

Correa, e ſua deſcendencia para perpetuação do ditto morgado, e que por morte do ditto Gaspar, ſegundo, e ultimo poſſuidor, ſe achava vivo ſeu filho Manoel Dias Correa avô do R. e Manoel Correa Conde, ſeu neto, filho de ſeu filho mais velho Luiz Correa, em cujos termos por eſtarem o ditto Manoel Dias Correa, e ſeu ſobrinho Manoel Correa Conde, fóra do ſegundo, e terceiro grão, aſſim a respeito do inſtituidor, como do ultimo poſſuidor, e ſerem ambos trãſverſaes, não pode ter lugar na fórma da Ley o Privilegio da representação, ceſſando a qual avocação de filho mais velho, ſe entende pelo que o he ao tempo da morte, que era o ditto Manoel Dias Correa: Principalmente fazendo o teſtador na inſtituição do ditto tempo menção, em que he viſto por como condição o viver depois da morte do chamado, para ter lugar a vocação do mais velho do nascimento. a qual eſperou com ſua anticipada morte, e fica tendo lugar a do mais velho que ſe achava depois da morte do terceiro chamado, a que não obſta a conſtituição da linha porque eſta ſe fez em Luiz Correa terceiro chamado na qual ſe achava o tio, e ſobrinho, eſte ſem a prerogativa de mais velho por falta de representação, e o outro com ella ao tempo da ſucceſſão, nem neſte caſo preoccupar o direito da primogenitura o filho mais velho do nascimento, para o tranſmetir ao neto por quanto as linhas para a dita preocupação ſe conſtituem ſómente nos deſcendentes, ou do poſſuidor em que ſe admite representação para ſempre, o que não pode ter lugar nos tranſverſaes, mais que nos graos porque a dita representação ſe admite: pois de outra ſorte ſe ficava tirando totalmente a queſtão della, e fraudando a ley, no que acerca della decide, e como no

Pars IV.

caſo preſente, não haja representação tambem ſenão pode conſiderar linhas em cada hum dos filhos do terceiro chamado para o mais velho por occupar antes da morte do ultimo poſſuidor o direito da primogenitura, e o tranſmettir ao neto com o que ſe divide o morgado ao tio Manoel Dias Correa a quem legitimamente tem ſucedido ſeu filho, e o Reo neto por tanto o abſolvem do pedido pelo A. que condemno nas cuſtas dos autos de todas as inſtancias. Lisboa 13. de Fevereiro de 688.

Freitas. Rezende. Oliveira.

Hæc ſententia fundata fuit indeliberationibus ſeqq.

Præſcriptionis probatio adeò turbida in hoc proceſſu mihi reddita eſt, ut probatis exceptionum articulis ad principalem queſtionem, quanvis invitus accedere coactus ſim.

Supponendum itaque eſt in facto queſtionem huius jurgij verſari inter tranſverſales erga inſtitutorem, extraneos vero erga ultimum poſſeſſorem Gaſparem, quis caſus forte alibi non invenietur, lex namque Regia cum lib. 4. tit. 100. in princip. caſus deſcendentium ab inſtitutore, & ab ultimo poſſeſſore decidiflet caſum tranſverſalium quoad utrumque proponit, ejuſque deciſionem adjuſ commune remittit: at vero caſum extraneorum ab ultimo poſſeſſore, deſcendentium tamen ab inſtitutore neque decidit, neque cogitavit. Sed tamen ex illo, quem propoſſuit caſum tranſverſalium ab utroque, recte ad hunc argui poſteſt, quippe cum etiam quando tranſverſales concurrunt, qui ſanguinem ultimi poſſeſſoris, & primi inſtitutoris participant, juſ commune ſervandum conſtituat, ut non magis repræſentatio progrediat, quam ad gradus, inter quos juſ commune

Re

munè

mune illam admittit, fortius idem dicendum videtur, quando contententes quoad instituentem sunt transversales, quo vero ad ultimum possessorem extranei.

20 Sciendum ergo, quod dum lex regia in illo casu jus commune servandum dixit, ita ab omnibus nostratibus intelligitur, ut non magis procedat representatio, quam usque ad secundum gradum, ita expressisse *Barbos. in eadem Ord. n. 5. Pereir. decis. 116. n. 8. Reinos. obs. 26. n. 3.* & supponunt omnes alij infra laudandi.

22 In eo tamen, inter eosdem, & alios vertitur controversia, an ne gradus ab ultimo possessore, seu potius ab institutore numerandi sint, etenim quod non nisi à primo instituyente veniant numerandi censuerunt *Reinos. dict. obs. 26. n. 16. Cardoso. post tract. de jur. acrescend. respons.*

23 2. ex n. 61. Sed contrarium scilicet sufficere, ut ab ultimo possessore computentur gradus, tenet *Pinbeir. de emphit. disput. 5. n. 98.* & sunt optimæ dictionis *Rotæ* apud *Urceol. post tract. de transact. 64. 65. 69. 70. & 71.* & ita ego non semel tantum judicavi.

Planè contententes, quando Gaspar diem clausit extremum, nullo quidem consanguinitatis gradu ei coniungebantur, nisi in Adamo communi omnium mortalium parente, & primo protoplasto, quo vero ad instituentem ultra secundum gradum existere nemo est, qui non videat, Actor quippe non est filius, sed nepos fratris institutoris, quando autem ultimus decessit possessor, existebat superstes Emanuel ejusdem fratris filius, actorisque patruus, et Rei avus, prout sequenti demonstratur stemate &c.

Hæc autem, quæ dicimus locupletissimo comprobatur exemplo ex

quo efficax adeo resultat argumentum, ut nos possimus, nec debeamus contrarium definire etenim decedente Henrico, qui Sebastiano in feliciter in Africa cælo in Portugaliæ regnis successerat, & contententibus, Philpo Rege Catholico, et serenissima Catharina Brigantiæ Ducissa, merito quidem cum exbenefitio representationis, tum ex linea prorogativa, eorundem Regnorum successio huic delata fuit.

Concurrerat tamen etiam Rainucius filius Serenissimæ Mariæ Parmensis Ducissæ, qui eandem prerogativas lineæ, et representationis pro se allegabat, quippe prefata Maria Senior erat Serenissimæ Catharinæ Soror, sed tamen exclusus merito fuit, quia nepos erat Infantis Eduardi, ad quem neque linea, neque representationis beneficium extendi poterat, seu in puncto considerat *Vallasco. omnino videndus de just. acclamat. 2. p. 1. punct. §. 1. n. 26. 27. & 28.*

Ita ergo similiter actor qui nepos erat fratris instituentis, patrum suum tunc suprestitem excludere haudquaquam potuit, imo nefas esset contrariam sectare sententiam & cessant (ni fallor) ea quæ pro singulari sui ingenij acumine in medium profert, egregius mihi que clarissimus sodalis fol. 62. quoniam gradus in hoc casu minime computari possunt respectu ultimi possessoris, quippe qui, ut vidimus erat penitus extraneus, imo hic est casus in quo favore actoris ab institutore gradus necessario computandi sunt, cum autem etiam ejusmodi admessa computatione sit extragradum representationis, nullum ei superest remedium.

Neque contrarium ex verbis, & 25 clausulis in testamento scriptis colligo, quippe institutor non alium vocavit

vocavit fratris ſui filium ſiniorem cum relatione ad tempus mortis ejus. *ibi. e por ſua morte do dito meu irmaõ, quero, e mando, que logo paſſe a ſeu filho mais velho.* Quæ clauſula adeo repræſentationi non ſuffragatur ut imò vero illam in ejus excluſionem quamplures opponant *DD. Alex. conf. 4. n. 13.* cujus dictum ſubtiliter demore ſuo roboravit noſter *Coſta de mayor. honor. reg. Coronæ n. 11.* & ſequuntur *Gam. deciſ. 307. n. 4. Valenſ. conf. 69. n. 12. Gaſpar Anton. Theſaur. forenſ. lib. 1. q. 34. n. 39. Surd. conf. 403. n. 40.* eleganter *Capic. Galeot. lib. 1. contr. 48. n. 48. & 59. Cardoſ. poſt tract. dejur. ac reſcendi reſponſ. 30.* & quanvis horum opinio magnam potiatur controvertiam, imò contraria verior videatur, ſufficit tamen ut argumentum non procedat, quippe nemo eſt, qui exvocatione ſenioris repræſentationem admiſſam cenſeant, & ad ſummum illam non eſſe excluſam judicant, ſi alias de jure admittenda ſit, cum tamen alij eam expreſſe excluſam ex ejuſmodi clauſula teneant.

Neque mentio lineæ inteſtamento ſcripta aliquid efficit, quippe linea cujus teſtator meminit, fuit ſua propria patrîſque primo vocati. *ibi Correndo pela linha direita que de meu irmaõ Luiz Correa &c.* In hac autem linea æque continebatur actor, atque patruus Emmanuel, hic autem gradu proximior & ætate Senior, unde ei potius, quam Actori delatam ſucceſſionem exiſtimo, & proinde revocata ſententia Reum abſolvendum cenſeo. Ulyſſipone 25. Novembris 1687.

Lopes. Oliveira.

Repræſentationem ultra caſus in jure expreſſos non admitti ait *Robl. repræſent. cap. 6. n. 25.* ubi teſtatur ſic eſſe communem Doctorum ſen-

Pars IV.

ſentiam, & regulam generalem ab ipsis conſtitutam & hoc idem repetit, & confirmat *lib. 3. cap. 15. n. 8.* aſſerens repræſentationem jure ſingulari introductam eſſe, & non eſſe extendendam ad caſus, qui non ſunt individualiter expreſſi, ac proinde cum in propoſito ſimus extra caſum a lege definitum, non eſt locus repræſentationis, ut doctè, & juſte conſiderat dominus præcedens meritiſſimus, & quia omnia, quæ in puncto occurrerant, eleganti calamo, enucleat, nihil aliud dicendum placet, niſi ejus placito ſubſcribere, ne forte accidat, quod noſtri non moris eſt quod eſt ſcriptorum tranſcribere. Ulyſſipone 14. Decembris 1687.

Rezende.

Quæſtio ſane difficilis, & diſſentientium DD: argumentis undique diſſuſa ſe ſe nobis offert, nam & repræſentationem vocationem tranſmiſſionem liniarumque conſtitutionem involvit, ſed Deo duce paucis pro tempore oportet expedire: In primis cum ſimus in tranſverſalibus tam reſpectu inſtitutoris, quam ultimi poſſeſſoris, inqq. *Ord. lib. 4. tit. 100.* in fine principij ſe remittit ad jus civile, per hoc indubitabile eſt, quod repræſentatio quæ privilegium eſt, & extendi non poteſt habet tantum locum inter primum & ſecundum gradum reſpectu antecęſſoris *ex text. in auth. poſt fratres á 2. Cod. de legit. hered. deſſumpta de auth. de heredib. abinteſt. venient. §. vero collat. 9.* & ultra repræſentationem negant DD. ut aſtruit *Valaſc. de jur. emphit. q. 50. n. 35. §. nec abeſt verſ. preterea multos congerit Reinos. obſ. 26. n. 3. & ſeqq. Pereir. de Caſtr. deciſ. 126. n. 8.*

Sublata repræſentatione ceſſat vocationis argumentum, quia conceſſa

Rr ij

repræ-

representacione pervocationem senioris, ille vocatus dicitur, quia senior est habito respectu ad nativitatem, & cum filius filij primortui senioris patrem representet, ille vocatus est & non patruus junior respectu fratris sui senioris quem filius representat: attamen sublata representatione senior dicitur, attento tempore successione, et cum illo intempore senior invenietur patruus; iste est vocatus, et preferendus, et non nepos, qui junior est, videndus *Reynos. obs. 23. n. 11. & 12. Pereir. dict. decis. 126. n. 3. & in 3. tandem idem Reynos. obs. 24. n. 19. & 20.* ibi et hac ratione etiam si filius primogenitus, sive maior decesserit vivo patre, tamen jus quæsitum ejus descendentes eis tolli non potuit, quominus succedendo per representationem patris excludant filium secundo genitum, ecce quomodo per representationem

28 senior dicitur nepos, representans personam patris à nativitate senioris, et sublata representatione, senior est patruus tempore mortis, senioris pre mortuo, & non obstante hac vocatione pro qua pugnat *Phab. 2. p. decis. 104. n. 26. & seqq.* pro patruo judicatum ipse dicit *n. 25. a q.* non recedendum consulit *n. 67. in fin.*

Transmissio etiam locum sibi vendicat tantum in paterna successione *L. 3. Cod. de jur. de liber. L. apud. hostes Cod. de suis & legit. hered. glos. in L. cum in antiquioribus Cod. de jur. de liberand. L. unica §. innovissimo ubi glos. Cod. de caduc. tollend. Cancer. var. 3. p. cap. 21. n. 6. & seqq.* & cum extra casum paternæ successione finis, de transmissione non est cogitandum.

Tandem cessat etiam argumentum à lineæ constitutione, quanvis enim primogenitus lineam constituat, et majoratum vendicans jus

primogenitura, & etiam pre mortuus avus filis transmittat *Reynos. obs. dict. obs. 23. n. 2.* attamen lineæ non constituuntur, nisi quando agitur de succedendo ascendenti, vel in majoratu ab ascendenti instituto, ut ad vertit *Phab. dict. decis. 103. n. 16.* tunc (dicendum est intransversalibus) enim representatio in infinitum admittitur, et per consequens lineæ ac contrarium dicendum est intransversalibus respectum primi, et ultimi, in quibus representatio non datur in infinitum, sed intra primum, et secundum gradum, et per consequens neque lineæ in infinitum admittendæ sunt ut judicatum refert ipse *Phab. dict. decis. 103. n. 25.* et ratio est quia primo infinitas est vitanda secundo quia fraudaretur per lineas legi neganti representationem ultra dictos gradus, quod omne secundum juris notas regulas dicendum non est. Nec officit, quod institutor in lineæ loquatur, siquidem clare exprimit lineam fratris, quam vocat subquæ, et nepos, et patruus continentur, et non ideo dicendum est, quod post lineam fratris, in istius filijs aliæ considerandæ sunt lineæ per supra dicta revocetur igitur sententia patris prælato. *Ulyssipone 14. Februarij. 1688.*

Freitas.

No Feito de Balthazar Gomes com Maria Filippa, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Dezembargo, &c. Aggravado he o agravante pelos Dezembargadores da Relação do Porto em absolverem a R. agravada do vinculo do morgado pedido pelo agravante: Revogando sua sentença vistos os autos de que se mostra, que sendo instituido o Lecenceado Balthazar Gomes do vinculo, e bens

delle

delle pedidos pelo aggravante, chama-
 ma para elle expreſſamente a ſeus
 ſobrinhos, ſubſtituindoos reciproca-
 camente aos que faleceſſem ſem filhos,
 para que andaffe em filho ou filha
 mais velha do primeiro chamado,
 que os ditos bens, e vinculo houveſſe,
 razão porque ſuccedendo o primeiro
 chamado Manoel Gomes, falecendo
 eſte, que nos ditos bens ſuccedera paſ-
 ſara o dito vinculo a outro Manoel
 Gomes ultimo poſſuidor, e filha mais
 velha do primeiro chamado, que fa-
 leceo ſem descendentes, ficando o ag-
 gravante neto do primeiro chamado,
 e ſobrinhos do ultimo poſſuidor por
 ſer filho de hum ſeu irmão varaõ,
 e mais velho que a R. aggravada
 a quem pertence a ſucceſſão do di-
 to vinculo por ſer mais conforme a
 direito, que os descendentes do cha-
 mado expreſſamente conſtituirem li-
 nha cada hum por ſi para haverem
 de ſucceder, termos em que a R. ag-
 gravante ſe acha em melhor linha,
 aſſim pela prioridade como pelo ſexo,
 e de mais de que pelo beneficio da re-
 preſentação, que conforme a melhor
 opiniaõ porque ſe tem muitas vezes
 julgado ter lugar nos vinculos de ir-
 mãos a respito do ultimo poſſuidor,
 de quem o aggravante he ſobrinho por
 ſer filho de hum ſeu irmão mais velho
 que a R. aggravada, fica eſta exclu-
 da da ſucceſſão do dito vinculo, que
 julgaõ pertencer ao aggravante, e
 mandão a aggravada lho reſtitua com
 os frutos da lide conteſtada em dian-
 te, e condemnaõ a aggravada nas caſ-
 ras dos autos. Lisboa 10. de Janeiro
 de 688.

Coſta. Freire. Vogado.

Hæc ſententia fundata fuit indeli-
 berationibus ſeqq.

Suppoſita facti veritate, quæ ab
 utroque harum partium patrono
 proponitur, et exactis patet, nem-
 pe, nullam ex pertentoribus iſtius

maioratus, neque inſtitutoris, ne-
 que ultimi poſſeſſoris descenden-
 tem eſſe; pro Actore aggravante
 ſtat ex preſſa diſpoſitio *Ord. Regni*
lib. 4. tit. 100. in fine princip. ibi.
e ſe oſtraſverſaes não forem descen-
dentes do inſtituidor ſegua d'ira, o
que he diſpoſto por direito commun.
Jus nanque commune ad quod ſan-
ctio noſtra ſe refert, eſt text. in
auth. de hæred. ab inteſt. ven. §. ſi igitur
o 2. verſ. huiſmodi, & §. ſi verò
neque collat. 9. Unde deſumptæ fue-
runt Auth. poſt fratres a 2. & Auth.
ceſſantẽ Cod. de legit hæredib. in qui-
bus juris communis text. in tranſver-
ſalibus, qui ab inſtitutore deſcendunt,
repreſentatio ſolummodo admittitur
inter fratres, & filios fratrum, &
ad alios gradus non extenditur,
prout generaliter ſentiunt omnes
noſtri Regni DD. quos referam,
et alij quæ plurimi Emman. Barb.
ad Ord. in princip. n. 5. optime Rey-
nos. obſ. 26. n. 3. & ſeqq. ibi (et hanc
juris diſpoſitionem obſervari jubet
lex regia dict. tit. 100. inter hos
omnino tranſverſales qui ab inſtitu-
tore non deſcendunt) & contra hanc
reſolutionem interminis propoſitis
nihil aliud dicit intota obſervatio-
ne Pereir. de Caſtr. deciſ. 5. n. fin. &
melius interminis terminantibus deciſ.
116. n. 8. ubi videndus Phæb. 2.
p. deciſ. 104. n. 17. Souſ. de Ma-
ced. deciſ. 16. n. 27. verſ. Similiter
Doctiſſimus Franciſcus de Valaſc. in
Joam. 4. porceſſione Regni Portugal.
part. 2. punct. 1. §. 4. n. 69. & n.
60. extraneos DD. conſulto omit-
to, ne prolixus judear; & prædi-
cti noſtri omnes loquuntur in ma-
ioratum ſucceſſione, & de eadem
ſucceſſione loquitur prædicta Ord.
quæ ſe remittit ad diſpoſitionem ju-
ris communis, qui omnes inteli-
gunt eſſe diſpoſitionem text. in dict.
Auth. poſt fratres a 2. Cod. de legit.
hæred.

29

In presenti processu, in confesso habemus, nec Actorem, nec Ream descendentes esse á primo institutore, qui perse transversalis erat, et Sacerdos, et similiter nec ab ultimo possessore esse descendentes, quia Rea Maria Phelippa soror erat ultimi possessoris, & Actor Balthesar Gomes ejusdem erat consobrinus genitus ex fratre Maria Seniori; attamen uterque Actor et Rea descendentes sunt á primo adquirente seu successore hujus maioratus, qui fuit pater ultimi possessoris, & hoc sufficit, ut repræsentationi sit locus, quia tanquam institutoris descendentes reputantur pro ut optime dicit *Castilb. contr. lib. 5. cap. 93. n. 25. vers.* at vero quando. In quibus terminis verissimam, et indubitabilem reputo opinionem tenentium repræsentationi locum esse, et maioratum, seu Capellam, de qua agitur repræsentationis jure Actori Balthesari pertinere judico, quia personam patris sui representat, qui ultimi possessoris frater masculus, et senior Maria Rea erat, quod ita placet revocata inferioris aulae sententia, salva pace tantorum virorum illam proferentium, quorum eruditio semper mihi veneranda erit. Ulyssipone 18. Decembris 1687.

Vogado.

Omnia, quæ possunt considerari in hac materia, tradit doctissimus *Peg. in tract. de maiorat. erect. cap. 10. n. 57. & seqq. & pagin. 239. tom. 2.* similem casum refert decisum in repræsentationis favorem, et ibi alia multa refert, & similes casus transcripsit & n. 572. & seqq. ex quibus etiam sententiam inferioris aulae senatus revocarem. Ulyssipone 5. Januarij 688.

Freire.

Vinculum contentionis probatur ex institutione fol. 5. qua institutor

non solum primam vocationem fecit in persona sobrinorum illos reciproce substituendos, casu quo sine liberis quilibet decisset; sed expresse descendentes feminam, vel masculum seniore primam vocati ad vinculum prædictum vocavit, quare juxta illam regulanda est successio ³⁰ ex *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. L. cum ita 32. §. infideicomisso in fin.* ubi *Bald. ff. legat. 2. Sous. de Maced. decis. 16. n. 1.* quilibet vocatus, istiusque descendentes ubi primum quisque nascitur suas constituit lineas, ut intempus futurum succedere valeant juxta resolutione *Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. á n. 29. Castilb. lib. 3. cap. 15. n. 2. Valasc. de just. aclam. 2. p. punct. 1. §. 1. n. 7.* ita ut descendens masculus vocatus ³¹ potiore lineam constituat, quam femina etiam vocata, stante nanque linea masculi transitus non fit ad lineam feminae *Reinos. obs. 14. á n. 2. alias á n. 20. Molin. lib. cap. 4. á n. 1. Valasc. de just. aclamat. 2. p. punct. 1. §. 1. n. 16.* quare cum aggravans nepos sit primi vocati ex filio seniori feminae isti præferendus venit.

In super, quia filij fratris ultimi possessoris expresse vocati inveniuntur, & gaudet beneficio repræsentationis, quæ inter transversales admittitur respectu ultimi possessoris in filiis fratrum ex *Ord. lib. 4. tit. 100. in fin. princip. juncto §. 2. Peg. de maiorat. erect. cap. 10. á n. 83. Pinheir. de emphit. disput. 5. Sect. 4. §. 3. n. 78. aliás 98. vers.* contrarium, ubi judicatum tradit, secundum hanc resolutionem, quam sequor inferiori senatu revocato. Ulyssipone 9. Januarij 1688. Costa.

No Feito de Joanna do Soveral com Bernarda Maria do Soveral, Escrivaõ Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos

Vistos estes autos &c. Por parte da A. se mostra instituirem huma capella Antonio Dias Sapateiro, e sua mulher, e chamarem em primeiro lugar a sua filha Maria da Costa, q̄ tendo hũa filha morrer a sem descendentes por cujo respeito se devolve a a successão da dita capella a outra filha dos instituidores por nome Luiza da Costa da qual a A. era filha, e por essa razão chamando os instituidores aos de sua linha, e descendencia deve ella por ser neta do instituidor succeder na dita capella, e a R. condemnada desabra mão della com os frutos da individa occupação até real entrega. Defendesse a R. que Luiza da Costa filha dos instituidores a quem se devolve a successão da capella por falta dos successores descendentes de Marta da Costa primeira filha chamada, tivera duas filhas a saber a A. filha segunda, e a Maria do Soveral filha primeira, e mais velha de quem ella R. era filha, e que na instituição eraõ preferidos os filhos mais velhos, e que por esta causa, era ella successora da capella por representar a pessoa de sua mãy filha mais velha da filha dos instituidores, sem que lhe obstasse o ser filha natural, por quanto na instituição não eraõ estes excluidos expressamente, e sendo assim, e o instituidor mecanico por ser çapateiro, não devia ser excluida por quanto estes filhos succediaõ aos pays como por sentença fol. 1. se mostrava succeder nos bens de sua mãy, e de hum tio seu. O que tudo visto, e o mais dos autos, como por elles se mostre pela disposição fol. 3. do Appenso A. que Antonio Dias e sua mulher tomass m a sua terça nas casas do Corpo Santo, e estas deixassem a sua filha Marta da Costa, e declararem, que as ditas casas, e terça andasse sempre na sua linha, e descendencia, e nos filhos mais velhos, a que não basta para se regular morga-

do, nem capella por senão acharem na disposição as condições que para este se julgar deviaõ concorrer antes se achem por palavra expressa da instituição, que podião ser partidas por estimação, no que foy visto, que o intento dos disponentes, não foy fazer morgado, nem capella, mas só, que a dita propriedade andasse em huma só pessoa, em cujos termos conforme os dedireito ficou sendo hum fideicomisso, que por morrer a primeira chamada sem filhos ficou pertencendo a parenta mais cbegada, e como a A. o seja por ser filha de huma filha do testador, e ainda que se podera considerar por alguma via, que fosse morgado, ou capella se ache que a R. he filha natural de huma neta dos testadores, termos, em que não pode pertencerlhe a successão, que supposto fosse o testador mecanico, e lhe podesse succeder como tal por causa da deshonestidade, he visto, que nunca sua tenção havia de ser, que sua neta se deshonestasse, o que era em labeo de sua familia, que muito pelo modo da disposição attendeo, e de outra sorte fora dar azo a communicação illicita, que todos aborressen na sua familia, ainda os mecanicos, que no modo da disposição se acha attende aos augmentos della, pelo que condemno a R. abra mão das casas tomadas nas terças, e as restitua a A. com os rendimentos da lide contestada em diante, até real entrega, que seliquidarão na execução desta, e pague as custas dos autos. Lisboa 3. de Janeiro de 686.

