

quando testator refponfionem præftitit per verbum fic, tunc longa eft altercatio, an testamentum fit fuf- tinendum præcipue fi testator in extremis degens difpofuit, ut videre licet ex fcribentium numero, quos prouna, et altera parte adducit *Scanus supra dict. cap. 20. an. 3. Castilb. lib. 4. cap. 27. & lib. 5. cap. 73. Men. supra, & alij* paffim cum frequens fit illa quæftio. Et licet maior testium numerus difponat, quod testator nomen hæredis supplicantis et legatarij supplicati expreffit in refponfione ad interrogationes, et ita ex illis restium dictis plenior resultet probatio, ut sine dubio testamentum firmum iudicetur iuxta DD. in primo casu rellatos :

10 Attamen etiam ad casum quo testator respondisset, quod sic, ad huc melior, et communis opinio in iudicando fequanda pugnat pro validitate testamenti cum satis per verbum, sic, de hærede pateat, et per æquipolens palam nuncupetur, ut validiffimis fundamentis defendunt *Menoch. Castilb. et alij per Scan. supra an.*

11 12. quæsententia procedit, siue notarius interrogationem faciat, siue alia persona privata, et suspecta, si alia non detur suspicio *Menoch. conf. 45. an. 35. Castilb. lib. 4. cap. 27. 59. latiffime Scan. supra cap. 21. n. 1. cum seqq.* ubi ampliaciones et lit. rationes illius communioris sententia acurate examinat.

12 Neque moveor, ex eo quod illa opinio lemitetur, quando refponfio per verbum fic ab opræffo ægritudine, et in extrimis degente præftatur, quin articulate loqui nequit, vel alia falsitatis fupitio datur, nam tunc in validum est testamentum ad interrogationem per verbum fic, data refponfione, ut tenent omnes supra citati *Castilb. Menoch. Scan. dict. cap. 21. et alij plures, et cum in*
Pars IV.

præfenti patefcatur; quod ægotus in extremis degebat valde morbo turbatus et simul balbutiens ut testis deponit fol. 72. comotusque fugeftionibus fratris personæ suspectæ erga legatarium in odio, et in amore circa fuplicantem hæredem, videtur dicendum quod nullo modo valida iudicanda fit prædicta muncupatio ad interrogationem data cum fit præsumendum ob ægroti statum, quod refponfiones præftitit fugeftionibus commotus, et ut ab illis se liberaret *Menoch. supra presump. 8. n. 38. et alij supra.*

Sed ad omnia refpondetur quod ¹³ fupposita mentis probatione per testes, et conjecturas de quibus supra etiam in extremis degeret testator balbutiens, non loquens articulate validum est testamentum, cum limitatio de qua supra procedat propter præfumptionem defectus iudicij, et cum de eo liqueat, neque vitæ extremitas, neque balbutio validitati testamenti obftat *Flor. q. 1. n. 48. Menoch. conf. 45. n. 37. Mantic. de conjecturis lib. 2. tit. 6. n. 8. et alij per Scan. de testam. cap. 21. n. 11.* præcipue cum sola morbi opressio non tollat præfumptionem mentis, sicut neque, quod in articulo mortis efferet ægrotus *Castilb. lib. 4. cap. 27. n. 9.*

Similiter neque suspicio considerata in interroganti fratre defuncti, et refponsum præftaret, urgent: quia nulla mihi est suspitio in iure Religioso erga sobrinos fratres, et minus prudens est depositio aliquorum testium circa hoc, ut videre licet ex testimonio inquisitoris fol. 76, et neque compultio fraudulenta legitur, et adeo talis quod multum ægrotum maneret ad refponfionem.

