porções hereditarias: assim sendo interessados na partilha o conjuge sobrevivente e dous filhos do defuncto, se 400\$000 rs., por exemplo, são o objecto ou a importancia dos créditos da herança, pertencem 200\$000 rs. por immediata disposição da lei á meação, e 100\$000 rs. a cada uma das legitimas. O mesmo é com as dividas passivas; donde resulta que se uma destas não entrou na descripção ou inventario, cada um dos coherdeiros não fica solidariamente, ou por toda ella obrigado, mas tão sómente á parte, que corresponde á sua porção hereditaria. Com tudo ainda que as dividas sejam no seu objecto divididas pela lei, isto não obsta a que por consentimento dos coherdeiros se adjudiquem á um d'elles. Valasc. *de partit.* cap. 27. n. 5. Assim uma divida pequena, que dividida entre muitos, não mereceria a cada um a diligencia da cobrança, pôde ficar indivisa na meação, ou n'uma só das legitimas.

Como porém muitas vezes na herança ha dividas bem paradas com outras menos seguras, e mesmo algu-

guimas fallidas, todas devem ser descriptas com estas suas qualidades, partindo cada um n'umas e outras, por causa da igualdade.

*Quaedam divisionem quidem per naturam admittunt*, etc. Ha cousas, que naturalmente são divisiveis, mas que partidas perderião o valor, por exemplo, um moinho ou lagar. Estas cousas não se partem, segundo a Ord. liv. 4. tit. 96. §. 5.; mas adjudicão-se a um herdeiro, que satisfaz aos outros o que lhes cabe no valor, e se não concordão n'este, vendem-se a estranho, ou não tendo comprador, dão-se por arrendamento, partindo-se por todos o preço naquelle caso, e neste a pensão ou aluguel.

Mas se concordão os herdeiros no valor da cousa, que não soffre divisão comoda, e aquelle, a quem é adjudicada, não tem meios para satisfazer a todos, ou a algum dos outros o que lhe cabe no preço, entrega-lhe a parte correspondente dos rendimentos, entretanto que lhe não faz pagamento; o que é conforme á praxe attestada pelo A. na nota com Cabed. p. 1. decis. 166. nn. 4. e 5.

Finalmente cousas ha, que se descrevem, mas não se partem, porque a lei o não permite: são taes os livros prohibidos, *libros improbatae lectionis*, e os venenos, *mala medicamenta et venena*, pois que o Juiz os deve mandar destruir, para lhes evitar o uso. L. 4. §. 1. D. *Famil. ercisc.* Com tudo hoje que os progressos da Medicina tem conseguido tirar proveito dos venenos, deverião estes ser vendidos a Farmaceuticos, para o preço se partir.

### *Os bens vinculados não se dividem.*

§. 9. *Hoc autem judicio majoratus non venit*, etc. Como os bens vinculados em morgado, e por igual razão os de capella, não fazem parte da herança, e pas, são pela morte do antecessor ao legitimo successor-que logo desde o momento daquella os acquire, Alvará de 9 de Novembro de 1754, Assento de 16 de Fevereiro de 1786, segue-se que taes bens se não descre-

vern, no que se daria superfluidade, por serem indivisíveis, excepto pertencendo a menor, pois, como antecedentemente notámos, mencionão-se por causa dos rendimentos, não para estes serem divididos, mas para responsabilidade do tutor.

Pela mesma razão de se não descreverem e partirem os bens de vínculo, se não descrevem os fructos, que estão pendentes, pois, como accessorios daquelles, passão ao successor immediato, sem que n'elles os herdeiros do defuncto tenham parte. O contrario acontece nos percebidos extantes, porque são um principal independente do vínculo, que por isso é divisivel entre herdeiros. Gam. *decis.* 308. n. 6., Valasc. *de partit.* cap. 30.

*Meliorationes in bonis majoratus factae communicantur inter conjuges*, etc. As bemfeitorias uteis consideraveis e não insignificantes ou pequenas, communicão-se entre os conjuges; logo parte-se o seu valor entre o sobrevivente e os herdeiros do defuncto, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. Nesta razão porém não estão as modicas, pois onerão o administrador como obrigação, do mesmo modo que o emphyteuta. Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22. *in fin.*, Valasc. *consult.* 111. e 116.

### *Dos bens emphyteuticos em relação á partilha.*

§. 10. *Ad bona emphyteutica quod adinet, haec summam dicta sufficiant.* Sobre a partilha com respeito aos bens de prazo bastão as seguintes regras.

1.º Os bens de prazo, quer hereditario, quer familiar, não se dividem em glebas, porque são indivisíveis segundo a natureza, que a lei lhes attribue; logo não se comprehendem na massa divisivel, ou não são elles mesmos objecto de partilha.

2.º Os bens da emphyteuse hereditaria, que por indivisíveis se encabeçam em um só dos coherdeiros, dividem-se por estimação entre todos, pois que está essencialmente o seu valor na herança, e por isso é objecto de partilha.

3.<sup>a</sup> *Familiaris ne aestimatione quidem dividitur.* Dá como terceira regra o A. neste assumpto, que a emphyteuse familiar se não parte, ainda mesmo por estimação; o que devemos entender da familiar, quando de nomeação, e não da que é tal por successão, caso, em que se parte por estimação entre todos os parentes, que se achão na mesma proximidade, encabeçando-se os bens n'um d'elles, por quanto o *ius sanguinis* é o mesmo sem differença entre todos os filhos e filhas, netos e netas, e assim nos mais distantes parentes na falta d'outros mais proximos: mas succedem como taes, e não como herdeiros, e por isso ainda quando desherdados.

4.<sup>a</sup> Na razão da emphyteuse familiar de nomeação, que se confere a um só como parente, e não como herdeiro, pois que não faz parte da herança, está o prazo de livre nomeação, que igualmente não faz parte da herança, e se confere a um só; donde vem o não se dividir por estimação.

Com tudo ha uma especie', em que o prazo de livre nomeação se divide por estimação, e dá-se quando o emphyteuta não nomeou expressamente, mas fazendo testamento instituiu muitos herdeiros estranhos, pois todos se considerão nomeados, o que os faz participar na estimação segundo as porções hereditarias, encabeçando-se os bens n'um d'elles. Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1.

*Dividitur tamen inter heredes pretium*, etc. Estabelece o A. que se parte entre os herdeiros o preço da emphyteuse hereditaria comprada antes do matrimonio por um dos conjuges, e o da familiar comprada igualmente antes do matrimonio contrahido. Que a emphyteuse hereditaria se divide por estimação entre os herdeiros, é certissimo, porque tal emphyteuse communica-se entre os conjuges; mas outro tanto não acontece no prazo familiar trazido para o matrimonio, pois fica precipuo no que o trouxe, se sobrevive, e se é o predefuncto, passa a seus herdeiros legitimos, não como herdeiros, mas como parentes. É porém certo, que se o prazo familiar é comprado por um dos conjuges, depois do matrimonio contrahido, o preço se

divide, pois estava na communhão a qual deve reverter.

Tambem as bemfeitorias do prazo familiar, e n'elle feitas antes do matrimonio contrahido, se não partem, porque feitas em cousa incommunicavel, depois se não communicão: o contrario é nas feitas depois do matrimonio contrahido, sendo ellas extraordinarias, pois que o seu preço, saído da communhão, deve voltar á herança, a que pertence, para partir-se.

*Et fructus percepti*, etc. Os fructos percebidos ex-tantes, de todo e qualquer prazo, partem-se entre os coherdeiros, porque fazem parte da herança: o contrario é nos pendentes, pois fazem parte dos prédios, e vão por isso com elles, ou para o successor, ou para o senhorio, quando o prazo se lhe devolve. Pinheir. *de emphyt.* desput. 8. sect. 6. §. 6. e segg. Podem porém os herdeiros exigir as despesas da cultura, ainda quando insignificantes e modicas,

#### *Necessidade do inventario.*

§. II. *Cum partitiones vix, ac ne vix quidem sine inventario fieri possint*, etc. Examinado a quem compete a accção para pedir a partilha da herança; as pessoas, cuja citação é necessaria; aquellas, contra quem a mesma accção tem logar; e os bens ou cousas, que são o seu objecto: como á partilha deve ser feita com toda a possivel igualdade, e esta se não póde observar, sem que os bens da herança se descrevão e avaliem, o que se faz por meio do inventario; tracta aqui o A. da obrigação d'este se fazer, e providencias á cerca d'elle. Mas como este objecto já a pagg. 395. e segg. da 1.<sup>a</sup> *Divis* desta 2.<sup>a</sup> parte nos occupou ao tractarmos da adicção da herança, aqui nos não repetiremos, limitando-nos á doutrina da ultima parte do §.

*Res autem omnes aestimatae in inventario describendae non ab ipsis hereditibus*, etc. A igualdade é da natureza da partilha; e como para ella se deve attender ao valor de cada uma das cousas ou bens, que se comprehendem na herança, deve este ser-lhes dado, não

pelos proprios coherdeiros, que ou por o ignorarem, ou por interessados lhos não darião justamente, mas por arbitros ou avaliadores, por elles escolhidos ou approvados, quando todos são maiores, ou pelo Conselho de familia, quando ha menor interessado, ou outro, que não pôde administrar seus bens, segundo as disposições de Direito, como já advertimos.

Com tudo ainda que os interessados não sejam competentes para avaliar os bens da herança, cada um pôde corrigir a avaliação, licitando, isto é, offerecendo-se a tomar no seu quinhão uma ou mais propriedades por valor maior, do que o da avaliação, o que se diz *licitar*, de *liceri*, offerecer preço.

A licitação, como já advertimos, não dá direito ao licitante para lhe serem necessariamente adjudicadas as propriedades licitadas, pois não é arrematação; donde vem poderem os outros convir em que a partilha se faça pelos valores licitados.

Não se admittê licitação daquellas cousas, que podem ser partidas entre todos na sua substancia ou corpo, sem que se deteriore, — *si divisio praedii sine cuiusquam injuria commode, fieri potuerit*; o contrario é, — *cum commode dividi aliquis ager inter socios non potest*. LL. 1. e 2. C. *comm. divid.*

Já notámos que a quantidade licitavel é a que provavelmente cabe na porção do licitante, assim como que segundo a *Noviss. Refórm. Judic.* não pôde relicitar-se; sendo também de notar, que pela mesma *Refórm.* sómente os herdeiros podem licitar, e nunca os estranhos, como o Direito Romano algumas vezes admittê. L. 3. C. *cod.*

*O que seja collação, que pessoas são a ella obrigadas, e qual o seu objecto.*

§. 12. *Et divisio bonorum et collatio pertinet ad judicium familiae eriscundae.* Como a partilha deve fazer-se com igualdade, em favor da qual se opéra a collação, cabe tractar também desta, pois que igualmente se refere ao mesmo fim a divisão da herança, entra

as pessoas, que a ella são chamadas por um titulo commum. Tem a collação fundamento na presumpção de que as vantagens, feitas em vida do defuncto, aos que lhe hão de succeder por sua morte, não forão mais do que uma entrega anticipada, feita por conta do que lhes pertencerá na herança, á qual devem reverter, como se lhes não tivessem pertencido por titulo particular; sendo por tanto a collação o acto, pelo qual os herdeiros, que recebêrão vantagens anticipadas, as restituem á herança, a que pertencem, para igualdade da partilha. Mas como segundo o nosso Direito, em harmonia com o Romano, o rigor da igualdade tão sómente se procura nos descendentes, por isso o Sr. Paschoal determina estes, como os unicos obrigados á collação, na definição que nos dá desta: *lucra a vivo parente suscepti in communem hereditatem a liberis facta illatio*, comprehendendo-se na expressão *parente*, não só o pai, mas outro qualquer ascendente, e no termo *liberis*, não só os filhos, mas os outros descendentes mais remotos, a quem se deve legitima.

*Habet igitur collatio dumtaxat locum inter descendentes, et eos solum, quibus legitima debetur, etc.* Da definição posta resulta, que o filho ou neto, para haverem a legitima, que lhes cabe nos bens do pai, mãe, avós, ou outros ascendentes, devem trazer á collação, ou restituir á herança e inventario do defuncto as doações, que d'elle recebêrão, com os rendimentos desde a sua morte, Auth. *Ex testamento C. de collat.*, Ord. liv. 4. tit. 97. *pr.*; assim como tambem resulta, que a collação é favoravel, por isso que procura a igualdade das legítimas dos descendentes, cujo direito é igual; o que faz que sómente d'ella se exceptuem aquellas cousas ou bens, que o Direito expressamente declara não devem reverter á massa partivel do defuncto.

*Quare non conferunt, etc.* Estabelecido que sómente os descendentes, a quem se deve legitima, são obrigados á collação, o que precede, quer o defuncto morresse testado, quer intestado, segue-se que nem os estranhos instituidos, comprehendidos os herdeiros não necessarios, ajuda que parentes, isto é, os collateraes,

nem o filho legitimado pelo rescripto do Principe; nem o natural de pai nobre são obrigados á collação; pois se lhes não deve legitima, cuja igualdade nos descendentes é o unico fim da lei, determinando aquella. Os filhos legitimados por subseqüente matrimonio, e os naturaes de pai plebeo, aquelles como legitimos, e estes como igualados nesta relação aos legitimos, são obrigados á collação, pois se dá n'elles o fundamento, que a determina, ou o direito da legitima.

Dá-se igualmente este direito nos ascendentes, mas como é fundado em gratidão, ou n'um dever com menor força, do que a daquelle que o fundamenta nos descendentes, nem as nossas leis, nem as Romanas os obrigão á collação. Assim o avô materno, que recebeu doação do neto predefuncto, não a traz á collação para lhe succeder com o paterno. O *Cod. Civ.* de França porém no art. 829. obriga todo o herdeiro, quando o defuncto expressamente d'ella o não dispensa, a trazer á collação tudo quanto d'elle recebeu directa ou indirectamente por doação *inter vivos*.

*Conferenda autem bona a parentibus habita, id est, profectitia.* Exposta a natureza da collação, e as pessoas, que a ella são obrigadas, segue-se ver o seu objecto, ou os bens, que devem ser conferidos. São estes não só os que o pai deu ao filho, e que os Romanos dizião bens *profecticios*; mas os que lhe são dados pela mãe, ou por outro algum ascendente, pois a uns e outros as nossas leis dão aquella natureza, como se vê da Ord. liv. 4. tit. 97. *in fin. pr.: E bem assim trará á collação tudo o que houver de seu pai ou mãe, ou o que d'elles procedesse, que se chama em Direito profecticio.*

Mas fallecendo um dos pais, ficando outro sobrevivente, o filho, para succeder-lhe, traz á conferencia a metade do que lhe foi dado, pois é o que pertence á meação do predefuncto; e sómente por morte do ultimo dos conjuges é que vem á collação a outra metade, que ficou. *Cit. Ord. §. 1.*

E deverá o filho trazer á collação o que lhe foi dado por estranho em contemplação do pai, isto é, se este foi a causa principal da doação? É opinião

dos DD.; que esta doação tem a natureza profecticia, por isso que a cit. Ord. reputa tal, não só tudo quanto foi dado pelos pais, mas *o que delles procedesse*, expressão, que se não póde entender senão dos bens dados ou deixados ao filho por estranho, durante a vida dos pais, e em sua contemplação, porque dos que são dados pelos pais, já a lei tinha fallado, e tanto, que esta expressão é referida a par da outra — *tudo o que foi dado pelo pai*, exprimindo differente idéa; e por isso ainda com respeito á collação ambas ellas se repetem no §. 17. do mesmo tit.

Além disto diz o §. 21., que se o avô fez doação ao neto ou neta, deve o filho ou filha, pai ou mãe deste neto, conferil-a para succeder com os irmãos a seu pai, *porque a doação foi feita pelo avô ao neto por contemplação do pai ou mãe*: logo não só tem a natureza profecticia o que os pais dão aos filhos, mas o que por contemplação com aquelles estes recebem liberalmente de alguém.

*Adventitia, quae filius proprio labore*, etc. Estabelecido que são os bens profecticios tão sómente os que devem conferir-se, segue-se que não vem á collação os que não tem tal natureza, assim como os que ainda que profecticios ou provenientes dos pais, a lei expressamente desobriga de serem conferidos. Entrão na primeira relação os adquiridos pelo filho por seu trabalho ou industria, quando os não ganhou com bens dos pais, assim como os que lhe forão dados por estranho sem contemplação com aquelles. Cit. Ord. §§. 16. e 19.

2.º Os bens castrenses e quasi castrenses, porque são proprios do filho, ainda mesmo quando sujeito ao poder patrio, §. 18.

3.º As doações e meroês feitas pelo Soberano, ainda que por respeito dos pais, pois se considerão bens castrenses, §. 10.

4.º Os empregos dados pelo mesmo, bem como as tenças temporarias ou vitalicias, ainda quando requeridas pelo pai ou ascendentes, pois nem se imputão por estimação na legitima do filho. §§. 10. e 12., Lei de 23 de Novembro de 1770.

Finalmente **objectos** ha profecticios ou provenientes dos pais, que não vem á collação: taes são as despesas feitas no estudo, ou com os mestres d'algum officio, pois tendem ao estabelecimento do filho, que lhe é devido pelo pais; e como a cit. Ord. §. 7., isemptando-as da collação, não se limita ás despesas das escholâs, mas comprehende as do estudo, entendemos abrangidas as da formatura e doutoramento, contra Lobão e outros, uma vez que sejam compatíveis com a fortuna e circumstancias dos pais. Na mesma razão consideramos as despesas com as Bullas matrimoniaes, se o pai approva o casamento. Os gastos feitos pelo filho em romaria, os que faz na guerra, quando sujeito ao poder patrio, aquelles em favor da devoção religiosa, estes em favor do bem público, não se conferem, cit. §. 7. Valasc. *de partit.* capp. 12. e 13. refere mais objectos exceptuados da collação, como o A. adverte fechando este §.; mas cumpre tambem advertir que nos mesmos capp. citt. se comprehendem diversos outros como obrigados a ella.

Resta notar igualmente, que se o pai ou mãe desobriga expressamente o filho de conferir o que lhe deu, cabendo na sua terça, não tem esta obrigação de o conferir, mas deve conferir o excedente da terça, porque não podem os pais prejudicar os filhos na legitima, ainda que em favor d'outros filhos, cit. Valasc. cap. 14. n. 24.; e tanto, que se a doação for inofficiosa, excedendo a legitima do donatario, e a terça do doador, póde aquelle ser obrigado a **compôr as legitimas** dos irmãos, ainda que se abstenha da herança. Cit. Ord. liv. 4. tit. 97. §. 5.

#### *Da collação do dote.*

§. 13. *Conferenda quoque est dos profectitia, etc.* Ainda que o dote goza de privilegios, está na regra geral para **dever** ser conferido, quando elle é profecticio, pela sentença da Ord. liv. 4. tit. 97. *in princ.*, que manda vir á collação tanto a coisa movel, como a de raiz, que o pai, mãe ou ambos derem ao filho, que

em casamento, quer em outra qualquer maneira, o que comprehende tanto o dote dado por ambos, como o que é dado pelo pai sómente ou pela mãe. Mas não está nesta razão o que é dado por estranho, pois que, como adventicio, não se confere, qualidade extensiva ao que provém de parente collateral, como dispõe a cit. Ord. §. 10. *ibi*: *E isto, que dito é, haverá logar e se guardará nos casamentos, e ajudas para elles dadas, ou promettidas por Fidalgos e outras quaesquer pessoas, que não sejam ascendentes por linha direita daquelles, a que os casamentos, ou ajudas para elles derem, etc.* Logo tão sómente vem á collação o dote, que é dado por ascendente ao descendente, ou o que chamamos profectitio.

*Nisi contemplatione patris detur, quo casu conferrí debet.* Estabelecida a regra de não vir á collação o dote dado por collateraes e estranhos, exceptua d'ella o Sr. Paschoal, para ser conferido, o que algum dos mesmos dá por contemplação com um ou ambos os pais, fundando se no §. 21. da cit. Ord. liv. 4. tit. 97., por isso que, como já advertimos, manda conferir a doação feita ao neto pelo avô com o fundamento de provir da contemplação para com o filho, pai do neto, contemplação, que por igualdade de razão, sendo causa da doação do estranho feita ao filho, obriga este á collação, o que procede no dote com as mesmas circumstancias.

Com tudo, ainda que concordamos na procedencia do argumento, para ser conferida a doação feita por estranho em contemplação com o pai, não concordamos sobre a mesma disposição proceder em quanto ao dote, não porque este não seja doação, mas porque contém especialidade attendida pela lei, para não ser conferido, quando não provém d'ascendente, ainda que tenha causa na contemplação com o pai. Por quanto, segundo a mesma Ord. §. 10., as mercês ou doações feitas, ou promettidas para casamento ou ajudas de casamento, isto é, os dotes ou meios para elles, dados ou promettidos pelo Rei, ficão precipuos ou *in solidum* nos filhos, sem que por isso se lhes imputem nas legítimas, podendo entrar com os outros herdeiros á par-

tilha, e isto ainda que taes doações lhes sejam feitas a requerimento e por contemplação com os pais ou ascendentes; porque semelhantes doações se não regulão como bens profecticios, mas como quasi castrênses. Desta disposição se conclue, que o dote dado pelo Rei ao filho se não confere, ainda quando tem causa na contemplação com o pai; mas acrescenta o legislador na ultima parte do §. antecedentemente transcripta, que o mesmo tem lugar nas doações para casamentos e ajudas para elles, feitas por fidalgos e outras quaesquer pessoas, que não sejam ascendentes por linha recta daquelles, a quem se derem: e como isto procede, pelo contexto do §., ainda que haja contemplação com o pai, não se pôde duvidar de que, ainda com esta causa, o dote dado por qualquer, que não for ascendente do dotado, mas seu collateral ou estranho, não deve vir á collação. Nem se pôde estranhar este privilegio do dote, que não é dado por ascendente, tanto em razão do favor, que merecem os matrimonios, mas porque neste caso nada sáe da massa partivel entre os descendentes, ou lhes diminue as legitimas; pois que o pai, para succeder ao dotador collateral ou ao estranho por testamento, nada confere em razão do dote dado ao filho, o que assim não é, quando dado ao neto pelo avô. Cit. Ord. §. 21.

*Ad dotis collationem filia non tenetur, nisi malit heres esse.* Pondera aqui o A., que a obrigação d'a filha conferir, procede querendo herdar com os irmãos e descendentes do pai, alias pôde contentar-se com o dote, sem que possão os irmãos obrigar-a á conferencia: o contrario é, se quizer entrar á herança, como se explica e dispõe a cit. Ord. §. 1.

A faculdade porém de não conferir, prescindindo a dotada da herança, procede, se neste caso as legitimas ficão salvas aos mais irmãos ou descendentes, porque se o dote não conferido as prejudica, isto é, se excede a legitima da dotada, e a terça do dotador, ou de ambos os pais, se ambos derão o dote, deve este ser trazido á collação, ou deve a dotada preencher o desfalque por elle feito nas legitimas: o que se entende, quando

o dote lhe foi pago; alias tal desfalque se não dá, porque o direito d'haver o dote tem objecto restricto na propria legitima da dotada com a terça do dotador, sem invadir as porções devidas, segundo a lei, aos mais filhos do defuncto. A terça porém é obrigada ao pagamento do dote ou de outra doação, ainda que o doador lh'a não sujeitasse expressamente, ou que della dispozesse para outro algum fim. Cit. Ord. §. 3.

Visto que o dote é excessivo ou inofficioso, quando excede a legitima da dotada e a terça do dotador, como para se lhe attribuir tal qualidade é necessario determinar o valor dos bens dotados, cumpre examinar, se deve este ser o que elles tem ao tempo da morte do defuncto, ou o que tinham naquella, em que o dote foi feito.

Ainda que tanto o dote, como outra qualquer doação, se rescindem por inofficiosidade contra os descendentes na parte, em que excedem a legitima do donatario e a terça do doador, hã differença em quanto ao tempo de determinar-lhes o valor. Dá-se aos bens do dote ou o mesmo valor, que tinham, quando aquelle foi feito; ou o que tem no tempo da morte do defuncto, segundo a escolha da dotada: mas se a doação é d'outra especie, ou não foi feita para casamento, não tem logar tal escolha, e se determina sempre o valor por aquelle, que os bens tem ao tempo da morte do defuncto, como é expresso na cit. Ord. §. 4. Alguns porém rejeitão a escolha do valor, quando o dote é estimado para se não attender ao que tem no tempo da morte do doador; mas é certo que esta escolha é um privilegio do dote, e que aquella lei não distingue o estimado do que não foi estimado, o que parece tolher-nos tal distincção.

Cumpre porém advertir, que a escolha, de que fallamos em quanto ao tempo do valor dos bens dotados, é tão sómente com relação á inofficiosidade do dote por excessivo; por quanto quando os bens tem de conferirse, e existem na pessoa obrigada á collação, vem a esta em substancia, e não por estimação, excepto tendo feito nelles bemfeitorias, caso, em que lhe fica a escolha de os conferir como estão, pagando-lhe aquellas os irmãos,

ou de conferir o preço, que valião ao tempo, em que lhe forão dados: assim como se estão damnificados com relação ao valor, que tinhão neste tempo, tem os irmãos a escolha de constranger a dotada a trazel-os como estão á conferencia com a estimação do damno, ou a conferir o preço, que valião no tempo do dote ou doação. Estas escolhas porêm sómente têm logar, quando as bemfeitorias ou os danos chegão á quarta parte do valor, que tinhão os bens no tempo da concessão; pois que fóra destes casos vêm elles em substancia, indemnizando-se os danos ou as bemfeitorias menores. Cit. Ord. §. 13.

Com tudo esta obrigação de conferir os bens em substancia é procedente, quando existem, pois se estão alienados, confere-se o preço, que valião ao tempo da doação em casamento. Cit. Ord. §. 14. O mesmo é nos moveis, que não existem, se outros de igual bondade lhes não são substituidos; porque se existem, são conferidos no mesmo estado, em que se achão, ainda que fossem dados em preço certo. §. 15.

As outras doações, além do dote, feitas aos filhos, seguem igualmente a mesma regra, ou vêm os bens á collação em substancia, quando existem no donatario: exceptuão-se porêm as dos prazos, feitas pelos pais em sua vida, pois se conferem sempre por estimação, como antecedentemente examinámos, e é expresso na mesma Ord. §. 22. Tambem os vestidos de maior preço se conferem por estimação, mas não os ordinarios, pois se comprehendem nos alimentos, a que os pais são obrigados. Gam. decis. 164. n. 3. Finalmente não se conferem em substancia, mas sempre por estimação, os bens dados em patrimonio ao filho Clerigo, em razão de não dever alienal-os em sua vida. Portug. de donat. liv. 1. prael. 2. §. 5. n. 40.

### *Resultados da partilha.*

§. 14. *Cum partitiones semel factae temere rescindantur*, etc. Como a partilha, depois de feita ou julgada por sentença, se não rescinde, salvo por falta da

possivel e necessaria citação, incompetência do Juiz, ou outra insanavel nullidade, segundo a Ord. liv. 3. tit. 75. pr., hem como por restituição do menor, que foi lesado, Ord. liv. 4. tit. 96. §. 21.; é seu primeiro effeito entrarem os herdeiros de posse dos respectivos quinhões, não obstante quaesquer embargos, appellação ou agravo, pois que nada suspende a execução da sentença, como manda a cit. Ord. liv. 4. tit. 96. §. 22. *ibi*: *E sendo a partilha acabada, se metterão os herdeiros de posse dos seus quinhões, etc.*

O segundo effeito da partilha é uma ampliação do primeiro, para nem a posse dos herdeiros se suspender, nem aquella se rescindir, ainda mesmo que se prove lesão na sexta parte, ou em mais da ametade do que deve receber algum herdeiro; pois neste caso, segundo a mesma Ord. §. 18., os outros o indemnizão, ou perfazem a porção, que, lhe é devida: *as partilhas se não desfarão, mas os outros herdeiros lhe comporão sómente a sua direita parte.*

Mas para a partilha ter este effeito ou a indemnização do lesado na sexta parte, esta se não refere á totalidade da herança, pois se computa com respeito á porção, que pertence ao lesado; por exemplo, se pela avaliação a herança é de 60 \$000 rs., e os herdeiros são dous, não deve o lesado provar, que lhe faltão para receber 10 \$000 rs., mas 5 \$000 rs., pois são estes a sexta parte do seu quinhão avaliado em 30 \$000 rs. Que a lesão na sexta parte se computa, não com respeito á totalidade dos bens, mas ao valor do quinhão, que é devido ao lesado, se prova pela cit. Ord. §. 19. *ibi*: *E provar que é aggravado e damnificado na sexta parte do que lhe directamente pertencia haver, etc.* É certo que o herdeiro, quando concorre com outros, não tem direito a haver toda a herança, mas um quinhão, ao qual por isso se refere a falta ou lesão da sexta parte, para ser indemnizado, sem que a partilha feita se revogue.

*Eamque adlegandam intra annum a partitionibus factis.* Para estabilidade do direito, que resulta da partilha, não tem o lesado um tempo indefinido para

a prova e satisfação da lesão, ou preenchimento pelos outros do seu quinhão, por quanto prescreve-lhe este direito na lesão da sexta parte, dentro d'um anno decorrido depois de finda a partilha, cit. Ord. §. 19.; mas se aquella consiste em mais da ametade do que pertence ao lesado, o seu direito prescreve sómente por quinze annos, como geralmente se acha determinado pela Ord. liv. 4. tit. 13. §§. 5. e 7. para todos os casos e contractos, em que tal lesão se dá.

Como porém as nossas leis não attendem para o effeito da indemnização do herdeiro lesões modicas, isto é, as inferiores á sexta parte, não podem ser estas attendidas pelo Juiz; o que nasce de ser impossivel determinar sempre a partilha com igualdade exactissima, devendo então fechar-se a porta a allegações de enganos e erros de valor insignificante, e ultimar-se a divisão sem multiplicados litigios.

Com tudo, adverte finalmente o Sr. Paschoal, que pede a justiça, abraçada pela praxe, que as partes sejam ouvidas sobre a exactidão dos quinhões, antes da partilha ser julgada por sentença; pois que o Juiz obtem por este modo, e em tempo conveniente, esclarecimentos, que d'outra sorte necessariamente lhe faltaráõ.

Esta praxe porém não póde hoje observar-se: por quanto ainda que as partes são ouvidas sobre a fórma da partilha, procede isto depois da descripção e avaliação, mas antes do despacho, que determina e regula aquella fórma; sendo muito para notar, que no inventario de maiores fica elle em segredo até á publicação da sentença, que julga, ou dá effeito á partilha, *Noviss. Refórm. Judic.* art. 299. §. 1., quando no de menores o mesmo despacho se publica, pois d'elle cabe agravo de petição ou instrumento, art. 413. Mas é dever confessar, que ignoramos a razão desta differença, em que nos parece dar-se contradicção e incoherencia manifesta.

*Partitiones de expresso partium consensu*, etc. Tendo visto na exposição do §. que a partilha se não revoga, mas que no caso da lesão consistente em ametade, ou na sexta parte, preenchem os outros herdeiros

o que é devido ao lesado, declara na nota o A., que segundo nossa actual legislação o mesmo se observa na partilha por convenção ou amigavel.

Seguem alguns o contrario, ou que a indemnização do lesado nas quantidades notadas se observa na partilha judicial tão sómente, o que na convencional assim não é, porque resulta d'um contracto, a que as partes se obrigáão. Mas não pôde defender-se esta doutrina: para o que basta ponderar, que a nossa Ord. liv. 4. tit 96. §. 18., referindo primeiramente as differentes espécies de partilha, sem omittir a convencional ou amigavel, estabelece depois a sentença geral de ser ella irrevogavel em todas as mêmãs espécies, *ibi*: *Em cada um destes casos não se poderá desfazer, posto que alguma das partes a contradiga*, concluindo por deixar salva a indenização ao lesado na ametade, e isto com relação ao que é tal em algum dos casos ou especies referidas, e por consequencia não sómente a respeito do lesado em partilha judicial, mas na convencional ou amigavel, relação, que continúa no §. seguinte a ser a mesma com respeito ao lesado na sexta parte.