George Carneiro Henriques.

Aqua sententia fuit appellatum ad supplicationis senatum ubi fuit confirmata indeliberationibus seqq.

Super ea questione, an filius naturalis plebei in maioratu á plebeo instituto succedat, ego aliquando contra Reinos. obs. 34. censuebam succedere

cedere non posse, & nunc etiam ab eadem sententia non omnino alienus sum. Sed in hac hypothese opus non est ejusmodi disputare controversiam: ex aliis namque fundamentis judicis sententiam confirmandam censeo.

Et in primis unum equidem huc usque non deductum, sed penitus ignotum rem contra Ream conficit; ipsa namque fatetur matrem suam Mariam filiam seniore[m] ultimæ possidentis Ludovici in ejus vita diem suam clausisse extremam, & ideo Rea ipsa representationis beneficium implorat, ceu patet ex contrarietate fol. 7. triplicatione fol. 27. & oratione fol. 30. quo supposito, quanvis naturalibus plebeorum representatio non denegetur in successione ab intestato; attamen ejus beneficium quoad maioratus successionem, non potest regulari, nisi per *Ord. lib. 4. tit. 100.* in qua ejus posita est sedes: At vero in eadem *Ord.* id quidem non conceditur nisi filiis legitimis ibi. *Se o tal filho mais velho deixar filho, ou neto ou descendentes legitimos, estes taes por sua ordem se preferiraõ ao filho segundo, & ibi de maneira que sempre o filho, e seus descendentes legitimos por sua ordem representem a pessoa de seu pay.*

Planè Rea non est filia legitima matris, ergo beneficium restitutionis inquam representationis gaudere non potest semota autem representatione, Actrici cedere oportet, quippè quæ ultimæ possidentis filia, & hoc sanè argumentum ita apud me concludit, ut omnia alia superabundent.

Sed ulterius posito etiam, quod Rea mater post mortem ultimæ possidentis decessisset vereque ipsa in maioratu succederet, ad huc Ream excludendam dicerem: sciendum

namque est ordinationem illam, quæ agit de filiis naturalibus plebeiorum, nihil omnino disposuisse de successione quoad matrem, & ascendentes maternos, ut notavit *Molin. de just. & jur. tract. 2. disput. 165. n. 13.* Unde infert, quod circa eos standum sit dispositioni juris communis. At vero jure communi attentis naturales à successione maioratum excluduntur fortius autem naturales à femina suscepti, quippe in qua turpior est inhonestas, & proinde illegitimi filij magis odiosi instituentibusque totique familiæ maiorem inferunt ignominiam, & proinde nunquam illis locum velle dare censentur, ut eleganter probat *Roxas à patrono laudatus fol. 17. in tract. de incompet. maior. p. 1. cap. 6. ex n. 116. cum multis seqq.* qui multos alios adducet.

Rem tamèn conficit optimus locus nostri *Francisci de Caldas quem etiam idem patronus retulit fol. 15. in tract. denominat. emphit. q. 20. n. 15. & 16* ubi etiam stante *Ord. dict. tit. 92.* quæ in antiquis erat 71. merito censet, quod naturales ex femina suscepti non excludunt substitutum; qui aliàs filiis non extantibus successurus foret, quasi qui d testator de his minime sentisse credendum sit, sibi prorsus odiosis, & familiam denigrantibus. Itaque sententiam confirmo. Ulyssipone 14. Aprilis 1686.

Lopes, Oliveira.

Idem tenent Rezende Baracho.

Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, quæ fuerunt receptæ, & receptio fundata fuit indeliberationibus seqq.

Acordaõ os do Dezembargo &c. Recebem os embargos da embargante, e os julgaõ por provados por sua materia vislos os autos, e como por elles se prova ser a embargante sobrinha da

da embargada filha natural de huma sua irmã, que outro ſim eſtá julgada por ſentença deſte Senado, que ſucedeu igualmente com a embargada nos bens livres de ſeus aſcendentes, e os da contenda ſejaõ capazes de ſe dividirem por eſtimação por quanto o inſtituidor do chamado vinculo, quando tomou as caſas da contenda na ſua terça, ſó prohibio a diviſão, e real diſmembração dellas, e não a q̄ ſe faz por eſtimação por quanto eſta ſe acha expreſſamente permitida como conſta do teſtamento com que faleceo o inſtituidor do chamado vinculo incerto no appenſo A. fol. 3. nos quaes termos pela vontade do inſtituidor ſe ficou ſuccedendo neſtes bens como ſe foſſem livres, e diviſiveis por eſtimação: Por tanto revogando a ſentença embargada, mandão que nas caſas da contenda ſuccedaõ a embargante, e embargada igualmente, ficando porém as caſas em cabeçadas na embargada que ſatisfará a embargante metade do preço de ſua valia, e paguem as cuſtas dos autos de permeyo. Lisboa 9. de Agoſto de 687.

D. Carneiro. D. Valle.

Lacerda. Baracho. Rezende.

Lopes. Oliveira.

Hæc ſententia fundata fuit in deliberationibus ſeqq.

Fundamenta quibus, motus fui in deliberatione mea non ſolum mihi immota, ſed immobilia videntur. Ulyſſipone 16. Novemb. 1686.

Lopes. Oliveira.

Semel iterumque, & multoties exceptionum inſpecta materia iuriſque allegatione perpenſa, nec non ſcriptorum doctrina in hoc puncto ſatis deſſicili, neque poſſum probata dicere, neque rejicere audeo, impedimenta ergo recipiantur, & in negotio adeò gravi, & obſcuro novum fiat veritatis examen. Ulyſſipone 10. Februarij 1687. Rezende.

Pars IV.

Cum primo Domino ſapientiſſimo tranſeant impedimenta abſque pertenſa enucleatione exceptionum, 14. Februarij 687.

Baracho

Duriſſima ſane cauſa præſens; cum neceſſario explicanda noſtrarum legum intelligentia, quæ à nullo ſpecificè tractatas inveni ad præſentem hypothefim.

Eſt nè decidendum, an diſpoſitio **33** Ord. lib. 4. tit. 92. in qua per omnia in peditibus exequantur naturales, & legitimi locum ſibi vindicent in maioratibus ab inferiores notæ hominibus inſtitutis. Secundò an dato; quod locum habeat idem dicendum ſit, quando naturalis, vel ejus deſcendens ad ſuccedendum repræſentationis beneficio utitur.

Quoad primam quæſtionem **Rei-34** nos. obſ. 33. & ab eo citati tenuere, quod naturalis admittitur ad maioratum, ſicut ad paternam hæreditatem, & quanvis non contradicitione careat, ex eo quia caſus omniſus remanet in diſpoſitione juris, & cum Ord. non loquatur in maioratu, ex hoc naturalis eſt excludendus. Tamèn in præſenti cum nepos proponatur, nepos pro avo non ſuccedit ex reſolutis per *Robles de repræſent. lib. 2. cap. 11. á n. 14.*

Et quando concedamus nepotem avo ſuccedere poſſe, & quod dicta lex locum habeat in maioratibus inſtitutis à plebeis, tamèn non eſt extendenda lex in caſu, in quo naturalis non poteſt ſuccedere abſque repræſentatione, cum etiam in ſucceſſione hæreditatis, nepos naturalis non admittatur ad ſucceſſionem per repræſentationem.

Primò, quia repræſentatio nunquam extenditur, niſi ad caſus in jure expreſſos prout concludit *Robles cap. 6. á n. 22.* plane nobili in jure naturalibus repræſentatio conceditur

Se

ceditur

ceditur ad avi successionem, quia
quanvis succedere possint, nunquam
per repræsentationem admittendi.

36 Ad repræsentationem, necessaria
est consanguinitas, gradus, gradus,
& linea, quod naturalis non facit
Egyd. de privileg. honest. cap. 16. n.
17. Molin. de primog. lib. cap. 1.
n. 46. Reinos. n. 5.

37 Tertio ad repræsentationem ne-
cesse est, ut detur potestas patria, &
suitas, naturales non sunt in patria
potestate cum exiustis non procrean-
tur nuptiis, principium *insti. de*
patr. potest. ergo &c. quin obstat re-
præsentationem etiam dari in linea
feminina, ubi neque suitas, neque
patria potestas datur, quia hoc ex
expressa dispositione *Justiniani ad-*
mittitur in §. item vestitas de here-
dib. que ab intestat. & §. sed cum ins-
tit. ad Senat. Consult. Ursician. quia
matrimonium habebant.

38 Ex dispositione *text. in L. asse-*
toto cum similibus ff. de hered. nepo-
tes excluduntur, quia ergo non ad-
mittendi per repræsentationem vi-
dentur, cum in eis deficient requi-
sita ad repræsentationem prout ter-
minariter defendit *Robles de repræ-*
sens. dict. cap. 11. à n. 27. ubi n.
ult. respondit ad argumentum, quod
fieri potest de prædict. *L. tit. 92.*
naturales sunt hodie capaces suc-
cedendi, ergo repræsentationis ubi
optimè diluit argumentum.

39 Quod quidem attenda nostra *L.*
lib. 4. tit. 100. fortius procedit cum
ad repræsentandum requirat ma-
trimonium prout eleganter quo so-
let calamo dicit primus dominus,
& defendit *Robles dict. loco n. 22.* ubi
de jure requirit ad repræsentationem,
matrimonium, ex his ergo exulet al-
legatum jus succedendi in maiora-
tu, cum impediens sine repræsentatione
non possit admitti, & hæc na-
turalibus denegetur tantum ex jure

cujus dispositionem sequendam;
tanquam casum ummissum in nostra
lege, quantum ex vehementi rigore
verborum *dict. L. in tit. 100. ibi*
legitimos.

Sed quanvis de jure à successione
maioratus excludatur A, tamen in
totum non est excludenda à petiti-
one domorum ad quod noto.

Quo supposito, quod in insti-
tutione de qua in appendice A. ap-
pareat instituta capella, tamèn non
omnino in alienabilis instituta fuit.
Fateor ex natura maioratus esse,
quod res vinculi fiat alienabiles,
sed cum regatur ex voluntate dispo-
nentis, quando venditiones, & di-
visiones permittit vendi, & dividi
possint *Molin. lib. 4. de primog. cap.*
2. à n. 1. sic legitur in institutio-
ne sol. 3. *E nunca poderaõ ser vendi-*
das ou partidas, senaõ por estima-
çãõ.

Ecce quomodo institutor permis-
sit divisiones per æstimationem, cum
ergo judicata sit A. hæres simul cum
R. prout exsententia appendicis de-
bet habere dimidium stimationis do-
mus juxta voluntatem instituentis
ad instar emphiteusis qui per estima-
tionem dividitur. Sic ergo juberem,
ad hoc probatis impedimētis. *Ulys-*
sipone 22. Maij 1687.

Lacerda.

Præcedentis domini suffragium
sequeret visa institutione.

Doutor Valle.

Institutor, seu maioratus condi-
tor ejus divisionem permittit per æs-
timationem, patet ex fundatione sol.
3. in appendice A. ergo ejus volun-
tatis dispositio est observanda *L. in*
conditionibus 19. ff. de cond. & de-
demonstrat. Molin. de primog. lib. 4.
cap. 2. n. 1. & in hoc bona potius al-
lodialia, quam vinculata reputari
debent, cum vinculata partitionem
effugiant, quam expresse institutor
ad

admissit d'cto. fol. 3. in appendice A. excipiens iudicata fuit hæres in simul cum excepta in bonis suorum ascendentium, petita bona ab illis devenerunt, ergo pariter ad colligantes expectare debent, nam in bonis divisibilibus per estimationem (qualia præsentia) dari representationem etiam in filiis naturalibus non dubito cum *auth. post fratres Cod. de legit. hæred.* indistinctè in omnibus loquatur, & tenent plures de quibus *Robles de representat. lib. 2. cap. 11. n. 26.* licet ipse contrarium teneat, & nec de jure regio dubitarem in naturalibus representationem admittere, cum loquutio de legitimis de qua *Ord. lib. 4. tit. 100.* vel procedit exemplificative non taxative ut excludat illegitimos, ut cum huiusmodi successio sit illis favorabilis, vel certè loquitur de legitimis, tanquam de casu representationis frequentius accidenti in legitimis, quam in naturalibus, non vero ut excludat representationem in naturalibus, quando sunt capaces successionis ut in præsentia, dicerem tamen, quod bona in quibus assertus maioratus consistit in capaciter in una ex litigantibus, ut ista alteri solvat demidium estimationis illorum argumento *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23. & lib. 4. tit. 36. §. 1.* sic impedimentis receptis & iudicatis probatis. Ulyssipone 19. Julij 1687.

Doutor Carneiro.

No feito de João Godinho Ferreira, com Manoel Magalhaes de Moraes, Escrivão Manoel de Gões Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos Libello do Autor Gracia de Azevedo, contrariedade dos Reos João Godinho, e outros artigos de opposição com que veyo Antonio Pinto de Moraes, mais artigos de opposição de Maria de Re-

Pars IV.

zende, e outros, que correrão em apartado, contrariedade, e provas juntas. Mostra-se por parte do A. que o Padre Sebastião de Moraes por seu falecimento instituiu Morgado de todos seus bens, e chamou para a successão delle, seu irmão João de Moraes, e sua descendencia. Mostra-se, que o ditto instituidor, em falta de descendencia de seu irmão, chamou o parente mais chegado, preferindo o macho à femea, e o mais velho. Mostra-se que por morte do instituidor, entrou na administração deste Morgado o ditto João de Moraes, que não teve filhos, mais que hum mudo, que morreo sem descendentes. Mostra-se, que nestes termos, pertence a administração ao parente mais chegado, que he a A. por ser filha de Clara de Moraes, irmã inteira do instituidor, e o R. he totalmente estranho, por ser filho da mulher do ditto João de Moraes, e de seu segundo marido. Mostra-se por parte da Oppoente Maria de Rezende pertencerlhe a successão deste Morgado, por ser filha de Guiomar de Moraes irmã do instituidor, e mais velha, que Clara de Moraes, e mãy da A. Mostra-se por parte do Oppoente Antonio Pinto de Moraes, pertencerlhe a successão deste Morgado, por ser neto de Guiomar de Moraes, filho da filha mais velha Anna de Rezende, e assim exclue ao Oppoente Maria de Rezende sua tia, e ao A. e R. o que tudo visto, e o mais dos autos disposição de Direito neste caso, e como nos termos da instituição se acha a vella de Morgado, por concorrerem todas as circunstancias, que se requerem, e ser este Morgado instituido por Sebastião de Moraes, chamando

Ss ii

para

para possuidores a seu irmão João Ferreira, e a sua mulher Eugenia da Veiga R. falecida nestes autos, e por sua morte ao parente mais chegado, termos em que para a successão, deve considerar quem o fôsse ao tempo da morte da ditta Eugenia da Veiga, pela qual se devolveo a successão por a ditta Eugenia ser legitima possuidora, por vocação propria do instituidor que anomeou, e mandou deferir a successão por morte do ditto João de Moraes, e da ditta sua mulher que sobreviveo ao ditto seu marido, e como consta, que ao tempo da morte da ditta Eugenia da Veiga ultima, e legitima possuidora, fôsse o parente mais chegado a A. Marianna de Moraes mulher do A. Garcia de Azevedo, e assim por preceder aos Oppoentes em grão, pois se acha sobrinha do instituidor, filha de sua irmã Clara de Moraes, como por representar a pessoa da ditta sua mãy; pois supposto, que na forma de Direito nos Morgados instituidos por transversal, quando se trata da successão de transversal, senão admitte a representação: com tudo pela mesma disposição se concede esta, entre os filhos de irmãos, qual a A. he; e assim pelo dito Direito, como pela proximidade do grão, e vocação do instituidor, lhe pertença o ditto Morgado e successão delle por se achar a morte de Eugenia da Veiga occupando o primeiro lugar da successão, sem embargo da desistencia, que se allega fizera desta causa; pois não consta, que a A. e seu marido desistissem desta causa entre estas partes, e somente se acha desistir seu filho, o que lhe não prejudica, por a procuração não ter poder para a desistencia,

nem os Oppoentes Antonio Coelho habilitado por morte de sua mãy Maria de Rezende tem Direito a successão de que se trata, visto como a ditta sua mãy morreo antes de falecer Eugenia da Veiga ultima possuidora, e assim sendo neta de huma irmã do instituidor, fica sempre procedida pela A. que he sobrinha do ditto instituidor, nem o Oppoente pôde nestes termos representar a pessoa de sua mãy por estar fóra do grão de sobrinho em que se concede somente a representação nos morgados de transversaes, tratando-se da successão de transversão como no presente. e outrosim ser o Oppoente precedido pelo Oppoente Antonio Pinto, que se acha no mesmo grão, e com melhor prerogativa por ser filho da filha mais velha pertence a successão de que se trata, assim pelas razões assima do outro Oppoente, e não haver neste caso representação, como está mostrado, como por se achar em grão mais remoto ao tempo da morte da ditta Eugenia da Veiga, nem neste Morgado ha vocação alguma de linhas, mais que a de João de Moraes, primeiro chamado, pois conforme a vocação de parente mais chegado, as não constitue nem achar a filho mais velho, ou primogenito as constitue naquelles, que o testador não conheceo, pois na melhor oppinião nestes termos, mais he justo conformarse com a disposição de Direito, que manda preferir o mais velho ao menor, e o macho a femea, que acrescentar constituição de linhas a disposição, e como os RR, não tem nem podem ter direito algum ao Morgado de que se trata, por serem estes estranhos, e não terem parentesco algum com o instituidor

Inſtituidor, ſuppoſto ſejaõ filhos de Eugenia da Veiga, eſta não foy chamada mais, que em ſua vida, e depois os do ſangue do inſtituidor, como diz o teſtamento, nem a allegação da nullidade do teſtamento lhes aproveita por eſta ſe não moſtrar dos autos, e além diſſo conſta, que a mãy dos RR. approvou o ditto teſtamento, fazendo em vertude delle tombar o Morgado de que ſe trata. Por tanto declaro pertencer a ſucceſſão do Morgado de que ſe trata a A. e condenno aos RR. largem á A. as propriedades alheadas, e paguem os RR. e Oppoentes as cuſtas dos autos em que os condenno. Porto 26. de Janeiro de 681.

Joze Galvão de Lacerda.
Aqua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Senatum Portuēſem ubi fuit lata ſententia ſequens.

Acordaõ os do Dezeſmargo &c. Não ſão aggravados os aggravantes pelo Corregedor do Civel da Corte, cumpra ſe ſua ſentença por ſeus fundamentos, e o mais dos autos, com declaração, que os aggravantes além dos bens vinculados, pelo inſtituidor, reſtituirão outrosim dos ſeus tantos, que prefação dous mil reis de renda em cada hum dos annos, que os poſſuidores João de Moraes, e ſua mulher Eugenia, mãy dos aggravantes eſtiverão de poſſe do Morgado, em cada hum dos quaes annos tinhaõ obrigação na forma da inſtituição, unir bens, que rendeſſem os dittos dois mil reis, e condemnaõ aos aggravantes nas cuſtas dos autos de ambas as inſtancias. Porto 2. de Mayo de 682.

Mendes. Moraes. Baracho.
Basto. Pereira.

Aqua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad ſupplicationis Senatum ubi fuit confirmata, & fundata indeliberationibus ſeqq.

De oppoſitionibus factis à Maria de Rezende, & Antonio Pinto non eſt diſputandum, cum nullus illorum à ſententia illius inferioris Senatus gravamen interpoſuiſſet, & ſolum quaſtio ventilanda venit inter aggravantem ultimæ poſſeſſoris filium, & aggravatum filium Clarae de Moraes inſtituentis ſororis.

De inſtitutione maioratus à teſtatore facta inutile eſt dubitare, nec dubitari convenit, annè mater aggravantis Rea originaria adhuc maioratum ab inſtitutore vocata foret, cum in ipſo teſtamento expreſſe declaratum inveniamus, voluntatem inſtituentis fuiſſe, quod ipſa deficientibus filiis ex illa ex ſuo primo marito teſtatoris Fratrem, ſua invita fructus ipſius maioratus lucraretur, & quod per ejus obtum ad proximiorẽ conſanguineum ſuũ deveniret ſucceſſio, quæ qualitas proximitatis conſanguinitatis inter aggravatum, & inſtitutorem tempore mortis matris aggravantis, mihi expreſſe probatur: Unde ut aggravato talis maioratus adjudicetur, illi cognitum aſſiſtit jus, & non ita dicerem, ſi aggravans ipſius inſtituentis conſanguineus foret, quia tunc, cum ipſe inveniebatur proximus conſanguineus ultimæ hujus maioratus poſſeſſoris ejus matris ad illum deveniri debere talem maioratum judicarem ex expreſſa, *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.* & de jure communi dicunt receptiſſimam oppinionem in omnibus Regnis, *Molin. lib. 3. cap. 9. n. 11. Cou. practicar. cap. 38. n. 6 & 8. & 12. Menchac. de ſucceſ. creation. §. 27. n. 10. Aven-danh. L. 40. Taur. gloſ. 2. n. 22. Matenſ. L. 8. tit. 11. gloſ. 3. n. 2. lib. 5. recopilat. Peregr. de fideicom. art. 20. n. 2. Cancer. var. cap. 1. n. 59. Cevalh. commun. q. 398. Molin. de juſt. tom. 3. diſp. 628. Cald. de nomi-*

45

nominat. q. 24. n. 9. Flor. ad Gam. decis. 7. vers. Quintus casus idem, Gam. decis. 256. n. 27. & decis. 354. Valens. cons. 95. n. 17. Castilb. lib. 3. cap. 19. n. 135. & 141. & lib. 5. cap. 9. §. 13. n. 4.

Sed cum aggravans instituentis extraneus sit, & testator expresse ad successionem maioratus ab illo instituti suum proximiorum consanguineum vocet deficiente ejus Fratre primo vocato, & filiis ex matrimonio cum matre aggravantis, contracto, & tandem ipsa Rei mater moriente, injuste aggravans bona hujus maioratus retinet, & minus bene ejus patronus testamentum praedicti Abbatis de falsitate sua inperoratione arguit, quin de tali falsitate aliquod articulum sua indefinizione aggravans formasset, nec talis falsitas probatur, unde sententiam inferioris Senatus probo. Ulyssipone 16. Januarij 1683.

Monteyro.

Idem teneo Andrade Rua.

No feito de Joaõ Machado de Essa, e Dom Joaõ Manoel de Menezes, com Manoel Ferreira de Essa, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, se deo a sentença seguinte.