Tandem tollit dubitationem probatio, quæ exactis ellicitur plena, ¹⁴

et legalis de eo quod testator ante testamentum fratri et confessori declaravit formam dispositionem, quæ fideliter postea nuncupata extitit ad ea quæ *clar. §. testamentum q. 37. n. 7. Ciriac. contr. 407. à n. 20.* sicque invitæ discursu exoptavit, ut per testes a fol 61. cumque testamenti, et animæ favor non leviter moveat; et expediat tanti viri voluntatem ad impleri, dicerem sententiam esse revisione dignam, ut matura deliberatione processus iterum examinetur, et jus suum unicuique tribuatur. Ulyssipone 21. Maij 688.

Doutor Freire

Proponitur satis ambigua decisio, et nimis periculosa, ædest enim ultima voluntas pernuncupationem efermata, et ad interrogationem alterius (per verbum sic) constituta, ubi ita pugnanter concurrunt conjecturæ, et dubiæ reperiuntur probationes, quod veritatem detegere haut facile sit, cum tamen vocem exprimere adstringat; quod sententiam breviter ad apperiam.

15 Devaliditate testamenti nuncupativi ad interrogationem alterius facti, jam non est dubitandum, licet testator hæredis nomen non exprimat, sed tantum per verbum sic, respondeat, ea enim melior in valuit opinio, quod testamentum hoc modo, confectum in articulo mortis robore non distituatur, si testator mentis erat compos, idem quippe est hæredem proprio nomine exprimere, vel in nominato per alium consentire argumento *Legis si defensor 10. §. qui interrogatus ff. de interrogat. actionib. Scan. de testam. cop. 20. à n. 19. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 8. per totam fachin. contr. juris lib. 10. cap. 7. vers. sed controversum est, quidquid contrarium tenuerint, alij quos refert*

idem *Scan. supra.*

An autem in presenti mentis compos fuisset testator eo tempore, quo testamentum condidit, ut id validum judicetur, quæstio non levis decisionis est, et cum in qualibet ultima dispositione primo sit inspicienda mentis disponentis integritas, sine qua voluntas consistere nequit in ste eam primitus perstrinxit præcedens doctissimus dominus, testamentum enim cum sit voluntatis nostræ, justa sententia, et mentis testatio dicatur *ex L. 1. ubi glos. verbo velit ff. de testam. L. conficiuntur §. licet verbo testator et ibi glos. ff. de Codicilis absque mente, et voluntate nullum subsistet, neque testamentum vocari possit.*

17 His suppositis mentem defecisse amplissimo inquisitori tempore, quo testamentum condidit fortissimis argumentis, et non lucibus præsumptionibus suadetur, ipsam nanque lethali sopore jam correptum ad interrogationem fratris, & tabelionis verbum, sic, respondisse acta demonstrant, & quoties quis infirmitate nimis oppressus mortis jam minitante periculo, testamentum ad interrogationem alterius conficit per verbum (sic) istud non valet, jam enim mortuo similis reputatur egrotus, & in eo mentis integritatem non persistere existimatur, *Menoch. conf. 45. n. 22. Surd. conf. 414. n. 9. Castilh. cap. 27. ex n. 63. Scan. supra cap. 21. n. 52.*

18 Secundo videtur periclitari dispositionem ob illam nimiam suasionem, qua testator semel atque iterum fuit interrogatus priusquam responderet, quo casu suggestionem intervenisse præsumitur, immo credendum est testatorem non ut testamentum conderet, sed ut molestiam evitaret respondisse, ut notat idem *Castilh. supra cap. 27. n. 67. Scan.*

Scan. dict. cap. 21. n. 56. præcipue cum de lana ejuſmente dubitetur ut per teſtes fol.