Demais a lesão ou provém de engano e erro, ou de fraude, no que se dão outros tantos vicios do contracto para este não valer na importancia attendida pela lei, isto é, na lesão da ametade ou da sexta parte do devido; repugnando assim a opinião contraria de Solan. *Cogit.* 72. n. 32., e d'outros, não só com a clara e indubitavel disposição da Ord. examinada, mas com os principios geraes de Direito com respeito ás convenções.

Pelo fundamento da igualdade reciproca é outro effeito da partilha, quer judicial, quer amigavel, ficam naturalmente obrigados os coherdeiros a garantir ou segurar a cada um o seu quinhão, se os bens lhe forem reivindicados por terceiro, ou se as dividas activas, que lhe couberão, são inexigiveis, devendo todos compor lhe o damno em proporção dos respectivos quinhões, se forão chamados á causa para coadjuvarem a defesa do vencido. L. 14. C. *famil. exercisc.*, Valasc. *de part.* cap. 37.

## TITULO XIII.

### Das servidões.

*Razão d'ordem, o que seja servidão, e quaes as suas especies.*

§. 1. **S***ervitus juris Romani sensu est jus in re aliena*, etc. Os effeitos da propriedade illimitada são frequentemente coarctados ou restringidos pelo direito de servidão, que alguém tem no prédio d'outrem; o que faz ser ella um direito *in re aliena*, que constitue o proprietario dessa cousa ou prédio e com respeito a elle em propriedade limitada. Por exemplo, o senhor d'um prédio livre tem direito, por virtude da propriedade illimitada, a elevar n'elle edificio, ou outra alguma construcção a seu arbitrio; mas se facultou ao dono da casa contigua abrir janellas sobre o mesmo (*servitus luminum*), desde então fica a sua propriedade limitada, em quanto não póde construir edificio ou quaesquer obras, que tirem a luz, ou escureção as janellas referidas, porque em relação ao prédio alheio confinante é o seu serviente, ou obrigado á servidão *ne luminibus officiat*.

Por estas simples idéas se conhece, que a importante materia das servidões não só pertence ao direito com objecto nas cousas, mas que se acha bem collocada nesta nossa 2.<sup>a</sup> *Divis.*, pois diz respeito á propriedade limitada nos prédios obrigados ou servientes.

O Sr. Paschoal adopta a mesma definição de Heineccio em quanto á servidão, dizendo ser o direito, que alguém tem, de fazer em sua utilidade algum acto no prédio alheio, ou de que o dono o não faça no proprio prédio. Bartolo igualmente definiu a servidão, considerando-a como direito, mas com relação constante ao prédio, em favor do qual é estabelecida: *Servitus*

*est jus quoddam praedio inhaerens, ipsius utilitatem respiciens, et alterius jus seu libertatem minuens.* Esta definição porém não comprehende todo o definido, reduzindo-o á especie de predial, quando se dá tambem a servidão pessoal, ou antes mixta, qual a em que o prédio dá utilidade á pessoa directamente sem intervenção d'outro prédio, como o direito de tirar barro, estabelecido, não para uso d'um prédio, mas para alguém em qualquer parte fazer vasos. Este mesmo defeito encontramos, com referencia ás nossas leis subsidiarias, na definição adoptada no *Cod. Civ.* de França art. 637.: *Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.*

Adoptamos por tanto a definição, que o A. tambem adopta, pois que as expressões *ad alterius utilitatem* comprehendem tanto a utilidade directa á pessoa, como a indirecta por meio do prédio interposto, e assim ambas as especies de servidão.

*Et vel personalis est, etc.* Da definição posta resulta, que póde a servidão considerar-se como direito da pessoa, a quem causa utilidade, ou como encargo do prédio serviente; e que em ambas estas relações se divide em pessoal e real, segundo o prédio dá utilidade directamente á pessoa, *quando praedium servit personae*, ou a outro prédio, *quando res rei servit*.

As LL. Romanas definirão, como fica dito, as servidões pessoaes: alguns modernos lhes chamão *mixtas*, para as distinguirem da escravidão propriamente dita, e daquellas, que sujeitão a outra uma pessoa, que são as puramente pessoaes, especies ambas differentes das reaes, ou das que tem lugar entre dous prédios.

A servidão mixta, ou a pessoal dos Romanos, acaba com a pessoa dominante, e não passa a seus herdeiros, Stryck. liv. 8. tit. 4. §. 2., salvo se o concedente expressamente lh'a faculta, cit. Strick., quando em regra a servidão real é perpetua. L. 4. D. *de servit.*

Os Jurisconsultos Romanos conhecêrão tão sómente tres especies de servidão mixta ou pessoal, e são o *usufructo*, o *uso* e a *habitação*, das quaes adiante

fallaremos. Com tudo, depois que as leis estabelecerão a differença entre o legado do usufructo dos escravos e o do seu trabalho, o trabalho dos escravos, *operae servorum*, formou, na opinião d'alguns Jurisconsultos, uma quarta especie de servidão pessoal, *servitus operarum*, com o fundamento de não poder collocar se este trabalho nas servidões reaes, que por sua natureza durão sempre.

Heineccio adoptou estas idéas nos seus *Elementos de Direito Civil* §. 422., tendo dito no §. 414. que as servidões pessoaes são aquellas, em que o prédio está sujeito á pessoa, *quando praedium servit personae*. Fizerão o mesmo os Redactores do Codigo de Frederico, tendo tambem adoptado aquella definição da servidão pessoal; e com elles o Sr. Paschoal menciona como pessoal, além do usufructo, uso e habitação, a *servitus operarum*. Mas é bem certo que um escravo não é um prédio, e que nem o trabalho, nem o usufructo deste escravo, nem o de qualquer movel pôde formar uma servidão pessoal, segundo a definição das LL. Romanas.

Com mais justo fundamento deverião entrar, além das tres especies dos Romanos, na classe das servidões pessoaes todas as especies da real, quando, em vez de serem devidas a um prédio, são devidas a taes ou taes pessoas restrictamente, ainda que com respeito a prédios; cessando as regras numerosas, imaginadas por Cepolla e outros AA., para distinguirem as convenções, que estabelecem uma servidão real, das que sómente dão direito restricto a um dos contractantes.

Pois que o unico principio verdadeiro para decidir estas questões consiste em procurar na inteução dos pactuantes, se o titulo da concessão teve objecto sómente na pessoa ou no prédio dominante, e resolver pela liberdade do serviente, quando ha dvida, segundo as regras geraes, que se practicão na interpretação das convenções; sendo talvez para evitar o equívoco daquellas regras fundadas em subtilidades, que o *Cod. Civ.* de França não chama servidões mixtas ou pessoaes nem ao usufructo, nem ao uso, nem á habitação.

Já se disse que a servidão real é a devida por um prédio a outro prédio, o que faz que também se chame predial; e se divide em *urbana* e *rustica*, segundo a natureza do prédio dominante. Stryck. liv. 8. tit. 2. §. 1. Por consequencia a mesma servidão, por exemplo, a de caminho, conducção d'agua, etc., pôde ser urbana ou rustica, segundo for estabelecida em proveito d'uma casa ou d'uma terra, Stryck. cit. §. 1. Esta distincção, hoje que o conhecimento das servidões urbanas, extinctos os Almotacés, pertence ás Justiças ordinarias; faz-se mais para distincção das idéas, do que para differença em quanto aos effeitos juridicos.

O Sr. Paschoal refere para exemplo das urbanas a servidão *oneris ferendi* dos Romanos, que obrigava o que a devia, a sustentar sobre o seu muro ou pilar o peso do edificio visinho, bem como a *tigni immittendi* sujeitava o visinho a soffrer que os materiaes, principalmente as traves, da casa d'outro penetrassem no seu muro. Para o que era preciso entre os Romanos uma servidão expressa, porque as paredes lateraes não são médias ou communs entre os visinhos, sendo cada casa separada, para se evitarem os incendios; ainda que ao depois o uso commum das paredes dos edificios foi auctorizado por Antonino.

A servidão *projiciendi* consistia em avançar uma parte do edificio sobre a casa do visinho, sem n'ella a apoiar. Distinguia-se da servidão *protegendii*, pela qual não se estendia parte habitavel do edificio, mas sómente o telhado, sobre a casa ou prédio alheio.

A servidão *stillicidii* ou *fluminis recipiendi* obrigava o visinho a receber no seu terreno as aguas da casa d'outro: ao contrario a *fluminis ne recipiendi* obstava a desviar para proprio uso as aguas, que corrião para a casa do visinho. Outras mais servidões nomeadas e urbanas se usárão entre os Romanos. Vej. as LL. 2., 3. e 4. D. de *servitutibus praedior. urb.*

Em quanto ás rusticas, houve primeiramente a que consistia no direito de passagem por prédio d'outrem; e desta se distinguão as tres especies, que o A. refere como exemplo. Segundo se podia passar ou ir a pé, a

cavallo, ou em carro, chamarão á primeira *iter*, á segunda *actus*, á terceira *via*. Com tudo estas servidões e outras podião ser urbanas ou rusticas, referindo-se a terras ou a edificios dominantes.

A agua era objecto de tres differentes servidões: pois ou se conduzia por canal do prédio visinho; ou se podia conduzir em vasos para beber; ou levar o gado a ella; a primeira dizia-se servidão *aquae ductus*; a segunda *aquae haustus*; a terceira *pecoris ad aquam appulsus*.

Outras mais havia, como a do direito de pasto, a de tirar areia, etc. Cepolla distingue mais de 100 especies entre rusticas e urbanas, e fórma á cerca de cada uma um cap.; trabalho inutil em verdade, pois que o objecto nunca se poderá esgottar, quando o que se tem dito, é bastante para intelligencia das LL. Romanas, que nos são subsidiarias neste assumpto, sendo confórmes á razão. Devemos porém advertir, que o Senhor Paschoal limita excessivamente neste §. as diviões da servidão, quando nesta se deve considerar — o seu fundamento; a propriedade do direito, que d'ella resulta; seu objecto; a duração do seu effeito; sua apparencia exterior; e a natureza do prédio, em favor do qual é estabelecida.

1. Em quanto ao seu fundamento, as servidões podem ser estabelecidas ou por Direito Natural e Civil, ou sómente por convenções ou outros actos de facto particular: no primeiro caso são *legaes*, e por isso necessarias; no segundo *convencionaes*, porque communmente nascem das convenções, o que as faz accidentaes.

A natureza por si mesma sujeitou os prédios visinhos a certas servidões entre si; por quanto os terrenos inferiores estão obrigados aos superiores para lhes receberem as aguas e outros objectos em resultado da situação. Para justificar esta regra, não precisamos da razão da L. 1. §. 23. D. de aqua, et aquae pluviae arcend.: *Sicut omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere*; porque além de não ser sempre verdadeira, basta para o visi-

nho não ter motivo de queixa, que o damno lhe resulta da posição respectiva dos dous prédios, formada naturalmente, e não de facto do proprietario do terreno superior.

Além d'estas servidões, que a natureza estabelece, outras provêm das leis civis. Entrão nesta classe as que restringem as vistas das habitações entre vizinhos a uma certa direcção.

As convencionaes, como a de passagem, a de aqueducto, a de pasto, extracção de barro, areia, pedra, e outras, que nem as leis determinão, nem os costumes regulão, chamão-se convencionaes, não porque resultem necessariamente de convenção, mas porque ordinariamente tem esta causa, ainda que podem ser estabelecidas por sentença sobre partilha entre herdeiros, por testamento, por prescripção, etc.

O *Cod. Civ.* de França art. 639. conforma-se com esta divisão das servidões em razão do fundamento, pois que as distingue em naturaes, legaes e convencionaes.

2.º Em quanto á propriedade do direito, que resulta da servidão, como ella ou pertence a certa pessoa, ou é concedida ao prédio, qualquer que seja o possuidor, divide-se em pessoal ou mixta, e real; especies, de que já tractámos, e que tem importancia para se determinar o tempo, por que dura a servidão.

Esta divisão não passou para o *Cod. Civ.* de França, pois que pelo art. 686. a servidão é sempre real, regulando-se o seu uso e extincção pelo titulo, que a constitue, e em falta de titulo, pelas regras estabelecidas nos artt. immediatos.

3.º Em quanto ao objecto, distinguem-se as servidões em *affirmativas* e *negativas*: são estas as que prohibem ao proprietario fazer algum acto no seu prédio, por exemplo, abrir janellas na sua própria parede; as *affirmativas* consistem em o proprietario consentir algum acto no seu prédio, por exemplo, o caminho, o tirar barro. Hein. tom. 2. §§. 100. 140.

Todas as servidões pessoaes ou mixtas são *affirmativas*. A maior parte das reaes convencionaes, tem a mesma qualidade; destas porém algumas são *negativas*,

como a de não elevar os muros além d'uma certa altura, a de não obstar ás vistas do visinho. O mesmo é n'um grande numero das legaes: taes são as de não construir forno, chaminé, fôssô ou pôço, senão em determinada distancia da casa ou prédio alheio.

4.º Em quanto á sua apparencia exterior, ha servidões, que se conhecem, logo que se emprega alguma attenção sobre o prédio, por isso que são visiveis, e se dizem por esta razão *patentes*, como a da vista, que logo se conhece pela janella, e a da agua, que se mostra pelo rego ou aqueducto; outras porém são occultas, *latentes*, pois que não apparecem por um signal exterior, e sómente se deixão ver pelo facto ou exercicio, como é o direito de caminho ou passagem.

O *Cod. Civ.* de França art. 689. adopta esta distincção, só com a differença de nomes, chamando as visiveis — servidões *apparentes*, e as occultas — *não apparentes*. Mas cumpre notar que esta divisão das servidões é formada pelos interpretes, e não pelas LL. Romanas; e que até mesmo não é exacta, absolutamente fallando.

Por quanto as servidões chamadas visiveis não o são sempre, ou porque o direito está sómente adquirido, sem que a servidão tenha sido posta em uso, ou porque, ainda que usada, tem perecido a obra, que a fazia manifesta. Assim pôde estar convenciona da servidão da vista sobre a casa do visinho, sem que por ora a janella esteja feita; ou mesmo ter esta existido, mas não existir actualmente, por ter a casa caído; circumstancias, em que a servidão não deixa de existir, ainda que não appareça por um signal exterior.

Ao contrario ha servidões chamadas occultas, que se manifestão muitas vezes; por exemplo, o que tem direito de passar, pôde ter uma porta para isso, a qual annuncia ou manifesta a servidão. — Estas considerações são attendiveis para sabermos variar a natureza da prova da servidão, não accreditando que é ella sempre a mesma em razão da sua clare

5. Em quanto á duração do effeito, ha servidões, cujo uso pôde ser continuo independentemente, ou

sem ter necessidade do facto actual; como, por exemplo, a vista sobre a casa do visinho, estas chamão-se *continuas*. As que não podem ter uso, senão por intervallos, como é a de passagem, dizem-se *descontinuas*. Outras finalmente são *quasi continuas*, porque a obra feita para o seu uso pôde existir, ainda que este tenha interrupções; tal é a servidão de receber as aguas do beiral d'outro.

6." Finalmente em quanto á natureza do prédio, em cujo beneficio as servidões se estabelecem, dividem-se estas em urbanas e rusticas, como já observámos.

### *Servidões consistentes in faciendo.*

§. 2. *Moribus tamen nostris servitus non solum in patiendo et non faciendo, uti jure Romano, sed etiam in faciendo potest consistere, etc.* Do que até aqui temos exposto, facilmente se conclue, que a servidão considerada como direito, tem essencialmente objecto no prédio alheio, assim como se conclue, que considerada como encargo, sómente obriga o que a deve, a soffrer os actos d'outro no seu prédio, sendo ella affirmativa, ou a não os praticar elle mesmo, sendo a servidão negativa: mas que nunca é obrigado a actos, porque a servidão nunca consiste *in faciendo*, e sim *in non faciendo* ou *in patiendo*.

Alguns Jurisconsultos, e tambem o *Cod.* de Fride-rico, dão como razão de não ser obrigado a actos o senhor do prédio serviente, o consistir o fim de todas as servidões na utilidade real da pessoa ou do prédio dominante, utilidade, que não pôde resultar dos actos practicados pelo dono no serviente. Mas esta razão é falsa: por quanto podem praticar-se n'um prédio actos, que utilizem a outro; por exemplo, as obras feitas no prédio superior, para conter as aguas, ou fazer-lhes mudar de direcção, podem ser uteis ao inferior; e se o dono daquelle se obrigar para com o deste a essas obras, dar-se-ha uma servidão? Se aquella razão fosse verdadeira, era força dizer que sim; porém dize-

mos que não , porque a servidão nunca para o onerado consiste *in faciendo* , mas tão sómente *in non faciendo* ou *in patiendo* : donde vem , que , no caso figurado , o senhor do prédio inferior , por virtude da convenção , não tem um direito real no superior , mas sim direito pessoal contra o pactuante ou promittente e seus herdeiros , sem que este direito seja transcendente contra successor por titulo singular.

Do mesmo modo se o proprietario d'um prédio e obrigar a conduzir em cada anno no seu carro lenha para gastos da casa d'outrem , e em favor de quem nesta succeder , não ha aqui servidão , mas obrigação pessoal , que não onera aquelle prédio , mas que liga tão sómente o pactuante e seus herdeiros , e não o successor singular. E obriga os herdeiros não por encargo real do prédio , mas pela obrigação do contracto ; quando , se aqui houvesse servidão , o successor de tal prédio , ainda que não fosse herdeiro do promittente , seria obrigado á conducção. Stryck. liv. 8. tit. 1. §. 3.

*Saepe enim nostri homines frumenta in alterius pistrino comminuere* , etc. Com tudo diz o Sr. Paschoal , que o não consistir a servidão em actos do onerado , é uma subtileza dos Romanos , que não está , nem esteve jámais em uso entre nós ; pois que nossos moradores d'alguns prédios se obrigão á servidão de fazer actos , como é a d'usarem dos moinhos , fornos , lagares , tabernas e estalagens dos senhores , a de servirem corporações ou individuos na cultura de suas terras , a de lhes levarem a casa os fóros , etc. ; encargos , que consistem *in faciendo* , e que diz verdadeiras servidões , porque passão a qualquer possuidor dos mesmos prédios por imitação feudal ; referindo-se na nota a documentos desta práctica.

Não negamos a existencia de taes factos entre nós por imitação d'outros povos , principalmente d'origem Germanica , onde segundo os principios do Direito Feudal erão vulgares ; mas cumpre não os aceitar precipitadamente como servidões consistentes *in faciendo*.

Algumas corporações , é verdade , para tirarem maior proveito principalmente dos seus lagares , moi-

nhos, e barcas de passagem, alcançarão dos proprietarios visinhos obrigarem-se-lhes a não pôr barca, assim como a não fazer nos seus prédios moinhos e lagares. Até aqui temos verdadeiras servidões, mas servidões, que por isso mesmo consistem em abstenção, ou em prohibição de fazer, ou *in non faciendo*; servidões, que ou estabelecidas em favor de corporações, ou de particulares, forão abolidas entre nós, como direitos banaes odiosissimos, pelo Alvará de 5 de Julho de 1824 §. 5.

É igualmente verdade, que os possuidores d'alguns prédios entre nós são obrigados a geiras, a dias de serviço pessoal, á conducção de fóros todos os annos em utilidade de corporações ou de particulares, e que estes encargos passão a successores, por isso que são reaes: mas serão elles servidões? Por que titulo se possuem e possuirão entre nós as terras oneradas com taes encargos, e qual é aquelle, por que os mesmos aproveitão a corporações ou a particulares? Tão sómente pelo emphyteutico translativo do dominio util, obtido das pessoas, a quem os mesmos encargos utilizão; por tanto são estes verdadeiramente fóros, ou parte d'elles, que acompanhão os prédios como taes, e não como verdadeiras servidões, as quaes não se constituem por concessão emphyteutica, antes suppõem o prédio serviente alheio absolutamente, indo ferir sómente por si a propriedade illimitada do dono, em quanto fica obrigado a soffrer actos, ou a não os praticar no que é seu, mas nunca a practical-os, porque é da essencia da servidão o não consistir *in faciendo*.

É porèm certo que, como por estes encargos ou deveres emphyteuticos um prédio fica sujeito a concorrer para a cultura d'outro prédio, ou para o bem da pessoa, de quem proveio o dominio na parte util, são chamados vulgarmente servidões; mas a natureza destas juridicamente considerada, é mui differente da natureza d'aquelles.

Nem tem força o argumento deduzido da servidão *oneris ferendi*, na qual, segundo alguns interpretes, se dava uma excepção, obrigando o seuhor do prédio serviente a reconstruir e conservar o muro, pilar ou colu-

ma, que sustentava alguma parte do edificio visinho. Por quanto entre os Romanos, para o senhor do prédio onerado occultamente não attentar contra a segurança do edificio dominante, era frequente impor-lhe a obrigação referida, não pelo direito de servidão em si mesma, mas por uma outra estipulação particular, que se lhe unia; estipulação, que Aquilio Gallo, um dos mais celebres Jurisconsustos Romanos, reputou contraria á natureza da servidão, mas que todos os mais julgarão válida para fundamentar a accção na equidade *imploratione officii judicis*, sem proceder a real *confessoria servitutis*.

Donde concluimos, que por virtude da servidão o senhor do prédio serviente não é obrigado á reconstrucção ou limpeza do aqueducto, por exemplo, mas que pôde sê-lo por virtude da obrigação pessoal transmissivel a herdeiros; salvo se o encargo for real por clausula do contracto emphyteutico, caso, em que taes actos não constituem servidão, mas fazem parte do fôro, passando por isso a todo e qualquer successor no prédio, essencialmente emphyteutico, e de nenhuma sorte serviente.

### *Subtilezas dos Romanos a respeito de servidões.*

§. 3. *Neque etiam moribus nostris conveniunt subtilitates*, etc. Entre as subtilezas dos Romanos a respeito de servidões, que por isso os nossos costumes desapprovãõ, refere primeiramente o A. a perpetuidade da causa, quando na servidão de caminho, na de bebida do gado, e outras, que refere no §., não era a causa perpetua.

É certo que as servidões deviãõ ter causa perpetua: *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, L. 28. D. de *servit. praed. urban.*; mas em se negar esta causa á servidão *itineris*, *viae*, *actus*, *pecoris ad aquam adpulsus*, parece que se confunde a causa com o uso da servidão. Por quanto a causa está na utilidade do prédio dominante, e sua perpetuidade consiste em elle constantemente a poder aproveitar, dependendo com tudo da vontade do senhor o uso

d'ella. Logo se o prédio serviente fosse susceptivel de prestar constantemente aquella utilidade nas referidas servidões, sua causa era perpetua, embora o uso dependesse da vontade da pessoa dominante.

Mas se o prédio serviente não podia prestar sempre a utilidade ao dominante, a servidão não valia, por não ser perpetua a causa: assim na agua morta ou não fluente, *ex lacu, ex stagno*, não se podia conceder a servidão do aqueducto, como decide a cit. L. 28. D. *de servit. praed. urban.*, embora a agua fosse viva ou fluente em alguns mezes do anno, pois que nestas circumstancias não era a causa perpetua; de sorte que a perpetuidade da causa consistia na constancia da possibilidade do proveito, e de venhum modo na constancia do uso ou exercicio.

Que esta foi a Jurisprudencia dos Romanos, se prova, em nossa opinião, pela L. 23. §. 1. D. *de servit. praed. rustic.*: *Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.* Por quanto declara valer a servidão de navegar em batel, concedida ao prédio visinho, no lago, sendo perpetuo, pois que neste caso é perpetua a causa por ser possivel a constancia da utilidade; donde se infere não poder tal servidão estabelecer-se no lago, que sécca por alguns mezes do anno, em razão da causa não ser perpetua, ou porque em tal estado a utilidade da navegação não é possivel.

Por consequencia o dar-se causa na servidão para ella ter effeito, é confôrme á razão, alias a servidão não é possivel: assim se o prédio não tem barro, a servidão de o extrahir não pôde impor-se em tal prédio; mas dá-se verdadeira subtileza na perpetuidade da causa; pois ainda que um lago esteja sécco durante parte do anno, ha sempre verdadeira utilidade em poder atravessal-o em batel, quando está com agua, a fim de chegar mais commodamente e em menos tempo ao prédio dominante.

*Quod ad certam partem fundi servitus nec remitti, nec constitui potest.* Segundo a L. 11. D. *de servitut.* não se pôde adquirir servidão a favor de parte do prédio,

nem ceder d'ella sómente em parte do serviente. Estas decisões não tem observancia entre nós; por quanto se um prédio tem diferentes proprietarios, nada obsta a que um adquira para si, com exclusão dos mais todos, o direito de passar pelo prédio do vesinho. Igualmente o que tem vista sobre um prédio, pôde renunciar em parte a servidão, deixando elevar parte do muro, sem viciar a convenção anterior, que lh'a conserva sómente em parte; o que até mesmo e expresso na Ord. liv. 1. tit. 68. §§. 28. e 36., onde a servidão restricta a certa parte dos prédios urbanos se admite, tanto activa, como passivamente; concordante a L. 6. D. de servitut., onde Paulo, em contrario de Modestino na cit. L. 11. D. eod., se explica deste modo: *Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest.*

*Quod ad tempus non valeat constitui.* Segundo a L. 4. D. eod. a servidão não podia ser constituída desde certo, ou até certo tempo, nem sob condição, ou até certa condição, quando o modo podia ser adjecto á servidão, como, por exemplo, a qualidade do transporte, isto é, se o transitio devia ser feito a cavallo ou em carro, assim como a hora determinada do uso. E é bem certo que as convenções sobre o modo se refundem em condição. Parece-nos por tanto igualmente com o A., que a razão é superior a este texto; e que por isso o principio e termo da servidão depende entre nós dos pactantes, bem como o constitui-a condicional ou puramente.

*Neque amoenitatis, delectationisve gratia, sed utilitatis tantum.* Como a servidão se estabelece por necessidade, ou ao menos para utilidade da pessoa ou do prédio dominante, tinham os Romanos por nulla a que se estabelece para recreio e amenidade, como, por exemplo, para passear, jogar, dançar. L. 8. pr. D. eod. Porém o Sr. Paschoal acha que a servidão com taes fins deve ter effeito entre nós, por ser conforme á razão dar effeito ás convenções. Com tudo o Direito Natural não nos permite opprimir, ainda mesmo por convenções, a liberdade dos outros, sem que dahi nos resulte

verdadeira utilidade. por isso é que a L. 15. D. *eod.* declara nulla a servidão, que obrigasse outro a não passar sobre o seu proprio prédio, e a L. 8. §. 6. D. *Si servitus vindicet.* diz o mesmo da que prohibe o uso do lume, que produz um leve fumo, bem como da que véda outro de lavar-se dentro da sua propriedade.

Mas ainda que a servidão activa de passear no prédio alheio, e outras estabelecidas para recreio e amenidade, não estejam perfeitamente na razão das que acabamos de referir, entendemos com Hubero ao tit. *de servit.* nn. 6. e 7., que sua nullidade não se funda em méra subtilidade, que deva hoje rejeitar-se inteiramente, mas na desconveniencia de se impor ao prédio ou propriedade d'alguem o onus de soffrer actos quasi inuteis, susceptíveis de variações caprichosas, sem proveito real da pessoa dominante, e contra o favor devido á liberdade do dominio; concluindo que o pacto, que estabelecer tal obrigação, valerá apenas como convenção contra o promittente e seus herdeiros, mas não como servidão, que onére o prédio em prejuizo de qualquer possuidor.

Finalmente fechando este §., nos aponta o A. a subtilidade da L. 15. §. ult. D. *de usufruct.*; onde se decide que o proprietario, gravado com o usufructo, não pôde constituir no seu prédio outra servidão, ainda que o usufructuario lh'o consinta, isto pelo principio de não poder a servidão ser concedida, senão pelo que tem dominio pleno no prédio, quando em verdade o elemento, que falta no proprietario, é supprido pelo consentimento do usufructuario, consentimento, de que aquelle não carece, segundo a boa razão, se a servidão imposta é tal, que não prejudica o usufructo, como é a que os Romanos dizião *altius non tollendi*, e que nós já expozemos.

#### *Em que consiste o usufructo.*

§. 4. *Ususfructus, praecipua servitutis personalis species, definitur jus alienis rebus utendi fruendi, salva earum substantia.* — Expostas as generalidades de Direito em

em quanto ás servidões, e mostrado ultimamente que ás LL. Romanas sobre este objecto contém algumas subtilezas, que os nossos costumes não adoptarão, passamos com o A. ás especialidades, principiando pelo usufructo, como a principal especie de servidão pessoal.

*Usufructo*, palavra formada das duas *uti frui*, explica o direito de usar e gozar d'uma coisa. O *Cod. Civ.* de França define-o o direito de gozar das cousas, em que se não tem propriedade, como se gozaria sendo proprietario das mesmas, mas sob encargo de as conservar na substancia, importando por isso a faculdade de tirar d'ellas toda a utilidade possível, com tanto que se conservem sem deterioração para o proprietario ou dono. A definição dada pelo A., e que elle aproveitou da L. 1. *D. de usufr.*, contém a mesma idéa, em quanto nas palavras *utendi fruendi* estende a faculdade do usufructuario á percepção de todos os proveitos possíveis, com a limitação de ficar salva ao proprietario a conservação do objecto do seu dominio, pelas outras *salva earum substancia*.

Vista a extensão do usufructo, é claro dar-se differença entre esta servidão e a outra pessoal do *uso*, bem como entre esta e a da *habitação*. Por quanto o uso é o direito de tirar os fructos ou utilidades da coisa alheia, mas sómente em proporção das necessidades da pessoa dominante, e por isso menos extenso que o usufructo; assim como o direito da habitação é mais restricto, que o do uso; em quanto este comprehende todos os fructos, cujo consumo é preciso para a satisfação das necessidades da pessoa, quando a habitação só lhe dá o direito de habitar restrictamente sem outra alguma utilidade.

Devemos porém confessar que ha grande confusão nas LL. Romanas, pois que algumas tomão a palavra *habitação* no sentido, que expozemos, em quanto outras parecem admittir que o direito d'habitação importa o gozo da totalidade da casa, e no §. penult. *Inst. de usu et habitat.*, bem como na L. 12. *C. eod.*, se resolve que o que tem direito d'habitação, póde alugar a casa, como se fôra usufructuario. A exactidão porém

dos termos entre os antigos é mais confôrme á razão, e por isso é mais seguro conserva-la, salvo o caso, em que pelo título, que concede a servidão, se conhece que a intenção do concedente foi outra.

Com esta opinião é concordante o *Cod. Civ.* de França; por quanto, depois de no art. 628. haver estabelecido, que o direito do uso e habitação se regulão pelas clausulas dos títulos, que os concedem, soffrendo por isso mais ou menos extensão, dispõe que se o título não é determinado claramente, sómente pôde o usuario haver os fructos necessarios para satisfacção das necessidades proprias e da familia, sem que possa ceder ou arrendar a outrem o seu direito, artt. 630. e 631. E que em iguaes termos o direito de habitação se intende concedido com restricção á parte da casa necessaria para se habitar com a familia, e sem que aquelle, que o tem, possa cedel-a em outrem ou alugal-a, artt. 633. e 634.; quando o usufructuario pôde gozar todos os fructos naturaes, industriaes e civís, bem como todas as accessões, como se fôra senhor, e por isso conceder a outrem o seu direito. Art. 595. e segg.