Acordaõ em Rellação &c. Vistos estes autos libello do Autor Manoel Ferreira Dessa, contrariedade da R. Dona Francisca da Sylva, mulher de Dom Joaõ Manoel de Menezes, artigos de opposiçaõ de Joaõ Machado Dessa, exceiçaõ peremptoria, com que despois de abertas, e publicadas veio a R. Dona Francisca, que lhe foy recebida, provas dadas, papeis, certidões, e mais documentos juntos. Mostra-se que Estevão Ferreira, chamado nestes autos o velho, instituiu o Morgado de Fajozes, declarando na instituiçaõ delle, que sempre andaria em varões, no qual Morgado viera a succeder por legitima succes-

Jaõ Ayres Ferreira o velho, e depois delle seu filho primogenito Martim Ferreira, e se fora continuando sua descendencia por varonia até Dona Joanna, a qual, por ser femea, e chamar a instituiçaõ varoes, fora tirado o ditto Morgado por Ayres Ferreira, o segundo filho de Alvaro Ferreira, e neto do ditto Ayres Ferreira o velho, no qual Ayres Ferreira o segundo, fora concinuando esta successão por seus descendentes varões, até Luiz Carlos Furtado de Mendoça, quarto neto do ditto Ayres Ferreira o segundo. Mostra se ser falecido o ditto Luiz Carlos, sem descendencia, e succeder neste Morgado sua irmã a R. Dona Francisca, deduzindo o A. que o mesmo Direito, que seu quarto avo o ditto Ayres Ferreira o segundo, teve para tirar este Morgado a Dona Joanna, têm agora o A. por ser filho de Gregorio Ferreira Dessa, neto de Dona Jeronyma Ferreira, bisneto de Estevão Ferreira, e terceiro neto da ditta Dona Joanna. A A. Dona Francisca se defende com o deduzido em sua contrariedade, allegando entre outros fundamentos, que o Morgado de que se tratava não era de agnação, por esta se continuar somente por varonia, sem admittir femeas, nem descendente seu, posto, que fosse macho, e assim o A. como o Oppoente, tinhaõ o defeito de descenderem de Dona Joanna, e de Dona Jeronyma, o qual defeito senão podia considerar na R. por ser descendente de varões, e lhe bastava achar-se na posse per si, e seus antecessores de cem, e mais annos á esta parte, para não poder ser condenada largosse o ditto morgado. O oppoente Joaõ Machado allega, que na instituiçaõ do ditto Morgado, se chama o varaõ mais chegado, e a elle lhe pertence a administraçaõ, e succes-

successão por ser o parente mais
 chegado da linha do instituidor,
 e mais proximo do que o A. seu
 sobrinho, que fica hum grão mais
 remoto, assim do instituidor, co-
 mo do ultimo possuidor, e pelo Di-
 reito que se lhe adquirio por mor-
 te do ditto Luiz Carlos, fica ex-
 cluindo ao A. pois não tinha Di-
 reito formado algum, que se ac-
 quirisse a seu pay Gregorio Fer-
 reira Dessa, nem que elle haja de
 representar. Mostra-se pela excei-
 ção peremptoria tratar a R. Dona
 Francisca da Sylva de excluir ao
 A. e ao Oppoente, com fundamen-
 to de que chamando a instituiçãõ
 os varões mais chegados, estes erãõ
 o Conde de Castelmilhor, como des-
 cendente de Dona Catharina Fer-
 reira, filha de Alvaro Ferreira,
 e neta de Ayres Ferreira o velho,
 quarta avo do ditto Conde, que
 estava hum grão mais proximo ao
 ditto Luiz Carlos, do que o Op-
 poente, como se mostrava da ar-
 vore, que se ajunta fol. 263. que
 pertencer ao Arcebispo, que foy
 de Evora D. Diogo de Souza,
 como descendente, e quarto neto
 de Gomes Ferreira, filho segundo
 do ditto Ayres Ferreira o velho,
 que se achava no mesmo grão com
 o Oppoente João Machado, porém
 o excluia pela idade, e ainda que
 fosse falecido, como era notorio,
 como estava vivo ao tempo do
 falecimento do ditto Luiz Carlos,
 logo se lhe adquirira o Direito,
 que tinha ao ditto Morgado, para
 delle passar a seu seguinte legiti-
 mo possuidor. O que tudo visto,
 e o mais dos autos, disposiçãõ de
 Direito, e como o melhor, e mais
 legitimo documento nestes autos,
 he a sentença a fol. 7. que passou
 em cousa julgada, e alcançou Ay-
 res Ferreira o segundo, pela qual

tirou o Morgado a Dona Joãna,
 e nella se declara, e o mesmo Ay-
 res Ferreira confessa, que este
 Morgado veio a Ayres Ferreira
 o velho seu avo, por legitima suc-
 cessão de Estevão Ferreira institui-
 dor, que na censura de Direito he
 de filhos a netos; e entrar neste
 Morgado, como filho primogeni-
 to do ditto Ayres Ferreira, Mar-
 tim Ferreira, que a possuio, e se
 continuou a successão por seus des-
 cendentes, até Dona Joãna, a
 quem por femea, foy tirado pelo
 ditto Ayres Ferreira o segundo,
 quarto avo da R. Dona Francisca;
 e visto outrosim como a R. tem o
 mesmo impedimento, por ser fe-
 mea, e chamar a instituiçãõ va-
 rões por linha descendente, nos
 quaes termos se deve recorrer à
 melhor linha, e esta seja a que con-
 stituiu o ditto Martin Ferreira,
 filho do ditto Ayres Ferreira, as-
 sim por ser o filho mais velho, e
 como tal ter entrado na successão
 do ditto morgado, como por ser
 a linha direita do instituidor; a
 successão daqual, durando ella,
 não pode passar a outros; por se
 attender primeiro de tudo na suc-
 cessão dos morgados a esta perro-
 gativa da linha, que em quanto
 dura, as outras dos colateraes não
 são consideraveis; e existindo va-
 rão desta linha, como he o A. Ma-
 noel Ferreira Dessa, se não deve
 buscar outra, por ter esta perla-
 ção a todas as mais, e como a
 linha, e descendencia, que se con-
 stituiu em Alvaro Ferreira, est ja
 extinta pela morte de Luiz Car-
 los, seu quinto neto, sempre o
 A. pela perrogativa da melhor li-
 nha, excede a todos os mæes per-
 tensores deste Morgado, por esta-
 rem em linhas interiores, ainda
 que estejão mais chegados em grão,

ou tenhaõ varonia, ou mais idade; e assim sempre o A. pelo beneficio da representaçãõ, de que agora não só pela pessoa de seu pay Gregorio Ferreira Dessa, que ainda, que não succedesse lhe bastava ter adquirido Direito in potencia, aut in spe; mas tambem pela de Ayres Ferreira o velho, seu sexto avo, legitimo descendente do primeiro instituidor, exclue, ainda que esteja mais inferior em grão, aos mais descendentes, posto que mais proximos, por ser conforme a Direito nesta materia de Morgados, sempre chamada pela representaçãõ a linha direita, qual he a que constituirão os ascendentes do A. E não obsta o chamar à instituiçãõ o mais chegado, pois na melhor opiniaõ, e mais seguida dos DD. nestes termos se entende chamado, e se reputa mais proximo aquelle, que pelo beneficio da representaçãõ occupa o lugar, e o grão do primogenito, no qual ainda que haja mais proximos, não cessa a representaçãõ, pois se reputaõ mais proximos pela ordem de succeder, e não pela proximidade do grão. E tambem não obsta o ser excluida Dona Joanna, porque não foy propriamente exclusãõ, foy somente huma suspensãõ, e nem porisso deixa de se considerar linha direita, ainda que nella haja fema intermedia, e sempre seus descendentes ficaraõ in habitu, & in potentia. para haverem de succeder no ditto Morgado, faltando, como faltou o dito Luiz Carlos; com o que nunca podia ter lugar a exceiçãõ peremptoria da R. ainda que esta legalmente se achara provada, sendo que conforme a Direito o não está, por não ser sufficiente prova a das certidões dos nobiliarios, princi-

palmente, não concordando todas. Pelo que julgaõ a ditto exceiçãõ, por não provada, e declaraõ não ter acçãõ o Oppoente Joaõ Machado Dessa, considerada a linha do primogenito Martim Ferreira, e representaçãõ della, porquanto o A. seu sobrinho o exclue pelo beneficio da mesma representaçãõ, como filho de Gregorio Ferreira Dessa, seu irmão mais velho, que o havia de excluir se fora vivo. O que tudo visto, e considerado, condemnãõ aos RR. larguem o ditto Morgado ao A. com os fruttos da lide contestada em diante, e os condemnãõ nas custas dos autos até a opposiçãõ, e dahi em diante aos RR. e Oppoente de premeyo. Porto 22. de Junho de 679.

Magalhaens. Lemos. Reidono.

Aqua sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatuum ubi fuit confirmata, & fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

Rem agredimur difficilem, obscuram, & pene inextricabilem; antiquitatisque caligine involutam; jus ex facto pendet incerto, & cum hoc etiam prudentes plerunque fallat, L. 2. ff. de jur. & facti ignor; periculosa plenum opus alia erit, quæ ab incerto facto ortum capiunt, certis juris regulis diffinire, ac cogit injunctum munus sententiam promere: ducat justitiæ, & veritatis amor, animumque, ac mentem inter caliginosa, lubrica, & præcipicia sustineat turbantem.

Tres in hoc prælium assurgunt: nempe Actor, Rei, & oppnens; quorum opponens, & Actor, concordet eadem in Reos arma distinxere; erit ergo contentio sero ordine dirimenda, & quid juris inter Actorem, opponentem, & Reos prius discutimus, secundo quid inter

inter ipsos AA. opponentem ventilabimus, nisi prius lis ista derimatur.

Quinto plus medio se RR. defendunt. Primo quod non sit maioratus à primo illo Stephano institutus. Secundo quod sententia fol. sibi non noceat. Tertio quod si maioratum extempore supponamus, is regularis censendus sit. Quarto quod si non regularis, non simplicis masculinitatis, sed agnationis judicari debeat. Tandem quod A. A. opponens actione careant cum adsint proximiores, quorum sanguis à communi stipite derivetur.

Quoad primum & annorum series repetitive succedendi actus, eadem semper forma observata, imo etiam sententia stabilita hanc questionem reddunt otiosam ex *Reinos. observ. 22. n. 21. Cabed. 1. p. dec. 121. n. 3. Valasc. cons. 132. n. 17. & cons. 95. n. 11. Pereir. dec. 21. n. 8.* plures quos refert *Sousa de Maced. dec. 15. n. 2.* Deinde quid sibi volunt verba illa institutionis fol. 178 ibi: *Por linha ascendente, e descendente.*

Quoad secundum sententiam in causa maioratus, & super forma succedendi prolatam, quoad omnes jus facere ipse Reorum patronus agnovit fol. & ad limitationem confugit, nimirum causam non bene defensam; sed unde infertur Joannam à qua maioratus evictus est, cum vindicante collusisse? Num quia non opposuit non esse maioratum forsan tunc clarius de institutione constabat, & quid referret, vim ab institutione, ad illam litem 97. anni intercessissent, quo spatio, & maioratus titulum, & succedendi formam induci posse, jam supra comprobatum est. Deinde aut sententia illa justa fuit, aut injusta: Si justa, & recte tunc ma-

Pars IV.

ioratus à Joanna translatus in Reo progenitorem, verum in eisdem terminis sumus ab illius decisione recedemus? Si injusta maioratus spoliata successoribus restituendus est.

Quoad tertium, & quartum mirum est quam sibi inconstans sit Reorum patronus: jam non esse maioratum institutum, jam regularem maioratum affirmat, & tamen agnationis rigorosæ esse asserit; quo pacto hæc inter se diversa, vel ad invicem repugnantia componi poterunt. Maioratum simplicis masculinitatis esse opinior, ex eo quod masculos tantum institutor admisit, quin ad agnationem conservandam clare, & explicite respexisset ut ex innumeris firmat, *Roxas de incompat. p. 1. cap. 6. §. 21. n. 318.* qui ibi dicto §. 21. n. 306. bene explicat quando agnatio constituitur.

Aliud intendit Reorum patronus illam masculinitatis qualitatem ex clausula, *e sejaõ Varões*, ad solos testamenti executores, non vero ad sequentes successores esse referendam; sed id aperte confunditur tum ex eo quod clausula posita in fine, & post omnes dispositiones ad omnes illas refertur, *L. talis §. fin. ff. de legat. 1. L. 3. §. filius ff. de liber. & posth. L. 1. cod. de lib. præterit Valasc. alios adducens cons. 132. n. 3.* tum etiam quia quos executores institutor designavit masculos esse agnoverat: non ergo oportebat in illis qualitatem requirere, quo jam certe aderat, & ita ad sequentes respexisse dicendum.

Tandem ad exceptionem quod alij adsint proximiores confugit, circa quam tria inspicienda sunt: an opponi possit, an legitimo tempore sit opposita, an probetur. Quoad primum jus tertii opponi non posse regulare est. *L. loci cor-*

Tt

pus

pus §. competit ff. si servitus vendi-
 cetur, sed hanc regulam multipli-
 citer Doctores limitant, ut videre
 est apud *Surd. dec. 280. n. 5. & dec.*
144. n. 19. & 20. & dec. 280. n. 15.
Labed. 1. p. dec. 63. Valasc. conf. 52.
n. 8. & de jure emph q. 14. n. 10. Gam.
dec. 16. n. 1. Phab. dec. 36. n. 12. Pe-
reir. dec. 16. n. 1. Merlin. 1. Forens.
cap. 38. n. 10. Valeron de transact.
tit. 5. q. 1. n. 25. Cdbed. diversor. lib.
2. cap. 7. n. 8. Barbos. in L. si alie-
nam 12. a n. 60. ff. solut. matr. Lar-
 50 *rea alleg. 50. n. 97. & 98.* Exqui-
 bus omnibus deducitur exceptionem
 juris tertii admittendam quoties per
 eam agentis intentio elidatur, tunc
 enim non tam de jure tertii excipi-
 tur, quam de non jure agentis;
 plane cum vulgare sit absque actio-
 ne neminem in iudicio admittendum
L. si pupili §. fin. ff. de negat. gest. qui
 Actori jus ad agendum non compe-
 tere allegat, non tam de jure ter-
 tii excipit, quam de non jure agen-
 tis, eleganter, *Larrea alleg. 50.*
n. 98. ibi: Ulterius etiam potest op-
 poni de jure tertii quando ex illo
 excluditur actio, & intentio juris
 agentis, ut si aliquis intenderet rei
 vindicationem, & opponeretur ali-
 um habere dominium, nam cum si-
 ne illo vindicationem Actor inten-
 dere non possit, *L. in rem ff. de*
reivindic. ideo exceptio de jure ter-
 tii tanquam perimens jus agentis
 recte admittitur, *L. fin. ubi scriben-*
tes cod. de reivind. &c. Insignis *Bar-*
bos. in L. si alienam 12. n. 60. ff. so-
 51 *luto matr. ibi:* Cui difficultati faci-
 le responderetur quando possessor ni-
 hil tenetur allegare de jure suo,
 neque probare, sed tantum alle-
 gare dominium esse alterius, si
 enim agens reivindicatione non of-
 tenderit dominium directum, &
 civile, quod petit, suum esse,
 absolvendus erit Reus, etiam si

injuste possideat, *L. fin. cod. de rei-*
vindicat. &c. Idem tenet *Fusard. de*
subst. q. 608.

Plane successionem proximiori, 52
 delatae successinis tempore (juxta
 quod successionis jus regulatur *L.*
1. §. proximus ff. unde cognati L. fin.
§. interdum ff. de suis, & legitimis
heredibus Amato Variar. cap. 1. n. 56
Reinos. observ. 22. n. 11. Olea de ces-
tion. jur. tit. 3. q. 4. n. 1.) pertinere
 probat, text. in princip. *Instit. de*
legit. agnat. success. Gam. dec. 174.
n. 5. ergo dum ille, qui prior ad
 successionem invitatur, adest, nec
 successionem renunciat, ut tenet *Pe-*
rigrin. de fideicomiss. art. 2. n. 63. se-
 quenti locus non fit, neque ad ma-
 ioratus petitionem admittendus est,
 ut probat expressus text. in *L. si fi-*
lius qui patris §. cum filios alias fi-
lius ff. de bon. libert. ibi: Ideo qui
 sequentis gradus sunt non admittun-
 tur interim.

Quoad secundum exceptionem 53
 istam posse quandocunque oppo-
 ni, tam ad impediendum litis in-
 gressum, quam in vim peremptori
 post, *Bald. Alex. Perigrin. tenet*
Fusar. d. q. 608. n. 5. & n. 4. dicit ex-
 ceptionem istam esse litis finitæ: at
 vero talem exceptionem tam ante-
 quam post litis contestationem op-
 poni posse docet *Maranta p. 6. tit.*
de exception. n. 12.

Quoad tertium Catharinam, Co- 54
 mitis de Castelmelhor progenitri-
 cem Aarii illius, qui maioratum a
 Joanna vindicavit, sorrorem fuisse
 & filiam Alvari deponunt testes ex
 fol. & gravissimis testimoniis a fol.
 comprobatur. Id negat. Actor, &
 opponens asserentes illam Cathari-
 nam à qua dictus Comes genus de-
 ducit *N. Ferreira*, sed *Freyre* di-
 cendam, alioque parente, non ve-
 ro Alvaro illo procreatam, idque
 asserere intendunt auctoritate cu-
 jusdam

juſdam libri Geneologi à Barboſa gloſatore compoſiti; ſed quidem neſcio unde libro illi tanta fides, authoritasque ſit, ut tot librorum, tot teſtemoniorum, fidem authoritatemque convincat, neque temere credendum tot taleſque viro temerario auſu pro Reis in cauſa graviffima juraſſe, & cum factum antiquiſſimum ſit, non tam clare, & evidentes probationes exquirenda ſunt, ut bene doctus Reorum patronus a fol. 485. verſ.

55 Deinde quia Actor, & oponens reivindicatione agunt, quæ non niſi dominium habenti competit, ut ſupra dictum eſt, oppotebat eos, dominium penes ſe eſſe oſtendere, ut ex Barboſa, cujus verba tranſcripſi, comprobatum eſt, quemcunque objicem removendo, aliter & ſi Reus injuſte poſideat, ut etiam Barboſa inquit, audiendi non ſent.

56 Tamen non proderit Actori, & OppONENTI quod allegant ſe melioris linæ eſſe, non enim ſumus in cauſa representationis, cum non conſtet iſtos litigantes ab inſtitutore descendere, id enim unicus dixit teſtis fol. & ſuccedit diſpoſitio *Ord. in 4. tit. 100. in fin. princip. juncta alia Ord. ejuſdem tit. §. 2.* quæ proximiori ultimo poſſeſſori maioratus deſert ſucceſſionem, *Gam. dec. 7.* itaque probata exceptio judicanda eſt. *Ulyſſipone 29. Jul. 680.* *Pereira.*

Multa ponderarunt Docti Patroni; tam primæ quam ſecundæ inſtantix, artamen aliqua per eos tradita magis inſerviunt ad confuſionem, quam ad inveſtigandam veritatem. In præſenti prius de exceptione peremptoria agendum eſt.

57 Licet exceptio de jure tertii in maioratum controvertiſ admittatur quando liquide demonſtratur

Pars IV.

alium eſſe proximiorum vel parem in gradu, quia tunc eſt excluſio juriſ agentis, *Menoch. conſ. 796. Gratian. Forenſ. cap. 715. n. 24. Fuſar. conſ. 49. n. 55. Cyriac. contr. 4. n. 58. & contr. 327. n. 83. 84. 85. late Gui b. de feud. §. 2. gloſ. 9. n. 89. & 90. verſic. declara quarto, & n. 91. 93. & 94.* & eſt ratio, quia in judicio tantum conſideratur jus Actoris, *L. fin. Cod. reivindicat.* & Reus poteſt exceptionem opponere, ſcilicet de te non loquitur inſtitutio *Perigr. de fideicommiſſ. art. 1. n. 26. Caſtilh. lib 4. contrav. cap. 9. n. 3.* aut alius te præcedit, & ſua non intereſt, *Cyriac. Forenſ. contr. 327. n. 84. & 85. Gratian. Forenſ. cap. 56. n. 1. Fontanel. dec. 48. n. 13. Fuſar. de ſubſtit. q. 608. n. 4. & 5.* quod procedit etiam ſi Reus fateatur eſſe prædonem, *Pacion. de probat. cap. 6. n. 7.* cum aliis adductis à ſapientiſſimo, & amantiſſimo Domino ſupra, & ſemper excipi poteſt de non jure agentis ad excluſionem Actoris, & tunc non dicitur, quod reus allegat jus tertii. *Amat. Variar. reſolut. 13. n. 41. Fontan. de pact. nupt. tom. 2. clauſ. 5. gloſ. 8. p. 2. n. 28. & dec. 48. n. 14. cum ſeqq.* Sequens enim in gradu non admittitur in ſucceſſione maioratus, donec alius præcedit, ac eſt ſpes quod proximior ſuccedat, ut tenet, *Giurb. de feud. dict. §. 2. gloſ. 4. n. 50. & 54. Cyriac. contr. 205. n. 54. cum ſeqq.*

His tamen non obſtantibus ſupradicta reſolutio locum non habet in præſenti cauſa, quia intelligitur quando ille tertius, de cujus jure excipitur oppoſitioni conſentiat, ut tenet, *Bart. in L. 2. n. 1. ff. except. rei judicat., quem ſequitur Fuſar. dec. 4. n. 2 & 8. ut reſert. Gratian. cap. 526. n. 50. & 599. n. 24.* & in hoc cauſa non ſolum deficit

Ti ii

con-

consensus illorum, qui dicuntur esse proximiores, sed nec existunt, nec Agravans tale probat concludenter, ut necessarium erat, *Mascard. conclus. 73. n. 1. Roland. cons. 89 n. 31. versic. amplia Petr. de fissis. q. 11. n. 475.* quia probatio resultans ex certitudinibus extractis à libris familiarum, fidem non facit in hac materia contra tertium, nec in ejus præjudicium creduntur, ut in terminis tenet, *Petr. Gregor. Synth. jur. p. 3. lib. 48. cap. 1. n. 5. Pareja de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. §. 5. n. 2. & seqq. & n. 54. Augustinh. Barb. in cap. cum causam de probat. n. 3. & 5.*

62 Et dato quod probasset, ut necessarium erat, & quod dictæ certitudines fidem faciant adhuc obtinere non poterat, quia licet esset sine dubio Illustrissimum Archiepiscopum Eborensem (qui in pace requiescat) esse descendente à Gomesio Ferreira filio secundo Ayres Ferreira, & illustrissimum Comitem de Castelmilhor esse descendente Cathalinæ Ferreira, ut agravans excipiens proponit, & quemcunque ex illis fuisse propinquorem, adhuc nullus ex his succedere poterat in hoc maioratu, quia unus descendit à filio secundo Gomesio Ferreira, alius ab Alvaro Ferreira filio tertio Ayres Ferreira, & Actor Emmanuel descendit à Martino Ferreira primogenito ejusdem Ayres Ferreira, omnes descendentes ab institutore, ut cernitur ex sententia fol. confirmata in Senatu, & cum Ludovicus Carolus ultimus possessor è vita discederet absque liberis, & Rea ejus soror exclusa sit, ut femina, ut apparet ex dicta sententia, devolvitur successio ad Actorem descendente à primogenito licet maioratus ablatus fuisset à Dona Joanna descendente ex linea pri-

mogenita per secundum Ayres Ferreira filium Alvari Ferreira tertio genito ejusdem Ayres Ferreira; à quo descendit Illustrissimus Comes, esto quod fuisset ab illo descendens, quod mihi legitime non probatur, & etiam Illustrissimus Archiepiscopus ex filio secundo dicti Ayres Ferreira, quia per mortem ultimi possessoris absque liberis, linea primogeniti Martini Ferreira, quia in maioratu successit, postergata propter incapacitatem D. Joannæ feminae intermediæ reintegratur, & succedere debet descendens ex illa, & non ex filio secundo genito nec tertio genito, quales sunt dictus Comes, Et Archiepiscopus, atque ista linea primogeniti à qua descendit Actor postergata reviviscit & in illa debet reintegrari successio ac si non fuisset ablata à Dona Joanna lineæ primogeniti, quæ in maioratu successit, & possessionem apprehendit *L. 2. §. si mater ff. ad Trebelian. ibi: matre remota eos admitti, qui venient si mater non fuisset. L. inde Neratius ff. usu fruc. accres. ibi: Ad eam enim partem reddere debet, à qua & initio demissa est L. si unus 28. §. pactus si poterat ff. de pactis ibi: Quoties enim ad jus, quod* 64 *lex naturæ eis tribuit de dote actio reddit non fit causa dotis deterior, sed formæ suæ redditur L. filio quem pater ff. liber. & posthum. ibi: retortus se actio refert. L. si illius 42. ff. bonor. libert. ibi: ei qui alio jure ve-* 65 *nit quam eo quo amisit non nocet id quod perdidit sed prodest id quod habet, tenent Bald. cons. 52. & cons. 420. num. 3. & 4. lib. 3. & cons. 202. num. 2. lib. 5. Dec. cons. 67. num. 1. Gratian. cap. 218. num. 85. & cap. 456. ex num. 32. Peregrin. de fid. comis. art. 27. num. 21. Fusar. de substit. q. 379. n. 4. Molin. omnino videndus de primog. lib. 1. cap.*

cap. 6. n. 22. verſic. *hac autem*, & lib. 3. cap. 5. num. 72. *Caſtilh.* lib. 5. *contr.* cap. 91. n. 67. & 68. & cap. 92. n. 33. & cap. 93. §. 13. num. 3. *Larrea* dec. 54. per totam *Seſſ.* dec. 308. n. 2. *Mart.* de ſucceſ. leg. p. 1. q. 3. art. 9. *Menoch.* conf. 957. & 359. n. 4. & 10. *Fontan.* de pact. nupt. clauſ. 4. gloſ. 25. n. 17. 18. & 19.