19 Tertio quia ut vacilet teſtamentum, ſufficit, quod unus ex reductionis teſtibus eum contradicat, ut ex *Bald. Alex. Socin. refert. ſurd. conf. 414. n. 18.* & in præſenti teſtis fol. 14. expreſſe affirmat teſtatoremente carere tempore ejus factio- nis, unde videtur, quod tale teſtamentum, non ut validum ſed ut firmum judicari debet, vel ſaltem, quod ſententia prolata reviſionem non meretur:

20 His vero non obſtantibus, pro validitate teſtamenti pronun- tiandum eſſe exiſtimo, nam ultra teſtes, qui de teſtatoris integramente deponunt, & quibus magis credendum eſt juxta jura imprudenti deliberatione allegata maiores exuberant præſumptiones, quibus teſtamentum ordinate fuiſſe conditum concluditur, conſtat enim teſtatoreme iam antea prædiſſe teſtamentum ita ordinare velle, et in eadem voluntate perſiſtere credendum eſt, animo que teſtandi verbum ſic expreſſiſſe præſumi debet cum ſi teſtamentum condere nolet, tacere poſſet *Menoch. dict. præſumpt. 8. n. 16. Fachin. contr. lib. 10. cap. 7. verſ.* ſed controverſum

21 eſt *Scan. ſupra cap. 20. n. 7.*

Ultraquam quod cum huiusmodi negotium ad infirmandum teſtamentum totum penderet à mentis defectu teſtatoris, iſtam, mentem, ſcilicet defeciſſe, tenebatur actor plene probare, eo maxime cum cordatus, et prudens fuiſſet teſtator, ut notat, *Scan. ſupra dict. cap. 21. n. 72.* et hanc plenam probationem non inveniri mihi eſt adaperum, teſtes enim excepto illo jam dicto fol. 14. mentem defeciſſe non aſſeverant, ſed aliqui indubietate

poſiti, juramentum ſubire, et cæteri defirmitate mentis deponentes ad 22 reductionem acceſſere, quibus interminis potius his, quam illis fides tribuenda eſt, cum deponant juxta qualitatem naturalem, qua quis mentis compos exiſtimatur donec contrarium evidenter probeatur *Mascard. concl. 1048. n. 14. & 15. ſurd. conf. 89. n. 3. Menoch. lib. 6. præſumpt. 45. n. 20. & conf. 89. n. 215. ſeſſe deciſ. 46. n. 4.*

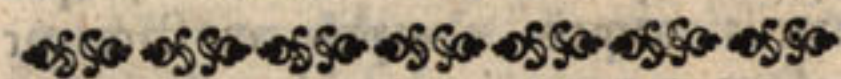
Nec obſtant incontrarium conſiderationes, quanvis enim verum ſit teſtamentum in ultimo vitæ periculo per verbum ſic conflatum non valere, hoc tamen intelligitur ſi teſtator jam mente careat, & nec articulate loqui poſſit, quod utrumque in præſenti deficit, probatur enim teſtatoreme mente adhuc non eſſe orbatum, quanvis tempore fuiſſet correptus, & poſt confectionem teſtamenti (tempore aliquo intermiſſo) iterum apud confeſſarium peccata depoſuiſſe.

Non obſtat ſecundo ſuaſio, quæ 23 teſtator ad teſtamentum conficiendum fuit invitatus, ut enim redderetur ſuggeſtiva ſimplium interrogationis modum debebat excedere ex *Menoch. ſupra n. 16.* & ita importune debebat eſſe, quod dolum in mixtum ferret per ea quæ *Phæb. deciſ. 25. n. 9.* qui quidem dolum in præſenti abſuit immo exiſtimo, quod ultra pietatis eſt amoris officium morti proximum ad teſtamentum conficiendum invitare, cum ex eo poſſit animæ gravamen ſublevari.

Non obſtat tertio teſtis dictum 24 fol. 14. illo nanque ut poſſit diſpoſitio vacilari altera non debebat dari probatio, qua ejus fides evaneſceret, ut declarat idem *Menoch. ſupra n. 95.* his omnibus & ex aliis à præcedenti Domino eleganter perpenſis, ego provaliditate teſtamenti

ti judicandum esse autumo, e consequenter sententiam qua fit in validum, revisione dignam esse. Ulyssipone 23. Julii 1678.