Com tudo o direito do usufructuario limita-se a conservar, e não se estende á faculdade de alterar o estado dos bens alheios: assim não pôde mudar-lhes a fórma e destino, por exemplo, de dous quartos fazer um, dividir um em dous, ou applicar a estalajem uma casa ordinaria. L. 13. §. ult. D. *de usufruct.* Não pôde elevar tecto sobre muro, que o não tinha ao tempo da concessão, pois, diz a lei, uma cousa é guardar o que se tem recebido, e outra cousa é fazer obra de novo: *Aliud est tueri quod accepisset, an novum faceret.* L. 44. D. *cod.* Nem ainda mesmo pôde acabar um edificio principiado pelo proprietario, salvo se este expressamente lhe deu poder pêlo acto constitutivo do seu direito. L. 61. D. *cit. tit.* O que tudo resulta dos limites que lhe põe a obrigação de conservar sempre salva a substancia dos bens alheios.

*Verbo usufructus majores nostri plerumque olim significabant dominium utile,* etc. Depois de vermos a extensão e limites do direito do usufructo, resta adver-

tir com o A. na nota, que antigamente nossos maiores derão o nome de *usufructo* ao dominio util separado do directo, bem como ao direito de tirar toda a utilidade de bens havidos d'outrem, por pensão, canon ou fôro, o que fazia dizerem *usufructuario* não só o emphyteuta, mas tambem o censuario. Introduzido porém o Direito Romano entre nós, passou o usufructo a considerar-se, não como uma parte separada do dominio, mas como uma servidão, encargo ou *jus in re*, que o onera, o que se entende do usufructo *formal*, ou do que se dá em pessoa, que não é o proprietario, pois o que se dá neste, ou o que é connexo com o dominio, e que costuma dizer-se usufructo *causal*, não é uma servidão, porque se não dá esta nos bens proprios, mas é um effeito, ou antes um elemento do dominio. Desta sorte o dominio util, separado do directo, que faz uma parte do pleno, não é encargo para o senhorio, porque recebe beneficio, nem é servidão para o emphyteuta, porque o fôro e mais obrigações são reservas feitas pelo proprietario na cousa, em que ainda fica com dominio ao concedel-a em emphyteuse, e a servidão é encargo em prédio inteiramente alheio, o que faz que o usufructo, ou o direito de tirar toda a utilidade d'um tal prédio, salva a substancia do mesmo, seja um *jus in re* para o usufructuario, um encargo para o senhor do mesmo prédio, e, porque este é absolutamente alheio para aquelle, uma verdadeira servidão.

#### *Modos, por que se constitue o usufructo.*

##### §. 5. *Constituitor vel ab homine inter vivos, etc.*

Constitue-se o usufructo *vel ab homine, vel a judice, vel a lege*; isto é, pôde o usufructo ser constituído por contracto, por testamento, por sentença, e por disposição da lei. Constitue-se por contracto, por quanto o proprietario d'um prédio pôde vender, doar ou ceder n'outrem por titulo de permutação o usufructo, que n'elle tem. L. 3. *pr. D. de usufruct.*, assim como o testador, com livre administração de seus bens, pôde instituir uma pessoa na sua propriedade, e legar a outra o

direito de os gozar em usufructo. (Vej. o tit. *de usu et usufructu legato* no Digesto.)

Ha porém uma differença mui notavel entre a concessão do usufructo por contracto, e a que se faz por testamento. Se é concedido por contracto, o accedente não recebe logo o *jus in re*, mas sómente o direito pessoal para obrigar o promittente a fazer-lhe tradição; e se antes d'ella o proprietario vende o prédio, passa este livre ao comprador: quando, se o usufructo é deixado por testamento, o legatario logo acquire o *jus in re* pela adição do herdeiro, sem dependencia da tradição, o que é o mesmo se o uso é legado. Sendo ainda para notar que o *jus in re* em todos os mais legados, se acquire pela morte do defuncto sem dependencia da tradição, nem de facto do herdeiro. L. 1. §. 2. D. *quand. dies ususfructus*.

É a sentença do Juiz o terceiro modo por que se constitue o usufructo; pois que, como pôde acontecer, que na partilha da herança, ou na de bens communs, o quinhão d'um interessado exceda em valor o d'outro, em razão da existencia de bens, que pela divisão se deteriorão, pôde o Juiz, neste caso, em lugar de sujeitar aquelle a torna pecuniaria, obrigar-o a entregar a este o usufructo da totalidade, ou d'uma parte do seu quinhão por tempo determinado. L. 6. §. 1. D. *de usufruct*. Procede o mesmo, quando a coisa legada a dous, e que pela divisão se deteriora, causa interesse a um por suas circumstancias particulares, sendo-lhe concedida em usufructo; por exemplo, uma livraria pôde ser adjudicada em usufructo ao legatario letrado, e a propriedade ao outro, que tem diversa profissão.

Tambem a lei por si só, ou sem que a vontade do homem intervenha, concede a certas pessoas o usufructo, que por isso se diz legal, como é o do pai nos bens adventicios do filho não emancipado, L. *Oportet C. de bonis, quae liber.*, concordante a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 19.; usufructo, que, fundado no patrio poder, é exclusivo do pai, mas não abrange os bens do filho exceptuados pela Ord. do mesmo liv. tit. 98.

Com tudo segundo o *Cod. Civ.* de França art. 384. este usufructo pertence á mãe, que sobrevive ao marido,

em quanto não passa a outras nupcias, art. 386.; sendo digno de notar-se, que dispondo o mesmo Cod. em geral, no art. 587., que o usufructo se estabelece pela lei, ou pela vontade do homem, não adopta em parte alguma outra especie do usufructo legal além deste, que cabe ao pai, e por sua morte á mãe, nos bens do filho menor, e que cabe ao pai, e não á mãe, se passa a segundas nupcias, conservada em quanto ao pai a disposição da L. ult. C. de bonis, quae liber.

*Utrique parenti, qui ad secundas nuptias*, etc. Também o pai ou mãe, passando a outras nupcias, tem sómente o usufructo nos bens, em que succede ao filho do primeiro matrimonio; que morreo sem testamento, deixando irmãos germanos, nos termos da Ord. liv. 4. tit. 91. §§. 2. e 4.

Da mesma sorte a viuva quinquagenaria, que tendo filhos ou descendentes do primeiro matrimonio, contrahe segundo, fica com o usufructo nas duas partes dos bens, que tem, hem como dos que depois houve por qualquer titulo de seus ascendentes ou descendentes, podendo sómente dispor da terça, na qual conserva a propriedade. Ord. liv. 4. tit. 105.

Finalmente a viuva nobre, em quanto não passa a outras nupcias, quando não foi pactuada a quantia de seus apanagios ou alimentos, tem o usufructo da decima parte do rendimento annual de todos e quaesquer bens, que formavão o patrimonio do marido. Lei de 17 d'Agosto de 1761. §. 7.

Resta porem accrescentar em quanto aos modos de constituir o usufructo, que pôde ser constituido puramente, ou sob toda e qualquer condição que agradar ao concedente, o que é expresso na L. 4. D. de usufruct., na L. 1. D. quando dies usufructus, e na L. 4. D. si usufructus petatur; assim como que pôde ser constituido sobre prédios rusticos ou urbanos, sobre direitos, como são dividas activas, sobre cousas moveis, e até mesmo sobre aquellas, que se consomem pelo uso, ainda que neste ultimo caso não se dá verdadeiro, mas um *quasi usufructo*, como a diante mostraremos. L. 3. §. 1., L. 7. D. de usufruct., §. 2. Inst. eod. tit., L. 1. D. de usufruct. earum rerum.

*Modos, por què acaba o usufructo.*

§. 6. *Modos autem, quibus usufructus jure Romano amittitur, non omnes recipimus.* Que a morte natural do usufructuario acaba o usufructo, é uma maxima trivial, que não carece de prova, pois que o usufructo, ainda que em quanto ao objecto seja um direito real, é concedido á pessoa, e por isso acaba com ella, como é expresso na L. 3. §. ult. D. *quib. mod. usufruct. amittat.*, na L. 8. D. *de annuis legatis*, no §. 3. *Inst. de usufructu*, e nas LL. 12., 14 e 16. C. *eod. tit.*, concordante o *Cod. Civ. de França art. 617. : Ususufruit s'éteint par la mort naturelle . . . de l'usufruitier.*

E se o usufructo foi concedido perpetuamente, não só para passar aos herdeiros, mas sem termo na transmissão, quando se poderá dizer morto para elle o usufructuario? Neste caso dá-se usufructo no nome, e não val, pois ficaria inutil a propriedade.

Mas, sendo da natureza do usufructo acabar com a pessoa, e não poder ser perpetuo, poderá elle ser concedido a uma communidade ou collegio, que não acaba por virtude da subrogação de pessoas? Resolve esta questão a L. 56. D. *de usufruct.*, declarando válido o usufructo concedido ao municipio, e para evitar que a propriedade fique inutil, o deixa existir por cem annos: tão sómente, porque este tempo é o mais, que communmente vive um homem, *quia is finis vitæ longævi hominis est*; disposição, que o *Cod. Civ. de França* não aceitou, pois no art. 619 deixa sómente durar trinta annos o usufructo, quando não é concedido a individuos.

Com tudo pôde extraordinariamente o usufructo, concedido a uma communidade, ter mais curta existencia que a de cem annos, sem que o titulo da concessão lh'a determine, o que acontece sendo destruida a cidade ou villa séde do municipio, e na mesma razão o estabelecimento de mão morta; pois que a destruição opéra para a communidade o mesmo, que a morte natural para os individuos: *Si usufructus civitati legetur, et aratum in eam inducatur, civitas esse desinit, ut passa*

*est Carthago: ideoque, quasi morte, desinit habere usumfructum.* L. 22. D. *quib. mod. ususfruct. amittat.* O abandono total da cidade, ou a separação completa dos indivíduos, que constituem o collegio, equivale á sua destruição, para acabar o usufructo.

Depois de vermos que a morte natural faz acabar o usufructo, pede a analogia que examinemos, se tambem a morte civil faz acabar este direito. Diz o Sr. Paschoal que não, porque não temos escravos, nem deportados no sentido dos Romanos, ou porque não tem logar entre nós nem a *capitis diminuição* maxima, nem a média, importando morte civil. Mas em outra parte vimos, que está pena tem applicação entre nós; e por isso parece devermos concluir, que a morte civil produz o mesmo effeito no usufructuario, que a morte natural, isto é, a inteira extincção do usufructo. L. 1. D. *quib. mod. ususfruct. amittat.*, L. penult. C. *de usufruct.*, §. 3. *Inst. end tit.*, concordante o *Cod. Civ. de França* cit. art. 617.

Adoptado que a morte civil extingue o usufructo, resultará por ventura este effeito igualmente da profissão religiosa? Ha Jurisconsultos, que seguem a affirmativa: por quanto, dizem elles, as Leis decidem, que o usufructo acaba *maxima et media capitis diminutione*; e como a profissão religiosa importa morte civil, extingue o usufructo.

Dumoulin, sobre o *costume* de Paris, §. 41. n. 81. e outros muitos AA., seguem que o herdeiro, a quem pertence o direito do usufructo no tempo de sua profissão, deve gozar do mesmo, durante a vida natural do professo.

Nós com Cujacio (sobre a Novella 5.) não consideramos os religiosos *capite minuti* perfeitamente, pois conservão não só como homens a liberdade, mas como cidadãos a cidade, os votos não lhes cortão todas as relações sociaes. Passão por mortos, mas isto (como diz Heraldo *de rerum judicatarum auctoritate* liv. 2. cap. 11. n. 5.) entende-se *theologicæ potius, quam civiliter*: por consequencia, ainda que o voto de pobreza os estorve de gozarem o usufructo excedente aos alimentos,

elle não expira pela profissão , e passa com os outros bens ao herdeiro , que o goza , durante a vida da pessoa religiosa , aquem succede.

Além disto , como o religioso entre nós é capaz de tença vitalicia , Decreto de 17 de Julho de 1778 , póde o usufructuario por este titulo até mesmo reservar em si o usufructo. Concorde o *Digest. Portug.*, tom. 3. art. 570., com Castilh. *de usufructu* cap. 64. e 65.

É evidente que a morte do proprietario não termina o direito do usufructuario , L. 1. §. 1. *D. de usufruct.*, mas que acaba neste o direito, findo o tempo determinado no titulo para a sua duração , L. 5. *C. eod.* Também se o legatario d'um direito d'usufructo é onerado pelo testamento com entregal-o a outrem , é claro que este direito não se extingue por sua morte , mas sómente pela do fideicommissario ou substituido. L. 4. *D. quibus modis ususfruct. amittat.*

Mas se o direito d'usufructo foi legado a muitas pessoas conjunctamente , a morte natural ou civil d'um dos co-legatarios extinguirá este direito na sua parte , ou accrescerá ella aos outros? A L. 1. §. 10. *D. de usufruct. accrescend.*, como temos idéa de em outro lugar haver notado , decide que accresce , e que o usufructo não se reúne á propriedade , senão por morte de todos os co-legatarios ; no que se dá uma excepção ao principio geral , que não concede o direito d'accrescer , quando cada um dos co-legatarios tem recebido a porção ou parte , que lhe cabe no objecto legado , excepção , que o *Cod. Civ. de França* não accceitou , deixando firme o principio geral.

*Rei interitu.* Outro modo , por que o usufructo se extingue , consiste no perecimento ou destruição da coisa onerada , pois que não póde dar-se direito sem objecto , o que é expresso , em quanto ao usufructo , na L. 2. *D. de usufruct.*, L. penult. *C. eod. tit.*, L. 5. §. 10 *D. quibus mod. ususfruct. amittat.*, e *pr. Instit. de usufruct.*

Cumpre porém fazer algumas observações necessarias ácerca da regra estabelecida , de que o usufructo acaba pelo perecimento da coisa ou objecto , em que foi constituido. Primeiramente devemos advertir , que neste

logar não tractamos senão do usufructo com objecto em corpo especialmente determinado ou coisa certa, pois se tem objecto n'uma totalidade, a destruição ou perecimento de coisa especial não pôde extinguir o direito sobre tudo o mais, que resta. O mesmo é, se a coisa, que perece, consiste em accessorio do prédio, sobre que está o usufructo, pois que subsiste no principal. L. 34. §. ult. D. *de usufruct.*, L. 8., 9. e 10. D. *quib. mod. ususfruct. amittat.*

Deve igualmente distinguir-se o caso, em que o usufructo foi constituído por acto *inter vivos*, daquelles, em que o foi por testamento. Quando o usufructo foi constituído *inter vivos*, como então o direito, ou *jus in re*, está na pessoa do usufructuario, a perda ou extinção do objecto extingue verdadeiramente o usufructo; mas se este foi constituído por testamento, deve ainda distinguir-se, se o perecimento ou destruição aconteceu antes, ou depois da morte do testador: se antes, o usufructo fica extinto; nestas circumstancias porém, como elle ainda não foi adquirido, da-se antes uma revogação do legado: mas se a destruição do objecto acontece depois da morte do testador e da adição da herança, como então o usufructo já está adquirido, elle verdadeiramente se extingue.

Em harmonia com as primeiras idéas expostas, se uma casa acabou, ou se extinguiu, por incendio, terremoto, ou pela diuturnidade do tempo, extingue-se o usufructo adquirido, a que a mesma estava sujeita, sem que subsista sobre o sólo ou terreno; quando se o usufructo tem todos os bens por objecto, o sólo lhe permanece sujeito, L. 34. §. ult. D. *de usufruct.* Mas se não perece a casa toda, subsiste o usufructo no resto. L. 53. D. *eod.* Donde vem que, se a casa no todo, ou na parte destruida, é reedificada pelo proprietario, não renasce o usufructo, e sómente subsiste na parte não destruida. L. 5. D. *quib. mod. ususfruct. amittat.*

*Consolidatione.* Como é certo, que se não pôde dar servidão em coisa propria — *neniui res sua servit*; é claro, que se o usufructuario vem a ser proprietario, o usufructo necessariamente acaba pela consolidação. §. 3.

*Inst. de usufruct.* Do mesmo modo acaba, se o usufructo se reúne no proprietario, pois que a consolidação para este effeito, como a razão reconhece, se opéra, segundo as expressões do *Cod. Civ.* de França art. 617., *par la réunion sur la même tête des deux qualités, d'usufruitier et de propriétaire.*

E se o usufructuario, em quem a propriedade se reúne, perde esta por effeito d'uma causa posterior, recupera por ventura o antigo usufructo? Decide que não a L. 17. D. *quib. mod. ususfruct. amittat.*: um testador, diz ella, legou-vos pura e simplesmente o usufructo d'um prédio, e tambem legou condicionalmente a Ticio a propriedade do mesmo; se antes do acontecimento da condição, que tem o legado de Ticio em suspenso, vós acquiris a propriedade, que é seu objecto, verificadã a condição, terá Ticio propriedade plena no prédio, porque vós tinheis perdido o usufructo, tornando-vos proprietario: *dum enim proprietatem adquisis, jus omne legati ususfructus amisisti.*

Mas se o titulo, em virtude do qual o usufructuario tinha adquirido a propriedade, vem a rescindir-se, a rescisão deste titulo faz reviver o usufructo: *Dominus fructuario praedium, quod ei per usufructum serviebat, legavit, idque praedium aliquandiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: remansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit.* L. 57. D. *de usufruct.*

E se o legatario condicional do usufructo se torna proprietario do prédio antes do acontecimento da condição, e tem deixado de o ser antes da mesma época, poderá elle, verificada a condição, reclamar o usufructo, como se não tivesse sido proprietario no intervallo desde a morte do testador até ao cumprimento da condição?

Póde reclamar o usufructo, responde à L. 34. D. *cod.*: *Si sub conditione ususfructus mihi legatus fuerit, et interim proprietatem ab herede accepero, pendente autem conditione eandem alienavero, ad legatum admittar.*

*Et non usu tempore legitimo, amittatur, expeditum est.* O não uso, ou a falta d'uso do usufructo, durante

o tempo-legítimo, constitue prescripção para o mesmo se perder, na qual o usufructuario incorre, não gozando por dez annos entre presentes, e por vinte entre ausentes; como acontece igualmente nos outros direitos reaes, e se resolve em quanto ao usufructo na L. penult. *C. de servitut.*, concordante o §. 3. *Instit. de usufruct.* Mas segundo o *Cod. Civ.* de França art. 617., deve o não uso ser de trinta annos, para o direito do usufructuario se extinguir, o que foi adoptado, sem fundamento em nossa opinião, no *Digest. Portug.* tom. 3. art. 579.

A prescripção tem força contra o fideicommissario, quando; entregue do usufructo, despreza o gozo do mesmo. L. 3. *D. si ususfruct. petatur*; mas este desprezo feito pelo gravado ou fiduciario não pôde constituir prescripção contra o fideicommissario. L. 29. §. ult. *D. quib. mod. ususfruct. amittat.*

Comitado para o usufructo não prescrever, não é essencial que o usufructuario goze por si mesmo, ou que elle proprio recolla os fructos e mais proveitos dos bens, pois é bastante que outrem os receba em seu nome, quer a titulo d'arrendamento, quer de doação, venda, precario, ou mandato. Tambem a familia ou mulher do usufructuario ausente lhe conserva o usufructo, e o defende da prescripção. L. 22. *D. eod. tit.*

Resta porém advertir, que segundo a L. 28. *D. eod.* se reputa imprescriptivel o usufructo constituido, para ter logar *alternis annis*, isto é, para aproveitar ao usufructuario n'um de dous annos, pela razão de não se dar um só, mas muitos legados neste caso, *non unum, sed plura legata sunt*, o que nos parece razão ou fundamento subtil para não ser attendido entre nós, pois assenta em pura e manifesta ficção.

Tambem notamos que o Sr. Paschoal por occasião do não gozo, durante o tempo legitimo, nos não refere outra causa extinctiva do usufructo, e que diz respeito ao tempo. Consiste ella no fim ou acabamento daquelle, por que o usufructo se concede; pois que este pôde ser pactuado por certo tempo, findo o qual, acaba todo o direito do usufructuario, de sorte que recebem-

do fructos depois do termo, deve, como alheios, restituir-os ao proprietario inteiramente. L. 5. C. *de usufruct.* O que procede até mesmo se o usufructuario não tem ainda gozado; mas deve ser indemnizado pelo proprietario, se este occasionou o não gozo, como decide a L. seg., e é conforme á razão; o que todavia o *Cod. Civ.* de França não accitou em quanto no art. 617. decide absolutamente que « *l'usufruit s'éteint . . . par l'expiration du temps pour le quel il a été accordé.* »

E se o testador sujeita os bens a usufructo, até que o herdeiro tenha certa idade, morrendo este antes d'ella, acabará o usufructo? Não; pois continúa no usufructuario até ao tempo, em que a idade prescripta pelo testador se teria realizado, se o herdeiro vivesse; por quanto não foi á vida do herdeiro, mas a certo tempo, que o testador attendeo, concedendo o usufructo: *Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula.* L. 12. C. *de usufruct.*, concordante o *Cod. Civ.* de França art. 620.

Mas se o proprio usufructuario morre antes do tempo fixado pelo testador, extingue-se o usufructo, e não passa aos herdeiros d'aquelle, pela razão geral d'a morte do usufructuario acabar o usufructo: *cum morte usufructum penitus extinguí, juris indubitati sit.* Cit. L. Romana.

*Ususfructus legitimus patri competens, etc.* Proseguindo pela ordem do A. n'este §., concordamos em que o usufructo legitimo, ou conferido pela lei ao pai nos bens adventicios do filho sujeito ao seu poder parental, se extingue totalmente, logo que o filho é por qualquer modo emancipado; por quanto a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 19., uma das que dá este usufructo ao pai naquelles bens, declara primeiramente, que *tanto que o filho for emancipado ou casado, logo lhe serão entregues, para haver delles o senhorio cumprido.* E como o poder patrio tambem acaba pelo fallecimento do pai, sem que passe a outra alguma pessoa, a mesma Ord., coherente, manda em segundo logar, que o filho não traga á collação taes bens, nem alguma parte delles. Logo por toda e qualquer emancipação acaba o usufructo legitimo do pai nos bens adventicios do filho; e como hoje, segunda

a *Noviss. Reform. Judic.* art. 453: , o menor fica *ipso jure* emancipado, completando vinte e cinco annos; tomando ordens sacras, sendo Bacharel formado, Licenciado ou Doutor, ou Official militar com vinte e um annos de idade; expira igualmente *ipso jure* todo o usufructo, de que fallamos em cada um destes casos; ainda que por Direito Romano ficava ao pai emancipante ametade do antigo usufructo. L. 6. §. 3. C. de bon., quae lib.

*Male etiam utendo ususfructus amittitur.* Conclue o A. este §. com outra causa da extincção do usufructo: é o máo uso, causa, que em sua opinião o extingue igualmente no pai a respeito dos bens adventicios do filho.

O usufructo, segundo a definição d'elle na L. 1. D. de usufruct., é o direito de gozar de uma coisa alheia, sem lhe alterar a substancia. Todos os deveres do usufructuario se comprehendem n'estas palavras — *salva earum substantia*; e se elle tem a imprudencia de os infringir, diz o §. 3. Instit. eod. que perde o direito d'usufructo.

O usufructuario, como outras leis se explicão, deve administrar os bens, que lhe são confiados, com aquella prudencia, que nelles empregaria o seu mesmo proprietario. Sua administração deve ser a d'um pai de familias vigilante: *debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo fecit, et ipse facere.* L. 65. D. de usufruct.

A infracção desta lei pelo usufructuario, que procura a ruina do proprietario, inhabilitando-o para no futuro haver os rendimentos do seu prédio, é geralmente considerada como causa natural do perdimento do usufructo, pois que o contrario seria o mesmo, que destruir o direito de propriedade. Brunneemann., sobre a L. 4. D. eod., segue esta opinião; e outros a sustentão com argumentos deduzidos da L. 6. D. de suspect. tutorib., bem como da L. 4. C. quando liceat unicuique sine iudice.

Não exceptuão o usufructuario pela qualidade d'avô ou pai: a lei, dizem elles, não presumio tanta

força na natureza, que accreditasse impossivel haver pais, que despojem seus filhos, ou lhes dissipem os bens; portanto esta qualidade do usufructuario está comprehendida na disposição geral: *Qui usumfructum honorum filii habet, si male versetur in fruendo, ususfructus ei adimitur.* O mesmo adopta o Sr. Paschoal, fechando este §.: *qui bonis filiorum adventitiis abutitur, eaque paterni officii immemor male consumit et disperdit, usumfructum amittit.* Stryk. *Us. mod. Pand.* liv. 7. tit. 4. §. 6.

O *Cod Civ.* de França art. 618. é concordante por estes termos: « *L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien:* » disposição geral, que não exceptua o abuso committido pelo pai usufructuario para não extinguir o seu direito.

Todavia como o abuso pôde ser mais ou menos grave segundo as circumstancias, o mesmo art. na ultima disposição auctoriza o Juiz ou para resolver a extinção absoluta do usufructo, ou para ordenar a restituição dos bens ao proprietario, sob encargo de pagar ao usufructuario uma somma determinada durante o tempo que teria d'existencia o seu direito, sem que tambem aqui seja exceptuado o pai usufructuario.

Com tudo não obstante a opinião de tantos Jurisconsultos, e a disposição exposta das LL. Romanas em concordancia do *Cod. Civ.* de França, o *Digest. Portug.*, desviando-se agora deste *Codigo*, decide no tom. 3. art. 584., « que o usufructo não se perde por isso só que o usufructuario tenha feito máo uso das cousas do mesmo usufructo », accrescentando no art. 585., que o proprietario no começo do abuso ou deterioração dos bens tem direito a requerer providencia idonea para lhe obstar, com comminação da pena de perdimento do usufructo, se continuar o máo uso, etc.

Pronunciamo-nos porém pela extinção do usufructo em geral como effeito do abuso, tanto porque nos parece ser ella uma consequencia natural do direito de usar sob condição de se deixar sempre salva a substancia dos bens ou cousas, como porque, prescindindo do

*Cod. Civ.* de França, a nossa legislação subsidiaria pune o abuso com o perdimento do usufructo, o que é conforme a razão, pois que esta não auctoriza o abuso das cousas proprias, e por isso muito menos o das alheias, o qual resulta sempre de fraude ou negligencia imputavel.

Com tudo duvidamos de comprehender nesta regra o pai usufructuario, não só porque o seu abuso será rarissimo, mas principalmente porque na nossa *Ord. liv. 4. tit. 98.*, referindo-se os casos, em que cessa o usufructo paterno nos bens adventicios do filho, este se não expressa, antes parece comprehender-se na generalidade do §. ult. para nelle se conservar o usufructo; restando o meio da curadoria para sómente lhe ser tirada a administração, sem que se dê a arma da privação contra um ente em todo o caso vènerando.

### *Da caução fructuaria.*

§. 7. *Cautio fructuaria de re boni viri arbitrata utenda*, etc. O usufructuario tem duas especies de obrigações: umas referem-se ao tempo, em que já goza o usufructo; outras ao anterior á posse das cousas, objecto do seu direito. Consistem estas no inventario e caução: tracta desta o A. neste §.; nós porém não omitiremos a outra.

O usufructuario, para entrar de posse dos bens, objecto de seu direito, deve promover inventario ou a descripção com avaliação de todas as cousas, em que lhe cabe o usufructo, a fim de poder saber-se por este modo legal o que é obrigado a restituir, logo que termine o seu direito: *Recte autem facient et heres, et legatarius, qualis res sit cum frui incepit legatarius, si in testatum redigerunt, ut inde possit aparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit.* L. 1. §. 4. D. usufructuar. quemadmod. cav.

Esta providencia, que ao principio foi suasoria, como pela redacção transcripta se conclue, ao depois passou a ser imperativa por força do uso geral. character, com que tambem a vemos adoptada no *Cod. Civ.* de França art. 600., pelo qual se não póde entrar de posse

ou no gozo do usufructo, sem que o inventario seja feito em presença do proprietario, ou á sua revelia, sendo devidamente citado, — *en présence du propriétaire, ou il dument apellé*. Igoalmente como imperativa a encontramos adoptada entre nós na Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6., pois que, dando ao pai o usufructo nos bens do filho, manda, quando emancipado, restituir-lh'os integralmente pelo inventario; o que nos parece procedente ainda mesmo que o pai fosse expressamente desobrigado, em quanto a este, pela mãi ou por outro testador, porque se tracta d'um favor dado ao filho pela lei em attenção com a sua dependencia, e hoje com a sua menoridade além d'aquella.

Póde porém, em nossa opinião, o usufructuario de bens, cuja propriedade não pertence a menor ou a pessoa na razão deste, prescindir do inventario, se d'elle é expressamente dispensado pelo testador ou concedente *inter vivos*, pois que a dispensa neste caso importa uma condição, que obriga o proprietario. Nem a disposição do *Cod. Civ.* de França, que acabámos de referir, se póde entender contraria á validade de tal dispensa, quando no art. immediato dá effeito á que se refere á caução, o que não póde resultar senão dos nossos mesmos principios, em quanto á outra, a dispensa do inventario.

O usufructuario antes da posse deve tambem dar *caução fructuaria*, isto é, tornar seguro o proprietario de que ha de gozar o usufructo como bom pai de familias, se aquelle assenta em bens immoveis, ou de os restituir no estado, em que se acharem, sem deterioração por dolo ou falta sua, sendo moveis ordinarios, ou de dar o equivalente á estimação, que tiverão no inventario, se o objecto do usufructo consiste em cousas sujeitas a consumir-se pelo uso, L. 1. D. *usufructuar. quemadmod. cav.*, L. 13. D. *de usufruct.*, L. 4. C. *cod. tit.*, e §. 3. *Inst. de usufruct.*

Esta caução, inventada pelo Pretor, por ser conforme á equidade garantir ao proprietario o seu direito, como se vê do §. 1. da cit. L. 1. D. *usufruct. quemadmod. cav.*, foi adoptada pelas Nações, o *Cod. Civ.* de França

França a recebo no art. 601, e tambem está em uso entre nós, mas não procede para ser dada pelo proprietario em favor do usufructuario. Por quanto, ainda que aquelle não possa oppor obstaculo ao gozo d'este, nem por consequencia deteriorar ou mudar o estado aos bens em seu damno, o usufructuario tem sufficiente garantia nos bens do usufructo para ser indemnizado pelo proprietario, se lhe causa prejuizo. L. 15. §. 6. D. *de usufruct.*, L. 2. D. *si ususfruct. petatur.*

*Ea tamen cessat*, etc. Posta a necessidade d'o usufructuario dar caução, vejamos quando esta cessa. Primeiramente não tem logar, diz o A., no usufructo constituido *inter vivos* ou por contracto, se neste foi omittida a obrigação de a prestar. Com tudo como a caução é determinada por Direito, fica a obrigação em quanto a ella sendo natural no usufructo, e por consequencia subentendida, ou este seja constituido *inter vivos*, ou por testamento: *Nec interest*, diz a L. 4. C. *de usufruct.*, *sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est*, declaração esta que assenta sobre a regra estabelecida na mesma lei, de ser a obrigação de caucionar, effeito ou consequencia natural do usufructo constituido: *Usufructu constituto, consequens est, ut satisfactio boni viri arbitraturae praebetur*, etc.

Se porém o doador da propriedade reservou para si o usufructo, como faz um beneficio, cessa a necessidade da caução, pois que dá um argumento decisivo de persistir no animo favoravel ao donatario, concervando-lhe em bom estado a propriedade doada, Huber. *ad Pandect.* liv. 7. tit. 9. n. 3, Guerreir. tr. 1. liv. 4. cap. 2. n. 22.; mas não é o mesmo, em nosso modo de ver, no vendedor da propriedade com reserva d'usufructo, porque não faz tal beneficio.