66 Atque ita cum Rea ſit excluſa. ut fœmina, & nec unus, nec alter ſucceſſione ad lineam primogeniti poſtergata, ac per conſequens ad Actorem ex illa deſcendentem, & non ad Illuſtriſſimum Comitem, nec ad Archiepiſcopum deſcendentes à filio ſecundo & tertio Ayres Ferreira, qui etiam ſi fuiſſent propinquioreſ, ut à Rea allegatur, ubi primum ultimus poſſeſſor Lodovicus Carlos è vita deceſſit abſque liberis, & ſoror Rea ſucceſſione non poteſt, propter ſexus excluſionem reintegratur ſucceſſio in linea primogeniti à qua exiit propter fœminam, & excluſit Ream.

Spreta ita exceptione, & excluſa Rea ex fundamentis ſupra relatis, deveniendum eſt ad quaſtionem inter Actorem & opponemtem & Joannem Machado Deça. In quo dubio reſolvendum puto, non obſtante oppoſitione maioratum ad Actorem pertinere, viſo libello fol. & ſententia fol. & confeſſione opponemtis in articulis, & perorationibus primæ inſtantia, quæ facit plenam probationem *Vas alleg.* 72. n. 139. *Gom.* 3. *Variar.* cap. 12. n. 4. *Cab.* 2. p. dec. 29. n. 7. *Per.* dec. 25. n. 19. & 68. n. 5. *L.* in allegationibus. *Nigr.* *contr.* 110. n. 101., ut per *Auguſtin.* *Barboſ.* in *colleſtan.* ad cap. ut de confeſſ. n. 6. *Caſtr.* in *prax.* lib. 3. cap. 12. n. 23. *Phœb.* 2. p. *areſt.* 30. verſic. Scias autem atque ex dicta ſententia, & opponemtis confeſ-

ſione, cernitur quod Actor deſcendit ex linea primogeniti etiam ſi tranſverſalis ultimo poſſeſſori, datur ei beneficium representationis, & excluſit per eam opponemtem quanvis proximiorum juxta diſpoſitionem *Ord.* lib. 4. tit. 100. *Pereir.* dec. 116. *Reinoſ.* *obſerv.* 26. n. 6. & per totam, & ibi præceptor Antonius da Cunha in privatis Scholis in *L. cum ita* §. in *fideicomis.* ff. *legat.* 2. Joannes de Carvalho in privatis Scholis in *Clement.* ſi plures de jure patronatus *Pinheir.* de *Cenſib.* & *emph.* 2. p. *deſput.* 5. *Seçt.* 4. §. 3. n. 93. & 96. *Valaſc.* de *juſta acclamat.* p. 2. punct. 1. §. 4. n. 69. & 70. & de *præſid.* *Aleman.* lib. 2. tit. 1. artic. 3. pag. 175. col. 2. *Phœb.* dec. 39. His ſic ponderatis, junctis que perorationibus, tam primæ, quam ſecundæ inſtantia, prædoctè allegatis, ſententiam Inferioris Senotus in omnibus confirmandam exiſtimo. Ulyſſipone 20. Auguſti 680. Freire.

69 Maioratus probatur per ſententiam, in qua fuit declaratum aliqua verba eſſe maioratus, *Pereg.* art. 43. n. 22. *Mier.* de *maiorat.* 4. p. q. 14. n. 16. & obſervantia ſubſequenti probat, & declarat. maioratus dubiam ſcripturam *Fontan.* dec. 33. n. 1. & 2. & 9. *Molin.* de *primog.* lib. 1. cap. 5. n. 39. verſic. nona conjectura & lib. 2. cap. 6. n. 57. ibi: quod ſufficit per decennium obſervatio *Font.* *ſupra* n. 3. Per ſententiam de qua a fol. ſemel in ſenatu deciſum invenitur irregulare eſſe vinculum, quod de novo modò arguitur: & ex dicta ſententia Rea aſcendentes invenimus de dictis bonis tanquam irregulariter vinculis in annos plurimos fructos fuiſſe, ea que ab aſcendenti A. & opponemtis fœmina à principio rei vindicaviſſe propter ſexum: impium imo & abſurdum eſſe

set adhuc indubia institutionis quaestione à dita sententia recedere in eadem vero & re iudicata contra text. expressum (& in fortioribus terminis) in *L. 3. §. item quæri potest ibi*: nam & hic valebit alienatio propter rei auctoritatem iudicatæ ff. de rebus eorum, & contra regulam vulgarem quod causa in suprema curia decisa non debet in disputationem deduci *cap. cum dilecti de elect. Auth. quibus modis naturales efficiantur legit. §. & nos non latus collect. 6. L. nemo C. sum Trinit. & quod non solum super specificè decisis standum sit sententiis senectus, sed etiam in similibus earum decisione tenet Gam. dec. 228. ubi. Flor. Cab. 1. p. dec. 212. Larrea alleg. 23. n. 28. Valens. cons. 83. n. 115.*

71 At quanvis ex dicta sententia & observantia probetur virulum irregulare esse: non probatur, neque iudicatur masculinitatis esse, vel agnationis tantum; non enim in dicta sententiæ processu de hoc illa fuit quaestio, aut decisio; cum Reus atavus ad consequendam maioratus successionem simili disputatione non indigeret, qui erat unicus agnatus, illi sufficiebat maioratum irregularem probare, ut à femina possessore, sive masculinitatis, sive agnationis tantum esset vendicaret; Aliud tamen in præsentis dicendum, quod Actor, & opponens sunt cognati, non nisi in maioratu masculinitatis, regulariter succedere possunt, quia adhuc finitis agnatis in maioratu rigurose agnationis quam plurimi DD. masculis cognatis feminas agnatas anteponunt.

72 In præsentis igitur iurgio determinandum esse teneo; An maioratus irregularis sit masculinitatis? vel agnationis seu ut frequentius Doctores loquuntur; sit fictæ agnationis, vel rigurose tantum agnationis nene? Ma-

ioratus irregularis de quo in sententia a f. & in testamenti clausulis, quorum scripturæ cum sint antiquæ & secundum earum tenorem observatum, non potest tractari, an fuerint sollemnes, vel non *Castilb. lib. 5. contr. cap. 93. §. 7. n. 3.*

Et dicta quaestione, clausula fol. 73 ibi: *e sejaõ Varoens.* dictæ institutionis ponderata, ex qua unice maioratus irregularis iudicatus fuit, maioratum dicerem simplicis masculinitatis, ex his quæ cum pluribus latè doctè que *Castilb. quot. lib. 5. c. 131. per tot. præcipue n. 4. ibi*: quod verbum (succedat masculus) indefinire prolatum habet vim generis, idem operatur, ac si dictum fuisset succedat omnis, & quicumque masculus; *Sous. in L. femina de regul. jur. n. 47. versic. non ergo ex vocatione Phæb. dec. 39. n. 13. & 14. & 15. dec. 44. n. 10. & 11. Sous. de Maced. dec. 19. n. 9. versic. nisi id clarissimis. Lar. de vit. hom. c. 30. n. 86. versic. vel debet. Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 14. n. 7. lib. 6. tit. 15. n. 5. Cassan. cons. 38. & n. 78. & cons. 50. n. 29. & cons. 6. n. 34. ubi quod argumentum à ratione agnationis est dubium, & periculosum Menoch. cons. 706. n. 48. 49. & 50. & cons. 926. n. 37. Gam. dec. 59. n. 6.*

Tum etiam quia clausula irregularitatis, quoniam exorbitans, & irrationabilis adversus feminas iudicatur, non inducitur, nisi clarissima exprimat. *P. Molin. disput. 625. Thes. for. lib. 2. c. 5. n. 3. & exorbitantior, ac irrationabilior erit, cum extendatur ad masculos descendentes à feminis, quæ in ferioris conditionis sunt L. in multis ff. statu hom. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 22. tit. 8. n. 1. & ad odium non augendum dicta clausula potius restringenda est Cyriac. contr. 653. n. 4.*

4. *Perigr. conf.* 10. n. 13. vol. 2. *conf.* 30. n. 11. vol. 5. *Surd. conf.* 85. n. 10. *Menoch. conf.* 472. n. 3. *Cravet. conf.* 62. n. 7.

Imbecillitatem juris ſui in hac cauſa fat RR. agnoverunt, qui tandem ex jure alieno ſe enixe defendere conantur: ſed non fortuna inæquali ex ſeqq.

76 Jus tertii ut poſſit allegari contra regulam *text. in L. loci corpus §. Competit. ff. ſi ſervitus vendicetur L. ſi quis emptionis §. ſin vero nullum cod. præſcript.* 30 debet juris agentis eſſe excluſivum cum *Bart. Gam. dec.* 16. n. 2. *Cabed. dec.* 63. n. 2. potius enim decaentia actionis agentis, quam de jure tertii tunc opponitur *Font. dec.* 48. n. 20. 21. & 22. & Actor, quia ſine actione agit excluditur *Fontan. dicta dec. num.* 15.

77 Ut igitur ſit excluſivum jus tertii quod actorem ſine actione agere dicatur debet ipſo jure eſſe excluſivum *Bart. in L. 2. ff. de except. rei judicæ Cancer. Var. lib. 1. cap.* 18. n. 17. *Surd. dec.* 108. n. 20. quos & alios refert & ſequitur *Salgad. in Labrint. p. 2. cap. 22. n. 63.* quamplurimos *Vela diſert.* 47. n. 1. & ad hoc probatum non probandum jus tertii opponi debet *Oldr. conf.* 306. *in fin. verſic.* Secunda ratio, ſit ſi ex ſola oppoſitione tunc conſtabit, agentem jus non habere, ſed tertium, prout tenet *Cancer. dicto n. 17. verſic.* ubicunque, quod in noſtro caſu dici non poteſt; quia in noſtro caſu licet jus ſucceſſionis, ſtatim poſt mortem ultimi poſſeſſoris deferatur proximiori conſanguineo; non plus poteſt dici delatum Actori quam tertio vel alteri cuicunque conſanguineo antequam quilibet eorum probet proximiorum conſanguinitatem *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. n. 9. & 10.* & ita

ante dictam probationem legitimam jus tertii oppoſitum, non eſt ipſo jure excluſivum, neque ſine dicta probatione ex ſola dicta oppoſitione juris tertii improbatum conſtat tertium jus habere, et agentem non habere, ut quia ſine actione agit excludendus ſit actor à judicio.

Deinde requiritur quod jus tertii 78 ſit cum effectu. *Mieres de maiorat.* 4. p. q. 15. n. 2. prope finem *Poſt. de manut. dic.* 334. n. 25. p. 2. *Thufc. lit. l. conclus.* 636. n. 36. ubi cum Soc. quod quanvis jus ſit ipſo jure ſi ſine effectu ſit, puta quia requiritur conſenſus voluntas, vel acceptatio, nunquam Opponi valet tale jus à tertio niſi is conſentiat, & cum effectu cauſatum ſit jus ſucceſſionis maioratus ante acceptationem legitimi ſucceſſoris eſt ſine effectu, & apponi non poteſt in terminis *Cravet. tom. 6. conf.* 884. n. 89. & ſeq. de fideicommiſſo perpetuo familiae loquendo, quod à maioratu non diſfert. *Valaſc. de jure emph. q.* 50. n. 29. *Molin. de primog. L. 1. cap. 1. n. 7. Pedilb. in rubric. de fideico. q.* 19. n. 20.

Ex his rejecta juris tertii allegatione ultima & potiori ſpe abſolutionis RR. jam inter Actorem, & opponentem tandem jus dicere tenemur: & pro Actore eſt expreſſa *Ord. lib. 4. tit. 100. in princ.* pax patria lex ſequuta fuit doctrinam *Paul. Caſtr. conf.* 164. n. 5. p. 2. quia ante dictam *Ord.* variæ fuerunt DD. opiniones de jure communi, jam ſic, & jam ſic diverſimodi judicabatur.

Vim dictæ Ordinationis diſpoſitionis agnoſcens contra ſe opponentem, in hac inſtantia negat, quod in inferiori multoties, & in ſuis articulis affirmaverat, nempe ſe & A. ſucceſſores, ab inſtitutore maioratus eſſe: Sed perpene ſine, ultra probationem legitimam, ex qua ſuarum con-

confessionum convinceret errorem, qui legitimè contra illum probant, pro ut præcedens sapientissimus, & amantissimus Collega demonstrat. Certitudines RR. ex libris genealogiis (quando probarent) solum concludunt aliam fuisse ascendentiā Actoris, oppositis, & Rex, non illam, quam Actor & opponens articularunt; sed ab institutore maioratus non descendere Actorem, & opponentem neququam ex dictis certitudinibus convincitur & præsumptio stat pro dicta descendentiā ab institutore, eo quod Actor, & opponens descendant à possessoribus maioratus, qui ad solos filios institutoris & eorum descendentes invenitur institutus sol. & opponens qui R. non est necessarius, sed voluntarius, & censetur A. *Abb. in cap. cum inter n. 12.* est qui intentionem suam probare tenetur contra Actorem.

81 Representationem non dari ex eo quod linea primogenita A. dupliciter truncata fuisset, scilicet in Avia, & Otavia, quæ ut feminæ erant incapaces successionis maioratus irregularis, & dici non potest; quia cum illarum in capacitas successionis capacitem non tollat in descendentiâ masculina, qui jure proprio, propriaque vocatione juvatur *Castilb. contr. cap. 15. n. 57. lib. 3.* Linea semper conservatur, & datur feminarum representatio, quanvis in capacitas feminarum, quas repræsentant masculi descendentes, illis nocere possint, *Castilb. dict. lib. 3. cap. 19. n. 171.*

Non tandem tollitur representatio, quia instituitur, & testator ad successionem maioratus vocasset proximiorē consanguineum; hæc enim verior, & comunior est opinio in praxi magis recepta, & qui sunt in linea miliori representativo jure pro-

ximiores esse illiguntur *Molin. lib. 3. cap. 8. n. 11. vers. hoc autem P. Molin. tom. 3. disput. 629. n. 2. vers. dubium deinde est Gutierr. lib. 3. practicar. q. 68. per tot. Castilb. lib. 3. cap. 19. n. 302. & n. 313. & lib. 2. cap. 20. n. 7. Reinos. observ. 25.* Cõfirmetur igitur in inferiori Senatu judicatum. Ulyssipone 18. Octobris 680,

Sylva e Sousa.

No Feito de appellaçãõ de Diogo Martins com André Martins Pegas; Escrivaõ Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello do A. contrariedade dos RR. replica, e treplica, mais artigos offerecidos prova dada por huma, e outra parte papeis, e mais documentos juntos. Mostra se por parte do A. que Martins Bolo, e sua irmãa Catharina Alvares em o testamento, que fizeram de maõ commua em o qual instituirãõ de seus bens huma capella, e morgaõ, ordenarãõ, que succedesse na administraçãõ della o que ficasse vivo, e em ultimo lugar, e por sua morte que lhe succederia seu sobrinho Antonio filho de seu irmão dos instituidores Diogo Martins, e que por morte do dito seu sobrinho lhe succederia o filho mais velho varaõ, e não o tendo a filha mais velha, que tivesse, e não deixando descendencia alguma o dito seu sobrinho entraria nesse caso na administração da dita capella, e morgaõ do mesmo Diogo Martins irmão dos instituidores a quem succederia por sua morte o filho varaõ mais velho, que tivesse, e não o tendo lhe succederia a filha mais velha, e dahi os seus filhos, e herdeiros em graõ masculino: Mostra-se que a instituidora Catharina Alvares faleceo em ultimo lugar, e que ao tempo de sua morte era falecido, não só o dito seu sobrinho Antonio chamado em primei-

ro lugar, sem deixar descendencia alguma, mas tambem o dito Diogo Martins seu pay, que em segundo lugar fora chamado sem deixar filho varão, em os quaes termos se ficou devolvendo a dita administração a filha mais velha do dito Diogo Martins na forma da instituição, e que por ser esta falecida, e ser o A. seu filho legitimo, e o mais velho lhe pertencia assim por representação de sua mãe, como por estar expressamente chamado pelos instituidores na vocação, que fizeram de filho varão mais velho que tivesse a femea, que houvesse de succeder na dita capella, e morgado, e não a mulher do R. que era filha segunda mais moça, que não devia succeder em quanto houvesse descendencia da mais velha pelo que lhe devia os RR. largar os bens da dita capella, e a tapada do possô do preto que a dita ultima possuidora deixou a pessoa a quem a dita capella pertencesse com os frutos da individual occupação até real entrega. Por parte dos RR. se mostra, que supposto os instituidores, em a cappella, e morgado, que instituirão fizessem as vocações na forma sobredita, não podia comtudo pertencer ao A. a successão de que se trata, por quanto nella senão verifica aquella qualidade de filho, ou filha mais velha que os instituidores quiserão, que concorresse em a pessoa que lhe houvesse de succeder, mas somente se achava em a R. por ser a filha mais velha do chamado Diogo Martins em o tempo da morte da ultima possuidora ao qual somente se devia attendere, sem embargo de que o A. fosse filho da filha mais velha do dito Diogo Martins, e que o direito da representação por cujo pretexto queria preferir o R. nesta successão, não tinha lugar no presente caso se considerava nos morgados instituidos por ascendentes,

Pars IV.

dos litigantes, e não por transversoens, quaes erão os instituidores do de que se trata a respeito do R. e do A. e que outro sim por não haver entrado nesta administração o avo, e mãe do A. lhe não podia transmitir a successão della pela não haverem possuido, o que se verificava mais por haver deixado a ultima possuidora em o testamento com que faleceu vinte mil reis a mãe do A. para ajuda de seu casamento por onde fora vista excluilla da dita successão. O que tudo visto, e o mais dos autos, e como por elles se mostre, que o A. he filho legitimo, e mais velho de Catharina Rodrigues, a qual era filha mais velha de Diogo Martins irmão dos instituidores, e por elles chamado em segundo lugar para administração da capella de que se trata, e conforme a instituição della, como depois do dito Diogo Martins os instituidores chamaraõ ao filho varão se o tivesse, e não o tendo a filha femea mais velha, e depois della a seus filhos, e herdeiros em grau masculino, e o A. he o filho mais velho da dita Catharina Rodrigues chamado expressamente pelos instituidores na vocação, que fizeram dos filhos da filha mais velha de Diogo Martins, o qual não deixou filho varão mais que a mãe do A. em os quaes termos conforme a direito em virtude da dita expressa vocação deve ser preferido a todos os parentes na successão da dita capella, sem embargo de que a dita sua mãe, e seu avo não chegassem a possuir a dita administração, e faculdade, que della lhe resulta para succeder em algum tempo se fossem vivos, fica de tal sorte a linha de sua descendencia, ou descendentes de sua linha habilitados para succeder, que virtualmente ficaõ comprehendidos na dita vocação, e pelo nascimento da mãe do A. como primogenita, ou mais velha, no

Vr

que

que não ha differença alguma conforme aos DD. de melhor opiniaõ se lhes adquerio irrevogavelmente o direito de succeder, o qual não pode perder ainda que seu pay morresse primeiro, e não succedesse, nem reduzi-se a acto algum aquelle direito de succeder, e como outro sim ainda que a A. não possa succeder neste caso pelo direito da representaçãõ por ser o morgado instituido por transversal, e não se achar em grao que por direito se requer para succeder por representaçãõ em morgados semelhantes, comtudo como tem a prerogativa da vocaçãõ pela qual prefere a todo, e a R. não tenha a qualidade de primogenita, ainda que fosse a mais velha ao tempo da morte da instituidora, porque deixando a filha primogenita mas aos filhos de mais velha. Julgo ao Autor por legitimo successor da capella, e morgado da contenda, e pertencer-lhe com toda a administraçãõ delle; e outro sim a tapada do passo do preto, que a dita instituidora deixou a pessoa a quem legitimamente pertence o dito morgado cujos rendimentos, e os da dita tapada da contestaçãõ da demanda em diante mando se entreguem ao A. e pague a R. as custas dos autos em que a condemno. Estremo 6. de Dezembro de 585.

Francisco do Valle Souto mayor.

Aqua sententia fuit appellatum ad supplicationis senatum ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

83 Sententiam confirmarem, quia A. ut ad præsentem maioratum ingressum habeat, matris Didaci secundò vocati filix natu maioris jure seu prærogativa non indiget; cum abinstituyente post illam matrem propriam habeat vocationem patet ex institutione fol. 9. ibi. a sua filha mais velha, e da hi a seus filhos &c. nam quando aliquis vocatur, &

ejus filij alia est concessio in persona patris, alia in persona filij, & sic de inceptis Gam. decis. 174. n. 21. ipsique filij post patrem tanquam substituti ex propria admittuntur vocatione, filijque secundo geniti patrisque certe preferuntur ex propria persona, quin representationis indigeant beneficio prout optime tradidit cum pluribus noster Reinos. obs. 24. n. 30. cum seqq. ubi interminis nostram fuit amplexus opinionem, igitur cum Actor ex propria admittamus vocatione superflua redditur circa representationem disceptatio, hæc quippe certe fugit eo casu, quo filius natu mayor, seu filia vero simpliciter vocatur sed etiam ejus filij, nam cum hi à testatore vocati existant in dubiè admittendi sunt patris exclusis Gam. optime decis. 160. n. 3. Reinos. supra dict. n. 30. teneat igitur judicatum Ulyssipone 3. Junij 1686. D. Vieira.

84 Omnia in paucis jure merito præcedens dominus collendissimus fuit amplexus, clara nanque appellati vocatio injuste fol. 9. subqua ex propria succedit persona, omnim in præsentiarum hæsitacionem excludit, representationis que respuit subsidium, ac tandem appellantium patroni sudorum in utilem reddit; neque his, quæ Reinos. & ejus additionator in materia observ. 24. à n. 30. cum seqq. resolvunt quidquam, quod non sit superfluum addi posse censeo, sententiam igitur confirmare superest sic placet. Ulyssipone 28. Julij 1686.

Doutor Maya. Idem Basto.

No Feito de appellaçãõ civil do Capitaõ Joaõ de Moraes Dromondo, e Joaõ Bautista Machado, com Manoel Escorcio da Fonseca, Escrivaõ Antonio Sequeira da Gama, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello dos Author

tores, contrariedade do Reo, replica, e treplica, papeis juntos, prova por huma, e outra parte dada. Por parte dos AA. se mostra que Britis Escorcio mulher de Antonio do Rego, por não ter descendentes, instituiu Morgado de successão na metade de seus bens, para nelle succeder o ditto Antonio do Rego seu marido, gravando-o, para que por sua morte entrasse no ditto Morgado seu sobrinho João Rodrigues Escorcio, para por sua morte succederem seus descendentes por linha direita por representação, e por morte delle lhe succedesse sua filha mais velha, excluindo aos machos, que não poderião entrar, se não em falta de femea, por ser sua tenção a gazalhar as femeas no que foy visto, fazer Morgado de perpetuação, e representação. Mostra-se outrossim, que por morte da instituidora, succedeo nos dittos bens seu marido Antonio do Rego, e por seu falecimêto succedeo João Rodrigues Escorcio, sobrinho da instituidora com quem deo principio á successão dos descendentes do ditto seu sobrinho. Mostra-se mais, que o ditto João Rodrigues Escorcio, foy cazado com Maria Pacheca, e delles nascerão dous filhos, e duas filhas, Diogo Rodrigues Escorcio, que não teve filhos, e Manoel Escorcio da Fonseca, de quem nasceo Dona Anna da Fonseca mãy da A. e as duas femeas filhas do ditto João Rodrigues Escorcio, huma dellas Dona Anna, que foy cazada com Antonio Rodrigues de Freytas, e por delles não ficarem descendentes, succedeo no ditto Morgado Dona Izabel, segunda filha do ditto João Rodrigues Escorcio, a qual cazou com Bernardo de Freytas da

Part IV.