Penheiro.



§. XLVI.

Circa libertatem datam servo institutoris non obstante debito ad cuius solutionem bona defecerunt, & an sustineri debeat.

DE hac materia diximus tom. 1. supra cap. n. & late in tract. de action. cap.

Et vide sent. seq.

No Feito de revista do Capitão Payo Mendes de Araujo com Antonio Rodrigues, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

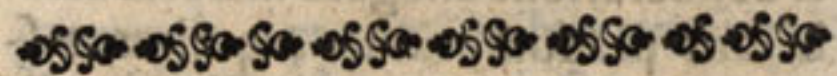
Acordão os do Dezembargo &c. aggravado he o aggravante pelo Ouvidor geral do Crível em julgar a liberdade de que se trata por nulla: provendo em seu aggravamento vistos os autos, e como delles se mostre, que a liberdade de que se trata foy dada ao aggravante pelo possuidor do morgado, o qual conforme a direito pode alhear os bens do morgado por razão de causa pia, e como o dar a liberdade o seja bem podia dar a de que se trata, e mayormente constando dos autos, que o possuidor do morgado pagara pela instituidora algumas dividas para o que lhe haviaõ dar bens da terça da dita instituidora para as pagar, o que se não fez, e tomara o valor do aggravante em satisfação do que pa-

gou pela dita instituidora, que podia fazer conforme a direito em que o dito morgado se lhe não pode considerar deminuição; pois pagando o possuidor do dito morgado, que deu a liberdade ao aggravante muito mayor quantia do que importa o valor em que o aggravante foy avaluado, bem se deixa ver foy em proveito dos bens do dito morgado que estava obrigado as dividas da instituidora: Julgão a liberdade por boa, e ao aggravante por livre da servidaõ, e condemnaõ ao aggravado nas custas de ambas as instancias. Bahia 20. de Outubro de 682.

Almeyda. Banha.

Soutomayor.

A qua sententia fuit petita revisio, & fuit excusata.



§. XLVII.

De vinculo maioratus probato per sententiam & erecto à commissario, an sufficiat ad hoc, ut per illam declaretur successio, & vinculum fuisse factum.

SUMMARIUM.

Maioratus possessor potest res maioratus à tertiis reivindicare. n. 3.

Ad hoc ut precedat reivindicacionis actio, debet actor dominium probare. n. 4.

Res iudicata pro veritate habetur. n. 5. & 12.

Propter vim commissam tenetur possessor ad fructus restitutionem adi mortis possessoris ultimi. n. 6.

Di.

Diverſa eſt perſona maioratus poſſeſſoris a perſona ficta ipſius maioratus. n. 7.

Ex nova acquireſione & translatione domini, de una in alteram perſonam, debet ſolvi gabella. n. 8.

Temporalia ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum. n. 9.

Ex datione in ſolutum gabellam deberi, pro comperto eſt. n. 10.

Solvens alii quam vero creditori non liberatur. n. 13.

Indubium de jure eſt, eandem perſonam, vice duarum fungi poſſe, ſub reſpectibus diverſis n. 14.

DE hac materia diximus tom. 1. cap. 1. n. & oſtendimus ſufficere; & de materia vide ſentent. ſeq.

No Feito da Condeça de Vimioſo, contra a Marqueza de Alenquer, Eſcrivaõ Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Viſtos eſtes autos, &c. Moſtraſe por parte da A. que faleſcendo Matthias de Albuquerque Vice-Rey que fora do eſtado da India com ſeu ſolemne teſtamento, nelle diſpuzera, que de todos ſeus bens, que lhe ficaffeſem, pagas ſuas dividas, ſe inſtituiſſe hum morgado, para a ſucceſſão do qual chamara em primeiro lugar a ſeu ſobrinho Paulo de Albuquerque, que ao diſpois ſe chamara Matthias, e deixara por teſtamenteiros a D. Philippa ſua mulher, D. Francisco de Caſtelbranco, e a Nuno Velho Pereira, que havia de ordenar as clauſulas delle, em obſervancia do qual ſe fizera a inſtituição, e nella ſe declara, que ao dito Matthias de Albuquerque por não ter deſcendentes ſuccederia ſeu irmão Duarte de Albuquerque Coelho, era ella A. filha, e lhe pertencia o dito morgado, por não haver outro ſucceſſor legitimo, e delle eſtava de