Se porém as partes convencionarem expressamente não se dar obrigação de caucionar, como esta é natural, e não essencial no usufructo, tal obrigação não procede, assim como não procede no que é deixado por testamento com dispensa expressa da caução, pois que a dispensa se converte em condição para

o herdeiro, ainda que o contrario se resolve na L. 1. C. de usufruct. pelo fundamento de se não dever dar ao usufructuario occasião de delinquir.

Em quanto porém ao vendedor com reserva do usufructo, é expressamente equiparado ao doador, para não prestar caução, no Cod. Civ. de França art. 601.: « *Le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenues de donner caution;* » o que nos não parece conforme aos bons principios, pela diversidade das circumstancias, como ha pouco ponderámos.

*In usufructu legitimo*, etc. Tambem não procede a necessidade da caução no usufructo legitimo do pai nos bens adventicios do filho, pois, com fundamento na reverencia, que lhe é devida, a lei o excusa, *paterna reverentia eum excusante*, como se explica a L. ult. §. 4. in fin. C. de bonis, quae liber., concordante o Cod. Civ. de França cit. art. Todavia o pai, cazando segunda vez, era obrigado á caução segundo a Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 27. hoje revogado pela *Novissim. Reform. Judic.* art. 425. Igualmente a viuva nobre não dá caução no usufructo da decima parte dos rendimentos dos bens, que ficarão do marido, porque a sua posse civilissima nos mesmos bens sómente dura, em quanto tal porção de rendimento lhe não é adjudicada, como em outra parte observámos.

*Satis est cautio juratoria*, etc. Segundo se infere da L. 5. §. 1. D. ut legator. seu fideicommissor., é a caução fidejussoria a que deve ser prestada pelo usufructuario; e se a não pôde dar por *inopia*, não se lhe entregão os bens, mas sequestrão-se, ou põem-se na mão d'homem bom, de quem recebe os rendimentos. Segue porém o Sr. Paschoal, que sendo o usufructuario pessoa honesta, se não acha fiadores, pôde o Juiz admitir-lhe caução juratoria, como lhe é concedido pela Authent. *Generaliter*, C. de Episcop. et Cleric., a qual nos não parece applicavel a esta especie, antes a L. 7. D. usufructuar. quemadmodum cav., na falta de caução fidejussoria, dá direito ao proprietario a reivindicar o objecto do usufructo. Donde vem ser praxe entre nós, attestada por Lobão, *Notas* a este logar, dar

se preferencia ao proprietario para tomar entrega dos bens, caucionando restituir ao usufructuario os rendimentos, *deductis expensis*.

Póde esta prática observar-se sem inconveniente nos bens immoveis, ou pôrem-se em mão de terceiro, ou arrendarem-se, como adopta o *Cod Civ.* de França art. 602., determinando igualmente que os capitaes em dinheiro se dêm a juro, entregando-se os rendimentos ao usufructuario. Não nos parece porém practicavel nos bens fungiveis, nem nos moveis, que supposto se não consumão, se deteriorão com o uso, por quanto taes objectos tem relação mais estreita com a pessoa, sendo por isso que Voët faz excepção em quanto a elles, substituindo á fidejussoria a caução juratoria, por ser duro privar d'algumas das commodidades do usufructo o que não cauciona melhor por impossibilidade e não por rebeldia. O *Cod. Civ.* de França art. 603. manda vender taes objectos, pondo-se a juro o preço, em proveito do usufructuario, podendo com tudo este requerer que uma parte dos moveis lhe seja entregue para seu uso, sob sua simples caução juratoria.

Devemos porém advertir que, ou a caução seja dispensada pelo concedente, ou pela lei, ou supprida a fidejussoria pela juratoria, sempre o usufructuario é obrigado a restituir os bens, e a indemnizar os danos, que nos mesmos tiver feito, pois que ambas estas obrigações são essenciaes, ou entrão na substancia do usufructo. L. 65. D. *de usufruct.*

### *Usufructo das cousas, que se consomem pelo uso.*

§. 8. *Res fungibiles . . . . verum usumfructum non recipiant*, etc. Não sómente as cousas immoveis, ou bens de raiz, são susceptiveis de verdadeiro usufructo, mas tambem as immoveis, que se não consomem de repente, ainda que pelo uso pouco e pouco se deteriorem, porque podem, findo o usufructo, ser restituídas, salvas na substancia ou sem deterioração por culpa ou dolo do usufructuario, §. 2. *Instit. de usufruct.* O contrario é nas fungiveis, pois se consomem pelo uso, ain-

da que possam ser representadas por outras da mesma natureza, e em igual quantidade, como, por exemplo, o vinho, o trigo, o dinheiro. Podem porêem as cousas fungiveis dar-se em quasi usufructo, fazendo a caução as vezes da propriedade, em quanto segura o direito do concedente a uma igual quantidade, ou á sua estimação. L. 2. e 7. D. de usufruct. ear. rer., quae, us. consumunt., Cod. Civ. de França art. 587. Por consequencia nesta especie nem a destruição do objecto, nem o abuso do usufructuario acabão o seu direito, mas sómente acaba por sua morte, ou findo o tempo da concessão, ou renunciando-o em favor do proprietario.

*Ego vero hanc quoque cautionem remitti posse existimo*, etc. Ainda que a caução, substituindo a propriedade, constitua o quasi usufructo, *sed per cautionem quasi usumfructum constituit*, §. 3. Instit. de usufruct., segue o Sr. Paschoal, que o proprietario nesta especie pôde remittir ou dispensar a caução, sem que se altere a essencia do quasi usufructo, porque aquella não se refere a esta, mas á segurança do concedente que bem pôde renunciar o seu direito.

Concordamos com esta opinião do A., por quanto o quasi usufructo consiste no direito d'usar e gozar de cousas fungiveis alheias, sob encargo de restituir ao proprietario uma igual quantidade ou a sua estimação: mas dado aquelle uso e gozo, assim como este encargo, temos a essencia do quasi usufructo, sem que por isso se altere ou destrua pela falta da caução. Prova-se esta doutrina evidentemente pela nossa Ord. liv. 4. tit. 91. §§. 2. 3. e 4.; por quanto dispendo que a mãe, que passa a outras nupcias, fica com o usufructo nos bens, que houve *ab intestato* do filho ou filha do primeiro matrimonio, cabendo a propriedade aos irmãos do defuncto, filhos do pai common, accrescenta que, se os bens, objecto do usufructo, consistem em moveis ou dinheiro, é obrigada a dar caução ou fiança, mas se o usufructo é do pai, que passou a outras nupcias, não dá fiança, posto que o objecto do usufructo consista em moveis ou dinheiro: ora nestes bens, segundo a linguagem exacta, dá-se quasi usufructo; logo aqui temos

uma especie do mesmo, não obstante a falta de caução. Por consequencia não é esta da sua essencia, mas sim da sua natureza, que bem pôde ser alterada por remissão do concedente, a qual deverá ser expressa, alias subentende-se a necessidade da fiança.

*Eisdem igitur modis constituitur quasi usufructus*, etc. Conclue o A. este §., advertindo que os modos, por que o quasi usufructo se constitue, são os mesmos, por que vimos se constitue o verdadeiro usufructo, o que é por si evidente; bem como que pôde aquelle ser constituido com objecto n'uma só cousa fungivel, como, por exemplo, n'uma porção de dinheiro, ou, o que é mais frequente, n'uma universidade ou complexo de muitas cousas diferentes, como o que o marido deixa por sua morte á mulher em seus bens, caso, em que esta tem usufructo verdadeiro nos bens, ou cousas não fungiveis cuja utilidade percebe toda, mas salvando-lhe a substancia, em quanto nos objectos fungiveis tem um quasi usufructo, isto é o direito de consumil-as sob encargo de restituir por sua morte aos herdeiros do marido outras tantas quantidades ou a sua estimação, pois não se dando este encargo, teriamos verdadeira doação dos objectos fungiveis.

Resta em fim advertir que, ainda que haja muita similhaça entre o quasi usufructo e o mutuo, ha tambem entre ambos grandes differenças: por quanto o mutuo sómente pôde ser constituido por contracto; quando o quasi usufructo se constitue não só por convenção, mas por disposição *mortis causa*, por sentença do Juiz, ou por outro algum dos modos, por que se constitue o verdadeiro usufructo. Alem disto no mutuo pôde o concedente levar juro, mas não no quasi usufructo; tambem naquelle pôde pedir o capital quando quizer, quando este sómente acaba pela morte do usufructuario, ou findo o tempo determinado.

#### *Do uso, habitação e obras d'escravos.*

§. 9. *Usus, alia personalis servitus*, etc. Examinada particularmente a primeira ou a mais pingue espe-

cie de servidão pessoal, o usufructo, tracta agora o A. das outras, principiando pelo direito do uso. Estes termos, considerados como designando a faculdade d'algum se servir de coisa alheia, devem olhar-se debaixo de dous aspectos, porque exprimem duas especies differentes de direito: um é pessoal, e se extingue com a pessoa, a quem foi concedido; o outro é real, e se transmite com o predio, em utilidade do qual se constitue.

Como direito pessoal, já dissemos ser o uso o direito de perceber do predio ou bens d'outrem os fructos, que aquelle, em quem se dá, ou o usuario, pode consumir nas suas necessidades; donde vem dizer a Instit. liv. 2. tit. 5.: *Minus est in usu, quam in usufructu*, por isso que este abrange todas as utilidades possiveis, salva a substancia dos bens, sem que se limite, como aquelle, ás necessidades do sujeito.

Com tudo, posta de parte esta differença essencial, ha grandes analogias entre o uso e o usufructo; porque ambos se concedem pelos mesmos meios, como nota a L. 5. §. ult. D. de usufruct., a L. 1. D. de usu et habit., e o princ. da Instit. eod. Demais, tanto o usuario, como o usufructuario no momento da entrada no seu direito devem cautionar. L. 13. §. 2. D. de usufruct., e L. 5. §. 1. D. usufructuar. quemadmod. cav. Tambem o uso acaba pelas mesmas causas, que findão o usufructo, como decide a L. 3. §. ult. D. de usufruct. com o princ. do tit. de usu et habitat. na Inst.; pontos estes, em que o Cod. Civ. de França nos artt. 625 até 627. concorda perfeitamente com o Direito Romano.

*Apud nos tamen verba uso et usufructo ídem prorsus significant.* Vista a differença essencial entre uso e usufructo, pondera o Sr. Paschoal, que vulgarmente entre nós estes nomes se confundem, ou se empregão promiscuamente para designar o direito de gozar a coisa alheia tanto absolutamente, como com limite nas necessidades do homem; e que por isso devemos na pratica attribuir-lhe as idéas, que o uso commun lhe attribue, prescindindo das noções juridicas, e determinarmos pelos antecedentes e consequentes da con-

textura do titulo, pela qualidade das pessoas, motivos da concessão, e outras circumstancias, a maior ou menor largueza dos effectos.

Por tanto, se o concedente emprega o termo *uso*, mas por outras expressões manifesta a intenção de salvar unicamente a substancia ou o estado dos bens, entenderemos haver constituido usufructo, e não uso. Ao contrario se elle diz conceder o *usufructo para remedio da indigencia da pessoa*, entenderemos ter-lhe concedido o uso, e não o usufructo. Concordamos n'esta doutrina, para substituir o sentido que se diz vulgar, ao juridico, se a mente ou intenção dos pactuantes mostra preferil-o; mas não em regra, pois não observamos hoje essa applicação promiscua e indistincta de taes termos, antes geralmente se usão como differentes nas idéas.

*Idem dicendum est de habitationis servitute*, etc. Já se disse que o direito d'habitação é restricto a ter morada na casa serviente; por isso não confere direito nem ás outras utilidades, de que ella é susceptivel, e de que a pessoa carece para suas necessidades, pois que então seria *uso* e não *habitação*; nem dá direito a todas as utilidades sem limite, pois seria *usufructo*. Todavia adverte tambem o A., que vulgarmente a *habitação* se não distingue do *usufructo da casa*, e que por isso, para enterpretarmos o titulo, deveremos seguir a mesma marcha, que há pouco nos indicou, e a que nós tambem oppomos a mesma limitação.

*Servitus autem operarum*, etc. Seguindo que as obras, ou o preço das obras dos escravos, são objecto de servidão, conclue o A. este §., advertindo que entre nós é impracticavel tal servidão, porque, como já nos mostrou em outra parte, não temos escravos, nem tambem colonos adscripticios. Com tudo, dizemos nós, não repugna, nem as nossas leis prohibem a locação d'obras feita livremente, até mesmo por toda a vida, ainda que seja resolvel a arbitrio do obrigado com indemnização do conductor. Por tanto figurando o locador como um proprietario, e as obras ou o seu preço como fructos da pessoa, poderá dizer-se que tal locação constitue ser-

vidão puramente pessoal, e não mixta, porque nesta especie não entra prédio serviente.

Antes porém de passarmos a outro assumpto, cumpre dar complemento ás idéas enittidas, ao principiar este §. Dissemos nós que, sendo o uso concedido á pessoa, é a servidão pessoal, e que por isso se extingue com aquella; mas que concedido em utilidade d'um prédio, é real, e se transmite com este.

Concebe-se facilmente, que um proprietario visinho d'outro, que é senhor d'uma mata, por exemplo, póde obter d'elle por titulo de venda ou doação o direito de apascentar nesta mata o rebanhõ, que pertencer á sua casa, ou de tirar daquella a lenha, de que esta necessitar, ou a madeira sufficiente para reparos da mesma. É sensivel que o uso da mata, adquirido por este titulo, e por taes termos, fórma servidão real, pois fica constituida n'um prédio para utilidade directa d'outro prédio.

Póde tambem uma communiidade ou corporação, por exemplo, um municipio, adquirir a servidão real do uso para satisfacção das necessidades dos habitantes, que o compõem; porém como esta servidão é concedida directamente, não ás pessoas mas sim ás casas ou habitações dos individuos, que formão a pessoa moral dominante, a quem ella indirectamente utiliza, não são estes os usuarios, mas são usuarias as casas; o que faz não acabar o direito com a morte das pessoas, ou não ser elle pessoal. É tanto não é pessoal a servidão n'esta hypothese, que se alguns dos habitantes mudão para diferente visinhança, a servidão fica como accessorio nas casas, e passa soa utilidade para os novos habitantes, ainda que vindos de fóra, ou de differente visinhança, sem dependencia de convenção especial com os antigos, e sómente pelo facto da sua habitação. Ora é este o character e verdadeira essencia da servidão real; logo fica evidente, que a do uso não é sempre pessoal, porque nas circumstancias expostas pertence a prédios sobre prédios em utilidade d'uma pessoa moral, como já vimos acontece em proveito d'um individuo ou pessoa natural.

*Servidões prediaes.*

§. 10. *Praediorum vero servitutes, quarum meminit jus Romanum, in usu sunt.* Depois das servidões pessoaes occupa-se o A. neste §. com as prediaes, porque tanto entre nós, como nas outras nações cultas, as leis e os costumes as adoptarão não só nas especies conhecidas dos Romanos, mas em outras excitadas, pelos progressos da agricultura, e alterações no modo de edificar, rejeitando-se com tudo geralmente as puras subtilidades das LL. daquelles neste objecto.

É porê m certo que as LL. Patrias se não occupão completa e methodicamente das servidões, ainda que são materia mui importante e questionada no fôro; o que nos obriga na praxe a recorrer ao nosso Direito subsidiario, modificado, pelos costumes recebidos e dictames da razão, quando d'elles se desvia.

São mencionadas, como o A. adverte, as servidões *oneris ferendi, tigni immittendi, aquae vel stillicidii recipiendi*, nos §§. 22., 35., 38. e 39 da Ord. liv. I. tit. 68., que se inscreve — *dos Almotacés.* Tambem as servidões *altius tollendi, protegendi, luminis, prospectus* se mencionão nos §§. 24., 27. e 33. *cod. tit.* Mas não referem estas leis, as servidões *itineris, actus, viae, aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, pascendi, aquae ductus, aquae interceptandae*, e outras, ainda que são adoptadas, entre nós, pelos costumes, como o A. igualmente nos adverte.

*Eas autem aut dominus jure suo constituit, etc.* Termina o A. este §., ponderando, que pôde o dono do prédio por virtude do seu direito constituir ou conceder n'elle a servidão predial, do mesmo modo que a pessoal, como já examinámos. Cumpre porê m advertir, que para se conceder servidão é mister que se possa dispor do prédio livremente, porque a diminuição da liberdade do mesmo lhe diminue o valor; por tanto o tutor, o curador, o pai de familias simples usufructuario dos bens do filho sujeito ao seu poder, não podem voluntariamente constituir servidão passiva, nem ainda mesmo temporaria, ainda que possão adquiril-a activa em utilidade do menor.

O administrador de bens vinculados, não obstante ter mais do que um simples usufructo, como não pôde dispor delles livremente, não pôde sujeital-os a servidão perpetua, nem o emphyteuta os de prazo, salvo com consentimento do senhorio. *Peg. for. cit. cap. 28. n. 1026.* Pela mesma razão não pôde o socio constituir servidão, onerando edificio ou outro prédio commum, sem que os mais socios consintão, L. 2. D. *de servit.*; o que procede igualmente no marido com respeito á mulher, por arg. da Ord. liv. 4. tit. 48. Sendo evidente, que o fundamento da falta de direito para conceder servidão é commum para abranger igualmente a do direito de remittil-a, quando se acha constituida, pois que nesta remissão ha renúncia e alienação de valor.

Posto que o direito de conceder servidão é conuexo com o de dispor livremente do prédio, é bem certo que, dado este, pôde a servidão real ser concedida, como vimos em quanto á pessoal, tanto por contracto, como por testamento ou disposição *causa mortis*. Mas poderá o pai de familias constituir a real pelo destino dado ao prédio, isto é, por virtude do uso, que faz d'um commoção a outro prédio, em que tem propriedade, alienando depois um ou ambos elles? Se o dono de dous prédios usa d'um, em utilidade do outro, por exemplo, fazendo passagem por elle, e depois os aliena, não fica um dominante e o outro serviente, ou não fica constituida a servidão; porque o dono tinha passagem por virtude do seu dominio, ou, como se explica a L. 26. D. *de verb. significat.*, — *quia res sua nemini servit.*; e nos contractos não se entende, nem presume imposta servidão, se ella se não expressa, como é opinião commum dos DD., Silva á Ord. liv. 4. tit. 1. *rubric. art. 7. n. 28.*, Barb. e Cald. *ibi*. O que procede, ainda que o prédio fique inutil, cit. Silva; caso, em que resta salvo o direito de requerer ao Juiz a assignação de caminho por onde convier, porque neste caso a servidão torna-se necessaria.

Mas se no titulo da alienação se exprime a clausula — *com todas as servidões*, ou *entradas e saídas*, a servidão, que não era tal com respeito ao alienante, fica constituida pela alienação. O mesmo Silva n. 45.

Com tudo se o uso se tornou fixo ou inseparavel entre os dous prédios, por exemplo, se uma casa é construida sustentando-se em parte d'outra, ou em traves, que penetrão sua parede, pelo legado ou alienação d'uma d'ellas fica a servidão constituida, bem como se a construcção não está feita, mas é legada a faculdade de fazel-a. L. 1. D. de *servit. legat.*, Silva n. 34.

Devemos porém advertir que se o dono de dous prédios dispoz d'um d'elles por legado, ou por outro acto d'ultima vontade, se entende converter em servidões os usos, que racionalmente practicava, porque as disposições *mortis causa* se interpretão mais amplamente, do que os actos *inter vivos*. Silva n. 43.

*Aut Jurex ex necessitate.* O Juiz nas tres acções ou juizos divisorios, — *familiae eriscundae*, ou de partilha da herança, — *communi dividundo*, ou de divisão de prédio commum, e — *finium regundorum*, ou de designação de limites, assigna ou adjudica as servidões necessarias a cada uma das partes, a fim de que a propriedade para nenhuma dellas fique inutil. *Peg. for. cap. 241. n. 97.*

Resta porém outro meio, que o Sr. Paschoal não menciona, para a servidão se constituir, o qual consiste na prescripção. A familiaridade, que se dá entre vizinhos, lhes faz muitas vezes tolerar actos, sem que reconheção nos agentes direito algum para elles; a negligencia dos arrendatarios faz com a mesma frequencia vigorar muitos abusos. Por estas razões em alguns paizes se rejeitou a prescripção das servidões, lo que põe em risco de findarem em pouco tempo as mais bem constituidas. Donde veio que os Romanos chegarão a adoptar este meio de constituir a servidão, regulando-o em suas leis. Limitemo-nos sobre este ponto ao ultimo estado das mesmas, para tocarmos apenas algumas difficuldades, que se offerecem, e emitirmos nossas idéas sobre ellas

A prescripção de longo tempo, ou a que se acquirre por uso de dez annos entre presentes, e pelo de vinte entre ausentes, constitue ou faz acquirir a servidão, quer predial, quer pessoal; e por isso tambem o usufru-

cto. L. ult. in fin. C. de praescript. long. temp. Os dez ou vinte annos contão-se desde que um principiou a usar com sciencia do outro proprietario. L. 2. C. de servit.

A boa fé, que em verdade é o mais solido fundamento da prescripção, é rejeitada como inutil na das servidões por alguns AA., e particularmente por Antonio Mattheus *disput.* 1. n. 19., e Heineccio *Instit.* §. 440. *in nota.* Mas ainda que esta questão pareça ser problematica, segundo a letra das LL. Romanas, é certo que entre nós a boa fé se exige tanto nesta, como em todas as outras prescripções, ou que é a mesma lei da justiça quem a exige.

Tambem o titulo se não requer na prescripção das servidões, segundo Antonio Mattheus, com o qual concordão Heineccio ás Pandectas, part. 6. §. 217., Cepolla liv. 1. cap. 20. nn. 6. e 7., e Peg. *for.* 3. cap. 28. n. 1040. Alegão que a posse practicada com sciencia e paciencia do proprietario serve de titulo descendo um d'elles a outra razão, que nos parece frivola, sem que achemos forte a primeira. Por quanto, se a sciencia e paciencia do proprietario gravado serve de titulo, deve o mesmo proceder por identidade de razão nos mais casos, em que se acquire pelo uso de longo tempo; o que não acontece sem titulo: e se a propriedade real merece ás leis garantia, não lhe póde ser indifferente a liberdade da mesma.

Cepolla acrescenta ao supprimento do titulo pela posse, que nas servidões reaes são os prédios, e não as pessoas, que acquirem, não podendo aquelles, como estas, procurar titulos, dos quaes por isso se prescinde.

Mas, dizemos nós, a utilidade, o interesse, o direito tanto nas servidões reaes, como nas pessoas, são sempre das pessoas, nas primeiras intervindo cousas, nas segundas sem que outras cousas intervenhão; nem a distincção de servidões em pessoas e reaes tem fundamento em estas darem direito ás cousas, mas sim em durarem tanto, como ellas, em quanto as outras acabão com as pessoas, a quem forão concedidas.

Com tudo é um dever confessar que Perez ao Cod. liv. 7. tit. 34. n. 28., Heinecc. cit., Domat, Hubero e

outros muitos seguem o voto de Cepolla, e que a prática entre nós dispensa o titulo para se constituir a servidão real, por excepção unica á regra geral, que exige nas outras prescripções de longo tempo, tomando-se por fundamento não se poder presumir, que por tal numero d'annos o dono ignore o acto, que no seu prédio se faz, devendo, se o ignora, imputar a ignorancia a si mesmo.

Mas o que temos ponderado diz respeito ás servidões contínuas prédiães, porque as descontínuas, para se constituirem sem titulo, necessitam de posse ou prescripção immemorial, Stryk. liv. 8. tit. 1. §. 6., Cepolla cap. 19. n. 4., cit. Peg. n. 1037., Pereir. e Sons. nota 302.; dando-se, entre nós, a qualidade de contínuas ás servidões urbanas, e de descontínuas ás rusticas, por ser interrompido o seu uso.

O Código de Friderico part. 2. liv. 3. tit. 6. §. 28. n. 4. modifica esta doutrina, adoptando que as servidões, cujo exercicio é contínuo, prescrevem sem titulo por dez annos entre presentes, e por vinte entre ausentes, prescrevendo em todo o caso por vinte annos as d'exercicio não contínuo. O Código de Napoleão porém não dispensa o titulo nas servidões descontínuas, não obstante a posse immemorial. Art. 691.

Largos seriamos, se pretendessemos mostrar que tal differença de servidões contínuas e descontínuas é desconhecida das LL. Romanas; por isso limitamo nos a dizer, que não se podem conceber servidões, nem rusticas nem urbanas, de posse continua pelo constante exercicio; e que tanto aquellas leis as não concebêrão, que antes segundo ellas toda a servidão predial é descontínua em tal sentido: *Nemo enim tam perpetue tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpollari videatur. Idem in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* L. 14. D. de servit. Por tanto concluimos que o Direito Romano relativamente á prescripção põe todas as servidões n'uma só e mesma classe. Respeitamos porém, não obstante a sua falta de fundamento, a praxe, segundo a qual entre nós se considerão descontínuas as rusticas, contrapostas ás urbanas

sempre continuas, para prescreverem com título no tempo ordinario; e sem elle, sendo immemorial a posse. Com tudo esta mesma posse, destituida de título, não sustenta a conservação de caminhos atravessadouros, que se não dirigem a pontes, fontes, ou outros logares públicos, com geral utilidade. Lei de 9 de Julho de 1773. §. 12.

A distincção das servidões em affirmativas e negativas com respeito á prescripção não se acha textualmente admittida pela leis, mas infere-se a contrario sensu da L. 6. 9. de servit. praed. urb.; e além disto é esta distincção tão natural, que não carece de ser expressa nas leis.

Por quanto, desde que existem servidões, que consistem em soffrer no prédio proprio algum acto da parte d'outrem, e outras, que consistem em não fazer por mesmo algum acto por causa d'outrem, ficou claro que as primeiras se constituem pela posse principiada no momento, em que um fez tal ou tal acto no prédio alheio; e que as segundas tão sómente tem principio no momento, em que oppondo-se outro, se tem deixado de praticar tal ou tal acto na casa ou prédio proprio. De sorte que as primeiras tem principio de posse na paciencia, e as segundas na aquiescencia do dnyo serviente.

*Haec servitutes vocantur reales, et realia jura inde provenientia comparatione ad servitutes personales, etc.* Resta-nos o exame da nota a este §., na qual o Sr. Paschoal depois d'algumas advertencias refere as regras, que devemos observar em quanto a servidões prediaes nas especies mais usadas; sendo a primeira daquellas, que estas servidões e seus direitos geralmente se denominão *reales*, não em razão de não pertencerem ás pessoas, mas porque pertencem sómente áquellas, que são senhoras dos prédios. aos quaes as servidões ou seus direitos acompanhão como accessorios, tendo por isso a mesma duração, que tem o principal, no que se contrapõem ás pessoas, pois que connexas com as pessoas, ou com relação restricta e immediata a estas, acabão por sua morte, como já observámos.

*Illud hic iterum movendum, etc.* Adverte em se-

gundo logar o A., que as servidões prediaes, que nossos costumes adoptarão dos Romanos, e a que suas leis derão nomes, não se devem entender pelas noções, que as mesmas lhes attribuem, mas pelas que tem entre nós, e que varião segundo os logares e maneiras d'expressão; por quanto na nossa lingua não se podem indicar por um só nome ou palavra, mas por muitas, as quaes todas devem ser consideradas no titulo, com referencia ás idéas, que o uso lhes attribue.

Assim o direito de passar por prédio alheio, que tinha entre os Romanos o modo determinado por um só nome — *via, actus, iter*, entre nós exige declarações; e por estas é que o mesmo se deverá determinar, ligando ás palavras as noções adoptadas no logar e pelo uso dos pactuantes. Outro tanto é na servidão *pascendi* ou de pastos, pois que a qualidade destes, a especie de gado para elles, e o tempo ou mezes do seu uso, são objectos, que a servidão *pascendi* não determina, e que dependem das clausulas da concessão, costumes e circumstancias locaes.

*De hoc autem jure cum frequentes sint in foro controversiae*, etc. Como a servidão *pascendi* é entre nós uma das rusticas mais usadas, e sobre ella se excitão muitas e frequentes questões judiciaes, expõe o Sr. Paschoal as regras, que principalmente devemos observar em quanto a ella.

1.º *Pastus in alieno citra servitutem competit nemini*. A propriedade ampla póde ser limitada pelo direito de servidão, que alguém tem adquirido, de pastarem seus rebanhos em prédio alheio; direito, que, como as outras servidões, póde ter titulo em contracto, testamento, costume ou prescripção. Cepolla liv. 2. cap. 1. nn. 6., 46. e 24. Mas como esta limitação da propriedade se não dá, sem que exista servidão, segue-se que sem ella ninguém póde apascentar seus rebanhos em prédio d'outrem.

2.º *Pascendi servitus vel personae*, etc. Este direito ou pertence a alguém sem referencia a certo prédio, ou com referencia ao gado de certo prédio: no primeiro caso é a servidão pessoal, e acaba com a pessoa; no

segundo é real, e passa por isso com o prédio para qualquer possuidor. Stryk. liv. 8. tit. 3. §. 11., Cepolla cit. cap. n. 2.

3.<sup>a</sup> *Hoc item jus non solum personae et praedio, etc.* Não só esta servidão pôde ser concedida a pessoa sem relação a um prédio, ou com relação a este, mas a uma comunidade, ou pessoa moral, com relação ás casas, em que os individuos habitão, por exemplo, ao municipio, como antecedentemente advertimos em quanto ao uso; caso, em que a servidão é predial, e por isso também perpetua. Mas como nesta especie o direito correspondente á obrigação do prédio serviente diz exclusivamente respeito á utilidade dos visinhos, não pôde o dono obrigado dispor dos pastos para gados, que não são do municipio: *sed iis tantum pecoribus pastus concedendus, quae ad municipii incolas pertinent.*

4.<sup>a</sup> *Jus pascendi personale non recte aliis locatur, praediale non nisi cum praedio.* Segue o Sr. Paschoal, que o senhor dominante, sendo esta servidão pessoal, a não pôde arrendar, mas que pôde ser arrendada junctamente com o prédio, quando a mesma é real. Com tudo as servidões pessoaes são por via de regra locaveis; e se o uso se exceptua no §. 1. *Inst. de usu et habit.*, é pelo fundamento de ser limitado ás necessidades de pessoa determinada: mas como no §. 5. *eod.* o contrario se estabelece em quanto ao direito d'habitação, e na L. 12. §. 2. *D. de usufruct.* é concedida a locação ao usufructuario, parece não se poder negar igual direito ao senhor da servidão pessoal *pascendi*. Stryk. liv. 8. tit. 3. §. 12.

A predial pôde dar-se em locação junctamente com o prédio, sem que obste a L. 44. *D. locat. conduct.*; porque não podendo ter outro fundamento, senão o prejuizo do prédio dominante, cessa este prejuizo, quando a locação comprehende também o prédio. Com tudo alguns ensinão serem illocaveis indistinctamente as servidões, Cepolla tr. 2. cap. 1. n. 15.; opinião, que não podemos adoptar, vendo a cit. L. 44. §. 2. *D. locat. conduct.*, e a procedencia de paridade de razão nas mais especies: ainda que por paridade entre o direito

Direito do uso e o da habitação neguemos a faculdade de locar este, não obstante a disposição affirmativa do §. 5. Inst. de usu et habit., parecendo-nos muito mais racionavel o art. 534. do Cod. Civ. de França: *Le droit d'habitation ne peut être ni cédé, ni loué*, o que se entende quando o titulo o não concede expressamente.