Sylva, dos quaes nasceo huma filha por nome Dona Anna, que foy Freyra no Mosteiro de Santa Clara, que se chamou D. Anna do Euangelista, a qual possuhio o ditto Morgado, até a hora de sua morte, e nella se acabou a linha da ditto Dona Izabel: Tambem se mostra que por morte da ditto Dona Anna do Euangelista, havia de entrar na successão do ditto Morgado Donna Anna da Fonseca, filha de Manoel Escorcio da Fonseca, filho maes moço de João Rodrigues Escorcio, por ser sua neta, e se principiar nella a melhor linha que se deve continuar nella a A. sua filha, por que supposto que a ditto Dona Anna da Fonseca fosse fallecida ao tempo que morreo a ultima possuhidora, com tudo chegou a ter o Direito para poder entrar no ditto Morgado se viva fosse como femea mais chegada á ultima possuhidora. Mostra-se mais, que a R. Maria Barreta, lhe não pertence o Morgado da contenda, porque ainda que seja bisneta do ditto João Rodrigues Escorcio, não procede, nem deriva seu Direito da linha que se constituhisse em femea sua ascendente, mas sim de seu pay, chamado tambem João Rodrigues Escorcio, linha reprovada pela instituidora, e a A. lhe precede no Direito da representação, por constituhir sua mãy Dona Anna da Fonseca linha inclusiva em si, e para seus descendentes, e confessando ainda a A. sem prejuizo da verdade, que não representa sua mãy, e está em igual grão com a R. ainda nestes termos, compete a successão deste Morgado a A. pela prerogativa da linha, e idade por ser a femea mais velha descendente do ditto João Rodrigues Es-

Vvii

cor-

corico. Ultimamente se mostra, que a R. está intruzã em parte dos bens deste Morgado, possuindo, e desfrutando huma fazenda de vinhas, e arvores de fructo na Ribeira desta Villa, aonde chamaõ as Agoas Bellas, e outros bens pertencentes ao ditto Morgado, e deve ser condemnada restitua as dittas fazendas à A. com os fructos da individa occupação até real entrega. Porém por parte dos RR. se mostra não ter fundamento algum o libello dos AA. por não pertencer o Morgado da contenda a A. mas sim à R. porquanto entrando na administração delle João Rodrigues Escorcio, primeiro chamado pela instituidora, nomeou para a successão por titulo de dote a sua filha Dona Izabel, que foy cazada com o ditto Bernardo de Freytas da Sylva, o qual o possuio. Mostra-se outrossim, que por falecimento da ditta Dona Anna do Evangelista filha da ditta Dona Izabel se acabou a ditta linha, e ao tempo da sua morte se devolveo o Direito à R. porque supposto esteja em igual grão com a A. por serem ambas bisnetas de João Rodrigues Escorcio, primeiro chamado, tem a prerrogativa de femẽa mais velha, a que manda a instituidora attender ao tempo da successão. Mais se mostra senão deve admittir a representação, que a A. pertende nos termos presentes, por serem totalmente transversaes, assim a respeito da ultima possuidora, como da instituidora do ditto Morgado, e estarem já fora dos grãos em que se admittite a tal representação. Tambem se mostra, que não consta da vontade da instituidora, ser sua tenção admittir sempre os descendentes de femẽa, ainda por representação, e excluir os descendentes de macho, em cujos termos só se podia attender à linha principada em femẽa, ou derivada de macho. E ultimamente se mostra ser falso o dizerem os AA. que estão de posse da ametade dos bens pertencentes ao ditto Morgado, porque supposto se meterão na ditta posse violentamente, forão logo tirados della, por authoridade de Justica, e estão hoje os dittos RR. possuindo todos os dittos bens. O que tudo visto, e o mais dos autos, e disposição de Direito em tal caso, e expressa Ley do Reyno, pela qual entre os transversaes se deve só admittir a representação entre os irmãos, e filhos de irmãos, e como a A. e R. estejão já fora deste grão, e totalmente sejão transversaes, assim a respeito da ultima possuidora, como da instituidora, que ao tempo em que morreo a ultima possuidora, já era falecida da vida presente a mãy da A. donde pertende deduzir seu Direito, e só então o pudera fazer, se claramente constara da vontade da instituidora, que queria que em quanto houvesse descendentes de femẽa, não entrasse descendente de macho, o que se mostra pelo contrario, pois o respeito a que só attendeo a instituidora, foy pessoal dirigido a cada pessoa per si, dizendo que a sua tenção era agazalhar as femẽas, que he o mesmo que amparalas, e que nesse tempo em que se deviaõ amparar, se attendesse à filha mais velha, que se acha ser a R. e estando em igual grão com a A. e tendo a prerrogativa de mais velha, sempre lhe deve preceder; maiormente quando hum dos fundamentos da A. porque pertendia o Morgado da contenda, vinha

vinha a ſer o ter a prerrogativa de mais velha, como ſe vè do oitavo artigo do libello, e ſe acha convencido pelos meſmos autos, e não ſe poder dizer ſer a R. deſcendente do pay, reprovado pela inſtituidora, e de raiz infecta, porque differente couſa he ſer preferido, ou reprovado, porque o preferido tirando-ſe o obſtaculo de quem o prefere, entra livremente na ſucceſſão, e o reprovado nunca o pôde fazer; e ſuppoſto que a mãy da A. houveſſe de preferir ao pay da R. ſe viva foſſe, e à meſma R. tanto que ſe acharaõ ſómente vivas a A. e R. ao tempo da ultima poſſuidora, e ſer a R. mais velha que a A. eſtando em o meſmo grão, ſem duvida lhe deve preferir; pelo que julgo não pertencer o Morgado da contenda a A. mas ſim à R. que juſtamente o poſſue, e deſfrutta, e abſolvo aos Reos do pedido pelos Autores em ſeu libello, aos quaes condenno nas cuſtas dos autos. Santa Cruz 9. de Mayo de 1689.

Antonio Teixeira da Sylva.

Ab hac ſententia fuit appellatum ad ſupplicationis ſenatum, ubi confirmata fuit in deliberationibus ſequentibus.

85 Sumus in maioratus á tranſverſali conſtituto in ſæminarum favorem primario, in ſubſidiumque deficientibus ſæminis maſculi invitati deteguntur ad vinculum, ut patet ex inſtitutione extincta linea ſæminea per obitum Dominae Annae primi vocati neptis, modo ad ſucceſſionem concurrunt Actrix deſcendens ex filio primi vocati Joannis, ſed per feminam, Rea vero Actrice in ætate minor, ei tamen Actrix in gradu æqualis, ſed per maſculum illi primo vocato conjun-

cta; videamus modo, quis ſit in hac ſucceſſione præferenda? & puto Ream eſſe præferendam, nam teſtatrix primò, & principaliter intendit, in ſæminarum favorem maioratum conſtituere, voluitque ſæminas in maioratu ſuccedere, lineam que ſæminarum contemplavit non ſubſtantia, ut ita dicam, ſed qualitatis quæ in præſenti ex ſæminis componitur, ex his que Roxas de incompatibilitat. p. 1. cap. 4. §. 20. n. 301. juncto §. 24. per totum & in his lineis ſolum attenduntur perſonæ illam qualitatem habentes, ex quibus illa linea componitur, & non attendimus ad modum per quem illæ perſonæ ad illam qualitatem perveniunt, hoc eſt, non attenditur an illa perſona, quæ habet qualitatem ſæminæ, à maſculo, vel à ſæmina procedat, nam huic ſucceſſio deſertur ſuo jure in ſuo loco, & gradu, ut cernimus in maioratu ſimplicis maſculinitatis Roxas dicto cap. 6. §. 22. n. 324. adeo ut de medio tollantur omnes perſonæ in quibus qualitas requiſita deſuit Roxas proximè verſic. tamen, unde cum tam Actrix, quàm Rea ſæminæ ſint, ut tales ſin in eadem qualitatis contemplatæ linea, illis necceſſe non eſt à parentibus ſuam prelationem mutare, cum jure ſuo ſuccedant, & ex propria prerogativa, ſeu qualitate, & ita cum Rea, & Actrix ſint in eadem qualitaris linea, eodem que gradu, ut in conſeſſo eſt, Rea ratione ætatis eſt præferenda, ex his quæ Souf. de Maſced. deciſ. 16. n. 7.

Nec proficit Actrici, quod á ſæ- 86
mina procedat, quia cum ſimus in maioratu irregulari, qui lineam qualitatis, ut pote ex ſæminis compoſitam reſpexit, quædam ſuo jure ipſam ſubintrat lineam, quin matrem v. g. repræſentare valeat, ut præferatur, nam non qualitas, quemad-

modum

modum gradus repræsentatur, alias enim masculus ex fæmina porximiori præfereretur fæminæ ex masculo, hoc nemo dicet, nec nostræ Ræ officere valet quod ex masculo procedat, nam in linea masculinitatis simplicis, in quo agnatio non contemplatur solum ex masculis linea componitur omnibus demptis fæminis *Roxas dicto cap. 6. dicto §. 22. dicto n. 324. dicto versic. tamen*: igitur similiter in linea ex fæminis componenda, omnes masculi de medio tollentur, & fæminæ jure proprio subintrant, cum de uno ad alium casum argumentum procedat *Roxas dicto cap. 6. §. 24. in fin.* Deinde sumus in maioratu à transveasali constituto, & semper à transverfalibus possessio, quibus in terminis semper fugit repræsentatio, etiam in opinione *Sousa de Macedo dicta decis. 16. n. 12.* igitur ne in re mihi clara diutius immorer in Ræ favorem sententiam laudarem *Ulyssipone 25. Maij 1692.*

Doutor Vieyra.

88 Supposito hujus præcessus facto, de quo partes non dubitant, & cum ad præsentem maioratum fæminæ in viratæ fuere, in favorem Acticis facit quod ipsa à fæmina descendit, Rea vero à masculo, & ita excludenda venit, nam sicuti quando fæminæ à successione excluduntur, masculus ex fæmina dependens non admittitur juxta *text. in cap. 1. §. hoc autem de his qui feud dari possunt text. in cap. 1. desucas frat. notat Bald. in L. 1. n. 3. aliàs 5. de Senat. Tiraq. de primog. q. 12. n. 5. & q. 14. n. 5. Valasc. de jure emphyt. q. 41. n. 5.*

90 quod procedit non solum quando agitur de conservanda familia, & agnatione sed etiam in qualicumque dispositione, ut nostra dici valet *Valasc. dict. q. 41. in fin.* licet contrarium sequatur *Jason in L. Gallus*

§. nunc de lege n. 10. ff. de liberis, & posthum. Grat. plures referens cons. 120. n. 14. unde licet in maioratu, quo masculus fæminæ præfertur, si masculus cum alio masculo contendit, ille præferendus est, qui illam habet qualitatem, nempe quod ex masculo descendit, quia is proxior dicitur, nam duplici qualitate juvatur, nempe masculinitatis ex masculo præductæ, & sic maiorem conjunctionem habet *Ruin. lib. 4. cons. 169. n. 11. Mantic. de cõject. lib. 8. tit. 18. Molin. lib. 3. cap. 1. n. 47. Menoch. cons. 172. n. 31.* & ratio est quia nec filius admitti potest ex propria persona quia radix dicitur infecta, nempe exclusa ut per supra citatos: ergo ita similiter in maioratu quo masculus est exclusus si fæmina cum alia fæmina concurret, præferenda est illa, quæ à fæmina descendit, nam correlativorum eadem est ratio, & eadem dari debet juris dispositio, ut est vulgare.

Attamen supra posita doctrina cum distinctione accipienda est, nempe, quod aut fæminæ per institutorem omnino excluduntur, aut tantum in defectu masculorum, in quibus terminis etiam dicuntur admittæ primo casu qui à fæmina venit, necessario venit excludenda, sicut ipsa excluderetur si superstes esset, nam infecta radix omnibus nocet, qui ab ea originem trahunt, filius namque necessariam habet relationem ad suum principium, nempe ad matrem, & ideo magis attenditur principium, quam finis *text. in L. prima §. socio versic. inspecto initio ff. de minor.* quare cum initium sit in habile, eandem in habilitatem contrahit qui ab eo procedit eodem vitio continuato, ne exclusa sit mater, & admittatur filius, qui ab ea causam habet, & locum, qui de ejus persona derivatur occupat

occupat *Gom. in L. 40. Tauri n. 61. Pallat. in rub. §. 69. n. 34.*

95 In ſecundo vero caſu quando inſtitutor omnino excludit fœminas, ſed tantum in defectu maſculorum, tunc maſculus ſenior deſcendens ex fœmina in pari gradu cum maſculo, qui aliàs deſcendit ex maſculo, iſtum excludit, & non obſtat, quod ejus matrem à qua originem trahit, jam proponitur à maſculo excluſa, quia ſatisfit quod ejus mater excluſa eſt in actu, ſed non in abſtitudine, quia dum maſculus eam excludit adhuc in ea ſic excluſa conſideratur potentia ad ſuccedendum in mairatum, cujus ipſa eſt capax ſi caſus eveniret, ut amitti poſſit *Coſta de ſucceſſion. Regni fol. 145. verſ. nam & ſi deſcendens, faciunt quæ Bart. l. ante n. 17. ff. de verbor. ſignificat. Pelaes de maiorat. q. 6. n. 54.* Plane hoc caſu ſumus quia maſculi ſi non omnino inveniuntur excluſi, ſed in defectu fœminarum, & abſtitudinaliter admiſſi ad ſuccedendum, in quibus terminis, cum Rea ſenior inveniatur, & in gradu æquali, nihil intereſt quod ex maſculo cauſam habeat, videndus eſt *Corn. conſ. 199. n. 6. lib. 1.*

96 Ulterius ſumus in maioratu irregulari ubi non agitur de conſervanda familia, quibus interminis ſicuti in maioratibus hujus qualitatis ſolum attenditur an ſit maſculus, non vero an deſcendat ex maſculo, an ex fœmina, eodemmodo invitatis fœminis non attenditur an deſcendat ex fœmina, ſive ex maſculo, *Sucin. in L. Gallus §. nunc de lege n. 5. ff. de liberis, & poſthum. Coſta fol. 174. verſic. Diverſum.*

Neque in præſenti conſiderari poteſt ex alio fundamento nobilitas lineæ, quia lineam prærogativam habentem tantum poſſeſſor conſtituit, & dato quod omnes filij ſuas

lineas conſtituant, attamen hæ non conſiderantur, ubi repræſentatio non conſideratur, ut colligitur quamvis non clare ex dictis per *Gabr. Pereir. deciſ. 59. á n. 7.* Plane in præſenti nullibi repræſentatio admiſſi poterat, quia duplici ex capite ſumus inter tranſverſales non deſcendentes ab inſtitutrice, ut diſponit *Ord. in 4. tit. 100.* ergo de lineis nihil agendum eſt, & denique præſenti caſui bene applicari poteſt etiam ſi à contrario ſenſu doctrina *Larrea deciſ. 34. num. 70* itaque ex dictis, & à ſapientiſſimo domino jam conſideratis, etiam ſententiam confirmamus. Ulyſſipone 16. Junii 1692.

Cunha.

Cum deſſiciat repræſentatio, & tam Actrix, quam Rea jure proprio contendant, nihil mirum quod ætas, quæ ſemper prævalet, victoriam cantat, cedat igitur Actrix quia diſtituta à jure, utpote minor, vincat Rea ut maior à jure dilecta, & ab inſtitutrice vocata, & cum à præcedentibus dominis ſat præta liberunt, ideo adhærendo eorum placitis ſententiam laudare non dubito. Ulyſſipone die 18. Junij 1692.

Almeida.

No Feito de appellação cível de Henrique Peſtana Travaffos com Francisco Rodrigues Lagues, Eſcrivão Jorge Barreiros de Aguiar, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Vistos eſtes autos libello do A. contrariedade do R. mais artigos recebidos, inſtituição, papéis, prova dada, e mais documentos, pelos quaes ſe moſtra inſtituirem Martim Ferreira, e Violante Lourenço ſua mulher huma Albergaria com obrigação de ſe dar de jantar a doze pobres em quinta feira de Endoenças, e em dia do Eſpirito Santo, e camizas, como mais largamente conſta da inſtituição, a que

que a vincularão humas casas na praça da palha, e a quinta de que se trata, por onde se vê não ser Sancha Dias a instituidora, e na dita instituição se prohibiraõ albearense os ditos bens o que não obstante se mostra que sendo administrador da dita Albergaria Antonio Travassos Pestana dera de emprazamento a quinta de que se trata, ao R. em trez vidas, por cuja causa estava de posse della, e fizera bemfeitorias, reedificando as casas, e fazendo outras de novo, plantando arvores, e vinhas. Mostra se mais que o A. por morte do dito Antonio Travassos Pestana tomara posse da dita Albergaria com a qual tem direito para reivindicar os bens a ella annexos andando mal albeados, o que não tem lugar nesta quinta porq̃ o emprazamento em vidas senão pode dizer propriamente albeação sendo neste Reyno cousa muy ordinaria daremse as cousas de morgado em emprazamento em vidas, e por assim se ter julgado por muitas sentenças do Senado, e ser neste Reyno costumê geral, com o qual foy visto conformaremse os instituidores por não por esta prohibiçãõ particularmente na instituição da dita Albergaria, quanto mais que por estar a dita quinta tão damnificada, e o administrador em estado de a não poder reedificar com as bemfeitorias que o Reo nella fez assim em reedificar as casas, como em fabricar outras de novo, plantar vinhas, pomares, em fazer outras bemfeitorias fica sendo em utilidade da dita Albergaria, emprazando se com as solemnidades da Ordenação. O que tudo visto julgo o emprazamento por bom, e bem feito, e ao R. absolvo do pedido pelo A. e deferindo a reconvenção; mostrase ser o A. sobrinho do ultimo administrador irmão da R. e que fica sendo a questaõ entre tia, e sobrinho, em que

o A. representa a pessoa de seu pay, com que fica em melhor linha que a R. por ser macho filho de macho que sempre prefere à femea estando em igual grao em que o A. fica com a R. por representar a pessoa de seu pay, o que outro sim visto, e o mais dos autos, disposição de direito neste caso; absolvo ao A. do pedido pelo R. em a sua reconvenção, e o julgo por verdadeiro administrador do dito morgado, e paguem as custas dos autos de per-meyo. Lisboa de Agosto 19. de 1651.

Antonio de Figueiredo.

Ab hac sententia appellatum fuit ad supplicationis senatum, ubi confirmata fuit in deliberationibus sequentibus.

Duplicem decedit Judex controversiam in sua sententia; prima respicit actionem; secunda, reconventionem, & in utraque scopum tetigisse puto. Quo ad primam dico rectè pronuntiasse judicem licet enim emphyteuticatio prohibita sit quoties prohibetur alienatio ex *L. ultim. Cod. rebus alien. non alien.* & quotidie judicatum testantur *Phæb. 1. p. decis. 6. & Carvalh. qui plures citat in cap. Reinald. 2. p. n. 311.* & in institutione prohibita reperiatur alienatio bonorum vinculatorum, nihilominus tamen cum villa, de qua agitur emphyteuticata fuisset ante hanc ultimam emphyteuticationem, jam solita est emphyteuticari, & cessat alinationis prohibitio, quia alienari prohibita si semel alienentur, fiunt in perpetuum alienabilia *L. pater filium §. quindecim. ff. legat. 3. Molin. lib. 4. cap. 1. á n. 31. Gam. decis. 387. á n. 4. Reynos. observ. 70. n. 40. Cyriac. forens. lib. 2. cap. 297. n. 15.* ex quo solo fundamento placet sententia, eo vel maxime quia emphyteuticatio facta fuit in forma *Ord. lib. 1. tit. 62. §. precedentibus præconiis, & licitationibus.*

Quo

98 Quo ad ſecundam partem, quæ reſpicit reconventionem video partes in facto conformes, nempe quod Actor ſit filius maior fratris ultimi adminiſtratoris, & Rea ſit ſoror ejuſdem; atque ita concurrunt ad ſucceſſionem Cappellæ amitæ, & nepos ex fratre, quorum neuter deſcendit ab inſtitutoribus, in quo exiſtimo potiorem eſſe cauſam Actoris conſobrini, quàm amitæ & hunc calum eſſe decilum per *Ord. in 4. tit. 100. in fin. princip.* qua in ultimo ex tribus caſibus ibi deciſis, refert. ſe lex ad jus commune ibi: *E ſe os tranſverſaes naõ forem deſcendentes do inſtituidor, ſeguardara o que he diſpoſta por direito commum;* & ita cenſent ex noſtris, inſignis *Castr. deciſ. 5. n. 8. verſ.* onde, & apertiffime in *deciſ. 116. n. 8. Reinos. obſerv. 26. n. 3. Phab. 2. p. deciſ. 104. n. 17. & 21. Valaſc. de juſta acclamation. 2. p. punct. 1. §. 1. n. 28.* & præter alios Doctores exteros, quos noſtri citant, ita tenet *Bayo in pract. lib. 2. q. 117. à 9. & q. 126. à n. 4. Cyarlin. forenſ. cap. 84. à n. 3. & cap. 81. à n. 2.* Unde ex mente prædictæ Ordinationis, & Doctorem, quos citavi recte Judex pronuntiavit pro Actore.

99 Confirmatur etiam prædicta reſolutio ex eo quod in ſucceſſione maioratus, non Capellæ, quando inſtitutor non appoſuit certum ſuccedendi ordinem, ſucceſſio deſertur eo modo, quo ſucceditur ab inſtituto gloſſ. verbo nominati ſunt. in *L. cum ita §. in fideicomiff. ubi Doctores ff. legat. 2. Menoch. lib. 4. præſumpt. 94. n. 19. Peregrin. de fideicomiff. articul. 21. n. 5. & articul. 30. à n. 20. Graſſ. in §. fideicomiffum q. 16. n. 2. in fin. Magon. floren. deciſ. 37. n. 15. Gam. deciſ. 206. n. 25. & 26. Cyarlin. forenſ. cap. 84. n. 6. & 7. Caſtilho tom. 5. cap. 67. n. 29.*

Pars IV.

verſic. Nec obſtat, *Fujar. qui plures alios citat de ſubſtitutib. q. 481. à n. 1.*

Plane in ſucceſſionibus ab inſtituto ad mittitur conſobrini cum amita, & pariter veniunt ad hæreditatem fratris propter repræſentationem, quæ in collateralibus datur uſque ad filios fratrum, *Authentic. ceſſante Authentic. poſt fratres 2. Cod. legitimis hæred. Caſtr. deciſ. 3. à n. 14. Cancer. 1. variar. cap. 5. n. 11. & 12.* Pariter ergo dicendum eſt, quòd cum in caſu propoſito agatur de ſucceſſione fideicommiſſi, in qua concurrunt ſoror ultimi poſſeſſoris, & filius fratris præmortui, admittenda eſt repræſentatio, & ex beneficio repræſentationis Actor ſubintrat in locum patris ſui, & pro ut illi, ſi vita frueretur, deſerenda erat ſucceſſio propter prærogativam ſexus, ita Actori, qui eum repræſentat, cum omnibus qualitatibus debet amitæ præferri reconvenienti in eadem ſucceſſione fideicommiſſi.