5.º *Jus compascui, quod vicini jure mutui*, etc. Muitas vezes acontece, pela visinhança dos prédios, ser difficil o não tocarem os gados d'um dos proprietarios no predio d'outro, e *vice versa* os deste na propriedade d'aquelle, circumstancias, em que os visinhos por familiaridade reciproca permitem que os seus gados pastem promiscuamente em seus campos. Esta faculdade diz-se direito de *pastos communs*, ou *jus compascui*, direito, que é revogavel logo que um dos concedentes queira resilir; donde vem dizer-se o titulo, que lhe serve de fundamento, *mutuo precario*. Stryk. liv. 8. tit. 3. §. 16.

Por tanto, ainda que um dos visinhos, durante a concessão, não possa impedir algum dos outros no exercicio de seu direito, e deva, se lhe obsta, ser obrigado por sentença a não obstar-lhe, nem por isso tal sentença o prohibe de resilir da communhão, reservando para o gado proprio os seus campos, e abstendo-se de o conduzir aos alheios. Cit. Stryk.

*Secus compascui servitus*. Póde porém a communhão de pastos estabelecer-se por direito de reciproca servidão, isto é, convencionando-se, como encargo real; que os gados de dous ou mais visinhos hajão de pastar promiscuamente em seus prédios, caso em que ainda que um renuncie o seu direito, não póde constringer ou obrigar outro a que desista tambem do que lhe é proprio. Cit. Stryk. Donde resulta que estabelecida a servidão *compascui*, não póde um dos socios, sem consentimento dos outros, vallar, murar, tapar, agriculturalar ou fazer cousa, que deteriore a causa ou utilidade da servidão, o que procede igualmente no dono de prédio gravado com a servidão *pascendi*, a ponto de seus gados serem excluidos de pastar no proprio prédio, se os pastos não são bastantes para os d'ambos

os senhores; ainda que os do dono serviente não serão excluidos, se os pastos chegão, por arg. da L. 13. §. 1. D. *comm. praed.* Cit. Stryk §. 15.

Este rigor porém é mitigado na prática, como contrario á equidade, preferindo-se, se os pastos não são bastantes, os gados do dono serviente, quando não ha convenção expressa em contrario. Lauterbach., Brunne-  
mann. e outros em Stryk cit. §. 15. Com tudo parece-  
nos ser ainda mais conforme á equidade, determinar  
neste caso por louvados o numero certo de cabeças  
a cada um dos dous senhores; pois que é da natureza  
da servidão restringir o effeito do dominio, effeito, que  
até mesmo alguns contractos excluem inteiramente,  
por exemplo, o que arrendou a sua casa não póde  
pretender habitar n'ella.

6.<sup>a</sup> *Quando praedia ita contigua sunt, etc.* Tam-  
hem no caso da impossibilidade d'os rebanhos pastarem  
nos prédios dos donos sem tocarem os alheios, não  
obstante faltar a servidão, póde a Camera do municí-  
pio dividir os pastos por geiras assignadas aos indivi-  
duos, se este for o costume. Neste caso segundo a prá-  
ctica d'alguns logares, depois dos fructos colhidos, ficão  
os pastos communis, e a Camera os divide pelos visi-  
nhos, contemplados os que não tem pastos, com os  
que os têm, e estes em proporção das geiras, com que  
entrarão na communhão.

7.<sup>a</sup> *In pascuis communibus ad loci senatum adti-  
nentibus, etc.* Os Concelhos tem a propriedade dos  
pastos dos baldios e maninhos de seus districtos, cujo uso  
pertence aos moradores, nem se permite roteal-os, se  
isto prejudica o mesmo uso em quanto aos pastos,  
criações de gados, logramento das lenhas e madeiras.  
Ord. liv. 4. tit. 43. §. 9. e 12. Por tanto á Camera do  
município compete regular o uso de taes pastos, a  
qualidade dos gados, o numero das cabeças para cada  
um dos moradores, entregando-se todos os rebanhos ou  
gados a um só pastor commun ou maioral, não só para  
commodidade dos donos, mas principalmente para se  
evitarem as fraudes, que alias serão frequentes. Neste  
objecto porém não tem arbitrio as Cameras, mas devem

observar os costumes recebidos, como, além d'outras providencias, determina, em quanto a quaesquer pastos communs, o Alvará de 27 de Novembro de 1804. Vej. Stryk. *Us. mod.* cit. pelo A.

*Servitus altius tollendi*, etc. Nesta ultima parte da nota menciona o Sr. Paschoal, como a mais importante das servidões urbanas, a que consiste no direito de elevar a casa a maior altura, sem que o visinho possa oppor-se; dizendo que dando-se lei, que, para evitar o perigo das ruinas pelo tempo ou terremotos, fixasse a altura dos edificios, não poderia esta ser excedida por aquelle, que não tivesse tal direito ou a servidão *altius tollendi*.

Com tudo cumpre-nos notar que, existindo uma lei, que pelos motivos expostos de pública utilidade fixás-se determinadamente a altura ás casas particulares, a faculdade de excedel-a não poderia ser objecto de contracto, como o A. reconhece se verifica em Lisboa, onde se estabeleceo a fórmula certa das casas, que não pôde ser excedida por cada um dos habitantes, segundo a disposição do Alvará de 15 de Junho de 1759 §. 3.: *Olisiponi tamen certa aedificiorum forma praescripta est, quam excedere non licet.* Não seria porém assim, se existisse lei prohibitiva de elevar as casas acima de certa altura determinada, por attenção com o interesse e commodo particular dos visinhos. Mas o direito *altius tollendi*, obtido neste caso por contracto, ou outro titulo, seria por ventura servidão? Afoutamente lhe negamos tal natureza, pois antes pelo contrario o contracto ou concessão do visinho seria uma renúncia verdadeira, que faria cessar a servidão; por quanto a figurada lei tinha creado, sobre a casa da hypothese, a servidão *altius non tollendi*, servidão negativa, que acabou pelo contracto, conferindo o direito opposto affirmativo *altius tollendi*, e dando a liberdade ao prédio, que aquella lei lhe tirára.

Além disto o direito *altius tollendi* poderá constituir servidão, não com respeito á casa propria, mas em relação á do visinho, se este se obriga a soffrer que a d'outro se prolongue sobre a sua, caso, em que tal-

lando propriamente a sujeita á servidão *oneris ferendi*, mas com relação á casa propria o direito *altius tollendi* nunca se póde considerar servidão, encargo ou obrigação, que limite o dominio; porque sempre, e sem excepção é um effeito da propriedade illimitada, que póde perder-se por servidão, mas nunca póde constituil-a, o que se torna evidente pela propria doutrina do A., que passamos a examinar.

*Vera enim est juris Romani et Patrii regula, quod licet etiam cum incommodo vicini altissime aedificare.* Por effeito do seu dominio póde o senhor d'uma casa eleval-a a maior altura, se não está sujeita a servidão: *Sed si te servitutum habuisse non probetur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum*, L. 9. C. de servitut. et aq., concordante a Ord. liv. 1. tit. 68. §. 24. *ibi: o que tiver casas, póde n'ellas fazer eirado . . . e alçar-se quanto quizer*; adoptada assim expressamente pelo Direito Romano e Patrio a maxima — *cujus est solum, ejus est caelum*.

Esta liberdade de elevar e fazer obras na casa propria é um direito imprescriptivel, ou que se não perde pelo não uso, ainda que de tempo immemorial, salvo se querendo o dono eleval-a, ou fazer obras, o visinho lh'o prohibe, e aquelle acquiesce, deixando onerar-se pela prescripção com a servidão negativa. Stryk. liv. 8. tit. 2. §. 9.

A mesma liberdade procede ainda com incommodo e prejuizo do visinho, pois que taes effeitos são resultados verdadeiramente casuaes do uso legitimo do direito, que tem outro, uso, em que a ninguem faz injuria. Peg. 3. for. cap. 153. n. 3., LL. *ibi*. Esta liberdade se amplia a tolher as vistas ao visinho, que póde fazer outro tanto, cit. Ord. liv. 1. tit. 68. §. 24., sem que se exceptuem as apraziveis, e até mesmo as do mar, pois que a cit. Ord. as não distingue.

É verdade que pela sentença de Zenão ninguem póde elevar casa ou edificio, que tolha as vistas de mar ao visinho, sem que medeie a distancia de cem pés, L. penult. C. de aedific. privat., e que assim se julgava communmente em Portugal. O Decreto porém de 12 de

Junho de 1758, tractando dos bairros incendiados de Lisboa, revogou aquella disposição, ou antes a sua prática; e o Ass. de 2 de Março de 1786 o declarou extensivo, não só aos outros bairros daquelle mesma Cidade, mas a todas as provincias, generalidade manifestamente confôrme com a da cit. Ord., que, não distinguindo as de mar das outras vistas, tinha, em nossa opinião, sido violada pela prática em contrario.

*Praedicta autem regula, quod possit quis cum incommodo etiam vicini aedificare*, etc. Com tudo esta regra de não se attender ao prejuizo do visinho se adoça ou restringe na prática, primeiramente quando é provavel, que da nova obra lhe resulte grave e eminente prejuizo, pois que a póde impedir e embargar, ou pelo menos póde exigir do edificante a caução *damni infecti*. Stryk. liv. 39. tit. 1. §. 12., L. 19. §. *fin.*, L. 24. §. 7. D. *de damn. infect.*; sendo de notar, que a caução promissoria é bastante neste caso, porque a casa fica por esta promessa hypothecada. Huber. *de servit.* n. 1., LL. *ibi*.

Cessa igualmente a liberdade illimitada de fazer obra, quando esta tem causa na emulação, isto é, no animo de molestar o visinho, e não na propria utilidade, Novell. 63. cap. 1.; mas deve dar-se manifesta intenção de offender, pois que se não presume, cit. Stryk. §. 19., Peg. 4. *for.* cap. 53. n. 48.

Do mesmo modo cessa, se a obra é contraria a servidão legalmente constituida no prédio, em que se faz, Peg. cit. nn. 39. e 55.; assim como cessa, se ha lei, estatuto ou costume, que lhe obste, etc.



---

## TITULO XIV.

### Dos penhores e Hypothecas.

*Razão d'ordem, o que seja penhor e hypotheca.*

§. 1. **A** Ultima especie de *jus in re* é formada pelo penhor ou hypotheca, e consiste no direito, que compete ao crédor na cousa, que o devedor ou outrem por elle lhe obrigou em segurança do seu crédito. Este direito do crédor, assim como a servidão, tem objecto em cousa alheia, mas, do mesmo modo que aquella, não destroe ou não acaba o dominio, impondo-lhe apenas um encargo, que o limita, e consiste na hypotheca em o proprietario devedor, a quem a cousa pertence, ficar privado do direito de sujeital-a em prejuizo do crédor a novo encargo semelhante, sem que possa igualmente excluir-lhe o seu direito adquirido sobre ella, em quanto não está pago inteiramente da divida. Por tanto como o direito, de que fallamos, tem objecto em cousa alheia, cujo dominio fica por isso mesmo limitado, é evidente que o seu exame tem naturalmente logar n'esta nossa 2.<sup>a</sup> *Divis.* do Direito, com objecto nas cousas.

Além d'isto, fallando com respeito á ordem das materias especiaes, como nem o administrador nos bens vinculados, nem o emphyteuta sem consentimento do senhorio nos de prazo, podem, como vimos, constituir servidão perpetua, o que procede igualmente á cerca da hypotheca com objecto nos mesmos bens, por isso o Sr. Paschoal nos fez primeiramente conhecer os limites de seus dominios, para ficarmos agora certos dos fundamentos, por que os não podem onerar com os dous encargos referidos.

A palavra *penhor*, derivada da latina *pignus*, na sua accepção grammatica desigua tudo o que se entrega

ou determina ao crédor em segurança da divida, — *omne id, quod creditori datur, ut sit securus*, e comprehende por isso tanto as cousas moveis, como as immoveis. A palavra grega *hypotheca* exprime a mesma idéa.

No uso porêm das LL. *Patrias e Romanas* estes termos não só explicão o objecto do direito de segurança do crédor, mas o contracto, que o confere, e também o mesmo direito sómente em si considerado. Nesta acepção subjectiva, ou como um especial *jus in re*, é que aqui principalmente os empregamos.

Todavia em sentido juridico proprio ou restricto não são synonymas as palavras *penhor e hypotheca*; por quanto ainda que em suas idéas se dêem cousas ou circumstancias communs, outras ha, que as distinguem. Tem ambas de commum concederem-se seus objectos ao crédor em segurança do crédito; affectarem aquelles de tal modo, que se não podem obrigar a outro ou a segundo crédor em prejuizo do primeiro; conservarem os mesmos objectos nos bens ou no patrimonio do devedor; poder o crédor renunciar o penhor, bem como a hypotheca, sem que ceda da divida ou do direito principal, etc.

Differe porêm o penhor propria e strictamente dito da hypotheca em esta ter objecto em immoveis, e aquelle ordinariamente em cousas moveis; em a hypotheca dar ao crédor direito de seguir o objecto em qualquer mão, a fim de obrigar o detentor a entregal-o para ser vendido, se não prefere pagar-lhe a divida, seguimento que, immediatamente para estes fins, se não dá no movel dado em penhor, pois que foi entregue ao crédor. Differem ainda em a hypotheca se constituir sem tradição, e comprehender sómente a obrigação tacita d'o devedor abandonar ao crédor a coisa hypothecada na falta de pagamento; por isso, se o movel obrigado á segurança da divida fica em poder do devedor, ou sem ser entregue ao crédor, não se dá propriamente penhor, pois que exige tradição, e o contracto tem antes o nome e a natureza de hypotheca. L. 9. §. 2. D. *de pignorat. act.* Donde

resulta que a acção *directa*, que cabe ao dono do penhor para haver a entrega d'este, quando tem pago a divida, e a *contraria* do crédor para haver as despesas feitas na conservação do penhor, não nascem da hypotheca por falta da tradição, quando são effeitos naturaes do contracto pignoratício.

Por consequencia em sentido proprio define-se o penhor — *jus in re a debitore creditori per traditionem constitutum in crediti securitatem*, e a hypotheca — *jus in re per nudam conventionem a creditore in crediti securitatem acquisitum, possessione rei penes debitorem manente*, §. 7. *Inst. de action.*

Por estas definições se conclue, que, não obstante as muitas differenças que se dão entre penhor e hypotheca, sendo a principal faltar nesta a tradição, que entra na essencia daquelle, o *jus in re in crediti securitatem* resultante destes contractos, é o mesmo e um só, e que em quanto a elle a differença entre penhor e hypotheca é simplesmente nominal: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* L. 5. §. 1. D. *de pignorib. et hypoth.*

Vê-se tambem, que, por isso mesmo que o penhor não dá, ainda que nelle intervem a tradição, maior direito, do que o resultante da hypotheca, o crédor não póde, se isto lhe não foi expressamente concedido, servir-se do objecto para seus usos, L. 54. D. *de furt.*; mas que como o principal requisito do penhor consiste na tradição, se por esta se constituir em coisa immovel á semilhança da hypotheca, não deixa de ser penhor, caso, em que, se os rendimentos são cedidos para encontro da divida, o penhor se diz *antichretico*, distincto do simples, commum ou ordinario. L. 11. §. 1. D. *de pignorib. et hypoth.*

*Tanto do penhor, como da hypotheca, resulta a mesma acção.*

§. 2. *Inter pignus igitur et hypothecam*, etc. Pelas expostas definições do penhor e hypotheca, tomados estes contractos strictamente, vimos ser sua differença

essencial o dar-se no primeiro a tradição, que se não dá no segundo, mas que o direito do crédor em ambos elles é o mesmo, pois que sempre tem por fim a certeza ou segurança do pagamento da divida pelo valor dos seus objectos. Posto isto, como o direito é o fundamento da acção, que assiste ao crédor, segue-se ser esta também a mesma em ambos os dous contractos, o que faz que a differença entre acção *pignoraticia* e *hypothecaria* consista sómente em nomes: *Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest.* §. 7. Inst. de action. Logo, conclue o A. neste §., pois que o crédor tem em ambos os casos a mesma acção, é de nenhum uso no fôro a differença de penhor a hypotheca, *in foro nullius certe usus et utilitatis est.*

Convimos n'esta doutrina com relação á segurança do crédor para levar a effeito o pagamento por meio da acção hypothecaria, que na prática nada differe da pignoraticia; mas não podemos conceder que a outros respeitoos no fôro se não attenda á differença essencial entre penhor e hypotheca: pois que, por exemplo, o dono da cousa hypothecada, que satisfez inteiramente ao crédor, nada tem que exigir-lhe; quando depois do pagamento, como antecedentemente notámos, se exige muitas vezes a entrega do penhor: n'este tem o crédor direito de retenção para lhe serem pagas as despesas; o que não procede na hypotheca: a qual também não dá occasião e fundamento ao devedor para exigir a indemnização do damno, ou a estimação pelo perecimento do objecto obrigado, como acontece no penhor, quando resultão de culpa ou negligencia do crédor. Também em quanto á hypotheca não tem o crédor os remedios possessorios; e é certo que póde usar de todos elles com respeito ao penhor, etc.

*Tanto no penhor, como na hypotheca, o dominio não passa para o crédor.*

§. 3. *Cum pignore, vel hypotheca jus in re creditori in debiti securitatem a debitore constituatur, etc.*

Pelas já expostas definições de penhor e hypotheca se conclue que o dominio dos objectos ou cousas obrigadas não passa para o crédor, e que ficão, ou antes que continuão a ser propriedade do devedor quando suas, ou daquelle, que por elle as obrigou á segurança da divida: por quanto o *jus in re in debiti securitatem*, que o crédor acquire, não o auctoriza nem para gozar, nem para dispor, vindo a ser um direito unicamente de precedencia para haver o pagamento, impondo apenas um encargo no dominio do devedor ou fiador, por isso mesmo que o coarcta ou limita em alguns dos seus effectos, como antecedentemente ponderámos.

Esta doutrina, por si mesma evidente, é reconhecida pelas LL. tanto Romanas, como Patrias: pois que a L. 9. C. *de pignorat. action.* decide, que se o objecto do penhor perece sem culpa do crédor, não é este obrigado a prestar a estimação, nem o devedor fica livre da obrigação principal, ou que lhe resulta da divida; o que não póde proceder, senão do principio de ser este o senhor do objecto empenhado, perecendo por isso para elle segundo a maxima — *res suo domino perit*. O mesmo decide a L. 9. C. *eod.*, dizendo ser evidente que o penhor se conserva nos bens do devedor: *Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit*; e tambem é expresso no §. ult. Inst. *quib. mod. re contrah. oblig.*: de sorte que o crédor, empregando diligencia exacta na custodia e conservação do penhor, não responde por elle, se perece, sendo o devedor quem o perde por isso mesmo que é seu, fundamento para este pela acção directa o exigir do crédor, existindo depois do pagamento da divida, ou a estimação, se não existe por culpa sua.

Nem se diga que as sentenças expostas são restrictas ao penhor; por quanto já vimos ser o *jus in re* exactamente o mesmo, quer provenha daquelle, quer resulte da hypotheca: logo a falta do dominio do crédor é em ambos os casos sempre a mesma.

Tambem pela nossa Ord. liv. 4. tit. 10. §. 1. se demonstra, que o dominio não passa pela hypotheca ao crédor; por quanto não dá para objecto da acção hypo-

thecaria a questão da propriedade, reconhecendo-a por isso no devedor originario ou no possuidor, *ibi* — *não é móvida questão sobre o senhorio d'ella*; logo em tal acção tão sómente se disputa a obrigação real da coisa com respeito ao direito de segurança do crédor, e tanto, que o devedor originario, ou outro qualquer possuidor póde remir a hypotheca satisfazendo a divida, o que extingue totalmente o direito do crédor, e não seria este o modo de o extinguir, se a propriedade fosse sua.

Além disto a Ord. liv. 4. tit. 3. *pr.* também conserva ao crédor o simples direito de segurança na coisa hypothecada, que passa a differente possuidor, porque concede a este livrar-se pelo pagamento; logo não tem aquelle a propriedade, alias lhe seria a coisa precisamente entregue pela reivindição, e não o pagamento da divida pela acção hypothecaria.

Coincide pois a nossa Legislação com a Romana em conservar ao devedor o dominio nos bens dados em penhor ou hypotheca, o que também é confórme com o *Cod. Wisigothico* LL. 3. e 4. liv. 5. tit. 6. Na Alemanha porém, assim como na Saxonia e outros povos, como o A. nos adverte na nota, passa o dominio util para o crédor, e reverte pelo pagamento ao devedor, de sorte que a divida, cujo penhor é rendoso, mal se distingue da compra com pacto *de retrovendendo*, se não se tiver attenção com a igualdade, entre o preço e o valor, exigida pela compra.

*Divisão do penhor em geral e especial, e que bens se comprehendem naquelle.*

§. 4. *Dividitur pignus in generale et speciale*, etc. O penhor tomado em sentido amplo, ou comprehendendo a hypotheca, é em si mesmo um só, e consiste no direito real do crédor sobre os bens, que accessoriamente á obrigação principal do devedor lhe forão determinados para garantia ou segurança do seu crédito. Mas com relação ao objecto ou cousas, em que recae, bem como com respeito á sua differente origem, e

modo, por que é constituido, é divisivel em especies; das quaes passamos a tractar, principiando neste §. pelas que resultão do objecto, sobre que assenta o direito do crédor. Se este objecto consiste em todos ou n'uma quantidade dos bens do devedor, diz-se *geral* o penhor; ao contrario, se o objecto consiste n'um ou mais corpos determinados, por exemplo, certo movel, certos prédios, diz-se o penhor *especial*.

Esta divisão do penhor, que naturalmente determina a extensão do objecto relativo ao direito do crédor, é adoptada na praxe, e expressa em nossas leis: assim na Ord. liv. 4. tit. 8. *in princ.* se falla do vendedor, que para cumprimento do contracto obrigou geral ou especialmente a cousa arrendada, isto é, que a comprehendeo nos mais bens sem expressamente a exceptuar da hypotheca, ou que especialmente a mencionou como um objecto singular para segurança do comprador.

Posto que o penhor ou hypotheca, em razão do seu objecto, é geral quando este é designado geralmente, no que se contrapõe ao especial, que consiste em cousa ou cousas especialmente determinadas, ou individualmente distinctas; resulta que os bens do devedor estranhos á expressão do penhor, e á intenção do concedente se conservão na sua propriedade illimitada, ou que a elles se não estende o *jus in re* do crédor por virtude do contracto pignoratício ou hypothecario; resultado este, de que agora o A. deduz outros, cuja demonstração tem n'elle principio.

1.º *Bonis mobilibus obligatis, immobilia non continentur.* Se o penhor geral é constituido nos bens moveis, o *jus in re* do crédor fica restricto a estes, sem que se extenda aos immoveis, o que assim não será se o penhor é constituido geralmente nos bens do devedor, caso em que, tanto os moveis, como os immoveis, estão na sua expressão, e por isso obrigados; o que não acontece com os ultimos na hypothese primeira, em que a falta da expressão importa a da intenção, e esta a da obrigação.

2.º *Nec ea mobilia, quae ad quotidianum usum*

*necessaria sunt*, etc. Dissemos que não sómente são estranhos ao penhor os objectos fóra da sua expressão, mas aquelles, que, ainda que rigorosamente comprehendidos nesta, ficão fóra da intenção do devedor, porque a força da obrigação essencialmente vem de sua vontade, em que recáe a acceitação do crédor; logo se aquella fór mais curta no objecto, do que a expressão, é a intenção, e não esta, que determina o penhor. Assim se o official mechanic constituiu o penhor nos moveis geralmente, entendem-se excluidos os instrumentos do seu officio, pois ainda que incluídos na expressão *moveis*, achão-se pela intenção excluidos, porque nesta se presumem conservados livres pelo devedor como cousas indispensaveis para o seu modo de vida ou subsistencia. Pela mesma razão no penhor geral dos moveis não se comprehendem os livros, se o devedor é letrado; nem com respeito a todo e qualquer devedor se entendem, em tal penhor, comprehendidos os vestidos e trastes necessarios para o uso quotidiano, pois se dá o mesmo fundamento da falta da intenção para os excluir da expressão, ou, como diz o A., não se julgão comprehendidos, — *ea enim verosimile non est quemque obligaturum*, como reconhece a L. 6. e 7. D. *de pignorib. et hypoth.*, principio, que fórma a verdadeira razão de dcedir da Ord. liv. 3. tit. 86. §. 23., para não serem penhoradas aos Fidalgos as camas e vestidos do seu uso, nem aos lavradores as sementes e os bois, razão de dcedir sustentada pela justiça, e que em nossa opinião exclue a idéa de privilegio, fazendo por isso extensivas as mesmas disposições a todas as mais pessoas com respeito a objectos semelhantes, ou em igualdade de razão.

3.º *Nec mobilibus et immobilibus obligatis*, etc. Tambem pelo principio de não serem do penhor os bens de qualidade não comprehendida na expressão, o constituido geralmente em moveis e immoveis não abrange os direitos e acções, pois no conceito das leis são bens differentes d'aquelles, como se infere na L. 15. §. 2. D. *de re judic.*, concordante a cit. Ord. §. 7., estabelecendo a ordem das execuções, e é expresso na

Lei de 20 de Junho de 1774, que nos §§. 17. e 27. qualifica os direitos e acções de bens differentes dos moveis como primeira especie, e dos immoveis como segunda, pois forma d'elles uma terceira.

4.º *Nec res futurae sub generali hypotheca veniunt*, etc. Finalmente diz o Sr. Paschoal neste §., que o penhor com expressão geral dos bens do devedor não abrange os futuros ou adquiridos depois do tempo da celebração do contracto, salvo se d'elles fez menção expressa, porque não os obrigando por este modo o devedor, entende-se que foi sua intenção sujeitar unicamente os bens presentes, como os unicos, que formavão seu patrimonio, *de praesentibus tantum, quae in illius patrimonio erant tempore contractus, cogitare videtur.*

O A. insiste na sua nota ao §. nesta doutrina, empregando dous fundamentos: primeiro, que o crédor tem mui especial utilidade em abranger no penhor os bens futuros, logo não exigindo a expressa declaração delles deve presumir-se satisfeito com os presentes pela regra de dever dar-se a interpretação contra aquelle, que é o unico dos pactuantes interessado em ser clara a parte duvidosa do contracto. Segundo, que o tempo presente determina o objecto do legado, de sorte que se o testador lega, por exemplo, o seu dinheiro, entende-se o que possui na data do testamento, e não o que posteriormente adquire, pela razão da L. 7. D. *de aur. arg. leg.: praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset*; razão extensiva ao penhor sem expressa referencia aos bens futuros: donde conclue não dever observar-se a contraria disposição da L. ult. C. *Quae res pignor oblig. poss.*

Respondemos que quando ha uma lei clara, que determina a extensão do objecto do contracto, se os pactuantes a não encurtão expressamente, devemos sempre intender que voluntariamente se conformarão com ella, e como a citada lei declara obrigados os bens futuros, ainda que não mencionados no contracto, devemos concluir que os pactuantes se conformarão com ella. Demais esta lei não é opposta á razão; nem o

principio mais forte, que se emprega contra ella, nos convence do contrario, pois facilmente se converte contra o devedor: por quanto tinha este um mui especial interesse em não obrigar os bens futuros; e como os não desobrigou expressamente, a parte escura do contracto deve interpretar-se contra elle. Nem a presumpção da liberdade d'alguns pôde encontrar fundamento na presença d'um contracto, que obriga absolutamente todos os bens.

Finalmente, para evitarmos mais razões, a Lei de 20 de Junho de 1774. §. 33. obriga por *hypotheca* geral os bens, ainda que adquiridos depois, sem distinguir se forão, ou não, expressos no contracto.

*Illud vero certum est*, etc. É porê m certo, como o A. aqui se explica, que o direito do crêdor é um só e o mesmo, tanto no penhor ou *hypotheca* geral, como na especial, pois que a variante ou differença consiste tão sómente na extensão do objecto; do que resulta que a acção, que cabe ao crêdor, é igualmente uma só em ambas estas *hypothecas*.

*Pignore utroque in eadem persona conjuncto, creditor speciali insistere debet*, etc. Ainda com respeito ao uso do direito do crêdor, ou da acção, que lhe compete, observa o Sr. Paschoal, que se além do penhor especial, ou em certos e determinados bens do devedor se pactuou o geral em todos os mais, que tem, não pôde o crêdor ir contra este, senão depois de se mostrar pela execução a insufficiencia d'aquelle. Esta ordem, que é expressa na L. 2. C. *de pignor. et hypoth.*, e confôrme ao espirito da Ord. liv. 3. tit. 86. §. 7., que manda fixar a execução naquelles dos bens empenhados, que bastão para pagamento da divida, parece opposta aos principios geraes de Direito, segundo os quaes, como temos ponderado, se considera igual perfeitamente o direito do crêdor, tanto no penhor especial, como no geral; o que nos leva ao resultado de depender tão sómente do seu arbitrio, a preferencia d'um ao outro, quando n'elle se reúnem ambos os dous penhores.

Com tudo, ainda que esta observação seja exacta

segundo o rigor de Direito, é também certo que as leis temperão ou modificão este rigor, dando logar á equidade; pois é confôrme á razão, que o penhor especial se considere, se não mais, pelo menos o primeiro na ordem, ou principalmente obrigado, e depois d'elle o geral, como subsidiario, por isso mesmo que esta ordem não prejudica o pagamento da divida, e é foveravel ao devedor. Accresce que o penhor commummente excede a divida, e que o geral acompanhando o especial, nasce também commummente do receio do crédor: logo em quanto não é liquido que seu receio foi fundado, ou que este penhor não é bastante, manda a equidade que se espere pela certeza de suas forças, por isso que os bens restantes do devedor também esperão até então, subsidiariamente obrigados ao pagamento da divida.

*Debitor autem, qui res specialiter obligatus, secus generaliter, alienaverit, vel iterum oppignoravit, etc.* Ultimamente nos adverte o A., que o devedor, que aliena ou obriga em novo penhor as cousas já obrigadas do mesmo modo a um differente crédor, é réo de *stellionato*, que se diz entre nós crime de *bulcão e inlicador*; mas que procede este se o penhor é especial, e não quando o mesmo é geral.

O crime de *stellionato*, nome generico, que comprehende todas quantas fraudes se podem commetter nos contractos, diz-se crime de *bulcão e inlicador* na Ord. liv. 5. tit. 65., e abrange, além d'outros, tanto o que por contractos separados vende a dous a mesma cousa, como o que a *hypotheca* ou obriga por fiança a dous crédores. Este crime tem causa na fraude, ou no animo de prejudicar um dos compradores ou crédores, por isso procede na *hypotheca* ou penhor, se a cousa ou objecto não tem valor sufficiente para pagamento das duas dividas, ou como diz a cit. Ord., — *não sendo a cousa bastante para satisfazer aos crédores ambos.*

Mas segue o Sr. Paschal, que o facto ou acção, que constitue este crime, é a nova *hypotheca* especial, e não a geral; e na verdade a mesma Ord. diz *bulcão* aquelle, que especialmente *hypotheca*, ou obriga por  
fiança

*fiança uma coisa a dous.* Com tudo, como o crime está na fraude do devedor principal ou do fiador, entendemos agente do *stellionato* não só o da segunda hypotheca especial, mas também o da geral, quando todos os seus bens não são bastantes para satisfazer ambas as dividas; pois que a causa ou a fraude nas duas hypotheses é a mesma, *assim como também não é diferente o mal ou o effeito da acção em ambas ellas.* Na mesma especie de delicto entendemos comprehendido o que hypotheca a coisa alheia, ainda que a um crédor tão sómente; porque nem o mal moral ou a causa, nem o effeito ou mal material do delicto são também outros nesta especie. Cumpte porém advertir, que nella consideramos a hypotheca fallando propriamente, e não o penhor de coisa alheia; porque então seria o crime complexo, participando da bulha e do furto, quando se com dolo o devedor empenhou por prata estanho seu, ou pedras suas falsas por finas, não se dá furto, mas simples *stellionato*. L. 1. §. 1., L. 36. D. *de pign. act.*

Resta porém ainda ponderar, que tanto na Ord. liv. 4. tit. 7. §. 2. *in fin.*, como no liv. 5. tit. 65., se considera bulcão o que vende a mesma coisa a dous differentes compradores, e não o que vende a um só o objecto hypothecado, que é seu, ou em que tem propriedade: por quanto, como vimos no §. 3. desteTitulo, o devedor conserva n'elle o dominio; por consequencia pôde vendel-o ou alienal-o por outro titulo, ainda que passe para qualquer possuidor onerado com o *ius in re* do crédor. Por tanto das expressões, que vemos na nota empregadas para se dar *stellionato* no devedor á cerca da hypotheca, e com relação ao crédor, não acceptamos a primeira — *alienaverit*, mas sim as outras — *iterum oppigneraverit*; ainda que, se a hypotheca é vendida a dous differentes compradores, o *stellionato* procede para com estes, mas não com respeito ao crédor, ao qual por isso não cabe a querela.

*Outras divisões de penhor, tomado na mesma accepção ;  
ou em sentido lato.*

§. 5. *Dividitur pignus in Praetorium, et judiciale, etc.* Depois da divisão do penhor em especial e geral, com fundamento na extensão do seu objecto, ou com respeito aos bens, que comprehende, enuncia o A. neste §. outras divisões, com fundamento na sua origem, e no modo, por que se constitue. Nestas relações divide-se o penhor em *Pretorio*, e *judicial*; em *voluntario* ou *convencional*, e *testamentario*; em *público*, e *particular*; e finalmente em *legitimo* ou *legal*, o qual tambem se diz *necessario* e *tacito*.

Com tudo parece-nos ser mais natural e methodica a seguinte divisão: O penhor ou é *necessario* ou *voluntario*: o *necessario* constitue-se sem consentimento do devedor, e póde ser *expresso*, ou *tacito*; aquelle é constituido por auctoridade competente, como o *Pretorio* e o *judicial*, quando o *tacito* é constituido pela lei sem necessidade de facto humano para que exista, e por isso tambem se diz *legitimo* ou *legal*.

O penhor *voluntario*, ou constituido por consentimento do devedor, é *convencional*, ou *testamentario*, segundo o consentimento, que lhe dá origem, é dado por convenção, ou por testamento: o *convencional* póde ser *público*, ou *particular*, em razão do modo, por que se fórma: é público o constituido por escriptura pública ou particular com igual força; o particular é constituido por escripto particular ou sem fé pública.

#### *Penhor Pretorio.*

§. 6. *Pignus Praetorium illud dicitur, etc.* Examinadas as duas primeiras especies de penhor com fundamento no objecto, e enunciadas no §. antecedente outras especies com fundamento na sua origem, ou no modo, por que o penhor se constitue, dá materia a este §. a especie, que se diz penhor *Pretorio*. Este penhor era expresso e *necessario* entre os Romanos, pois que sem consentimento do devedor se constituia em seus

bens por decreto ou determinação do Pretor, o que lhe dava o nome de *Pretorio*. Se o devedor, depois de citado para pagamento da divida, não comparecia em juizo, nem pessoalmente nem por procurador, sendo por isso contumaz, o Pretor por um primeiro decreto concedia a detenção de seus bens ao crédor, a fim de os conservar, *rei servandae causa*, como se conclue do tit. *quib. ex caus. in possess. eat.* no Digesto.

Mas se o devedor continuava na contumacia, ou em se não defender convenientemente em juizo, por um segundo decreto o Pretor, como promete na L. 7. §. 1. D. cit. tit.: *Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitrato non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo*, dava a posse dos mesmos bens ao crédor, a fim de se venderem para pagamento da divida. É pois evidente que esta detenção e posse nos bens do devedor era verdadeiramente penhor necessario, e que se constituia sem opposição ao direito do crédor, ou sem que a lide se contestasse, como o A. adverte — *ante litem contestatam per immissionem bonorum ob contumaciam debitoris etc.*

*Hodie vero*, etc. Com tudo, ainda que a prática exposta assentasse como punição na fraude e no desprezo do juizo da parte do devedor, pela Ord. liv. 3. tit. 15. é prohibida entre nós expressamente; porque se o devedor citado não comparece, procede-se á sua revelia na causa, assignando-se-lhe, como se presente fôra, todos os termos até final sentença, a qual, passando em julgado, tem execução nos seus bens, sem que antes disso se dêm em posse, ou se vendão.

É porém a revelia uma especie de delicto, que tem penas estabelecidas em Direito segundo as circumstancias, e taes são a multa, o sequestro, a prisão, e outras. Vej. Pereir. e Sous. not. 247.

### *Penhor judicial.*

§. 7. *Judiciale pignus vocari potest*, etc. A segunda especie de penhor necessario expresso é o *judicial*,

que procede a desherdação da filha, quando ao tempo da morte do pai ou mãe houver outro filho ou filha legitima (*lidema*), em que se não dê a mesma circumstancia, o que explica por estes termos — *que não ouvesse cometido semelhante peccado*; salvo se este filho ou filha consentisse, caso, em que o pai, querendo, podia contemplar aquella no testamento.

D. Manoel accrescentou outra excepção á já corrigida desherdação da filha, não procedendo quando ella casa com homem conhecida e notoriamente mais digno, do que aquelle, com quem o pai ou mãe a poderia casar, ainda que haja outros filhos legitimos; mas póde o pai, querendo, desherdal-a expressamente da metade da legitima, ficando-lhe esta por inteiro, se o pai se não explica. Isto nas suas Oréd. liv. 4. tit. 72. §. 2., e passou do mesmo modo para as actuaes, liv. 4. tit. 88. §. 3. Devemos porém accrescentar, que a mesma causa de desherdação foi ampliada ao filho varão menor de vinte e cinco annos, se casa sem consentimento do pai e mãe, ou sem o supplemento do mesmo pelo Magistrado. Lei de 19 de Junho, e Lei de 29 de Novembro de 1775.

Já antecedentemente prevenimos as idéas justificativas desta jurisprudencia, que outras nações observão, punindo tambem com maior severidade os menores, ainda mesmo varões, que se ligão pelo matrimonio sem o consentimento de seus pais, levando o rigor aos filhos, que tal casamento produz, para em nenhum caso poderem succeder a seus avós. Não é outro o fim das LL., segundo nos parece, além do que já ponderámos, senão o evitar pelo terror das penas a seducção, a que as pessoas estão mais expostas, quando menores.

A applicação porém de todas estas disposições depende muito da prudencia do Juiz, da qual do mesmo modo necessita a applicação das outras penas. É da sabedoria do Legislador inspirar horror ao crime pela severidade das ameaças, e da do Juiz fazer, como temos idéa de ter dito na Introducção a este escripto, as modificações, que a natureza, índole e characteres do delicto exigem. É isto cabe muito, segundo nosso per-

faz com penhores a segurança, e não por meio de fiadores, pois que ficão aquelles sob guarda da Justiça.

*Et tandem quaecumque debito judiciali adcedunt*, etc. É finalmente judicial o penhor para segurança do que accresce á divida julgada tal por sentença. Por exemplo, se a parte condemnada no proprio e juro vem com embargos á execução, como estes a retardão e os juro vão crescendo, pôde fazer-se penhora em bens, que cheguem para os juro, que accrescerem, no que se dá penhor judicial, tanto porque pela penhora ficão os bens sob guarda da Justiça, como porque aquella é feita por mandado do Juiz, como o A. adverte nas ultimas palavras do §., por isso que a penhora é acto judicial, que o crédor por si mesmo não pôde mandar fazer nos bens do devedor, ainda que tenha sentença contra elle, Ord. liv. 4. tit. 57. §. 1.; salvo se a divida é privilegiada, como a dos alugueres de casas, Ord. cit., concordante a do mesmo liv. tit. 23. §. 3., o que procede tambem na divida de fóros e censos, Moraes de execut. liv. 1. cap. 4. §. 1.

### *Penhor convencional e testamentario.*

§. 8. *Conventionale, seu voluntarium pignus*, etc. É voluntario o penhor constituido por vontade ou deliberação espontanea do devedor; e se divide em *convencional* e *testamentario*, especies, que são objecto d'este §.

O penhor *convencional* ou é constituido por contracto e tradição do objecto ao credor, ou por pacto sem tradição, como antecedentemente ponderámos. O *testamentario* é o que o devedor constitue em testamento ou disposição *causa mortis*, e que por isso na origem é igualmente voluntario, differindo do convencional em quanto ao acto, por que é constituido.

Que o penhor testamentario obriga válidamente os bens, em que é constituido, não se pôde duvidar; por quanto, se o convencional tem na vontade do proprietario devedor origem de obrigação, esta mesma origem se dá no penhor testamentario, e por isso as leis lhe

dão effeito : *Cum testamento quoque pignus constitui posse , Imperator noster cum Patre saepissime rescripsit , L. 26. D. de pignorat. act. , concordante a L. 1. C. Commun. de legat. : Cum enim jam hoc jure nostro increbuit , licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento , quibus voluerit , dare.*

De mais , se o testador pôde conceder o dominio dos seus bens , pôde por força de maior razão conceder n'elles ao crédor o *ius in re* , que resulta da hypotheca ou penhor , pois é maxima incontestavel , que no poder maior se comprehende o menor. Por tanto , ainda mesmo que faltasse lei expressa dando effeito a esta especie de penhor , não se lhe poderia negar tal effeito , dada a faculdade para dispor *causa mortis* da propriedade dos bens.

Com tudo o A. não satisfeito com as disposições das LL. Romanas , que dão validade ao penhor testamentario , como é confôrme a natureza das cousas , ainda se fundamenta na nossa Ord. liv. 4. tit. 11. §. 1. , a qual dispõe , que se o testador deixa herança ou legado ; mandando se não possa vender ou alhear , senão ao irmão ou parente mais proximo do herdeiro ou legatario , este preceito se cumprirá. Ora esteTitulo inscreve-se — *Que ninguém seja constrangido a vender seu herdamento e cousas , que tiver , contra sua vontade* , enunciado este , que se converte no de qualquer poder vender a quem quizer a herança ou a propriedade , que tiver , como é confôrme á natureza do dominio. Mas não obstante esta sentença , o testador pôde prohibir e regular a venda da herança ou do legado , como dispõe o §. 1. , de sorte que o seu dominio cohibe absolutamente o do herdeiro ou legatario para alienar : e como assim se dá um encargo ou limitação na propriedade , e que tem effeito por virtude do testamento ; não podemos duvidar de que pôde o testador limitar o dominio do herdeiro ou legatario com um encargo muito menor , como é o da hypotheca ou penhor.

*Do penhor publico, quasi publico e particular.*

§. 9. *Publicum pignus seu hypotheca hic vocatur a modo constituendi*, etc. Em razão do differente modo, por que se constitue o penhor cu a hypotheca convencional, distingue-o o A. n'este §. em *público, quasi público e particular.*

Penhor *público* diz-se o constituído por instrumento público, como o que consta pela fé do Tabellião em escriptura pública. Lei de 20 de Junho de 1774 §. 31. É tambem público o penhor, que se constitue por termo judicial, pois é instrumento público. Ord. liv. 1. tit. 24. §. 19. As letras de cambio, na compra de fazendas de commercio, são como escriptura pública, e tem clausula hypothecaria especialissima a respeito de taes fazendas e objectos, em quanto se achão separados da massa dos outros bens dos devedores respectivos. Alvará de 15 de Maio de 1776. §§. 1. e 2.

Diz-se *quasi público* o penhor constituído por escripto particular de pessoa, a quem é dada tanta fé, como á escriptura pública, quaes as referidas na Ord. liv. 3. tit. 59. §. 15.; para o que, com respeito ao penhor ou hypotheca, deve o escripto particular ser assignado não só pelo devedor, mas por tres testemunhas de inteira fé e conhecida probidade, com reconhecimento do Tabellião público, que o veja escrever. Cit. Lei de 20 de Junho de 1774 §. 34. O escripto de taes pessoas, em que se não dão as referidas circumstancias, ou em que alguma d'ellas se omitta, faz inválido o penhor, pois que nesta relação é escripto particular, como se a pessoa não fôra privilegiada.

*Et haec distinctio publicum inter pignus et privatum*, etc. Fecha o A. este §., advertindo, que a differença entre o penhor público e o particular tem grande uso no concurso dos crédores, como adiante observaremos, em razão das preferencias.

*Do penhor legal.*

§. 10. *Pignus, quod dicitur legale seu tacitum, etc.*

Depois das diferentes especies de penhor expresso, tracta o A. neste §. do *tacito*, assim dito por ter origem na lei sem necessidade d'alguma convenção; penhor, que por isso mesmo é necessario, pois que a lei o constitue e lhe dá effeito por si mesma.

*Competit ei, qui pecuniam pro novo aedificio construendo, veteris reficiendo, etc.* Tem, em primeiro logar, *hypotheca* ou penhor tacito o crédor, que emprestou dinheiro ou materiaes para a edificação, reparação ou reconstrução de edificios em Lisboa, segundo o Alvará de 12 de Maio de 1758 §§. 10. e 11.; disposição, que se tornou geral a todas as terras do Reino pela Lei de 20 de Junho de 1774 §. 34.

É de notar que segundo a L. 7. C. *qui potior. in pign.*, concordante a Novell. 136. cap. 3., sómente é contemplado em expressa disposição com a *hypotheca* legal o que fez emprestimo de dinheiro para os reparos ou conservação do edificio: a nossa lei porém é expressa abrangendo tanto a edificação, como a reparação ou reconstrucção.

*Pro nave reficienda.* Cabe em segundo logar esta *hypotheca* ao crédor, que concorreo com os materiaes ou com dinheiro para se refazer a não, navio, ou outra qualquer embarcação. Cit. Lei §. 35.

Com tudo, combinado este §. com o 41. da mesma Lei, não gozará tão sómente da *hypotheca* o que é crédor para a embarcação se refazer, mas tambem o do dinheiro para o seu custeamento, ou para tudo aquillo, sem o que não poderia navegar: por quanto n'este ultimo §. se comprehendem, para se dar tal *hypotheca*, além dos referidos expressamente, todos os mais casos que se achão no seu espirito *por força da identidade de razão*; e é certo que o crédor do dinheiro para esta applicação, está, em quanto ao fim, exactamente na do que concorreo para a embarcação se refazer, ainda que este deva preferil-o, em razão da especialidade de fazer salva a causa da *hypotheca*, cit. §. 35. *in fin.*

*Pro locis incultis*, etc. Goza da mesma hypotheca, em terceiro lugar, o crêdor, que concorre com dinheiro para se romper e reduzir a cultura qualquer paúl ou terra inculta, §. 36.

*Pro rustico raedio emendo*. Em quarto lugar, é considerado do mesmo modo o crêdor do dinheiro para compra de qualquer fazenda, segundo a expressão do §. 37., que o Sr. Paschoal entende da compra de prédio rustico. Na nossa lingua a palavra *fazenda* exprime communmente bens, que andão no commercio, ou que são d'elle susceptiveis: com tudo, como muitas vezes se applica na idéa restricta de *terra culta ou productiva*, concordamos com o A. em lhe attribuir aqui esta ultima significação; por nos parecer natural que tendo o Legislador fallado de terras ou prédios rusticos incultos no §. 36., usando logo no §. 37. das palavras *qualquer fazenda*, tivera na mente qualquer prédio rustico reduzido a cultura, sem differença da sua especial producção.

Mas para que a hypotheca proceda com os mesmos effeitos neste caso, devem reunir-se duas condições: 1.ª constar da escriptura, que o dinheiro foi emprestado com tal destino; 2.ª verificar-se a compra posterior.

*Fisco in bonis eorum, qui ex contractu sunt obligati*. O Fisco, hoje o Thesouro Público, tem hypotheca nos bens daquelles, que se lhe obrigão por contracto, Ord. liv. 2. tit. 52. §. 5.; esta hypotheca porém, em nossa opinião, não é tacita e geral, mas especial e expressa nos bens que offerecem os rendeiros. É porém tacita e geral nos dos outros devedores, em razão da responsabilidade d'emprego, assim como pelos tributos. Lei de 22 de Dezembro de 1761 cap. 3. §. 15., L. 28. *D. de Jur. Fisci*, L. 1. e 2. *C. quib. in causis pign. vel. hypoth. tacit. contrah.*

*Locatori predii rustici in illius fructibus*, etc. Em quinto lugar, o locador de prédios rusticos tem pela lei a mesma hypotheca nos seus fructos para segurança da renda, Lei de 20 de Junho de 1774 §. 38.; tambem a tem o dos urbanos para pagamento do aluguer, segundo as expressões do A., nas cousas *illata et invecta*;

isto é, nos objectos introduzidos nas casas para uso e commodidade da habitação, Alvará de 24 de Julho de 1793 *ibi*: *Os crédores põem pelo aluguer das casas urbanas, os quaes por todas as mais antigas leis tem especial hypotheca nos moveis e trastes, que o locador (deve ler-se o conductor) n'ellas introduz para commodidade e uso da habitação, deveráo a respeito do producto d'estes, e não d'outros bens e generos de commercio, ter preferencia, etc.*

*Ecclesiae pro canone emphyteutico solvendo.* Os senhorios de prazos ecclesiasticos tem n'elles esta hypotheca pelos fóros, se os rendimentos não chegão, Lei de 4 de Julho de 1768 no verso — *Permitto mais.* Mas em outro lugar mostrámos terem a mesma hypotheca os senhorios nos prazos seculares, segundo a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 28.

*Uxori pro dote tam aestimata, etc.* Refere finalmente o Sr. Paschoal, como exemplo da hypotheca legal, a que cabe á mulher em quanto aos bens do marido para segurança do dote, quer este seja estimado, quer não, ou consista em dinheiro e outros moveis, ou em immoveis, pois que a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 40. falla da qualidade de estimado e outras em quanto ao dote, explicando-se demonstrativa, e não taxativamente, sem que por isso na falta das mesmas qualidades lhe retire a hypotheca legal.

Concordamos na opinião do A. em quanto a que o §. 40. da Lei cit. conserva ao dote a hypotheca legal; mas sem que se deva inferir que é sempre privilegiada tal hypotheca, pois, como mostrámos na 1.<sup>a</sup> Parte d'este escripto desde pag. 446, esta Lei determinou que não prefere a mulher aos crédores hypothecarios mais antigos, salvo tendo o dote os requisitos, que a mesma Lei exige expressamente.

Resta advertir com o A., ao fechar este §., que outros mais exemplos se dão da hypotheca legal, segundo as LL. Romanas, que, por confórmes á razão, nossos costumes adoptarão.

*Cousas, que não podem ser objecto de penhor.*

§. 11. *Cum ex pignore jus reale nascatur*, etc. Como o penhor dá direito ao crédor para ser pago da divida pelo preço do objecto, e tenda por isso mesmo para uma alienação, não pôde ser constituído em cousas inalienaveis, como são as que exemplificativamente passamos a referir.

*Res sacrae*, etc. As imagens sagradas, segundo o Alvará de 22 de Fevereiro de 1778 §. 5., assim como as cousas dedicadas ao culto divino, e que tem com este relação immediata, estão fóra do commercio; logo não pôdem ser objecto de penhor, como dispõe em geral a Ord. liv. 2. tit. 24. em quanto ao ouro, prata, joias e ornamentos das Igrejas.

Além disto os bens de raiz do patrimonio das mesmas, que em outro logar vimos não poderem validamente alienar-se sem as solemnidades legaes, tambem, sem que estas se observem, não podem dar-se em penhor. Estão na mesma razão as cousas litigiosas, porque não podem ser alienadas. Ord. liv. 4. tit. 10. §. 3.

*Nobilium, Equitum*, etc. Por causa do serviço público, as armas, cavallo, livros, camas e vestidos de seus corpos, são objectos, que não podem ser penhorados aos Fidalgos, Cavalleiros e Desembargadores, ainda que não tenham outros bens; nem em favor da agricultura os bois d'arado e as sementes aos lavradores, se tiverem outros bens. Ord. liv. 3. tit. 86. §§. 23. e 24. Igualmente, por analogia de razão, aos officiaes mechanicos não se penhorão os instrumentos, com que exercitão seus officios, assim como os livros aos estudantes, professores, advogados e magistrados. Barb. á Ord. liv. 3. tit. 86. §. 23. n. 4., Moraes *de execut.* liv. 6. cap. 8. n. 44.

*Res pupillares sine consensu tutorum*, etc. Pois que o penhor, como vimos, tende para alienação, e os bens dos menores não podião ser alienados sem approvação do tutor e auctoridade do Juiz, não podião tambem ser empenhados sem as mesmas. Ord. liv. 1. tit. 88. §§. 25. e 26. Mas esta auctorização e consentimento pertencem

cem hoje ao Conselho de familia, como é expresso na *Noviss. Refórm. Judic.* art. 402.

*Bona majoratus.* Como os bens vinculados em morgado ou capella não podem ser alienados, nem os de prazo sem licença do senhorio; vista a natureza do penhor, é evidente não poderem aquelles ser objecto do mesmo, nem estes, sem que aquella licença intervenha. Tambem os bens dotaes, como inalienaveis, ainda mesmo com o consentimento da mulher, não podem ser dados em penhor.

*Annona civilis*, etc. As tenças, os assentamentos e *moradias*, isto é, as mercês de dinheiro e ordenados de Fidalgos inscriptos no livro do Rei para serviço do Palacio, e as terras ou bens da Corôa não podem ser empenhados. Ord. liv. 4. tit. 55.

Os officios públicos, os soldos militares, os ordenados de Ministros e Empregados públicos, as soldadas da gente de mar, como objectos, que não podem ser penhorados, não podem ser hypothecados, Lei de 21 d'Outubro de 1763 §. 13., Lei de 17 de Janeiro de 1766, Lei de 10 de Março de 1775, Lei de 25 de Janeiro de 1777, Lei de 10 de Março de 1778. As soldadas porém dos criados de servir podem ser penhoradas na terça parte em mão dos amos. Moraes *de execut.* liv. 6. cap. 8. n. 24.

### *Preferencia da hypotheca pública.*

§. 12. *Quando eadem res pluribus est obligata*, etc. depois de vermos a natureza, ou em que consiste o direito hypothecario e pignoratício considerado amplamente, assim como as differenças d'um e outro tomados em sentido proprio ou restricto, prescindindo depois d'estas, examinámos as especies, em que aquelles promiscuamente, ou formando um só direito, se dividem, terminando com o exame das cousas ou bens, que por excepção não podem servir-lhes d'objecto.

Mas acontece muitas vezes concorrerem aos bens do mesmo devedor muitos crédores, para cujo paga-

mento não chegam; e como neste caso tem logar a *preferencia*, passamos a tractar desta.

*Preferencia* é o juizo, em que, concorrendo muitos crédores aos bens do devedor commum, ou ao producto dos mesmos, se dá a primazia aos que tem melhor direito, L. 7. D. *qui potior. in pign.*, segundo a graduação regulada pelas Leis de 22 de Dezembro de 1761 tit. 3. §. 13., e de 20 de Junho de 1774 desde o §. 3o.

São tres as especies de crédores, a saber: *hypothecarios*, *privilegiados*, e *chirografarios*, como já em outra parte ponderámos: os primeiros, em quanto á preferencia, são objecto deste §.; e os outros, dos seguintes.

*Ad creditores hypothecarios quod attinet, hae regulas tenendae.* A respeito dos crédores hypothecarios, estabelece o Sr. Paschoal como 1.ª regra, que o penhor público, ou o que é constituido em escriptura pública, prefere ao particular, ainda que especial e mais antigo.

Prova-se esta regra pelo §. 13. tit. 3. da Lei de 22 de Dezembro de 1761; por quanto diz: *Mando que da publicação desta em diante se não possão mais graduar as preferencias pela prioridade das penhoras, nem ainda a respeito dos crédores particulares: e que ainda entre crédores particulares prefirão os que tiverem hypothecas especiaes anteriores, provadas por escriptura pública; e não de outra sorte, nem por outra maneira alguma, qualquer que ella seja.* Logo a hypotheca, ainda mesmo especial, que não é constituida por escriptura pública, não pretere; e por isso é verdadeira a regra posta.

Concorda a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 31.: *Estabeleço, como primeira regra decisiva no concurso das preferencias, a prioridade das hypothecas, ou ellas sejam geraes, tacitas, ou especiaes, sendo contrahidas por escripturas públicas.*

Este procedimento das Leis, dando preferencia á hypotheca pública, nasce de dous fundamentos, que o Sr. Paschoal nos refere. Consiste o primeiro em a escriptura particular não provar contra terceiro, L. 5. e segg. C. *de probat.*; e o segundo em fechar-se a porta á fraude, pois que o devedor de má fé podia facil e

falsamente formar um escripto particular , com hypotheca da data anterior , em prejuizo do verdadeiro crédor ; fraude , que o Imperador Leão , como o A. nos diz na nota , foi o primeiro a evitar na L. 11. C. *Qui prior. in pign.* , mandando preferir o penhor público na concorrência com o particular : *eum , qui instrumentis publice confectis nititur , praeponi decernimus , etiamsi posterior is contineatur.*

2.<sup>a</sup> *Pignus privata Nobilium scriptura constitutum privato quoque anteponitur* , etc. Pela redacção parece estabelecer o A. como segunda regra neste assumpto : *primo* , que o penhor constituido por escripto particular de pessoa , que por privilegio lhe dá força de escriptura publica , fundamenta preferencia do crédor sobre o que tem penhor particular ; *secundo* , que o penhor constituido por pessoa privilegiada em escriptura particular , legalizada com tres testemunhas de inteira e conhecida probidade , que assignem além do devedor , com reconhecimento do Tabellião de que as vio escrever , é tido como penhor público.

Não nos parece com tudo verdadeira a primeira proposição desta regra ; por quanto , ainda que , segundo a Ord. liv. 3. tit. 59. §. 15. , o escripto particular de taes pessoas tivesse effeito contra ellas como escriptura pública , este escripto , com respeito a hypothecas , ficou conceituado de particular , segundo a cit. Lei de 20 de Junho de 1774 §. 33. ; e por isso não pôde fundamentar preferencia , pois é maxima sem excepção , que dadas cousas ou direitos perfeitamente iguaes , cessa a idéa e todo o effeito daquella. Logo deve a regra do A. contrahir-se precisamente aos termos da segunda proposição , os mesmos do §. 33. da Lei cit. , ainda que o escripto particular de taes pessoas , nos termos da primeira , ficou considerado com toda a força de público , mas tão sómente para prova da divida ou da obrigação pessoal.

3.<sup>a</sup> *Hypotheca publica tam generalis , quam specialis* , etc. Põe como terceira regra o A. , que a hypotheca pública anterior , quer geral , quer especial , prefere á posterior , ou seja tambem geral , ou especial ; pois que

os crédores com penhor público anterior são de melhor condição, segundo a regra de Direito — *qui prior est in tempore, potior est in jure*, e é expresso na mesma Lei de 20 de Junho §§. 31. e 32. O contrario seria privar ou prejudicar em direito adquirido os crédores hypothecarios mais antigos, por um facto exclusivo e proprio do devedor, como neste caso é a hypotheca posterior, ou seja geral ou especial. L. 3. C. *de remiss. pignor.*

Por tanto os crédores simplesmente hypothecarios, sendo iguaes, tem preferencia entre si pela prioridade da hypotheca: assim, se todos tem hypothecas especiaes, prefere cada um nos bens, em que forão especialmente constituídas; e se todos tiverem hypotheca especial nos mesmos bens, prefere aos outros o que tem em seu favor a prioridade da hypotheca.

Tambem se ha concurso de crédor, cuja hypotheca é geral e anterior, com outro de hypotheca especial posterior, se os bens do devedor, entrando os posteriormente adquiridos, não chegarem para pagamento d'ambos os crédores, prefere o primeiro pela hypotheca geral. E se o crédor com hypotheca especial é mais antigo, prefere nos bens especialmente obrigados, no resto dos quaes, e em todos os outros, entrando os adquiridos depois, prefere o da hypotheca geral; e se não ha bens senão os especialmente obrigados, prefere o que tem hypotheca especial mais antiga, e só no resto podem entrar os crédores com hypotheca geral pela prioridade das datas.

Cumpra porém advertir, que na lição da ultima parte do §. 32. da Lei cit. « *Não havendo outros bens, que não sejam os especialmente hypothecados: ordeno que prefira sempre o crédor de hypotheca especial, e que só no resto d'ella possam entrar os das hypothecas geraes pela prioridade das suas datas*, esta ultima clausula ou prioridade se deve ter como extensiva tambem ao crédor especial, para, como mais antigo, preferir aos das hypothecas geraes; alias teriamos perfeita antinomia com o §. 31. da mesma Lei.

*Praefata igitur Novella abrogatae sunt Ordinatio-*  
*nes, etc.* Observa o A. nesta parte final da nota, que a

Ord. liv. 3. tit. 91. §. 1., que dava preferencia á penhora feita por virtude de sentença, foi derogada, tanto pela Lei de 22 de Dezembro de 1761 tit. 3. §. 13., como pela de 20 de Junho de 1774, que regulão a preferencia segundo a prioridade das hypothecas, como vimos.

*A hypotheca legal privilegiada prefere á pública.*

§. 13. *Creditores hypothecarii privilegiarii, tacitam, seu legalem hypothecam habentes, etc.* A segunda classe de crédores é a dos privilegiados, quaes os que mencionámos no §. 10. desteTitulo, segundo as disposições dos §§. 34. até 40. inclusive da Lei de 20 de Junho de 1774. Devemos porém aqui acrescentar, que os crédores de fretes preferem a respeito das fazendas, que fizerão a carga da embarcação, a outro qualquer crédor, segundo a disposição do §. 39. da Lei cit.; assim como que o privilegio do Fisco ou Thesouro público, como crédor, não lhe é dado por esta, mas pela Ord. liv. 2. tit. 52. §. 5., e Ordenações da Fazenda, bem como pela Lei de 22 de Dezembro de 1761 tit. 3. §§. 14. e 15., que formão o nosso Direito vigente para se decidirem as preferencias com a Fazenda, segundo manda a *Noviss. Refórm. Judic.* art. 664.; e que o Fisco, ou aquella, não prefere aos crédores com hypotheca especial. Cit. Lei de 22 de Dezembro §§. 14. e 15.

A regra em quanto aos crédores hypothecarios privilegiados consiste em preferirem aos simplesmente hypothecarios, ainda que sejam anteriores ou mais antigos nas datas. Por quanto tendo a Lei de 20 de Junho no §. 31. estabelecido a regra geral da preferencia pela prioridade das hypothecas, no §. 34. principia a exceptuar desta regra os crédores, a quem dá o privilegio de preferirem aos simplesmente hypothecarios, assignando-lhes o logar para serem graduados no concurso com outros privilegiados, que na serie dos §§. vai referindo expressamente, fechando-a com o §. 41., onde declara igualmente privilegiados os que se acharem

em

em identidade de razão com os que declarou taes expressamente.