Nec obſtant appoſita per doctum, & laborioſum patronum, quia omnibus ſatis reſpondet, & ſatisfacit alter doctiffimus patronus; & licet fiat jus maxima in diſpoſitione inſtitutionis ibi: *Parente mais chegado;* facile reſpondetur quòd ſtante beneficio repræſentationis, quia in hoc caſu puto in dubitabilem, Actor conſtituitur in loco patris, proximior reputatur ex *Molin. 3. cap. 8. n. 11. Gutierr. & alij,* quos refert, & ſequitur *Reynos. obſerv. 25. à n. 3.* atque ita ſtante repræſentatione Actor conſtituitur in pari gradu cum amita, & data prærogativa ſexus victoriam reportare debet. Sic Judice confirmato *Ulyſſipone 31. Januarij 1652. Souſa.*

Quoad actionem convenio cum domino meo, ut etiam quo ad recon-

XX

ven-

ventionem, quia licet aliqui Doctores, & magni nominis existimarent, quod vocato proximiori excludebat representatio ex *L. si libertus praterito ff. de ben. libert. L. 3. §. si duo ff. de suis & legitim. heredib. gloss. in L. cum ita §. in fideicomisso ff. legat. 2. communis ex Paulo cons. 164. n. 2. Raudens. in causa Portugaliae cons. 42. n. 45. Aguirre in apologia 3. p. n. 60. & 115. Valasc. q. 80. n. 36. Cevalh. communes contra communes q. 762. n. 58. cum successio maioratus reguletur per successionem fideiussorum particularium ubi cessat representatio *Gam. decis. 59. Valasc. ubi supra* cum praedicta successio jure sanguinis deferatur ubi proximior de familia vocatur *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 8. §. n. 12.* ubi Additionantes, & attendatur solum proximitas institutoris, non autem ultimi possessoris *Avendanh. L. 40. Tauri gloss. 20. n. 18.**

104 Deinde quia institutor vocando proximior voluit attendere ad gradus praerogativam verè, & propriè & non fictè, & impropriè *Menoch. de praesumptionib. lib. 4. praesumpt. 95. n. 30. Cevalh. ubi supra*, juvat quod quotiescumque vocantur per nomen collectivum plures, qui sunt in differentibus gradibus censentur vocati, primò qui est in proximiori gradu, deinde, qui est in remotiori *Perregrin. de fideicommissis articul. 20. 21. n. 10. Cevalh. ubi supra*, tamen verius est, quòd admittitur representatio, & communior, & quod filius subintrat locum parentis ex *Ord. lib. 4. tit. 100. in princip. & supra sitati à dicto Cevalh. & optima ratione fundatur*, quia qualitas proximioris de jure inest, quia regulariter vocatur proximior, unde non debet qualificare actum *L. 3. ff. legat. 1. & si admitteretur proximior, numquam daretur representatio in*

maioratibus; quod est absurdum, quod vitandum est *L. absurdum ff. de bonis libertor. facit quia maioratus, & fideicommissa regulantur per regulam successionis ab intestato juxta gloss. communiter receptam in dict. §. in fideicomisso*, cum filius sit una, & eadem persona cum patre *L. ultim. Coa impuber. Cevalh. & ab eo citati ubi supra n. 57.* veriore reputant, & magis communem hanc opinionem, & pro hac opinione in hoc Regno judicatum est, *Valasc. ubi supra n. 32. & 41. Cost. de succession. Regni pag. 90.* quia est opinio Accurtij, & non communiter reprobata *Ord. lib. 3. tit. 63. §. 2.* objectionibus respondent supra citati, ex quibus placet judicatum, conveniendo cum domino meo Ulyssipone die 7. Februarij 1652.

Ductor Abreu.

107 Quod ad actionem sine dubio procedit doctissimorum dominorum resolutio, cum in praesenti non absolute in emphyteusim dari bona hujus vinculi prohibeantur, sed certas solemnitates institutores requirant ad emphyteusis concessionem; quibus in terminis ex duabus concessionibus à longissimo tempore emphyteusis sustinenda est, praesertim cum jam tempore institutionis haec villa in emphyteusim data esset, si credimus scripturae, unde eodem modo vinculata judicari debet *Cald. de nomination q. 16 à n. 32. Barbosa. in castigationib. ad Ord. lib. 4. tit. 41 n. 174.*

108 Circa reconventionem maior est dubitatio, an attento jure communi (quod in praesenti hypothese attendendum est *Ord. lib. 4. tit. 100.*) in maioratibus restringatur representatio ad fratrem institutoris fratris, & illius filios, an etiam ad fratres, & consobrinos cujus cumque possessoris extendatur: & articulus difficilimus

109 cilimus est, ut cernitur ex allegatione eruditissima utriusque patroni, & ex *Fusar. q. 486. a n. 32.* & quamvis attento jure an fideicommissis particularibus non admitteretur repræsentatio ex multis adductis à *Flores ad Gam. decis. 59. versic.* Quarta est attamen *Ord. nostra lib. 4. tit. 100.* repræsentationem admittit in descendentes in infinitum, in transversalibus vero restrictam ad fratris filios, unde immediate successio ab ultimo possessore capiatur, merito illius habenda est ratio, ut novissime *Pereira decis. 116. n. 8.* multum conducit *Ord. dict. tit. 100. §. 2.* dum ad proximitatem non institutoris, sed ultimæ possessoris personam attendit, quod etiam moderni fermè omnes sequuntur patet ex lata *Fusar. allegatione q. 484. a n. 10.* Plane ad repræsentationem illius habenda est ratio, cujus etiam proximitas in succedendo attenditur, ut expressè tenet *Fusar. q. 485. n. 32. in fin.* neque decisiones *Gam.* aliquid faciunt, cum non dum fuerit edita dicta *Ordinatio*, neque autoritas *Reynos.* cum *Pereira* modernior sit, et illam vincat, et fides Actorum à doctissimo Actorum patrono, et doctissimo primo domino adductorum.

111 Facit quia congruum videtur repræsentationem ad institutorem tantum restringere, et formam succedendi ab intestato in hoc non servare, quæ omni casu inter has personas repræsentationem admittit, neque tunc hæc dispositio casibus primò decisis in dicta: *Ordinatione æquiparabatur*, adhuc enim diversa est, nam in transversalibus ad consobrinos tantum possessoris repræsentatio extenditur, in descendentes vero ab institutore, ultra filios patris possessoris admittitur; convenio ergo cum doctissimis do-

Pars IV.

minis. Ulyssipone 12. Februarij 1652.

Salas.

No Feito de appellação civil de João Freire com Antonia Freire, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos &c. Mostra se por parte do Author que Domingos Rodrigues em o testamento com que faleceo instituhio morgado de sus bens para cuja successão chamou a seu sobrinho, e afilhado Manoel filho de Simão Freire, e de Maria da Rosa sua mulher, e ordenou que falecendo este primeiro chamado sem filhos, entraria na successão do dito morgado outro seu irmão macho, o qual se tambem não tivesse filhos, lhe succederia sua irmãa mais velha, e seus filhos, mostra se que a dita instituição teve effeito no primeiro chamado Manoel, e que esteve de posse do morgado em quanto viveo, e que por falecer sendo Clerigo, e não deixar filhos, e ser outro sim morto seu irmão mais moço, chamado em segundo lugar, e não ficarem delle filhos alguns ficou pertencendo a dita successão à irmãa mais velha dos ditos primeiros chamados na fórma da instituição do morgado; mostra-se que a irmãa mais velha dos sobreditos chamados era Maria da Rosa filha dos ditos Simão Freire, e Maria da Rosa, e que por ser falecida ao tempo da morte do segundo chamado, se devolvia a successão ao A. por seu filho legitimo, e estar nomeado para ella polo dito instituidor, e que por o A. naquelle tempo ser menor, e desamparado se investio na posse do dito morgado sua tia Francisca de Santiago irmãa mais moça da dita Maria da Rosa sua mãy, por cujo falecimento occupou tambem a R. o dito morgado sem titulo que valido seja, pelo que o devia largar ao A. com os frutos da individua occu-

Xx ii

pação

pação até real entrega. Por parte da R. se mostra que succedendo no dito morgado os chamados pela instituição delle, e por não haver filho do ultimo possuidor, teve lugar a vocação da filha mais velha a qual era Francisca de Santiago tia do A. que se achou com esta qualidade ao tempo da morte do ultimo possuidor sem haver outra alguma irmãa que a precedesse, e que por não ficarem della filhos alguns, lhe succederá a R. como sua parenta mais chegada na fórma da instituição do dito morgado pelo que devia ser absoluta. O que tudo visto, e o mais dos autos, e como por elles se mostre que a mãy do A. e seus filhos foraõ expressamente chamados para a successão do morgado de que se trata depois dos filhos machos dos ditos Simão Freire, e Maria da Rosa sua mulher dos quaes o primeiro com effeito succedeo ao segundo, não por sr já falecido, e não ficarem filhos delles, e como tambem se acha nella a qualidade de mais velha, em os quaes termos conforme aos de direito lhe ficava pertencendo o direito de succeder no dito morgado, e em sua falta a seu filho em virtude da mesma vocação, por cuja causa preferia à dita sua tia Francisca de Santiago que intrusamente se envestio na dita posse, sem embargo de que a mãy do A. não estivesse de posse dos ditos bens, porque em virtude da habitual successão que tinha por moyo da sua vocação podia transferir em o dito seu filho o direito de succeder dado, e principalmente estando elle comprehendido na mesma vocação sem lhe ser necessario aproveitarse do beneficio da representação que tambem neste caso se devia praticar conforme a opinião dos Doutores mais approvada, e ser por ella admittido se lhe faltasse o titulo da dita expressa vocação, e como a R. entrou a possuir com o titulo de

parenta mais chegada da ultima possuidora Francisca de Santiago tia do A., a qual contra a disposição do testador, e de direito se meteo de posse do dito morgado pertencendo legitimamente ao A. por tanto condemno a dita R. a que largue ao A. os bens todos do dito morgado, com os rendimentos da individua occupação em diante, e nas custas dos autos. Santarem 1. de Março de 689.

Francisco do Valle Souto mayor. Ab hac sententia appellatum fuit ad supplicationis Senatū, ubi lata fuit sententia sequens.

A cordão os do Dezembargo &c. Bem julgado foy pelo Juiç de fóra da Villa de Santarem em determinar a successão do morgado de que se trata na forma da sua sentença. Porém em condemnar a R. nos frutos da individua occupação foy por elle menos bem julgado revogando nesta parte sua sentença, cumpra se o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e como delles conste ser a R. possuidora de metade, termos em que só podia ser obrigada à restituição dos taes frutos. Por tanto a condemnaõ sómente a que restitua os da lide contestade em diante, e pague outrosim as custas dos autos em que a condemnaõ. Lisboa 8. de Julho de 1690.

Albuquerque. Mendoga. Lacerda. Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Concordes partes inveniuntur in factō, discordes vero in jure, quæstio quæ resultat de jure in his actis, est illa celebris & nunquam satis decisa patrum, & nepotis in moioratu institutio per transverfalia lato jam calamo non semel hanc quæstionem deliberavi, nunc vero solum resolutionem afferam.

Fateor quod tempore antiquo nostro in Senatu pro Patruo non semel

mel iudicatum fuiſſet in hoc caſu
Gam. deciſ. 7. n. 3. Cabed. 2. p. deciſ. 51. n. 5. Coſt. Val. Cald. Mantic. Menoch. Cov. Gom. Gregor. Lopés quos ſequitur Pelais de maiorat. 2. p. q. 9. n. 19. Flores ad Gam. deciſ. 174. n. 7. Pereir. deciſ. 136. n. 3. in fin. verum nunc crebrius in noſtro Senatu contra patrum prævalet deciſio, iudicatum teſtatur *Adit. ad Reinos. obſerv. 26. n. 9. uſque ad 15.* invaluit enim opinio Hiſpanorum

- 112 ex illa ratione quia etiam in tranſverſalibus proximitas conſideranda eſt reſpectu poſſeſſoris, & non reſpectu primi inſtituentis, quanvis enim antiquitus ſequeretur quod ad computandos gradus, ad repræſentationem reſpectus habendus erat ad ſperſonam inſtituentis, tamen hodie contrarium invaluit, quotiescumque concurrit ſobrinius cum tia, ſobrinius per repræſentationem admittitur *Molin. de primog. lib. 3. cap. 9. ex n. 3. uſque ad 10. Caſtilb. lib. 3. controv. cap. 19. n. 140. plures per Adit. ad Reynos. dicto loco n. fin.*

Sed mihi in hoc proceſſu otioſa videtur ſupradicta quæſtio, cum ex ſpeciali vocatione Actor ſit admittendus, vocationem habet expreſſam ex inſtitutione ibi:

Irã o Morgado a huma irmãa mais velha, e ſeus filhos.

- 114 Filius eſt ſororis ſenioris Actor: ergo expreſſam habet vocationem; vocatus enim in maioratu, ſtatim à nativitate præocupavit jus primogenituræ ad omnes ſuos deſcendentes, neque ſucceſſio poteſt tranſire ad Ream, donec duraverit linea vocata, *Pereir. deciſ. 116. n. 9. Molin. lib. 3. cap. 4. n. 14. Phæb. 1. p. deciſ. 22. Caſtilb. controv. lib. 3. cap. 19.*

- 115 Neque obest quod tempore ſucceſſionis jam Actoris mater deſuncta erat quia prædictam vocationem

maioris natæ ejus filiorum tale jus acquiſivit, quod eſt tranſmutabile, & conſiderabile, non enim intereſt ut præmoriatur invitatus ſi filius relinquit, *Pereir. deciſ. 59. n. 5. & 6. Adent. ad Molin. lib. 3. cap. 6. n. 34.*

Nec refert quod mater Actoris non fuit nominata proprio nomine, ut poſſit habere locum, *L. Publius §. fin. de condit. & demonſtrat.* ſufficit ut ſit nata mater Actoris tempore inſtitutionis, & vocati ejus filij, *Valens. conſ. 23. n. 153.* cum ſequentibus argumento, *L. qui ſuſcipiunt in princip. ubi Doctores de legat. 1. Phæb. deciſ. 21.*

Neque aliquid obest quod non vocata fuit mater Actoris niſi per vocationem ſenioris, quæ verificanda eſt in tempore ſucceſſionis, quia hodie nulla eſt differentia in maioratibus inter vocatos per verba primogenitus, & per verba ſenioris, ut concludit optime, *Reinos. obſerv. 24.* quæ tota videnda eſt præcipue à n. 16. ubi hanc refutat differentiam. Videatur idem in obſerv. 23. & hæ ſufficiant in parvulo maioratu, & ne tempus inutiliter conteramus confirmetur ſententia. Ulyſſidone die 10. Novembris anni 1689.

Lacerda.

Licet multa addere poſſem circa repræſentationem in præſenti hypotheſi, ut jam dixi in ſimili caſu; & maioratu inſtituto per tranſverſalem, omnia tam brevitatis cauſa, quam, quia ſufficiunt dicta à primo Domino doctiſſimo, maxime quia hic Actor vocationem habuit, ſi non per nomen proprium, ſaltem per nomen filios, ex quibus placito dicti Domini libenter adhareo quoad reſtitutionem, ſeu condemnationem maioratus.

Quo autem ad fructus exiſtimo Ream

Ream solum condemnandam à tempore litis contestatae, & non ab indebita occupatione, quippe Ream possessorem bonae fidei contemplos, & ita fecit fructus suos ante litem contestatam, ex *L. 4. §. 1. fin. reg. L. bonae fidei ff. de acquir. rer. dom. Phab. 2. p. decis. 133. n. 42.*

Et quod Rea fuisset possessor bonae fidei; deduco ex eo, quod cum esset proximior tanquam soror ultimae possessoris, & in testamento adessent clausulae senioris, & proximioris, & defacto jam successisset, licet injuste, alia ipsius soror Francisca, & quam plurimi Doctores in hoc casu putent repraesentationem excludi, poterat Rea putare hunc maioratum recte ei competere. Nam ille qui justo errore ductus putat rem esse suam, dicitur habere bonam fidem, & facit fructus suos per text. quos refert, *Phab. ubi supra n. 39. 40. & 41.* fructus enim acquiruntur etiam sine titulo data tali quali occasione possidendi ex *Bald. in L. irritam col. 2. versic. si modo queritur Cod. pro donat. Surd. cons. 115. n. 4. Censens de censib. decis. 293. n. 2. Phab. decis. 133. n. 46. ubi n. 48.* quod ubi est jus dubium, non dicitur mala fides, & n. 49. & 50. quod sufficit malam fidem non adesse, quanvis bona non detur, & quod bona fides causatur non minus ex injustis causis, quam ex justis, ex quibus quoad fructus reformandam sententiam, & in ceteris confirmandam censeo. Ulyssipone 25. Junij 1690.

Mendoça.

119 Sive ad repraesentationem attendatur, sive ad testatoris vocationes semper, & in omni casu appellans venit excludendus, nam repraesentatio de jure communi introducta in *auth. post fratres a 2. cod.*

de legit. hered. & per Ord. approbata in 4. tit. 100. in fin. principij non verificatur ex persona institutoris, sed potius ex persona utilimi possessoris prout unanimiter observat Senatus, & multoties, me iudice evictum fuit, ex his quae *Castilb. lib. 3. controuv. cap. 19. n. 140 & tom. 5. cap. 93. §. 13. n. 7. Amat. var. resolut. 10. n. 22.* cum ergo sumus inter fratrum filios, merito admittitur repraesentatio. Ultraquam quod juxta vocationes appellatus veniebat admittendus, siquidem juxta juris regulas interim dum durat linea primi vocati, ad alium transitus fieri non potest; Cum ergo appellatus de prima linea vocata inveniatur descendens, merito admitti debet exclusa secunda seu tertia vocata. Ex quibus quoad maioratum teneat sententia, quoad vero fructus proximi sapientissimi domini arbitrium ex elegantius per eum ponderatis. Ulyssipone die 30. Junij anni 1690.

Albuquerque.

No feito de appellação de Manoel Fernandes, com Braz Vicente, Escrivaõ Manoel Pinheiro da Costa, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello dos Autores, contrariedade do Reo. Mostra-se por parte do A. que no testamento com que faleceo Catarina Lopes, institutio hum vinculo, com clausula expressa de non alienando, de trinta alqueires de paõ de renda na herdade das palmas, e chamou para administradores delle, a seu compadre Manoel Martins, e a seus filhos, e que andaria sempre na geração do ditto Manoel Martins. Mostra-se que nesta forma entre outras pessoas que succederaõ no ditto vinculo, todos descendentes do primeiro chamado, succedeo ultimamen-

mamente Manoel Martins, que faleceo ſem deſcendentes, o qual era primo com irmão do A. Por parte do qual ſe mostra finalmente ſer mais velho que o Reo, e que ſuppoſto eſtejaõ ambos em o meſmo grão, por eſte outroſim ſer tambem primo com irmão do ultimo poſſuhidor, como quer que o A. ſeja mais velho, a elle lhe pertence o ſucceder no vinculo de que ſe trata. Por parte do R. ſe mostra eſtar de poſſe do morgado de que ſe trata, por ſer primo com irmão do ultimo poſſuhidor, filho de huma irmã de ſeu pay, e por ſer mais moço que o A. e andar ſempre o ditto morgado nos parentes mais moços, como ſe vê das ſucceſſoens que nelle ouve. O que tudo viſto, e o mais que dos autos conſta, e diſpoſição de Direito, e como no caſo preſente ſe não duvida, e ſe ache legalmente provado o parenteſco do A. e R. com o ultimo poſſuhidor, e ſe ache em igual grão, e ſexo, termos em que não havendo linha que preceda, ſe deve deferir a ſucceſſão ao mais velho, e como quer que eſte ſeja o A. julgo pertencerlhe a elle ſem embargo do que, por parte do R. ſe allega, de andar ſempre no parente mais moço, porque além de ſe achar legalmente provado o contrario, era neceſſario, que no teſtamento em que ſe inſtituhio o ditto morgado, ſe achafſe dada eſſa fórma, e como quer que nelle ſenaõ ache tal diſpoſição, ficou o modo de ſucceder, que expreſſamente ſenaõ determinou, conforme a diſpoſição de Direito, e aſſim o condenno largue ao A. o vinculo de que ſe trata, com os fruttos da lide conteſtada em diante, e pague as cuſtas em que outroſim o condenno. Montemôr 10. de Ou-

tubro de 1681.

Jozê da Guarda Fragoſo.

Ab hac ſententia interpoſita fuit appellatio ad ſupplicationis Senatũ ubi confirmata fuit in deliberationibus ſequentibus.

Sententia meritiffimi iudicis mihi magis arredet, quoniam, ut exactis pateſcit, Actor, & Reus reperiuntur in eodem gradu, & ſunt ejuſdem ſexus, ſed Actor maiornatu invenitur, ut conſtat ex certitudine, quare indubium eſt quod debet precedere Reum minorem ætate, quæ inſpicienda in his terminis difficiente linea, quæ precedat Molin. de primogen. lib. 3. cap. 4. n. 14. Val. conſ. 82. n. 5. Souf. de Maced. deciſ. 16. n. 5. & 7. Igitur iudicatum laudo. Ulyſſipone 17. Aprilis 1682.

Quifel.

Cum domino præcedenti placet convenire in confirmationem iudicati. Ulyſſipone 22. Aprilis anni 1682.

Almeida.

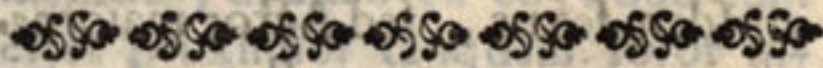
Dicta per ſapientiffimum, & amantiffimum dominum in cuius locum ſum ſubrogatus retineo, in articulis enim novæ rationis nihil probatur, quod à iudicato recedere valeat, quia licet certum ſit, quod unusquiſque præſumatur vivus dum contrarium non demonstratur, attamen ex inquisitione Actoris nunc noviter facta, & ex alia de qua jam concludenter probatum extabat ultimum poſſeſſorem mortuum eſſe, qua de cauſa Actori ſpectabat huiusmodi Capellæ ſucceſſio, & ſic habilitato virtute ſententiæ, licet aliqua hæſitatio poſſit oriri ex eo, quod habilitatus non ſit ætate maior quam Reus, ſed de hoc pro nunc cognoscere non poſſumus viſa dicta ſententia, & dum contrarium non demonstratur, quare ſententiam laudo. Ulyſſipone

Ulyssipone die 14. Januarij anni 1690.
Moufinho.

Etiam Judicis sententiam confir-
marem ut placet domino præceden-
ti. Ulyssipone Junij 9. anni 1690.

Mattofo.

Idem indubitanter placet. Ulyf-
sipone die 24. Setembris anni 1690
Doutor Maya.



§. XXVI.

De potestate successoris maio-
ratus, ad capiendam pos-
sessionem occupatam à ma-
tre, eo ipso quod ma-
trimonium contraxit, &
emancipatus remansit non
obstante tutoris contradi-
ctione.

SUMMARIUM.

*Annus captus, pro completo non ha-
betur n. 2.*

*Ord. lib. 1. tit. 87. §. 19. explicatur
n. 3.*

Minor qui est sub tutoris ad-
ministracione, si matrimoni-
um contraxerit, manet emancipa-
tus, & ei debent traddi bona sua,
& ita maioratus ex notatis ab *Ord.*
lib. 1. tit. 87. §. 6. ubi diximus, &
eo ipso quod nuptias contraxit,
potest capere maioratus possessio-
nem occupatam à matre suo nomi-
ne non obstante ejus contradic-
tione, ut decisum fuit in causa seq.

No feito de Appellaçãõ civil de
Francisco de Miranda Henriques,
com Dona Catharina Nogueira de
Britto, Escrivãõ Manoel Pinheiro
da Costa, se deo a sentença seguin-
te.

*Vistos estes autos, e como pelos
documentos juntos conste, que o
Justificante Francisco de Miranda
Henriques, fez todas as diligen-
cias, até notificar sua mãy, pa-
ra saber a Parochia em que fo-
ra bautizado, para effeito de jun-
tar certidãõ de idade o que sem-
pre lhe occultou, impedindo-lhe o
poderse emancipar, e no depoimen-
to que se lhe tomou ainda o não
declare, antes nega a sciencia com
que mais se justifica o seu inten-
to ser, não se emancipar, só a fim
de estar administrando o morga-
do, que lhe pertence, como mais
velho, e pelas testemunhas de sua
inquiriçãõ pessoas antigas, e com
razãõ do seu ditto se justifique
estar legitimamente cazado, e ter
de idade mais de vinte annos, e
capacidade para se bem governar,
termos em que não pôde ser admit-
tida sua mãy ao impedimento que
pertende, principalmente conhecen-
do-se ser o intento por administrar
o morgado, quando não seja ou-
tro mais indecente, o julgo por
mayor, e mancipado, e mando se
lhe entreguem os bens, que por
qualquer via lhe pertençaõ, ex-
cluindo sua mãy da vista que pe-
de, com que hey tambem por de-
ferido a sua petiçãõ. Lisboa de
Agosto 5. de 689.*

Antonio Correa de Almeida.