Por tanto, ainda que, por exemplo, o crédor do dinheiro sem destino determinado possa ter n'um edificio hypotheca convencional, se outro emprestou dinheiro para reparos do mesmo, embora não pactuasse hypotheca, a Lei lh'a dá sobre elle; e supposto seja posterior, prefere áquelle, porque ainda que sejam ambos crédores hypothecarios, o segundo é privilegiado segundo a disposição do §. 34. Tambem se o crédor de dinheiro ou materiaes para a construcção d'uma casa concorre com outro por bemfeitorias da mesma, é por este preferido, porque, ainda que ambos são crédores privilegiados, o privilegio do ultimo é maior, que o do primeiro. Cit. Lei de 20 de Junho §. 35. De sorte que por esta theoria não repugna que o ultimo dos crédores na ordem das datas seja o primeiro na graduacção, porque pôde ser elle o unico privilegiado, ou serem-lhe todos os mais inferiores em gráo de privilegio.

Mas quando concorrem crédores iguaes em privilegio, como o privilegiado não goza de privilegio contra outro privilegiado em igual gráo, resolve se a preferencia segundo a regra mais geral, isto é, pela prioridade das hypothecas.

Deve porém advertir-se, que nem toda a hypotheca tacita ou legal é privilegiada, ainda que toda a privilegiada é legal, pois que o privilegio depende de ser expresso na lei; assim por falta d'esta expressão, ainda que o filho tem hypotheca legal nos bens do pai, que administra os seus adventicios, principia ella com a administração, sem que prefira os crédores mais antigos, L. 6. §. *fin.* C. *de bon. quae liber.* Os bens dos tutores e curadores são legalmente hypothecados á indemnizacção das pessoas confiadas, á sua administração, na qual esta hypotheca principia. L. 20. C. *de adm. tut.* Os bens da herança estão legalmente hypothecados á satisfaccção dos legados; mas não dá esta hypotheca preferencia contra crédores alguns do defuncto, porque devem, ainda mesmo os chirografarios, ser pagos primeiro, do que os legatarios. L. 1. C. *comm. de legat.*

*Legalis igitur hypotheca et publica est, et privilegiaria.* Nesta segunda parte do §. estabelece o Sr. Paschoal, que a hypotheca legal é pública e privilegiada: donde conclue que, como pública, prefere á particular; e, como privilegiada, á pública simples ou convencional.

Mas que a hypotheca legal não é sempre privilegiada, acahamos nós de ver; donde concluimos que esta, quando não privilegiada, ainda mesmo se é pública, não prefere por isso só á convencional ou testamentaria, e tanto que a hypotheca legal, que sujeita os bens da herança á satisfação dos legados deixados em testamento, ainda quando este é instrumento público, não prefere sobre crédor algum da herança, como mostrámos pela L. 1. C. *commun de legat.*

Tambem nos não parece verdadeira a proposição de ser pública a hypotheca, por isso que legal; o que nos faz rejeitar a opinião de Lauterbach., e preferir a de Boehmer. cit. na nota a este §.

Por quanto a razão, para tal hypotheca ser sempre pública, dada pelo A., consistindo em as leis lhe darem geralmente preferencia, sem que distinguão a ser, ou não, constituida a obrigação em instrumento público, não pôde ser verdadeira: *primo*, porque, como vimos, nem sempre a hypotheca legal goza de preferencia; *secundo*, porque, quando é privilegiada para produzir effeito, a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 33. exige que seja constituida a obrigação por escriptura pública ou reputada tal, e não por escripto particular, ainda que de pessoa privilegiada: *Ordena que esse privilegio se entenda sómente para prova das dividas pessoas, e não para que possam por esses mesmos escriptos particulares contrahir hypothecas, que de sua natureza pedem públicos instrumentos; mas que tenham sómente a força d'elles para o dito effeito, quando forem legalizados com tres testemunhas de inteira fé, e conhecida probidade, que os assignem com as mesmas pessoas devedoras, e reconhecidos por Tabelliães públicos, que os vejam escrever.* Logo a hypotheca legal, quando privilegiada, para dar preferencia, deve ser pública ou quasi pública, e nunca particular.

Além disto, se a simples hypotheca pública é attendida na preferència, para se evitar a fraude do devedor de má fé, esta mesma razão se dá na legal privilegiada para ser pública, ou pelo menos quasi pública.

*Inter creditores autem aequè privilegiarios prior tempore posteriori praeferendus.* Já anteriormente demonstrámos ser verdadeira esta doutrina com que o A. fecha o §, pelo principio de não poder gozar de privilegio o privilegiado contra outro, que tambem o é no mesmo gráo.

*Da prelação ou preferència entre os crédores simplesmente chirografarios.*

§. 14. *Creditorès autem hypothecarü chirographarüs etiã anterioribus praeferuntur.* Segue-se a classe dos crédores *chirografarios*, isto é, a daquelles, que não tem hypotheca nem expressa, nem tacita, alias serião hypothecarios.

Em quanto aos crédores chirografarios, estabelece o Sr. Paschoal n'este §. duas proposições ou regras geraes: 1.<sup>a</sup> concorrendo hypothecarios com chirografarios, ainda que anteriores, tem aquelles preferència, pois, como diz a L. 25. D. *de regul. jur.*: *Plus cautionis in re est, quam in persona*; por quanto os chirografarios tem sómente o *jus ad rem*, ou a acção pessoal para que o devedor lhe pague a divida, e não o *jus in re* sobre os seus bens, o que faz que estes alienados passem livres a terceiro, sem que contra elle tenha direito algum o crédor; quando os hypothecarios, não só tem o *jus ad rem* contra o devedor, e por isso tambem contra seus herdeiros, mas o *jus in re* para seguimento do objecto hypothecado, em qualquer mão, em que se ache; logo no combate entre o direito real, pela hypotheca, com o pessoal, pela obrigação do contracto, vence aquelle, ou prefere, como mais forte.

2. Regra. Os crédores chirografarios preferem entre si pela prioridade dos créditos, segundo a maxima — *Qui prior est in tempore, potior est in jure*; e se todos fossem da mesma data, preferiria o que tivesse posse

em bens do devedor, segundo a outra — *Melior est conditio possidentis*. Ord. liv. 3. tit. 73. §. 2., liv. 4. tit. 96. §. 9.

*Modo illorum debitum constet aut ex publica scriptura*, etc. Temos visto que, pagos primeiramente os crédores privilegiados, e depois destes os hypothecarios sem privilegio, entram como terceira classe os chirografarios pela sua antiguidade, Lei de 20 de Junho de 1774 § 42., quando por Direito Romano se não attendia á prioridade, mas entravão estes em rateio ou *pro rata*, isto é, em proporção das quantias de seus créditos. Huber. liv. 20. tit. 4. n. 38. Devemos porêr advertir com o A. nesta segunda parte do §., que para o referido effeito se entendem crédores chirografarios: 1.º aquelles cujas dividas constão por escriptura pública, ou documento, que tenha a mesma força, como os escriptos de pessoas qualificadas, ou de negociantes matriculados, no que respeita sómente ao seu commercio. Lei cit §. 42. — 2.º Os crédores julgados taes por sentenças, proferidas em causas ordinarias controvertidas entre as partes, e fundadas em provas de testemunhas. Cit. Lei §. 44. 3.º — Os crédores com sentenças *de preceito* fundadas em Letras de cambio ou de risco, assim como em escriptos de pessoas qualificadas. Alvará de 15 de Maio de 1776 §. 2. e 3.

*Scriptura mere privata*, etc. Finalmente, depois de pagos os chirografarios, entram em ultimo logar os crédores, cujo titulo consiste em escripto particular, ou tem simples sentença *de preceito*, assim chamada porque condemna o réo confesso, em cuja razão está a de juramento d'alma. Entre estes crédores porêr não ha prioridade ou precedencia, mas são todos pagos em rateio, ou *pro rata* de suas dividas: assim se os crédores desta classe são dous, e não concorrem com outros, tendo o devedor em bens 300\$000 rs. tão sómente, o crédor de 2:000\$000 rs. é contemplado com 200\$000 rs., e o de 1:000\$000 rs. com 100\$000. Lei de 1774 §. 43.

*Itaque hujusmodi creditores*, etc. Conclue o Sr. Paschoal este §., dando como razão de se attender,

n'estes crédores, a quantidade de seus créditos, e não a sua prioridade, o terem elles igual direito, *cum aequali jus habent*. Esta razão porêem não pôde satisfazer-nos: por quanto tambem os crédores chirografarios, que provão suas dividas por alguns dos meios antecedentemente referidos, tem um direito igual, o *jus ad rem*, como tem os de rateio; e todavia dá-se entre elles preferencia pela prioridade.

Parece pois ser antes a razão o obstar, quanto é possível, á fraude do devedor, que bem podia por escripto particular, ou confissão de divida mais antiga em favor d'um crédor falso, reduzir os verdadeiros crédores a não receberem cousa alguma. E dissemos obstar quanto é possível, porque obstar á fraude inteiramente é impossivel, ou as leis não podem tanto.

*Haec temporis praerogativa*, etc. Pondera na nota o A. o que já anteriormente advertimos; e vem a ser que a prioridade dos créditos se attende tão sómente entre crédores hypothecarios, bem como entre os privilegiados no mesmo gráo, segundo o Direito Romano, concordante a nossa Ord. liv. 3. tit. 91., a qual manda regular a precedencia entre os chirografarios, pela prioridade da sentença e penhora, considerados então como crédores hypothecarios em razão do penhor judicial; jurisprudencia, que foi alterada pela Lei de 20 de Junho de 1774; como temos ponderado, pois que a prioridade é attendida entre os chirografarios, negando-se com tudo áquelles, que se fundão em instrumento particular, ou em confissão judicial do devedor, ainda mesmo que haja sentença contra este, e sem attenção com a penhora ou execução; o contrario do que dispunha a Ord. ultimamente citada.

Resta advertir primeiramente, que nos bens dos negociantes fallidos não tem logar preferencias; e são pagos todos os crédores em proporção de suas dividas, segundo o Alvará de 13 de Novembro de 1756 §§. 12., 18. e 22., exceptuadas as de soldadas de mar, no que concorda o Alvará de 12 de Março de 1760, assim como são exceptuadas as mais, que tem hypotheca tacita especial, Alvará de 24 de Junho de 1795: mas que hoje

a regra de se não darem preferencias em quanto aos bens dos fallidos, procede se todos os crédores são chirografarios e tem os mesmos titulos, ainda que differentes nas datas, *Cod. Comm.* art. 1238. : porque se ha chirografarios privilegiados, preferem aos não privilegiados, bem como se ha hypothecarios privilegiados, preferem aos não privilegiados, porém se forem todos hypothecarios simplicés, ainda que os créditos sejam differentes nas datas, concorrem simultaneamente todos. *Cit. Cod.* art. 1245.

Em segundo lugar, que quando concorrem crédores, uns por virtude da obrigação propria do devedor, e outros por virtude da herança, que elle houve, podem estes requerer separação de bens da herança, e formar para elles concurso com exclusão dos primeiros. *Noviss. Refórm. Judic.* art. 645. e seg., *Cod. Comm.* art. 1230.; e finalmente que as preferencias se disputão summariamente e com as solemnidades, que para o processo do concurso prescreve a *Noviss. Refórm. Judic.* desde o art. 641.

### *Da acção do crédor a respeito do penhor.*

§. 15. *Ex pignore recte constituto cum jus reale nascatur*, etc. Como temos mostrado, resulta do penhor, legalmente constituido, o *jus in re in crediti securitatem* com relação ao objecto, quer seja geral, quer especial. Cabe por tanto ver agora, qual é a acção ou meio judicial, que com fundamento nesta especie de *jus in re*, póde o crédor empregar para satisfação do encargo ou obrigação, que lhe é correspondente, o pagamento da divida.

Esta acção com o nome de *hypothecaria* apparece mencionada na *Ord.* liv. 4. tit. 10. §. 1., segundo a qual é ella uma acção real com este nome, e compete ao crédor para demandar ao devedor, ou a algum outro possuidor, a cousa, que lhe foi empenhada, para haver por ella sua divida.

*Servianae leges nostrae mentionem nullam faciunt*, etc. Entre os Romanos dava-se ao crédor a acção *Serviana*.

na, chamada assim do seu auctor o Pretor Servio, contemporaneo de Cicero. Era uma acção *especial*, como o A. a caracteriza na nota, pois competia unicamente ao locador do prédio rustico, para obter do conductor ou de outro qualquer possuidor, o pagamento da pensão pelos objectos, obrigados *jure pignoris*, existentes no mesmo prédio, como cavállos, bois, escravos, dinheiro, e outros moveis. Esta acção foi adoptada pelo uso, por ser commoda tanto ao conductor, pois continuava a ter não só a propriedade, mas o serviço de taes objectos, como ao locador, por isso que ficava seguro do pagamento, sem responsabilidade pelo perecimento ou pelos danos sobrevindos nos mesmos objectos.

Tinhão de mais, ao exemplo da referida, outra acção chamada por isso mesmo, *quasi Serviana*, ou *hypothecaria*. Esta não sómente era *geral*, pois competia a todos os mais crédores; mas mais pingue, em quanto o devedor e qualquer possuidor devião restituir não só os mesmos objectos hypothecados, mas os fructos e accessões, como fazendo parte d'aquelles. Com tudo, concordando ambas estas acções no effeito, o pagamento da divida, torna-se superflua a acção Serviana; e a nossa cit. Ord. chama hypothecaria toda a acção ou geral ou especial no objecto empenhado, que compete ao crédor, com respeito ao pagamento do seu crédito.

#### *Da acção hypothecaria contra terceiro possuidor.*

§. 16. *Hypothecaria contra tertium possessorem instituta alternativa est.* Estabelece o Sr. Paschoal, que a acção hypothecaria, ainda mesmo quando intentada contra terceiro possuidor, tem entre nós um petitório alternativo, porque não pôde este exigir o meio unico para a satisfacção do direito do autor, entre os dous, que a lei deixa ao arbitrio ou á escolha do réo, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 3. *in pr.*: *poderá o crédor demandar o possuidor d'ella, que ou lhe pague a divida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita cousa.*

Pondera com tudo na nota o A., conformando-se com Boehmer. *Exercit.* 26. ad Pand. *de libell. alternat.* cap. 3. §§. 7. a 11., que sendo esta acção de petitorio alternativo contra o devedor segundo o Direito Romano, não tem, segundo este, a mesma qualidade contra terceiro possuidor. Por quanto o petitorio real do objecto hypothecado, para por este o crédor obter satisfação, dirige-se com o *jus in re* contra qualquer possuidor; mas não é assim o petitorio pessoal directo ao pagamento, pois que a obrigação correlativa affecta a pessoa do devedor, sem que passe ao terceiro, que nada pactuou com o crédor, como declara a L. 2. C. *si un. ex plurib. heredib.: vindicatio hypothecae non personam obligat, sed rem sequitur.*

Nem obsta, accrescenta o A., poder o possuidor pagar a divida, extinguindo assim o direito do crédor; por quanto não se tracta de tal poder ou liberdade, mas do dever ou obrigação pessoal para fundamento, do petitorio alternativo, o qual, como aquella se não dá no possuidor, deve ser simples ou limitar-se contra este á restituição da hypotheca.

*Contrarium tamen contra jus Romanum, etc.* Mas adverte o A., que o Cap. 5. *de pignorib.* admite o petitorio alternativo da mulher, por virtude da hypotheca legal do dote, contra o possuidor dos bens do marido; e que a nossa Ord. se conformou neste assumpto com o Direito Canonico, preferindo-o ao Romano. No que nos não parece haver motivo de estranheza, por quanto é certo que o terceiro possuidor póde restituir a hypotheca, ou conservá-la, pagando a divida, assim como que o petitorio alternativo do crédor lhe não tira este poder; poder, que entre os Romanos igualmente o possuidor não perdia pelo petitorio simples ou restricto á restituição da hypotheca. Logo, que incoherencia ha com os principios de Direito em a nossa Ord., deixar ambos os dous meios á escolha do possuidor, ainda que o direito do crédor seja real em quanto á hypotheca, quando as LL. Romanas e as nossas lh'o perimem inteiramente com a prestação pessoal do pagamento, feita pelo terceiro, ainda que a ella não obrigado

por contracto? Dar-se-hia a incoherencia, exigindo-se de tal possuidor por titulo singular precisamente o pagamento; bem como seria duro constrangel-o á restituição da hypotheca, ou não o admittir a remil-a, fazendo-o de condição peor, do que a do proprio devedor.

*Do beneficio da ordem, que compete ao terceiro possuidor.*

§. 17. *Agi vero hypothecaria cum effectu contra tertium possessorem non ptest, etc.* Como nem a obrigação pessoal do devedor, nem a de seus fiadores acaba pela alienação da hypotheca, não dão as leis effeito ou efficacia á accção hypothecaria contra terceiro, senão depois d'aquelles executados, ordem, que em beneficio d'este é determinada pela Ord. liv. 4. tit. 3. *in pr.*: demandando porém o crédor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens e de seu fiador, se o tiver dado, execução, como se por Direito deve fazer. Por tanto se tal ordem se não observa, póde o possuidor excluir a accção hypothecaria, oppondo lhe por excepção este beneficio, que as leis lhe salvão.

*Beneficium ordinis*, etc. Pondera o S. Paschoal na nota ao §., que o beneficio da ordem compete ao terceiro possuidor, quer a hypotheca seja geral, quer especial, porque nem aquella nossa Ord. distingue para este effeito entre especies de hypotheca, nem o Direito Romano, Novell. 4. cap. 2., Novell. 112. cap. 1., Auth. *Hoc si C. de pignorib.*, Auth. *Sed hodie C. de obligat. et action.*

Todavia á cerca deste assumpto, segundo o Direito Romano, as opiniões não são concordes: entre nós porém a generalidade da Ord. liv. 4. tit. 3. *in princ.* tira toda a dúvida de que o beneficio da ordem é procedente em ambas as especies de hypotheca. Mas resta advertir, que pagando o fiador, póde, cedendo-lhe o crédor suas accções, intentar a hypothecaria contra o possuidor da hypotheca, L. 14. *C. de fidejuss*, pois que se não póde presumir que elle affiançaria o devedor, se não hypothecasse, nem que pagando a divida, o fez como mandatario, e com dinheiro daquelle, cedendo-

lhe o crédor suas acções; cedencia, pela qual fica constituido procurador *in rem propriam*.: *Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatae sunt actiones.*

### *Da distracção do penhor.*

§. 18. *Legibus nostris pignoris conventionalis distrahendi ratio speciatim definita non est.* Tracta-se da distracção do penhor, isto é, da sua venda em virtude de resolução do crédor e por auctoridade do Juiz, para que a divida seja paga em razão da móra do devedor; e pois que esta é o fundamento daquella, pede a ordem que se estabeleça o tempo, em que o devedor se acha em mora.

Se no contracto se declara expressamente o tempo do pagamento, passado o dia sem o devedor o haver feito, principia a estar em móra, sem que o escuse a falta de interpellação do crédor, pelo principio de que a sua mesma promessa o interpella: *cum ea, quae promissit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat posseere*, L. 12. C. de contrah. et committ. stipulat., concordante a Ord. liv. 4. tit. 50. §. 1. *verbis: E esta coisa assim emprestada deve tornar o devedor ao tempo e prazo, que lhe foi posto.* Se porém o tempo do pagamento não foi determinado na convenção, logo que o crédor exige este, e o devedor não satisfaz, fica em móra, segundo a mesma Ord.: *e não sendo declarado tempo, cada vez que o crédor lh'a pedir, e desse tempo fica constituido em mora.*

Postas estas idéas em quanto á móra do devedor, as nossas leis não determinão os casos da distracção do penhor convencional; as Romanas porém distinguem quando os pactuantes se não declarão no contracto em quanto a ella, quando foi pelo devedor concedida expressamente ao crédor, e finalmente quando aquelle expressamente lh'a prohibe na convenção.

No primeiro caso, ou no em que nada a tal respeito se pactuou, precedendo denunciação ao devedor

para remir, e a espera de dous annos, procede a distracção ou a venda do penhor; mas fica aquelle obrigado aos juros e danos provenientes da móra. Com tudo o biennio, segundo a opinião d'alguns interpretes, que nos parece a melhor, sobre a L. ult. C. *de jure domini impetrandi*, não se entende necessario para suspender a distracção, mas sim para o penhor ser adjudicado, ou ficar em propriedade ao crédor.

No segundo caso, ou quando a distracção é expressamente convenionada, distingue-se: ou o tempo e dia certo do pagamento foi expressamente determinado; ou não: se foi expressamente determinado, logo que finda, fica o devedor em móra, e sem denunciação alguma por parte do crédor, nem intervenção da auctoridade judiciaria; tem logar a distracção; alias é necessaria a denunciação do devedor e que o Juiz auctorize a distracção.

*Tertio denique casu*, etc. Finalmente se a prohibição da venda do penhor foi acordada expressamente entre as partes, para elle ser distrahido, além da espera biennial, são indispensaveis tres denunciações, assim como que o Juiz o determine, alias é o crédor réo de furto segundo Ulpiano na L. 4. D. *de pignoras. act.*: *Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraverit, furti obligatur: nisi si ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit.* Mas observadas estas condições pelo crédor, a distracção não é offensiva do contracto, pois que a clausula prohibitiva é olhada pela lei como excesso de confiança, que deve ter um termo razoavel.

*Moribus nostris biennium nunquam expectatur*, etc. Segundo nossos costumes, adverte agora o A., em nenhum caso é o credor obrigado á espera biennial; alias pouco ou nenhum uso teria o penhor, porque nenhuns ou mui poucos, em presença d'uma espera tão longa, approxarião tal segurança para seus créditos, e darião preferença á caução fidejussoria.

*Denuntiatio autem, hoc est, debitoris citatio semper est necessaria*; etc. Mas também não seguimos o outro extremo dos Romanos, o qual dispensa, no caso da falta de pagamento se a distracção é concedida fidei

o termo, a denunciação ou notificação judicial do devedor para remir: por quanto ainda que a Ord. liv. 3. tit. 78. §. 7. auctorize para distracção o crédor, que por convenção pôde vender o penhor passado o termo, auctoriza igualmente o devedor para obstar á distracção, offerecendo o pagamento; logo é força que intervenha a auctoridade judicial, pois que ambas as partes tem direitos, e por isso que o devedor seja citado para remir; ou ver vender o penhor por virtude de sentença.

De mais, segundo a Ord. liv. 4. tit. 57. *in princ.*, o crédor auctorizado em contracto a penhorar por si mesmo o devedor, que não paga dentro do tempo, para se evitarem as rixas, não obstante a convenção, deve usar dos meios judiciaes; e é bem certo que a distracção do penhor está na mesma razão da penhora para não ser feita pelo crédor, ainda que o contracto o auctorize, no que conçorda a *Noviss. Refórm. Judic.* art. 293. n.º 4., pois que sujeita este caso ao officio do Juiz.

Posto que a distracção do penhor deve ser judicial, segue-se por isso mesmo, que tambem deve ser concluida em hasta pública, andando os bens em pregão qito dias, sendo moveis, e vinte, sendo immoveis, Ord. liv. 3. tit. 86. §. 25., mas tendo sido primeiramente avaliados pelos louvados da Camera, segundo a Lei de 20 de Junho de 1774.

*Pignoris distractio impeditur debito creditori oblato.* Já vimos que, segundo a Ord. liv. 3. tit. 78. §. 7., a offerta do pagamento feita pelo devedor (o mesmo entendemos do fiador) obsta á venda do penhor; mas o deposito judicial da importancia da divida extingue o direito do crédor, L. 6. e 19. C. *de usur.* Este direito porém não fica extincto, se o preço do penhor judicialmente vendido não é bastante para inteiro pagamento, porque bem pôde o crédor demandar o resto ao devedor ou ao fiador. L. 28. D. *de reb. cred.*, L. 3. C. *de distr. pign.*

Resta finalmente advertir, que supposto a distracção judicial do penhor não possa cessar pelo pacto, em que o devedor se obrigou a tel-o como vendido ou

arrematando ao crédor, não lhe pagando a divida em tempo certo, pôde cessar pelo contracto de ser tomado em pagamento por jsto preço; mas deverá o penhor ser estimado sob juramento por louvados escolhidos pelas partes. Ord. liv. 4. tit. 56. *in princip.* Tambem na falta de compradores, pôde requerer ao Juiz o crédor, que, ouvido o devedor, se lhe adjudique o penhor com o abatimento da Lei das execuções. *Digest. Portug.* tom. 3. art. 1225.

### *Dos pactos adjectos ao penhor.*

§. 19. *Pacta pignori adjecta, quae illius naturae non repugnant, valida sunt.* É certo que ao penhor, assim como a outro qualquer contracto, se podem unir outros, uma vez que o não destruão, mudando-lhe a natureza: com tudo não basta esta circumstancia para que tenham effeito as clausulas additionaes, ou convenções adjectas aos contractos, mas é necessario além disto que as leis e os bons costumes as não reprovem; por quanto, segundo a Ord. liv. 4. tit. 4. *in princip.*, podem as partes na compra e venda convencionar qualquer cautela, pacto, ou condição, em que ambas concordarem, com tanto que seja honesta, e confôrme a Direito; sentença, que por identidade de razão abrange todos os mais contractos, e por consequencia o penhor: *Pacta, quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.* L. 6. C. *de pact.*

*Et tale est pactum antichreseos.* Vejamos se as referidas condições concorrem na *antichrese*. Diz-se assim o contracto pelo qual o devedor entrega ao crédor coisa immovel em segurança da divida, percebendo este as utilidades e fructos, que imputa annualmente, e até á concorrência, nos juros da somma, que lhe é devida, deduzindo a importancia dos impostos, das reparações uteis e necessarias, e dos encargos annuaes, que é obrigado a pagar, e imputando o excedente, se o ha, no capital, ou entregando-o ao devedor. L. 11. §. 1. D. *de pignorib. et hypoth.*, concordante o *Cod. Civ. de França* art. 2085. e segg.

A antichrese não muda a natureza do penhor; por quanto consiste esta na tradição do objecto, feita pelo devedor ao credor para segurança da divida, e porque não é pagamento sem transação do dominio. Mas todos estes requisitos entrão na antichrese; logo não só não destróe a natureza do penhor, mas conforma-se inteiramente com ella: como porém aquella accrescenta, que percebe o credor as utilidades e fructos, imputando a parte liquida dos mesmos na concorrência dos juros, e o excedente no capital, ou entregundo-o ao devedor, vejamos se estas clausulas additionaes ao penhor simples, e que o distinguem da antichrese, são reprovadas pelas leis e bons costumes.

Vimos antecedentemente que a L. 11. §. 1. D. de pignorib. et hypoth. descreve as clausulas, que constituem a natureza da antichrese; mas cabe agora acrescentar, que esta mesma Lei a approva expressamente, e tanto, que se o credor, antes de pago da divida, é turbado na fruição do prédio antichretico, ella lhe concede a acção *in factum* com o effeito possessorio. Além disto tão approvada é a antichrese pelo Direito Romano, que até mesmo este a considera natural no penhor constituido pelo emprestimo gratuito de dinheiro; por quanto a reputa neste caso convencionada tacitamente entre o devedor e credor, para que o ultimo receba os fructos na medida legitima dos juros: *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere.* L. 8. D. In quib. caus. pign. vel ipot. tac. contrah. Finalmente, segundo a L. 28. D. de pignorib. et hypoth., póde o credor locar ou dar de arrendamento o prédio, em que tem a antichrese.

Com tudo o Direito Canónico nos capp. 1., 2. e 8. *de usur.* condemna e reprová expressamente, tanto nos clérigos, como nos leigos, este contracto por usurario, e o mesmo faz a nossa Ord. liv. 4. tit. 67.; exceptuando no §. 4. unicamente, e como singularidade para não ser usurario o contracto do emphyteuta que empenha o prazo ao senhorio, podendo este haver os fructos, até ser pago da divida; e sem que nada descon-

te ou impute nesta, pelo fundamento, de não receber entretanto a pensão.

Não obstante porém a reprovação da antichrese pela cit. Ord., este contracto é licito e válido entre nós, não só porque os bons costumes consentem que o proprietario do dinheiro possa ceder o uso d'elle por um interesse ou juro moderado, mas porque o mesmo é expressamente approvado pelas leis. Por quanto o Alvará de 17 de Janeiro, e o de 6 d'Agosto de 1757 concedem ao capitalista o juro de cinco por cento em cada anno; o *Cod. Comm.* art. 281. faculta o de seis por cento entre commerciantes; e se o dinheiro é dado a risco para commercio maritimo, é licita qualquer quantia de juro, em que os pactuantes concordarem, Alvará de 5 de Março de 1810. Logo a antichrese, como a temos definido, não pôde ser prohibida, harmonizando-se o valor dos fructos, annualmente percebidos pelo crédor, com a legalidade do juro.

*Pactum additionis in diem.* Póde igualmente accumular-se com o penhor o pacto *additionis in diem*, ou aquelle, pelo qual se convenciona, que não pagando o devedor até tempo ou dia certo, fique o penhor vendido ao crédor por justo preço; porque com esta clausula ou circumstancia nenhum perigo ha de fraude: e por isso a Ord. liv. 4. tit. 56. *in pr.*, como já advertimos, approva e dá effeito a este pacto, sendo o penhor avaliado por dous homens bons, escolhidos pelas partes.

*Non valet tamen pactum commissorium in pignore.* Não é o mesmo em quanto ao pacto *commissorio* no penhor, isto é, o pacto, pelo qual se convenciona, que não pagando o devedor em tempo certo, fique o crédor com o penhor em propriedade, pois que por injusto como extorquido á dependencia do devedor, e por usurario em razão de commummente o penhor valer mais, do que a divida, é declarado nullo na mesma Ord.

*Das modos, por que acaba o penhor.*

§. 20: *Pluribus autem modis pignus, vel hypotheca solvitur*, etc. Muitos são os modos, por que acaba o

penhor, ou hypotheca, como se vê no titulo especial do Digesto, que se inscreve — *Quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur, vel non*, os quaes, por isso mesmo que resultão da natureza do penhor, e são confórmes com a razão, forão adoptados entre nós, bem como nas mais nações.

Primeiramente é bem certo, que o penhor acaba pelo perecimento total do objecto, em que foi especialmente constituido, pois é direito real com referencia a este como corpo determinado, que, perecendo, o faz perecer por consequencia. Mas é igualmente certo, que a extincção do penhor exige o perecimento total, como dissemos, pois se o objecto se conserva sómente em parte, sobre esta se conserva integralmente o penhor, ou hypotheca, porque indivisivelmente subsiste toda sobre a totalidade, e sobre cada uma das partes dos bens, que affecta, segundo o proverbio — *Est tota in toto, et tota in qualibet parte*. Por tanto se a casa especialmente hypothecada acabou pelo incendio, o direito do crédor reúne-se todo no sólo, porque este faz parte da hypotheca: *Domo pignori data, et arca ejus tenebitur, est enim pars ejus*. L. 21. D. de pignorat. action. E se o objecto consiste n'um corpo colectivo, por exemplo, n'um rebanho, não só o penhor comprehende as cabeças, que lhe accrescem, mas não perece com outras, pois subsiste nas que restão.

Igualmente como o *jus in re* do crédor, e a sujeição ou encargo do penhor são entre si correlativos, resulta acabar este ou ficar livre o objecto, logo que o mesmo direito termina, o que ordinariamente acontece pelo pagamento da divida; por quanto o encargo real da hypotheca ou penhor é subsidiario ou accessorio á obrigação pessoal do devedor, que constitue a sua causa: mas como o pagamento acaba esta, tambem acaba *ipso jure* a hypotheca, como effeito d'aquella. O que se entende, sendo total o pagamento; alias fica a hypotheca existindo integralmente, por isso que é indivisivel, se o crédor em alguma parte a não remitte. L. 19. D. de pignor. et hypoth.

Além do pagamento da divida acaba o penhor pela  
remissão

renissão do crédor, pois bem póde este renunciar o seu direito d'um modo expresso, ou tacitamente por factos, como é a restituição do penhor, porque a entrega da caução ao devedor importa renissão em quanto a esta: *Et ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.* L. 2. §. 1. D. de pact. O mesmo effeito resulta do facto d'o crédor aceitar fiadores ao devedor em lugar da antecedente hypotheca, porque fica esta livre por virtude da novação, se o contrario se não declara expressamente no contracto. L. 18. D. de novation., concordante a L. 11. §. 1. D. de pignorat. act.: *Novata autem debiti obligatio, pignus perimit: nisi convenit, ut pignus repetatur.*

Tambem se o crédor consente na venda ou alienação do penhor, sem que resalve expressamente o seu direito, entende-se este remittido, pois que para nenhum outro effeito era seu consentimento necessario: *Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari: nisi salva causa pignoris sui consensit.* L. 4. §. 1. D. Quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Mas não basta a noticia, nem ainda mesmo a certeza da alienação extrajudicial, se n'esta não toma parte, para o consentimento do crédor se presumir, L. 8. §. 15. D. eod., caso, em que o encargo da hypotheca passa para terceiro com os bens.

Com tudo o contrario acontece na alienação judicial ou arrematação da hypotheca, por quanto se o crédor, que se não acha ausente, se não oppõe a tal arrematação, que lhe consta por editaes, passam livres os bens ao arrematante, perdendo aquelle o direito hypothecario, como decide a L. 6. C. de distract. pignor., para se evitarem fraudes por combinação entre o crédor e o devedor contra terceiro. Mas sendo melhor o seu direito, tem o crédor acção contra o que levantou o dinheiro ou o preço da arrematação. Ord. liv. 4. tit. 6. §. 2. e 3.

Menciona finalmente o A. como meio de acabar a  
Part. II. Divis. II.

hypotheca, cujos bens forão vendidos particular ou publicamente, a consignação do preço, autorizada pelo juiz, pois que segundo a cit. Ord. ficão aquelles livres ao comprador, recaindo sobre o preço unicamente o direito dos crédores.

Resta porem accrescentar, que acaba tambem a hypotheca pela prescripção de dez annos entre presentes, e de vinte entre ausentes, contados desde que aquella e possuida por terceiro com titulo e boa fé, bem como pela de dobrado tempo, quando a mesma e possuida por herdeiro do devedor, ou por outro algum crédor com titulo na sua divida, mas que possuida pelo proprio devedor, nunca póde prescrever, porque lhe obsta a má fé; como se conclue da Ord. liv. 4. tit. 3. §. 1.

Todavia, como segundo esta mesma Ord., dando-se má fé em qualquer possuidor da hypotheca, em nenhum tempo prescreve o direito hypothecario, parece ser este agora imprescriptivel entre nós, achando-se a hypotheca registada, por quanto, segundo o espirito da Ord. liv. 2. tit. 27. §. 3., não se póde presumir possuidor de boa fé o que facilmente póde saber, se estão, ou não, hypothecados os bens; circumstancia, que indisputavelmente se dá a respeito da hypotheca com aquella qualidade: assim como tambem parece que se não póde fazer differença, com relação a este objecto, entre possuidor por qualquer titulo singular, e o que possui como herdeiro ou por titulo universal, porque a facilidade do conhecimento da hypotheca, quando registada, é para todos a mesma, ainda que o Sr. Corrêa Telles *Adições á Doutrina das acções* §. 171. limite a idéa de não poder prescrever a hypotheca registada á prescripção de dez ou vinte annos, e com respeito ao comprador, pois não podemos deixar de ter por geraes neste ponto as disposições de Direito.

Estas ultimas reflexões naturalmente nos levão a fallar do registo das hypothecas, registo, que estava nos votos do nosso A., como mostrão suas expressões no fim da nota: *Innumerae autem lites cessabunt*, etc.

O registo das hypothecas com objecto em prédios

e embarcações foi determinado pelos Decretts. de 26 d'Outubro de 1836, e de 3 de Janeiro de 1837, com o fim da facilidade dos contractos, tirando o receio de se acharem taes objectos anteriormente hypothecados; para o que se derão as tres seguintes providencias principaes:

1.<sup>a</sup> As hypothecas de prédios e embarcações, em quanto não são registadas, são inefficazes, e só começam a ter effeito, desde a data do registo. Decret. de 1836 art. 4.

2.<sup>a</sup> Estes registos, para conservarem os effeitos além de dez annos depois da sua data, devem ser renovados dentro do ultimo anno de cada decennio. Art. 5.

3.<sup>a</sup> Os registos das hypothecas pertencem ao Administrador do Concelho, onde os bens são situados e as embarcações matriculadas. *Cod. Administr.* art. 254.

Entremos no exame da primeira disposição. Póde por ventura duvidar-se, se o preceito do registo comprehende tanto a hypotheca geral, como a especial, porque nenhum dos dous citt Decrett. é explicito neste ponto; mas sendo o fim da providencia facilitar os contractos, tirando o receio com causa em outras mais antigas, é evidente que a necessidade daquelle procede tanto na hypotheca geral, como na especial. Além disto, por isso mesmo que estas Leis (se assim se podem dizer hoje os Decretos) não distinguem, não podemos nós distinguir, devendo então comprehender-se na necessidade do registo, tanto a hypotheca especial, como a geral, quer constituída por convenção, quer por testamento, quer por lei; sendo de notar que todas estas tres origens da hypotheca são expressamente especializadas no art. 2. n. 1. do Decret. de 1836, para sem differença proceder em quanto a ella o registo, e que por isso temos mais uma razão, além das que anteriormente expozemos, para attribuir validade á hypotheca constituída em testamento.

Ha porém um argumento terminante, que nos força por si só a concluir, que não só a hypotheca especial, mas tambem a geral, é sujeita ao registo: o qual consiste em o cit. Decr. art. 2. §. 1. exceptuar expressamente daquelle os bens hypothecados em razão do

emprego, que tem responsabilidade com a Fazenda Nacional, bem como pela divida de tributos; e além disto os prédios do pai hypothecados ao filho pela administração de seus bens, em quanto não emancipado. Por quanto todas estas tres especies de hypotheca são geraes; logo é regra, que a hypotheca geral entra com a especial na necessidade do registo, alias as que acabamos de referir, não seriam expressamente exceptuadas, porque o estarião por si mesmas como geraes, se a hypotheca com esta qualidade não se comprehendesse na mesma providencia.

Posta a regra, que estabelece o registo, comprehendendo tanto a hypotheca geral, como a especial, segue-se notar-lhe as excepções: e são, além das tres especies referidas, as outras tambem mencionadas no §. cit., isto é, os prazos pela hypotheca dos foros, e as embarcações pela das soldadas da sua tripulação.

Com tudo cumpre declarar, que, segundo o mesmo art. §. 2., a hypotheca dos bens do pai pela administração dos do filho é registavel dentro do tempo legal desde que este chega a ser emancipado, caso, em que a falta de registo lhe tira os effeitos hypothecarios anteriormente adquiridos. Mas esta hypotheca, instamos nós, depois de registada, conserva a mesma natureza, a qual consiste em ser geral; logo a hypotheca geral é registavel, como a especial, alias esta dos bens do pai nunca o seria.

Continuemos com as especialidades em quanto á primeira das tres providencias principaes, ou que determina o registo. A *inefficacia* da hypotheca é contraposta á qualidade de ter ella os effeitos hypothecarios; logo hypotheca inefficaz, com relação ao registo, é aquella, que, passado o tempo legal para este, não tem effeitos, e sómente começa a tel-os no momento, em que o mesmo se faz. Mas será esta falta dos effeitos absoluta, de sorte que o mesmo devedor conserve nos bens hypothecados faculdade para os obrigar por hypotheca, e em prejuizo do primeiro, a outro ou a differente crédor? Seria a lei absurda por contradictoria com sigo mesma, se tal fosse a sua disposição: por

quanto querendo por uma parte facilitar os contractos, removendo os obstaculos á confiança dos crédores, por outra parte lh'os conservaria, ou antes augmentaria, dando occasião á fraude dos devedores, para cometerem impunes o estellionato, em quanto não estivessem registadas as anteriores ou primeiras hypothecas.

Por tanto a hypotheca não registada, ainda mesmo passado o tempo do registo, tem todos os seus effeitos, ou é perfeitamente efficaz com relação ao devedor, ainda que os não tenha em quanto aos outros crédores, senão desde a data do registo.

Tendo averiguado, quaes as hypothecas sobre prédios e embarcações, que são dispensadas do registo, devemos concluir que estas são e ficão sempre efficazes, ainda mesmo contra terceiros, desde a data da sua existencia, assim como que são e ficão sempre efficazes todas as mais, cujos bens não consistem em prédios nem embarcações, por isso que excluidas do registo, como, por exemplo, os moveis, os direitos e acções, etc.; doutrina esta, que a critica facilmente alcançaria, mas que é expressa no mesmo Decret. art. 4. §. 1.

Posto como regra que as hypothecas com objecto em prédios e embarcações são registaveis, vejamos quaes as que conservão a efficacia antes do registo, e quaes aquellas, cuja efficacia sómente n'elle principia.

Referem-se as primeiras no cit. art. §. 2., e são: 1.º *as hypothecas nos prédios e embarcações por divida á Fazenda Nacional proveniente de contracto.* Estas hypothecas são *especiaes*, ou consistem nos bens expressamente determinados pelos *rendeiros*, e outros devedores por contracto com o *Thesouro*, bens, sobre que assenta a disposição da *Ord. liv. 2. tit. 52. §. 5.*; são por isso estas *differentes das hypothecas legaes* pelos tributos e *responsabilidade d'emprego*, que, como vimos, são *geraes e dispensadas do registo*, segundo o mesmo Decret. art. 2. §. 1. nn. 4. e 5.

2.º *Pelo empréstimo, para a sua compra.* Esta hypotheca é legal, como tambem já ponderámos, segundo a *Lei de 20 de Junho de 1774*; mas para que o empréstimo produza não só a hypotheca, mas tambem o

privilegio, concorrendo outros crédores sobre o prédio comprado, pois que é hypotheca especial, é necessario se declare na escriptura, ser feito com o destino da compra, e que esta posteriormente se verifique. Cit. Lei §. 37.

3.<sup>o</sup> *Pelo preço da sua venda.* Quando o dono vende um prédio ou embarcação, concedendo espera do preço ao comprador, fica o objecto da venda tacita e especialmente hypothecado ao pagamento daquelle, por identidade do que empresta o dinheiro para a compra, identidade resalvada no §. 41. da mesma Lei: a esta hypotheca se refere aqui o mencionado Decret.

4.<sup>o</sup> *Nos rusticos, pelo dinheiro contribuido para sua rotação e redução a cultura.* 5.<sup>o</sup> *Nos edificios e embarcações pelos materiaes, mão d'obra, ou dinheiro contribuido para a sua construcção, reedificação, reparo e custeio.*

O empréstimo para reduzir a cultura qualquer terreno, é privilegiado para o crédor preferir a todos os mais crédores nas bemfeitorias realizadas, como vimos dispõe a Lei de 20 de Junho de 1774 §. 36., assim como o de dinheiro ou materiaes para reparo de casas e embarcações em quanto ás mesmas bemfeitorias, §§. 34. e 35.

Cumpra porém agora advertir, que todas quantas dividas acabámos de referir, todas as quaes tambem vimos darem pela antiga legislação hypotheca legal e privilegiada ao crédor, ainda pelo Decret. de 26 d'Outubro de 1836 art. 4. §. 2. lh'a dão com a mesma natureza, mas que, para nellas continuar o privilegio, deveráo ser registadas dentro de trinta dias, alias fica sua hypotheca como simples, ou a contar antiguidade desde o registo posterior: de sorte que não é o registo que lhes dá o privilegio, pois que este e a hypotheca existem logo com a divida, mas aquelle dentro dos trinta dias conserva-lh'o no futuro; e se o mesmo é posterior, extingue ou faz perecer tal privilegio, pois que a hypotheca fica simples.

Ao contrario nenhuma outra hypotheca com objecto em prédios ou embarcações, além das que acabámos

de referir, e da que tem o filho nos bens do pai, goza de algum effeito anterior ao seu proprio registo. *Ch. Decret. art. 4. §. 2. in fin. e §. 3.*

Com tudo, como pelo art. 6. do Decret. de 3 de Janeiro de 1837 o registo de todas as hypothecas registaveis deve ser feito dentro de trinta dias contados d'aquelle, em que forão constituídas, cessou a distincção anterior para umas conservarem a efficacia até ao fim do termo legal do registo, e outras a adquirirem sómente pelo mesmo, conservando-a por isso todas desde a origem até ao registo dentro dos trinta dias, que não sendo feito neste prazo, as reduz a simples, para sómente contarem antiguidade desde o registo posterior: alias, ou se todas estas hypothecas não conservassem sua efficacia até ao ultimo dos trinta dias concedidos para o registo, dar-se-hia o absurdo de ser punido o crédor ou crédores, sem que ainda estivesse realizada a omissão, sobre que assenta, segundo a lei e como pena, a privação do privilegio, preferencia e efficacia.

Examinada a primeira disposição geral, que manda registrar dentro de trinta dias, afóra as exceptuadas, as hypothecas com objecto em prédios ou embarcações, passamos ao exame da segunda sobre a renovação do registo.

Os registos das hypothecas dentro do termo legal, para lhes conservarem os effeitos além de dez annos desde a sua data, devem ser renovados dentro do ultimo anno de cada decennio. *Decret. de 1826 art. 5.* Mas no §. unico deste art. se exceptua da renovação o registo da hypotheca dos bens do marido pelo dote da mulher, durante o tempo todo da constancia do matrimonio, bem como o da hypotheca do filho, em quanto não for emancipado, nos bens do pai. Com tudo esta ultima hypotheca durante a menoridade do filho foi dispensada do registo no art. 2. §. 1. n. 6.; logo já o estava da renovação, durante a mesma, ou em quanto o filho não é emancipado, porque o que se não faz, não se renova; e se este registo se faz, mas não se renova durante a menoridade do filho, ha manifesta contradicção entre o art. 5. e o 2. do referido Decret.

Segue-se a terceira providencia principal na ordem da nossa exposição, e tem objecto na pessoa ou funcionario, a quem cabe processar no livro proprio os registos das hypothecas. Segundo o Decret. de 26 d'Outubro de 1836 artt. 1. e 2. foi creado um Tabellião especial ou privativo em cada Julgado, em que ha Juiz de Direito, ao qual cabia o registo das hypothecas sobre as embarcações matriculadas no mesmo Julgado, assim como as sobre prédios dentro d'elle situados. Ensinou porém a experiencia serem incommodos para ser feitos, e difficeis de consultar taes registos, por abrangerem algumas vezes logares mui distantes: por isso a Lei de 29 de Outubro de 1840 pôz a cargo dos Administradores dos Concelhos o registo das hypothecas, disposição, que passou para o *Cod. Administr.* art. 254.; sendo por isso hoje tantos os Tabelliães de registo, quantos aquelles Administradores, para as hypothecas das embarcações matriculadas, e prédios situados nos respectivos Concelhos. Com tudo por excepção a hypotheca dos bens do marido pelo dote da mulher tem registo no Concelho, em que o matrimonio foi contrahido. Cit. Decret. art. 3. §. unic.

Devemos agora examinar as importantes providencias sobre os documentos attendiveis para o registo ser tomado. Se a hypotheca é convencional, e está no caso do registo ser necessario em razão do seu objecto, sómente aquelle pôde tomar-se á face do auto de conciliação, termo de transacção feito em autos, e de escriptura pública, que expressamente a constituão, sem que baste escripto particular, ainda que se lhe possa attribuir força de escriptura pública, por se achar revestido das solemnidades, que vimos determinadas no §. 33. da Lei de 20 de Junho de 1774, com excepção d'aquellas hypothecas instituidas por taes escriptos e com taes solemnidades, que já existião antes da installação do registo. Cit. Decret. art. 6. e §. unic.

Por hypotheca testamentaria toma-se o registo á face do testamento ou codicillo, que tambem a constitua d'um modo expresso, isto é, por quaesquer termos ou expressões, que mostrem ser a vontade do defuncto

obrigar á segurança do crédor ou todos ou sómente alguns dos bens, embora não empregasse a palavra hypotheca, pois que a vontade do testador claramente conhecida faz prescindir da exactidão ou propriedade das palavras, como em outra parte notámos; o que nos leva a attribuir esta mesma idéa ao art. 7. do Decret. referido.

Por hypotheca legal toma-se o registo á face do titulo, que prova a obrigação, em virtude da qual segundo a lei recáe a hypotheca; na falta de titulo faz suas vezes a posse immemorial julgada por sentença. Versa porém questão sobre se o titulo, de que tracta a segunda disposição do art. 7. do Decret. para prova da obrigação, é tão sómente a escriptura pública, termo judicial de transacção, e auto de conciliação, ou se comprehende qualquer escripto d'obrigação. O Sr. Corrêa Telles, *Notas* a este Decret., entende como bastante qualquer escripto, ponderando inconvenientes em sómente se admittir a escriptura ou titulo público; e mui respeitavel é sempre qualquer doutrina deste grande Jurisconsulto: mas temos razões graves para não admittir o escripto particular, que elle reputa titulo sufficiente para prova da obrigação, que serve de fundamento á hypotheca legal.

. Que a palavra = *titulo* = comprehende um escripto qualquer de obrigação, e por isso tanto o particular, como a escriptura pública, é asserção verdadeira; mas tambem é mui certo, que se não devem ligar aos termos todas as noções, que elles admittem avulsos, quando se achão em contexto, que lhes determina uma especial e restricta.

Posto este principio, que por evidente não carece de ser demonstrado, pensemos por um pouco sobre o contexto do Decret., em quanto á natureza dos titulos, á face dos quaes manda tomar-se o registo. No art. 6. para o da hypotheca convencional é sómente attendida a escriptura pública, o auto de conciliação, e o termo de transacção feito em autos; mas tanto este, como aquelle, são instrumentos públicos. Ord. liv. 1. tit. 24. §. 19., *Vas alleg.* 72. n. 5. e 6., *Moraes de execut.* liv. 4. cap. 6. n. 7. E tantos inconvenientes reconheço o

**Legislador na prova particular da convenção, com respeito á hypotheca, que rejeitou de futuro a do escripto de pessoa privilegiada, ainda mesmo revestido das solemnidades do §. 33. da Lei de 20 de Junho de 1774, que lhe davão força como público.**

No art. 7. para a hypotheca testamentaria exige-se o titulo possivelmente mais solenne, o testamento ou codicillo; depois não se contenta, para a prova da posse immemorial, sobre a obrigação, que fundamenta a hypotheca legal, com recibos, escriptos particulares e depoimento de testemunhas, mas exige o julgamento da posse por sentença: logo quando a obrigação se funda em titulo, não pôde este consistir em escripto particular, pois que o contexto da lei não adopta este titulo em alguma outra especie, e não o menciona expressamente como admissivel neste caso.

Além disto os modos legitimos de constituir hypotheca, segundo a legislação anterior, excluem o titulo particular; e supposto quando de pessoa privilegiada provasse a obrigação pessoal, este não era bastante para dar a hypotheca, Lei de 20 Junho de 1774 §§. 33. e 42. E como pôde agora qualquer escripto, e por isso o particular, provar a obrigação para a hypotheca tacita ou legal, quando o Decret. de 26 d'Outubro de 1836 reprova para a convencional o escripto, ainda mesmo de pessoa qualificada, e com as solemnidades, que lhe davão força como público? Se o escripto particular não pôde constituir hypotheca convencional, é coherente que não possa provar a obrigação para proceder a hypotheca constituida pela lei.

Poderá na prática por ventura resultar algum inconveniente do rigor d'esta doutrina; mas certamente nenhum será compravel com o que resultaria da contraria, consistindo na facilidade d'o devedor por escripto particular falsamente reconhecer obrigação, sobre que recáe a hypotheca legal, e muito mais dando esta preferencia.

Determinados ultimamente os documentos, á face dos quaes deve ser tomado o registo da hypotheca testamentaria e legal, conclue o cit. art. 7. do Decret., enumerando as especies registaveis desta ultima: 1.<sup>a</sup>

*a da Fazenda Nacional nos bens dos seus devedores*, o que se entende dos que são taes por contracto, em concordancia com o art. 4. §. 2. n. 1., pois que a hypotheca tacita nos bens dos devedores de tributos, e em razão da responsabilidade por emprego, é dispensada do registro, art. 2. §. 1. n. 4. e 5.

2.º *A dos tutelados nos bens de seus tutores*. Parece que a expressão *tutelados* foi deliberadamente aqui empregada, em vez da outra *menores*, para comprehender não só estes, mas por identidade de razão a hypotheca dos prodigios, furiosos e ausentes nos bens dos curadores. Esta hypotheca, como antecedentemente notámos, é tacita ou legal, ainda que não privilegiada, segundo a L. 20. C. de adm. tutor.; assim como, segundo a mesma lei, é geral, e como geral é tacita aqui a entendemos, tanto pela amplitude das expressões — *nos bens de seus tutores*, como porque hoje o tutor e curador em nenhuma especie é obrigado a prestar caução alguma especial, ainda que também sem alguma excepção, e responsavel por todas as perdas e danos por elle causados ao menor. *Noviss. Refórm. Judic* artt. 441. e segg.

Com tudo o Sr. Correia Telles entende esta disposição do Decret. relativa á hypotheca, que offerece o tutor dafivo, quando, em lugar de dar fiador, faz obrigação de certos bens á sua responsabilidade da tutela; no que não podemos concordar, pois que, como ha pouco dissemos, e em outra parte demonstrámos, nenhum tutor entre nós é hoje obrigado á fiança ou á caução pignoratícia, mas em razão da responsabilidade, que a lei lhe impõe, ficão todos os seus bens tacitamente hypothecados; responsabilidade, que somente se exige aceita da expressamente da parte do futuro marido da mãe tutora, para que esta continue na tutela, passando a segundas nupcias. *Cit. Refórm* art. 425.

Ha porém um argumento contra a nossa opinião, deduzido do art. 9 do Decret; porque dispõe no n. 3. que o registro deve expessar os predios hypothecados com a declaração da sua situação, confrontações e denominações, donde se infere que a hypotheca registavel é a especial, por isso mesmo que os predios são deter-

minados circumstanciada e expressamente no registo; logo parece devermos concluir, que a hypotheca dos bens do tutor ou curador, por isso que registavel, é especial.

Respondemos com o que já antecedentemente dissemos para mostrar que as hypothecas geraes são registaveis, assim como as especiaes; mas além disto que a referida disposição do Decret. é relativa á hypotheca especial, pois que a geral sobre prédios se regista geralmente, ou em globo; e tanto isto é assim, que o cit. art. §. unic., em quanto ao registo da hypotheca dos bens do marido pelo dote da mulher, limita-o á data e hora do registo, á declaração dos nomes dos contrahentes, data da escriptura dotalicia, nome do Tabellião, e do logar, em que a lavrou, á importancia do dote, e especies, em que é constituído; sem que exija a descripção circumstanciada dos bens de raiz obrigados, o que não pôde resultar de nenhum outro principio, além do de ser geral a hypotheca nesta especie, principio que, em quanto ao registo, se dá em todas as mais com a mesma qualidade para ser feito em globo. Logo a hypotheca nos bens do tutor ou curador por ser registavel, não deixa de ser geral.

3.º *As hypothecas dos crédores mencionados nos §§. 34., 35., 36., 37., 38., 39. e 40. da Lei de 20 de Junho de 1774.* Mas como antecedentemente expozemos todas estas hypothecas, aqui nos não repetimos, e sómente as apontamos. Não podemos porém prescindir de ponderar, que tomando este Decret. por principio o registo das hypothecas com objecto invariavel em prédios e embarcações, adoptando, como adopta expressamente, para registavel a hypotheca legal do §. 39. da Lei de 20 de Junho de 1774, se contradiz, porque consiste esta hypotheca, para preferencia do pagamento de fretes, nas fazendas, que carregão a embarcação; e é bem certo que taes objectos não são prédios, nem embarcações, que se registem. Com tudo deve esta hypotheca registrar-se, porque é claro e expresso o preceito, que assim o determina.

4.º *A hypotheca do crédor do censo no prédio cen-*

*suario*. O censo, como em outro lugar notámos, divide-se em reservativo, o qual se dá, quando um proprietario transfere todo o dominio do seu prédio, com reserva de certa quota de fructos ou pensão; e consignativo, pelo qual o proprietario d'um prédio se obriga por seus rendimentos a pagar certas medidas de fructos a outro, que lhe deu certa quantia de dinheiro por cada uma daquellas. É certo que o Decret. não distingue entre o crédor d'um e o do outro censo; mas como nenhuma lei anterior dá hypotheca tacita ou legal ao do consignativo, quando o do reservativo a tem no prédio censuario segundo a L. 15. D. *Qui potior. in pign.*, parece que a este se deve restringir o registo da hypotheca, não obstante a generalidade daquella disposição.

5.<sup>a</sup> *A hypotheca do vendedor no prédio vendido*. Antecedentemente expozemos a especie, em que assenta esta hypotheca; bem como advertimos, que ella tem fundamento na paridade de razão do emprestimo para a compra, adoptada no §. 41. da Lei de 20 de Junho de 1774.

6.<sup>a</sup> *A hypotheca do crédor de tornas provenientes de partilha*. Muitas vezes, como em outro lugar advertimos, ha na herança bens, que divididos se deteriorão, por cuja razão se adjudicão a um, ou a alguns dos coherdeiros, sob encargo de tornarem ou darem a outros certas quantias por causa da igualdade da partilha, ficando estes por isso crédores de taes tornas, na mesma razão de vendedores das respectivas porções nos prédios adjudicados. Por tanto mui justamente o Decret. lhes declara a hypotheca legal, e se entende especial em quanto aos mesmos prédios, e não geral sobre todos os bens do devedor.

7.<sup>a</sup> *A hypotheca dos filhos nos bens do pai, quando este administra e desfructa os seus*. Já vimos que esta hypotheca é dispensada do registo, em quanto dura o poder patrio, devendo por isso contar-se o tempo para aquelle desde o dia, em que o filho é emancipado, sem que os prédios se descrevão especial e circunstanciadamente no mesmo, porque é geral tal hypotheca.

Expostas todas as referidas hypothecas como legaes e registaveis, conclue o cit. art. 7. do Decret. por este modo: *Afóra estas hypothecas, por nenhuma outra, com o pretexto de legal, se tomará registro.*

Que todas as outras hypothecas legaes, além das referidas, não são sujeitas a registro, é evidente; mas não é certo, se a ultima disposição transcripta do art. tirou o effeito ás outras hypothecas legaes, ou se tão sómente as isenta do registro.

Parece por uma parte dar-se aqui disposição fulminada de proposito, para revogar o §. 41. da Lei de 20 de Junho de 1774, que concede não só a hypotheca legal, mas a privilegiada em todos os casos comprehendidos por identidade de razão nos que expressa desde o §. 34.; e muito mais esta idéa prevalece, quando o Decret., remettendo-se áquelles, fica silencioso em quanto a este, tendo expressado alguns casos, que n'elle se comprehendião, como é a hypotheca legal do vendedor no prédio vendido, e a do crédor das tornas provenientes de partilhas.

Por outra parte tambem parece, que o auctor ou auctores do Decret. não terião animo de transtornar, por occasião do registro, a jurisprudencia anterior, que estabelece os casos da hypotheca legal; e que por isso se devem ainda todos considerar com o seu effeito e procedencia, embora nos não declarados no cit. art. não seja a hypotheca registavel. Além disto accresce para preferirmos esta ultima conjectura a certeza de que em 26 d'Outubro de 1836 já um Decreto entre nós não tinha força para derogar leis, quer patrias, quer subsidiarias, não repugnantes com aquellas, e adoptadas por nossos usos e costumes.

Em quanto porém á ultima providencia geral do registro pertencer pelo *Cod. Admistr.* art. 254. ao Administrador do Concelho, onde os prédios são situados, e isto dentro de trinta dias contados desde aquelle, em que se constituirão as hypothecas, como dispõe o Decret. de 3 de Janeiro de 1837 art. 6. *in pr.*, restão as seguintes advertencias:

- 1.<sup>a</sup> Que se os prédios forem situados em differen-

tes Concelhos, contão-se sobre os trinta os mais dias necessarios para tambem nesses Concelhos o registo se effectuar, e isto na proporção de seis leguas por dia e mais um. Cit. art. 6. §. 1.

2.º Que a respeito das Ilhas e Possessões ultramarinas se contão os dias desde a chegada do navio, que em direitura tiver saído do porto do lugar, onde a hypotheca foi constituida; e não o tendo, regula a chegada do navio pela saída em direitura do porto, que ficar mais proximo ao mesmo lugar da constituição da hypotheca. Cit. art. §. 2.

3.º Que o registo das hypothecas sobre embarcações, que se acharem em portos differentes dos em que são matriculadas, é feito originariamente perante o Administrador do Concelho, a que pertence o mesmo porto, o qual remette pelo primeiro navio certidão ao Administrador do Concelho do lugar da matricula; entregando tambem ás partes interessadas certidões, que serão apresentadas em vinte dias no Reino, dentro de tres mezes sendo nas Ilhas, de seis nos portos da Africa Occidental, de doze nos da Oriental, e de dezoito nos da Asia.

Mas se o porto, em que a embarcação se acha, for estrangeiro, é o registo feito pelo Consul Portuguez, e, não o havendo, pela Auctoridade local. O mesmo Decret. art. 7.

4.º Que o registo das hypothecas entre negociantes, regulado no art. 211. do *Cod. Comm.*, subsiste, ainda que podem ser levadas ao registo dos Tabelliães, ou Administradores dos Concelhos respectivos. Cit. Decret. art. 15.

Finalmente resta tambem advertir, que não obstante as expostas, e, em nossa opinião, indestructiveis razões para ser registavel em globo a hypotheca geral, tem grande voga entre bons Jurisconsultos a idéa de ser ella irregistavel, chegando a affirmar-se na folha de 22 de Novembro de 1843 da *Gazeta dos Tribunaes*, que a hypotheca especial posterior registada prevalece á geral anterior, ainda que mencionada no registo, argumentando-se com a Portaria do Ministerio do Reino de

21 de Janeiro de 1840, e com o §. unic. art. 8 do Decret. de 3 de Janeiro de 1837.

Mas o registo, que aquella Portaria manda tomar, especializando os prédios, é o da hypotheca por tornas provenientes de partilhas, hypotheca, que já vimos especial, e não geral sobre os bens do herdeiro; e por isso muito bem a collocou na razão do art. 9. do Decret. de 1836, e não na do §. unic. do mesmo cit. art. Também o §. unic. de art. 8. do Decret. de 1837, em nossa opinião, não prova ser irregistravel a hypotheca geral: por quanto dispondo que as hypothecas geraes anteriores á installação do registo são registaveis no termo, que lhes assigna, não exclue por isso do registo as hypothecas geraes posteriores á installação, pois já estavam incluídas, como registaveis dentro dos trinta dias, na generalidade do art. 6., bem como na do art. 14., mandando conservar a mesma fórma do registo declarada nos artt. 9. e 10. do Decret. de 26 d'Outubro, sem que nenhuma alteração lhes fizesse.

Ha porém um fundamento mais forte, que nos é contrario, e que alli não vemos aproveitado: é a Circular de 3 de Julho de 1837, recommendando no registo das hypothecas a determinação dos prédios pela situação e confrontações. Mas por isso que se refere ao art. 9. do Decret de 1836, em harmonia com este entendemos tal recommendação procedente na hypotheca especial, conservado o registo em globo para a geral, pois que a referida Circular não destroe o §. unic. do mesmo art.

**FIM DA 2.<sup>a</sup> PARTE, DIVISÃO 2.<sup>a</sup>, OU DO DIREITO DAS COUSAS  
COM RELAÇÃO A PROPRIEDADE LIMITADA.**