Ab hac sententia appellatum fuit
ad supplicationis Senatuum ubi con-
firmata fuit in deliberationibus se-
quentibus.

Non secundum dispositionem,
Ord. lib. 1. tit. 87. §. 19. judicavit
Judex, nam tunc minor adhuc non
attingebat ætatis suæ vigesimum an-
num, ut videre est ex certitudi-
ne, nunc verò, quanvis minor in-
gressus sit præfatum vigesimum an-
num, attamen hoc non sufficit, quia

annus

annus captus pro completo non habetur, *L. 6. cod. quand. de leg. cod. L. non putabam ff. de cond. & demonſtr. L. 3. §. minoribus ff. de minoribus.* quin obſtet quod aliquando annus inchoatus pro completo, ſeu pleno habeatur, *Gad. ad L. 98. n. 8. & ad L. 217. n. 4. ff. de verbor. ſignificat nam hoc intelligitur, cum verborum conceptio, aut loquentis voluntas id ſuadebat; aſt diſpoſitio noſtræ legis in contrarium nos movet in verbis ibi: Até chegar à idade de vinte annos, itaque iudicis ſententiam revocarem.* Ulyſſipone 28. Martij anno Dñi 1690. Pinheiro.

Agnosco diſpoſitionem Regiam, *Lib. 1. tit. 87. §. 19.* ſed in præſenti ſumus extra quæſtionem, an annus captus habeatur pro completo, quia v.ſa certitudine elapſi ſunt viginti anni requiſiti à lege, ut appellatus bona ſua tanquam pater familias adminiſtret, & ſufficeret quod ante ſententiam Senatus anni complerentur, ut obtineret; lex namque Regia, non requirit quod tempore ſententiæ, ſeu cauſæ motæ, ætas completa ſit, ſed quod quando bona tradantur in illa ætatis præſinitione, actor extet, ut eſt in præſenti; confirmetur igitur iudicatum. Ulyſſipone die 6. Aprilis 1690.

Sylva.

Sententiam potius placet confirmare cum immediato Domino. Ulyſſipone 19. Julij 1690.

Baſto Pereira.

Indubius in præſentiarum ſententiam confirmare placet cum proximis Dominis. Ulyſſipone die 7. Auguſti 1690.

Mouſinho.

Pars IV.

§. XXVII.

§. XXVII.

An, & quando maioratus erectus, & inſtitutus poſſit, vel non ab inſtitutore revocari.

SUMMARIUM.

Inſtitutor poteſt opponere clauſulas quaſcunque dummodo legis non ſint contrariæ n. 1.

Inſtitutor non poteſt alterare, & mutare clauſulas quas oppoſuit poſt maioratum inſtitutum irrevocabilem in præjudicium vocatorum n. 2. & 7.

Vocatio, omnibus qualitatibus præfertur n. 4.

Super poſſeſſione à lite conteſtata, reus incipit eſſe in mala fide n. 5.

DE hac matèria late diximus; *Tom. 1. cap. 7. per tot. & ultra ea, vide ſent. ſeq.*

No feito de Diogo Soares da Veiga do Avellar Taveira, contra Miguel Soares de Vasconſellos, e de preſente ſua mulher Dona Joanna Maria Pacheco, e Mello, e ſua filha Dona Izabel habilitadas, Eſcrivaõ Manoel Soares Ribeyro, ſe deo a ſentença ſeguinte.

Vistos eſtes autos &c. Moſtraſe pedir o Autor ao Reo os bens vinculados ao morgado, que inſtituhio Diogo Soares, pay do A. e avo do R. na eſcrittura dotal fol. 21. confirmado pelo contrato do ſeguinte matrimonio, e finalmente reformado, quanto à fôrma de ſucceder, pelo teſtamento do ditto inſtituhidor, em que o A. ſe acha expreſſamente chamado de-

Yy

pois

pois de seu irmão Antonio Soares de Mello, morrendo este sem filhos, como com effeito faleceo, sem que obste serlhe o R. preferido no mesmo testamento, porquanto o testador não podia eleger neto, tendo filhos, e que só entre estes tinha eleição, e podia eleger o mais moço, deixando o mais velho, ficando por esta via excluida a opposição de Miguel Soares de Vasconcellos, sem embargo de ser mais velho. Mostra-se formar o oppoente seus artigos de opposição a fim de excluir ao A. e R. dizendo, he irmão de Antonio Soares, que foy legitimo successor, e possuidor deste morgado, e que por sua morte se devolveo a successão a elle Oppoente na forma de succeder, e vocações feitas na primeira escritura, que o instituidor não só não quiz, nem podia alterar no seguinte matrimonio, nem em seu testamento, mas expressamente mandou que se observasse, como de hum, e outro documento se mostra. Mostra-se ser o R. possuidor do morgado de que se trata, com fundamento de ser chamado pelo instituidor, no caso que Antonio Soares seu tio falecesse sem filhos, como faleceo; e que supposto a ditta nomeação fosse feita no testamento, não encontrava a forma de succeder dada na primeira escritura, porque nesta, não só não eram chamados os filhos do instituidor, mas tambem seus descendentes, termos em que nomeando no testamento seu neto, não encontrava o disposto nas escrituras, além de que as palavras que se achão na primeira, no caso que o matrimonio se separasse sem filhos, ou destes não houvesse descendencia, para effeito de se dividir o morgado, e ficar a successão

de hum, e outro, aos parentes do instituidor, e sua mulher, não são palavras dispositivas, nem induziam forma de succeder, e só são simples enunciação, de que não podia resultar Direito ao Oppoente, antes conhecendo este a justiça delle R. fizera a obrigação fol. 151. para effeito de não encontrar a nomeação nelle feita, nem o mais no ditto testamento disposto, e que por esta razão não podia ser parte nesta causa, nem faltar a transação feita. O que tudo visto, e o mais dos autos, e disposição de Direito, e considerada a forma das escrituras, disposição do testamento, e doutrina dos Doutores nesta materia, e como ainda que os contrahentes, e instituidores possam livremente dispor de seus bens, e chamar para a successão delles as pessoas, que lhe parecer, e imporlhe as clausulas, e condições que quizerem, esta regra se limita de pois de feito o contrato, e instituição, com vocação de successores certos porque esta fica irrevogavel, e se não pode alterar com prejuizo dos chamados, por se lhe haver adquirido o direito de succeder, e vista a forma da escritura, e vocações nella feitas, e como no caso que o matrimonio se separasse sem delle ficarem filhos, ou estes falecessem sem descendencia, se achão expressamente chamados os filhos, ou mais chegados parentes de cada hum dos dotados, fazendo-se divisão dos bens do casal, sendo as palavras da ditta vocação com evidencia dispositivas, e não simples, e nunciação, como por parte do R. se considera, nos quaes termos não tem lugar, nem a revogação que se fez no seguinte matrimonio, quanto à divisão dos

dos bens, nem a diſpoſição do teſtamento, quanto a diuerſa fórma da ſucceſſão delles, por ſe não poder revogar, nem alterar o que ſe diſpoem na primeira eſcritura, e ſó ſe deve obſervar o que nella ſe acha diſpoſto ſem embargo das diſpoſições ſeguintes, que ſão nullamente feytas, em quanto encontraõ a da primeira eſcritura, ſem que obſte a convenção do eſcrito, aſſim por não ſer tranſacção feita em litigio pendente, como por nellas ſe obrigar o Oppoente à pena impoſta quando fiſſe o contrario do que ſe contém no eſcrito, e com eſfeito ſe lhe haſer pedido a ditta pena pelo R. como pelas certidões juntas, e autos appenſos ſe moſtra, nos quaes termos ſe lhe não pôde impedir a aução propoſta, como tambem ſe não pôde dizer, que juntamente o teſtador no teſtamento outros bens de novo ao morgado podia alterar as nomeações feitas, porque quando eſte fundamento tivera lugar, ſó poderia ſer ſe o teſtador impuſſe aos ſucceſſores alguma obrigação extrinſeca à ſubſtancia do morgado, e não para alterar a fórma de ſucceder, e encontrar o diſpoſto na ditta inſtituição, com prejuizo dos chamados, por eſtar em contrario à diſpoſição de Direito, e viſto como ſenão duvida ſer o Oppoente filho do inſtituidor, e que venceo em dias a ſeu irmão Antonio Soares de Mello, legitimo ſucceſſor deſte morgado; julgo, que ao ditto Oppoente pertence a ſucceſſão delle, e mando que o R. lho largue, e dos fruttos pedidos o abſolva até o dia da publicação deſta ſentença, viſto poſſuhir com boa fe. e ter titulo dubio, e provavel para ſe defender. pela no-

Pars IV.

meação do inſtituidor; o que ná opinião de graves Doutores, e de preſente praticada na inſtancia ſuperior, baſta para não ſer obrigado a reſtituição de fruttos, e pague as cuſtas dos autos. Lisboa 9. de Mayo de 688.

Valentim Gregorio de Rezende:

Ab hac ſententia fuit gravamen interpoſitum ad ſupplicationis Senatuum, ubi lata fuit ſententia ſequens.

Acordaõ os do Dezeburgo &c. Não he aggravado o Aggravante Diogo Soares, pelo Corregedor do Civel da Corte, confirmaõ ſua ſentença por ſeus fundamentos, e o mais dos autos; he porẽm aggravado o Aggravante, e Oppoente Miguel Soares, pelo ditto Corregedor do Civel, em não condennar ao R. nos fruttos da lide conteſtada, provendo-o em ſeu aggravado, viſtos os autos, e como conforme a Direito ſe induz má fe depois de conteſtada a demanda, termos em que ſe devem reſtituhir os fruttos, por ſenão poderem reter com má fe, por tanto mandaõ, e condemnaõ ao R. a que reſtitua ao Oppoente os fruttos da lide conteſtada até real entrega, e pague o R. as cuſtas dos autos. Lisboa 4. de Abril de 1690

Jaques. Mouſinho.

Baſto. Pereira

Hæc ſententia fundata fuit in de liberationibus ſequentibus.

Grandis eſt proceſſus, ſed quo ad me non grandis dubium, totum conſiſtit, an poſſet inſtituto D. datus clauſulas ſcripturæ dotalis a fol. 26. mutare, & contrarias adijcere poſt conſtitutum maioratum in vocatorum præjudicium? agnolco regulam eſſe in jure noſſio, poſſe maioratum inſtitutores apponere quacunq; clauſulas & con-

Xy ij

ditiones

ditiones voluerint, dummodo legibus non aduersentur *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 2. n. 32. Valasc. conf. 153. n. 23.* sed etiam est indubitatum non posse maioratum institutores clausulas, quas apposuerunt, mutare vel alterare post institutum maioratum irrevocabilem in prejudicium vocatorum, ex his quæ *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8. n. 37. & ibi Additionatores vers. Cæterum in maioratu Gom. L. 17. Taur. n. 22. cum multis Castilh. contr. lib. 3. cap. 10. n. 5. & 6. ex regul. text. in L. perfecta donatio Cod. de donat. quæ sub mod. quod in dubitabilius fit in nostra specie, visa illa dictæ scripturæ dotalis clausula, fol. 31. Item que querendo elles instituidores acrescentar mais algumas clausulas, que não sejaõ em prejuizo das sobre ditas atras declaradas, o pudaõ fazer.*

3 Unde solum alias poterant adijcere clausulas, quæ non essent illis appositis in dicta scriptura contrariæ mutare vero antiquas, vel illas alterare non poterant *Roxas de incompat. maior. 1. p. cap. 3. n. 29.* manentibus ergo in sua observantia clausulis de quibus in d. scriptura maioratus, de quo contenditur ad proximum consanguineum venire debebat, proximior autem est opponens, filius nanque est institutoris, Reus vero nepos, ex quibus jam exulat illa nominatio facta in testamento fol. 39. primo enim loco vocatus invenitur opponens in illa scripturæ clausula a fol. 29. ubi in defectum filiorum illius matrimonij sine descendens invenitur vocatus proximior consanguineus qualis est opponens & secundum juris principia vocatio omnibus qualitatibus præfertur *L. cum ita §. in fideicom. 10. aliàs 50. ff. de legat. 2. Castilh. lib. 5. contr. cap. 93. n. 17. Molin. de primog. cap. 4.*

n. 33. Larr. dec. 33. n. 42. quod etiam locum sibi vendicat etiam si non vocati sint proximiores *Gom. dec. 160. n. 3.*

Neque obesse potest illa allegata scripturæ nullitas, perfectam namque habuit Didacus notitiam de in illa contentis, quod postea facto confirmavit, & idem est verbo vel facto ratum habere *L. non tantum 5. ff. rem rat. haberi Larr. alle. 31. n. 25.* & optime discurrit doctus Aggravati patronus.

Quo ad fructus.

Reum condemnarem in fructibus 5 á lite contestata, ab hoc enim tempore incipit esse in mala fide *L. certum cod. de rei vindicat. L. sed. & si lege §. etiam ff. de petit. hered. cum aliis Reinos. obser. 63. n. 5. & ibi addit. n. 4.* sic meritissimo Pæfide & confirmato, & revocato. *Ulyssipone 16. Junij. 689.*

Basto. Pereira.

Hujus processus decisio meo iudicio solum difficilis redditur propter authoritatem tanti Patroni Rei, qui in hac instantia lato & aureo calamo negotium enocleavit, verum illius authoritati non obstante in favorem oppositoris respondere placet.

Agitur itaque in præsentiarum 6 de successione maioratus instituti ab illustrissimo Didaco Soares in scriptura dotali a fol. 29. cum seqq. quod de jure est permissum ex text. in *L. 1. §. illud, cod. de rei uxor. act. Molin. de ript nupt. lib. 3. in prælud. a n. 1. Fontanel. de pact. tom. 2. claus. 8. p. 22. n. 54. Valasc. conf. 135. Mier. de maiorat. p. 2. q. 5. & 12.* quibus in terminis irrevocabilis remansit *Menoch. conf. 203. n. 3. Fontan. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. in princ. n. 10. Gabr. Pereir. decis. 48. n. 8. Valens. conf. 60. a n. 18.* & jam per præcedentem

dentem amantiffimum que dominum
7 diſpoſitum extat non poſſe inſtitu-
torem noſtrum clauſulas alterare in
præjudicium vocatorum, quod eſt
adeo indubitabile tam ex jure, quam
ex mente & voluntate inſtitutoris
ut patet ex clauſula ibi. *Item que-
rendo.* quod adverſus illam non fuit
auſus Patronus aliquid dicere, &
non ſolum hoc juris rudimentum
fuit notum inſtitutori in ipſa inſti-
tutione ſed in alia ſcriptura dotali,
de qua à fol. 19. agnoſcens difficul-
tatem circa alterationem clauſula-
rum diſpoſuit quod ad hunc effe-
ctum debebatur à Principe confe-
qui diploma, de quo non apparet,
& licet appareret adhuc dubitatio-
ne non carebat ex doctrina, de qua
Mier. de maiorat. l. p. q. 26. n. 6.

8 Confugit ergo Rei patronus hac
difficultate opreſſus ad aliud refu-
gium, nempe maioratum fuiſſe extin-
ctum quo ad irrevocabilitatem,
quia defecerunt deſcendentes, &
quod reſpectu collateralium non
erat jus acquiſitum, in quo ſe fe-
felit, quia perpetuitas maioratus
ſemper & in omni caſu fuit expreſſa,
& ſolum cum illa diſtinctione, nem-
pe quod deficientibus deſcendenti-
bus, tum non unus ſed duplex ma-
ioratus daretur, ut patet ex clau-
ſula ibi. *Ea contecendo*, de qua à
fol. 30. verſ. Unde hoc refugium
illi prodeſſe non poteſt, neque alle-
gatio ab illo facta, quia non adequa-
tur noſtri hypothefi, ut pondera-
vit oppoſitoris egregius Patronus.

Ex his jam venit quod nominatio
facta in teſtamento, ſeu vocatio qua
Reus ſibi conſulere vult, parvi mo-
menti eſt, quia illi obſtat irrevoc-
abilitas inſtitutionis, quæ in ſua
obſervantia remanſit, ut jam dixi-
mus.

Neque in favorem Rei aliquid
facit exceptio peremptoria fundata

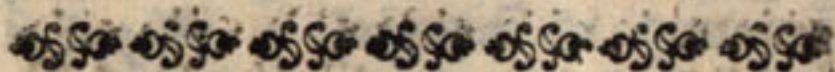
in chyrographo, quia cum prædi-
cta exceptio fuiſſet improbata, &
ab illa non fuiſſet provocatum, in
rem judicatam tranſitum fecit illud
decretum, per quod fuit improba-
ta prædicta exceptio, quibus in
terminis de illa judicare non poſ-
ſumus.

Cætera ſunt ejusdem fatinæ, &
alia quæ ad executionem ſpectant;
ubi deſciderunt ſunt, nunc ſolum
placet ſententiam confirmare, &
quo ad fructus revocare cum præce-
denti domino ex ab eo dictis. Ulyſ-
ſipone 3. Februar. 1690.

Mouſinho.

Tantummodo circa fructuum con-
demnationem, mihi devenit hic
proceſſus, & non dubito cum do-
minis meis convenire *Reinos. obſer.*
63. n. 5. L. certum cod de rei vindic-
cat. cum mille aliis, & eſt quotidie
in ſenatu deciſum. Ulyſſipone 19.
Martij 1690.

Jaques.



§. XXVIII.

De obligatione annexandi ter-
tiam, & quando concu-
runt duo poſſeſſores diver-
ſorum maioratum, cum
eadem obligatione annexan-
di quis ſuccedat, & quomodo
procedat, & ad quem ſuc-
ceſſorem pertineat, & an
minor & pupillus ſucceſſor,
qui e vita deceſſit in pupilla-
ritate, teneatur ejus hæ-
res annexationem facere!

SUM

SUMMARIUM.

Clausula in institutionibus apposta, quod successor teneatur annexare tertiam, an tertia tertiae est valida & executioni mandanda est. n. 1.

Decidens filius sub patria potestate, pater haeres non tenetur tradere tertiam, ad annexationem, sed omnia pupili bona, ad patrem pertinent. n. 2.

In ultimis voluntatibus, expressam tenemur testatorem exequi dispositionem, & juxta naturalem sensum eorum verba, debent intelligi. n. 9.

Pronomen haec est demonstrativum, & taxativum. n. 10.

DE hac materia diximus supra ad §. 7. & vide sent seq.

No Feito do Marquez de Montebello com Pedro de Mendouça Corte Real, e outros, Escrivão Manoel Soares Ribeiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello da A. D. Joanna Francisca de Montebello, contrariedade do R. Christovão de Almada, artigos de opposição de Pedro de Mendouça Corte Real, e os mais recebidos, provas, e documentos juntos porque tudo se mostra fazer instituição, e morgado de seus bens Dom Pedro Deça com as clausulas, e condições, que constão a fol. 11. em diante, entre as quaes se acha a da obrigação de annexar, e agregar ao dito morgado a terça dos bens livres dos possuidores delle, e que nesta forma se agregou a do primeiro chamado Dom Diogo Deça filho do instituidor como consta a fol. 151. e por sua morte succeder sua irmã Dona Luiza Deça, e Mendouça, e Rodrigo Luiz de Almeida mulher, e filho do R. que não agregaraõ cousa alguma ao dito

morgado, ficando o R. por seu herdeiro. Mostra-se outro sim pedir o oppoente Pedro de Mendouça Corte Real a terça da terça da dita defunta como successor do morgado aos Corte Reaes em que outro sim se acha a dita clausula. Por parte do R. se mostra, não dever cousa alguma a dita annexação por quanto, o que podia pertencer livre sua mulher Dona Luiza Deça e Mendouça se esgotou em dividas, que se pagaraõ contrabidas constante o matrimonio, e que as vendas, que de algumas propriedades fez, foy para pagamento das ditas dividas, não ficando residuo algum, que podesse formar, ou constituir terça, e quanto a seu filho Rodrigo Luiz de Almada, que faleceo menino, ainda que supervivesse a sua mãy, com tudo não possubio o dito morgado, e por essa causa, não tem nelle lugar o gravamen da instituição. O que tudo visto, e o mais dos autos disposiçãõ de direito, e provarse, que por morte da mulher, e filho do R. se devolveo a successão deste morgado a Manoel de Sousa Deça e Silva, que lhe foy julgado, e delle tomou posse como consta a fol. 163. e seguintes, e por sua morte passou o dito morgado a sua filha mais velha A. que cazando com o Marquez de Montebello outro si A. tomaraõ delle posse como consta a fol. 194. prova-se outro sim mais, não ser a dita clausula repugnante a direito, e que se deve guardar por ser o merecimento dos morgados, disposiçãõ, e vontade do instituidor, maiormente nesta de que se trata, que se acha penal com privação do dito morgado. Mostra-se, que por falecimento da dita Dona Luiza Deça e Mendouça ficaraõ bens livres, de que se podia formar a terça para della se tirar a terça para a dita annexação, o que senão fez no que o R. faltou defraudando nesta parte

parte o dito morgado: Condemno ao R. Chriſtovão de Almada a que no inventario que fez por morte de ſua mulher Dona Luiza Deça e Mendoça ſe ſepare terça, que aos bens livres percencer a dita defunta, e della ſe tire a terça que ſe agrega á ao dito morgado das AA. e nos fructos della da individa occupação ahe real entrega, que ſeliquidarão na execução deſta ſentença, e quanto a terça de ſeu filho Rodrigo Luis de Almada ab ſolvo os RR. do pedido pellos AA. em ſeu libello, viſto como da inſtituição conſta, ſer o gravame da anexação da terça da terça impoſto aos poſſuidores do dito morgado, e não conſtar de acto algum poſſeſſorio do filho do R. em que poſſa cabir o gravamen, nem amente do inſtituidor foi gravar mais, que ao poſſuidor, o qual não admite extenção ao dominante pella differença, e diviſão, que o direito conſidera entre dominio, e poſſe, não ſe pode admitir ſentido amplexivo por ſer o gravamen deſtricto direito, e ſe deve reſtringir aos termos, com que o inſtituidor ſe declarou: ſem que obſte ao referido as obras, e factos do R. pedindo ſe lhe julgada como foy no juizo das juſtificaçoens a herança do dito ſeu filho defuncto porque ſe mostra, que tendo o dito ſeu filho bens livres, que o R. ſeu pay herdou, tinha dellas tambem terça para della poder agregar a terça ao dito morgado, que logo ſe lhe devolveo, e transferio por falecimento de ſua mãy como conſta da ſentença fol. 119. donde ſe reſervou direito de terceiro. O que tudo mostra parecer ſer obrigado o R. pela cabeça de ſeu filho a agregar a terça da terça ao morgado das AA. com tudo eſte fundamento he aheo da inſtituição, e neste caſo, não pode ſubſiſtir, nem verifica ſe o gravame impoſto ao poſſuidor, por faltar ao filho do R. o real acto da

poſſe, e o comodo de lograr o dito morgado que não poſſubio, nem o gravamen pode cabir donde faltou a commodidade, e eſſa foy a cauſa porque o inſtituidor ſe declarou ſómente no poſſuidor, e não no ſucceſſor porque neste podia ſucceder caſo, como he o presente em que podia ſer ſucceſſor, e não poſſuidor, e aſſim ficou ſómente gravando, o que poſſuiſſe, e não o que ſucced ſſe, e como o poſſuidor ſenaõ pode dizer, ſenaõ aquelle, que por facto aprehe de poſſe a eſte ſe impoſz o gravame, e não ao ſucceſſor, que carece della como he no presente caſo em que ſenaõ dá acto algum poſſeſſorio, utilidade, ou logração do dito morgado na peſſoa de Rodrigo Luiz de Almada cujos bens livres ſe achão deſobrigados do dito gravamen pela meſma razão de lhe faltar a utilidade, que não logrou mayormente, que para o filho do R. conſtituir em ſi a ſoſgeição de gravamen necessitava de acto voluntario, ſpontaneo, e facto proprio em fórma de contracto, que induziſſe a obrigação da anexação da terça da terça ao morgado dos AA. nos bens livres que ficaffem por ſeu falecimento, o que não houve logo conſequentemente ſe achão deſobrigados os ditos bens da dita anexação: e deferindo aos artigos de oppoſição do Pedro de Mendoça Corte Real em que offende o direito dos AA. não ha que deferir viſto a antiguidade do ſeu morgado, e a preferencia que de direito lhe aſſiſte na concurrencia da do oppoente para os AA. ſerem integralmente inteirados, e lhe ſer anexada a terça da terça da ultima poſſuidora ao ſeu morgado, que conſta ſer mais antigo, e como ſe vê a fol. 18. combinada com a inſtituição do dito oppoente a fol. 354. e em quanto offendem o direito do R. lho reſervo ao oppoente para na anexação da terça da terça pertencente aos AA. reque-
ter

rer o que lhe parecer vista a fórma de suas allegaçoes, e paguem os AA. oppoente, e R. as custas dos autos cada hum a terça parte. Lisboa 3. de Novembro de 679.

Francisco da Fonseca.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatium, ubi fuit lata sententia sequens,

Acordão os do Dezembargo &c. Não foy aggravado pelo Corregedor do Cível da Corte em absolver ao R. aggravante da obrigação de annexar a terça da terça na fórma da clausula da instituiçãõ a respeito de seu filho Rodrigo Luiz de Almada, que faleceo na idade pupilar como em condemnar ao dito A. pelo que toca aos bens daquellè casal pela cabeça de Dona Luiza de Eça e Mendica sua mulher tambem falecida, por se verificar entrar na posse do dito morgado pela interposta pessoa do dito Luiz de Almada nascido daquelle matrimonio: Porém em não deferir a opposiçãõ, que pela cabeça do outro morgado fez Pedro de Mendocça Corte Real foy por elle aggravado cumprase sua sentença naquellas partes por seus fundamentos, e o mais dos autos, e se mostrar delles pedir a observancia das clausulas de hum, e outro morgado a anexaçãõ da terça da terça, o que não dá lugar a cessar esta obrigação com qualquer pretexto; por tanto declarãõ à vista das ditas clausulas, de huma, e outra instituiçãõ em que se exprime o tempo da morte dos possuidores, para se haver deduzir de seus bens huma, e outra terça da terça que a este respeito na execuçãõ desta sentença podia o R. mostrar, e provar tudo quanto se vé da deminuiçãõ, e o casal constante o matrimonio na ameadade que liquidamente restar se tirará pro rata a terça de hum, e outro morgado, e paguem o A. a terça parte das custas, e o R. as duas. Lisboa

24. de Abril de 687. Baracho. Rezende.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Clausula in institutionibus apposta, quod successor teneatur annexare tertiam, aut tertiam tertiam, est valida, & executioni mandanda, ut multis tradit *Doctissimus Pegas in comm. ad Ord. tom. 4. lib. 1. ad tit. 50. cap. 1. de annexatione tertie pag. 187.* & ita non est dubitandum de tertiam annexatione.

Tres sunt partes in hac causa, & tres quaestiones sunt disputandæ prima in favorem illustrissimi R. secunda in favorem illustrissimi A. Tertia in favorem illustrissimi oppositoris, & omnes resolutiones deduco ex doctissimo Pegas A. Patrono.

Quoad Reum optimo jure absolutus fuit ab annexatione tertiam filij pupili, nam licet plus vivere cum ultimam diem clausit extremum in pupilari ætate intra quam ei permillum non erat testamentum condere, erat enim subpatria potestate, & pater hæres non tenetur tradere tertiam ad annexationem, sed omnia pupili bona ad patrem pertinent ut optimis *O dination. & DD. tradit inspecie idem Pegas dict. cap. 1. n. 7.* & ita sententiam in hac parte confirmarem.

Quoad Actorem etiam sententiam confirmarem, ut infortiori causa tradit idem Pegas dict. cap. 1. n. 8.

Quoad oppositorem, ut lites ex litibus non oriantur, dicerem ad ejus maioratum pertinere alteram partem tertiam, quia cessat præferentiam quaestio, quando tertiam ad utrumque maioratum sufficit quia institutor maioratus Actoris non jubet annexare tertiam, sed tertiam tertiam & cum satisfactis maioratibus superest adhuc alia tertiam pars tertiam, competit actio ad utrumque possessorem utriusque

VI maioratus

maioratus ad Actorem primo loco, & ad oppoſitorem in ſecundo, & ita ſententiam revocarem, & declararem. Ulyſſipone 24. Maii. 1685.

4 Freire.
Meritiſſimi quondam Curiaæ prætoris ſententia tres continet partes, in prima Reum illuſtriſſimum condemnat, ut trientem trientis hæreditatis, quam ab uxore illuſtriſſima per intermediam filii infantis perſonam obtinuit Actori ut maioratus augmentum reſtituat, in ſecunda Reum ipſum à triente hæreditatis ejuſdem filij abſolvit. Intertia eum etiam abſolvit à triente, quam opponens petit in augmentum alterius maioratus de quo fol. 361. verſ.

5 In primis ergo notandum, quod in ea parte, nempe ſecunda, qua Reus abſolvitur cognoſcere non poſſumus, neque quoad Actorem, neque quoad oppoſentem: Non quoad oppoſentem, quia is trientem filij infantis, non petivit, immo Reum ad illum non teneri aperte profeſſus fuit fol. 390. Non etiam quoad Actorem, quippe cum ſententia præſente, & ſciente ejuſ procuratore publicata fuiſſet die 2. Novembris fol. 397. haud tamen aggravavit, niſi die 25. Januarij ſequentis fol. 401. neque à Rege Auguſtiſſimo reſcriptum impetravit, pro ut alii colligantes fol. 443. præterquam quod tametiſi cognoſcere poſſimus, ego quidem quoad ejuſmodi trientem ex eo ipſo quod nititur fundamento indubius confirmarem.

6 Igitur quoad gravamen R. in quo de prima ſententia parte agitur, illam utique etiam confirmandam exiſtimo; clauſula nanque à parte legitur in maioratus inſtitutione fol. 11. quæ non ſolum obſervanda, per ea quæ pulchre dicit *Mult. & audit. &* Pras IV.

obſervat ad Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. n. 8. Sed etiam obſervari ſolita eſt ceu pateſcit fol. 373.

7 Quo verò ad tertiam partem ſententia eam revocandam, indubius teneo, ſimilis nanque clauſula in alterius maioratus inſtitutione legitur fol. 361. quam omnes ſucceſſores obſervare tenentur, quin obſtet vaniſſimum Prætoris fundamentum quod non obſtat, quominus ſucceſſor duorum maioratum, utriuſque obligationibus ſatisfacere teneatur.

Sed quoniam bona non dicuntur, niſi deducto ære alieno, neque inſtitutores percepta ſua dirigunt niſi ad tempus mortis ſucceſſorum, ideo declarandum cenſeo quod in executione hujus noſtræ ſententia poſſit Reus illuſtriſſimus oſtendere, & probare quantum æs alienum conſtante matrimonio contraxit cujuſ dimidium ex parte uxoris ſolvendum erat, ut proinde pro rata tantumdem ex tertia deducatur. Ulyſſipone 27. Decembris 1685.

Lopes Oliveira.

8 Injuſtam ſi probaret eſſe ſententiam, interpoſitum ab illuſtriſſimo Aggravante gravamen, non immerito non attenderem dubium illud, quod in ejuſ cognitione inſurgit, inſpecta enim certitudine fol. 425. dum die 13. Novembris ſcriptum fuiſſe dicitur, nec non ſolutione gabellæ fol. 409. 4. Menſis Decembris juncta publicatione ſententia fol. 396. legitimo provocatum tempore videbatur. Quid autem de provocationis tempore cogitamus, ſi non juſte provocatum eſſe inſpicimus, & avinculanda tertia ex bonis filii, quæ præcipua eſt prædicti gravaminis materia, Reum illuſtriſſimum invenimus jure optimo abſolutum, quis enim propter onus reſtrictè impoſitum poſſeſſoribus ad ejuſ condemnationem deſcenderet,

qui nunquam possedisse inspicitur, effectumque sine causa, accidens sine substantia damnum sine lucro, & accessorium admitteret sine principali contra communes juris regulas, & manifestam rationis æquitatem, ut est vulgare?

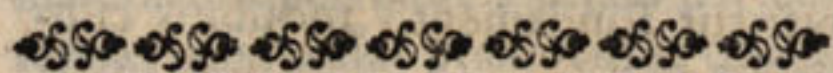
- 9 Deinde si in ultimis voluntatibus expressam tenemur testatorum exequi dispositionem, & juxta naturalem sensum eorum verba debent intelligi, nec in dubio ab eorum propria significatione receditur juxta dispositionem juris per *text. in L. ult. de his qui ven. etat. impetr. & in L. fideicommissum ff. condit. & demonstr. cum aliis, quæ refert Mant. de conject. lib. 8. tit. 10. n. 1. & interminis Peregr. tit. 6. cons. 17. n. 5.* quo jure verba illa, *os quo possuim &c.* ad eos extendi possunt, qui solum habuere dominium, & possessionem non intrarunt, & quid obstant sequentia verba in quibus maxime fudit doctus Actoris patronus ibi: *Com esta condição deixo este morgado a quem nelle houver de succeder*, si pronomen illud, *esta*, demonstrativum, & taxativum est, conditionemque restringit ad casum de quo loquitur, ut considerat *Capic. Galeot. contr. L. 1. contr. 48. n. 25. per text. in clem. 1. §. ad hoc vers. inserta de præbend.* ubi communiter scribentes, & ideo verificari, & intelligi non potest in eo qui possessor non fuit, ut est evidens.

- 11 Non omitam, quod etiam si, non ita possessoribus restrictum, sed primo, & principaliter successoribus onus illud esset impositum, quod aliter esse ostenditur, & licet Aggravantis filius maioratus haberet dominium, quod habuisse non dubitamus, adhuc non teneretur ad oneris implementum, cum possessionem non intraret; ex verosimilitudine instituentis mente, non de

domino habentibus, sed de possessoribus, imo etiam per tempus considerabile possessione fruventibus, conditionem illam intelligerem, nempe propter recepta lucra, & provenientes commoditates, & ideo his deficientibus succedit regula *text. in L. illud. ff. ad L. Aquil. juncto text. in vulgari auth. denupt. §. disponat & communis doctrina de qua Valensuel cons. 113. n. 110. & optime Cancer. var. 3. p. cap. 7. n. 217.* quod scilicet defunctus illud voluisse præsumitur, quod si esset interrogatus respondere? quis autem existimabit eam esse instituentis mentem ejusque in eum finem dirigere dispositionem, ut qui nullum vidit maioratus fructum, fructus teneretur augere maioratus, & qui nullam accepit utilitatem, eam solveret pensionem, quæ erat commune acceptæ utilitatis præstandæ.

Quod attinet ad illustrissimæ uxoris partem, de facta condemnatione non dubito, non obstante æris alieni pondere, & bonorum defectu, hoc enim non obligationis justitiam sed executoris modum & solutionis respicit effectum, & ideo satis in hoc puncto provisum est per declarationem de qua Dominus præcedens meritis cui etiam quoad revocationem sententiæ super alio maioratu convenio. Ulyssipone 18. Aprilis 1686. Rezende.

Cum proximis Dominis convenio Baracho.



§. XXIX.

De distributione fructuum maioratus, inter consanguineos juxta institutoris voluntatem

luntatem, & quomodo, & quando fieri debeat, & ad quos pertineat.

SUMMARIUM.

Substitutio sub conditione, si sine liberis decesserit mortis tempore, extantibus liberis evanescit. n. 4.

Limitatur, & non procedit in maioratibus, siue primogenitis. n. 5.

In capella versatur eadem ratio, quae in maioratibus, cum siue capella siue maioratus sit institutus, semper fideicommissum perpetuum datur. n. 6.

Fideicommissum perpetuum, tractum successionem inducit. n. 9.

Credendum non est testatorem qui perpetuitatem capellae contemplant illius augmentum non considerasse. n. 11.

Conjectura sumenda est, ut persona honorata, minus gravetur. n. 12.

Quando testator comisit distributionem administratori, potestate filios suos, ad administrationem admittere. n. 16.

Substituta pia causa subconditione si haeres sine liberis decedat, susceptis liberis, expirat substitutio. n. 17.

Ea quae limitatio casu disponentur, ultra illum casum non extenduntur. n. 18.

Per verba limitata, dispositio concipitur & omnes casus de quibus non loquitur, excluduntur. n. 19.

Dispositio limitate concessa, non extenditur, ex identitate rationis. n. 20.

Ex primo quod intendetur, regulatur actus. n. 21.

Fructus, quotannis renascuntur. n. 22.

Materia maioratus, clausulae repetitae censentur. n. 23.

Pars IV.

Onus onerosum est, quamvis opponatur in maioratu hac de causa non extenditur de casu ad casum. n. 24.

Substitutio ut favorabilis aliter se habet. ibidem.

In dubio substitutio, non est extendenda. n. 26.

In materia oneris omnis interpretatio fieri debet, quo minus haeredem gravet. n. 2.

Capella pium jus respicit, maioratus profanum. n. 30.

Posteriora, experioribus possunt declarari. n. 33.

Semper debet attendi pietatis ratio quae testatorem movit. n. 34.

Extentio de casu ad casum admittitur, etiam ex tacita voluntate testatoris. Ibidem.

AD resolutionem hujus quaestio- nis vide sententiam sequentem ex qua controversia derimenda venit.

No feito de Catharina de Olivei- ra de Proença, com Dona Anna Maria de Oliveira Portugal, Escri- vaõ Manoel Gomes Machado, se deo a sentença seguinte.

A cordaõ os do Dezembargo &c. Naõ foy bem julgado pelo Pro- vedor da Cidade de Evora, em jul- gar os embargos da embargante Dona Anna Maria de Olyveira, recebidos por provados: revogan- do sua sentença vistos os autos, e como por elles se mostra, que no testamento istituhira Antonio de Oliveira huma capella, em que assignara huma certa parte dos ren- dimentos aos Administradores, e que satisfeitos os mais encargos de le- gados pios, e Missa quotidiana se repartisse o que mais rendesse por seus parentes pobres, e mais che- gados, nos quaes termos se não pôde evitar a repartição imposta, sem manifestar violencia da dis-

Zz. ii

po

posição, testamento, e vontade do instituidor, por quanto ainda no caso, que se considere não ser o ditto encargo de repartir imposto aos Administradores descendentes, o que podia duvidarse, visto o testador assinar a estes mesmos semelhante porção dos bens da capella, se a posse, e uso de tantos annos não intreprerara o contrario mas sômete, que forão os transverfaes gravados se devia este gravamen admittir nos termos presentes em que a capella chegou a Administradora embargante, que he transversal, por quanto neste caso proveo o testador, especialmente gravando effes mesmos transverfaes que succedeffem na repartição dos rendimentos remanecentes, e tendo assim os parentes transversaes a vocação do instituidor, para succederem, devia admittir o encargo, para repartirem, pois huma, e outra cousa, foy prevista, e declarada pelo instituidor, e desta sorte não obsta o considerarse, que o testador chamou os transversaes gravados no caso que seu filho primeiro Administrador, morresse sem filhos, e que como este os teve, veyo a faltar a condição, e da mesma sorte o gravamen, que não podendo conforme a Direito repetir-se, ficava cessando a repartição imposta, por quanto repetindo-se nos morgados, e capellas, conforme a opinião de muitos Doutores a condição de que se trata, para que a successão se continue, e observe a perpetuidade, que os instituidores quizerão, o mesmo se deve praticar no encargo imposto, em que igualmente se acha semelhante vontade, e como esta basta ainda, e sômente conjecturada com mais forsoço argumen-

to, se deve admittir á ditto repartição nos termos presentes, em que o instituidor gravou aos mesmos transversaes para sempre em favor dos parentes pobres, aos quaes quiz soccorrer, o que se comprova do theor, e sustancia da sua disposição, que toda foy pia, pela qual he justo cuidar menos de instituir morgado, do que capella, por ser esta instituição pia, e conforme a que fez de sua terça a favor de sua alma deixando legados pios, e Missa quotidiana, e ultimamente soccorrendo aos parentes pobres mais chegados, e declarando, que assim queria, fosse perpetuamente, e para sempre, e sendo assim clara, e expressa a vontade do instituidor, necessariamente se deve admittir a repetição do encargo, e repetição dos bens remanecentes: Por tanto julgaõ ter lugar neste caso a ditto repartição, e visto se provar, que a embargada Catharina de Oliveira he parenta mais chegada, e pobre, mandaõ que satisfeitos os encargos da instituição, e o moyo de trigo, ou trinta cruzados do Administrador, se repartão os accrescimos, e a elles seja a ditto embargante, e a parte admittida da contestação da demanda em diante, com declaração, que sendo os dittos accrescimos muitos, e o Administrador igualmente pobre, podera este entrar na mesma repartição de sorte que não succeda levar cada hum dos parentes pobres mais chegados mayor porção do que o mesmo Administrador, antes neste caso se guarde entre elles igualdade, por quanto seria absurdo, que havendo seis moyos de trigo de accrescimos, e hum só parente pobre mais chegada, este o levasse inteis,

inteiramente, e o Administrador fi-
casse ſõmente com hum moyo, ſen-
do tambem probe, ſendo mais
chegado, e mais amado do testa-
dor, cuja vontade ſe devy prezu-
mir, e entrepetrar, ſer eſta meſ-
ma, e que aſſim respondera, ſen-
do preguntado, admittindo-ſe em
Direito a extençã de hum caſo
a outro caſo, pela tacita, e pre-
ſumida vontade dos teſtadores, e
pague à Appellada as cuſtas dos
autos. Lisboa 6. de Marco 1688.

Doutor Fonſeca. Mouſinho.

Doutor Vallé. Doutor Fonſeca.

Hæc ſententia fundata fuit in
deliberationibus ſeqq.

Præclariori in hac re ſuffragii
mei explanatione, aliqua prius
prænotanda animadverto: Et primo,
quod teſtator de tota ſuorum bo-
norum tertia inanimam ſuam diſpo-
ſuit patet ex fol. 7. ibi: *Diſſe que
fazia ſua alma herdeira de toda ſua
terça &c.*

Secundò, quod dictam tertiam
primò diſtribuit in cujuſdam Capel-
la conſtitutionem, & ſecundo in-
varia legata.

Tertio, quod poſtquam ipſemet
teſtator de prædicta egit quam reli-
querat, capella in ſimulque de lega-
tis ſupra dicta cepit agere de ſuper
ex creſcenti parte, quam ei viſum
fuit adhuc poſt capellam, & lega-
ta ex dicta ſua tertia ſuperreſſe, &
detali tertia ſuper ex creſcenti par-
te, quam remanente ſuo vulgari
qui idiomate nuncupavit ita fol. 9.
ejuſdem appendicis B. ſic diſpone-
re incæpit: *E comprido tudo o que
mandar, o que ficar, e remanecer,
manda que ſe dê a ſeus parentes po-
bres, e mais chegados, atè que ſeu
filho ſeja de idade de vinte annos, e
dahi por diante comerà o ſeu filho,
como for de vinte annos acabados.*
Idem inventor in appendice D.

Quibus præhabitis uſque ad fi-
nem præcedentium verborum per
acta non in venio dictam partem
ſuper excreſcentem ſive dictum re-
ſiduum à teſtatore fuiſſe vincula-
tum, quin contrarium ſuadeat de
ſua tertia conſtrui capellam teſta-
torem jubere; cum id de ſolis ſuf-
ficientibus ad illam bonis intelli-
debeat, ut ſeries diſpoſitionis of-
tendit manifeſte præterquam quod,
quanvis de tota tertia confici di-
ctam capellam id teſtator juſſiſſet,
non per hoc volvit partem tertiæ
ad legata diſtribuenta dicto vin-
culo ſubjicere, ergo idem de dicto
reſiduo dicendum puto.

Tandem animadverto, quod poſt
verba teſtamenti proxime relata ita
de dicta ſuper ex creſcenti parte
ſive de dicto reſiduo tertiæ ſuæ te-
ſtator diſpoſitionem findivit dicto
fol. 9. *E naõ tendo filhos, ou ſen-
do falecido ſeu filho, ou filha, tor-
narà o ditto remanecente à capella,
& ibi: E o que ſobejar depois de
ſe cumprir a obrigaçã da capella,
e o Administrador ſe repartirá com
ſeus parentes pobres mais chegados
para ſempre.*

Ex quibus verbis palam fit teſta-
torem dictam tertiam ſuper ex creſ-
centem partem, dictum reſiduum
dictæ capellæ vinculaſſe ſub illa
conditione: *E naõ tendo filhos &c.*
Nam cum eo eventu dictum reſi-
duum dictæ capellæ uniri, ſeu ad
illam injubeat; manendo dicto re-
ſiduo ejusdem capellæ pars, con-
ſequenter etiam vinculatum eo eve-
tu fieri debet ex regula, *L. que
de iſta ff. de reivend. cum vulgarib.*
Unde mihi remanet indubium in
prædicto liberorum defectu teſtato-
rem de dicto reſiduo vinculum fieri
voluiſſe.

Prædictis igitur ita animadverſis
tota ni falor præſentis controver-
tiæ

tia ex eo pendet decessio, an scilicet prædicta si sine liberis conditio filio per testatorem opposita in filiis, sive inquam nepotibus, & aliis ejus descendens repetita censi debeat nunc, & repetitam in præsentiarum dicendum fore prædictam conditionem mihi penitus persuadeo.

4 Quavis enim notissimum sit in jure nostro substitutionem sub conditione si sine liberis decesserit mortis tempore extantibus liberis evanescere ex regula, *L. filius famil. §. cum quis ff. de legat. 1. L. si quis heredem cod. de institut. & substitut. L. in subst. ff. de vulg. & pupil. L. cum uxori cod. quando dies legat. ced. junctisque tradit Anton. Fab. de errorib. pragmaticar. decad. 26. error. 4. per tot. Castilb. lib. 5. quotid. cap. 89. an. 16. 17. & seqq. Peregr. de fideicom. art. 29. in princip. & cons. 29. n. 9. vol. 3. & passim refert que Reinos. obs. 64. n. 11.*

5 Hæc in regula limitatur, & non procedit in maioratibus sive primogeniis ex ratione quia aliter institutoris voluntas durare, neque perpetua effici posset, quod eorum naturæ ex diametro repugnat prout cum *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. n. 18. Castilb. dict. lib. 5. quotid. cap. 89. n. 30. & aliis testatur idem Reinos. dict. obs. 64. n. 33.* Unde cum indicto residuo, sive parte tertiæ super excrecenti cognati proximiores à testatore substituti, sive vocati inveniantur prout proxime ostendimus, fatendum existimo prædictam conditionem si sine liberis decesserit in filio positam repetitam fore, sive repetendam, & etiam ex rationibus, quæ idem, *Castilb. proxime n. 29. per totum.*

6 In capellæ enim versatur eadem ratio, quæ in maioratibus, cum sive capella sive maioratus sit insti-

tutus semper fideicommissum perpetuum datur, ut bona perpetuo deferantur illis, qui nominati fuerint, eorumque successoribus prout resolvit, *Gabriel Pereir. decis. 21. n. 1. & ita locum sibi vendicant doctrinæ, & rationes de quibus idem Castilb. dict. cap. 89. dict. n. 29. per totum, & juvat satis verba testatoris dicto fol. 9. appendicis B. Com seus parentes pobres mais chegados para sempre.*

Faciunt etiam, quod idem *Castilb.* cum multis tradit dicto loco proxime, ut a n. 42. 43. 44. & n. 55. n. 64. & n. 66. & alia quæ docte appellantis considerat patronus a n. 12. suarum allegationum usque ad n. 25.

Ex quibus cum aperte constet per acta descendentes institutoris defecisse, dictæque capellæ administrationem ad appellatam sive ejus sororem transversalem transisse, appellatricemque de proximioribus cognatis esse juberem, quod cum illa dictæ tertiæ testatoris super excrecentis partis repartitio fiat in forma à testatore dicto suo testamento explicata. Provisoris sententia reformata sive inquam revocata. Ulyssipone 31. Decembris 1687.

Doutor Vale.

7 Ultimum suum elogium condidit Antonius de Oliveira, in quo propriis filiis post positam suam animam intertia heredem instituit, capellam que perpetuam constituit, ad cuius administrationem suum filium natu maiorem vocavit postquam viginti quinque suæ ætatis annum complevisset, semper que per suos filios, seu filias aut proximiores consanguineos esse perpetuo ad ministrandam statuit juxta formam in suo testamento præscriptam de quo in appendice B. a fol. 7. ipsis administratoribus congrua assignata;