poſſe pacifica ao qual entre outros bens pertencia huma quinta chamada do Junqueiro ſita em Carvellos com todas ſuas pertenças, vinhas, foros, e praços, por quanto tomando o Provedor dos Reſidos conta dos bens livres, que ſe haviaõ de unir ao vinculo, mandara noteficar a Matthias de Albuquerque para fazer o dito emprego, o qual porque naquelle tempo ſuccedera auſentarſe, deixara baſtante procuração a ſeu irmão Duarte de Albuquerque com livre, e geral administração, que poderia comprar, e vender tudo como lhe pareceſſe, e neſta forma ſe fora procedendo no dito juizo com elle, e fora obrigado a fazer o dito emprego por cuja razão fizera lanço em a quinta de que ſe trata, e ſuccedendo tomarſe outra conta, e achandoſe o alcance della foy comminado que em termo de ſeis mezes ſe acabafſe de dar ſatisfação, o que ſe fez pelo dito Duarte de Albuquerque, arrematandoſe a quinta, e com certidão da arrematação ſe vinculara com todas ſuas pertenças pelo dito Provedor, o qual tornando a reverſe a meſma conta ſegunda vez julgara por vinculada a dita quinta, e houvera por deſobrigado Matthias de Albuquerque do emprego, que devia, pela qual razão ficara ſem duvida ſendo do dito morgado a quinta, que outrosim ſe unira a elle na inſtituição, que Matthias de Albuquerque lera, e opprouara, e como tal ſempre a poſſuira, e entrando a R por morte de ſeu marido na poſſe della, e de tudo o mais a ella pertencente ocupandoa injuſtamente por ſer do morgado, devia ſer condemnada a que abriſſe mão della com tudo o mais pertencente, vinhas, foros, e praços com os fructos deſde o dia da

da morte de Matthias de Albuquerque até real entrega. Por sua parte se mostra, que a quinta do junqueiro fora arrematada em nome de seu marido Matthias de Albuquerque, a elle se lhe adquirira o dominio, e suposto que mandando o Provedor dos Residos noteficar a Duarte de Albuquerque para fazer o emprego do dinheiro que em si tinha das joas, que arrematara offerecera ao vinculo a quinta, contudo neste tempo estava o dito Matthias de Albuquerque ausente, e o dito Duarte como seu administrador, e por se livrar da noteficação fizera o tal offerecimento, e o Procurador sem conhecimento juridico a houvera por vinculada, porque no mesmo tempo em que proferira o despacho, ainda se não tinha tirado carta de arrematação, e ainda esta estava embarçada com as dividas que se moverão, e sendo a quinta de Matthias, e sendo devedor Duarte, não podia pagar com o dinheiro de seu irmão, o que devia, quanto mais que a petição não fora feita por elle, antes tudo fora fabricado por Duarte de Albuquerque, que supposto tivesse procuração sua, esta lhe não dava poder para fazer o tal vinculo, e assim sendo este nullo pelo despacho do Provedor, da mesma sorte o era pela instituição principalmente quando em todo este tempo constava que Matthias de Albuquerque estivera ausente deste Reyno, e tudo se fizera sem seu consentimento, e approvação, antes sempre havia tido por livre a quinta, e por tal a dotou a Condeça R. e assim o reconheço a sentença da Relação, julgando que por não constar ser notoriamente do morgado a mandação restituir, e não devia subsistir nella o vinculo, e menos nos

prazos, em que se não falara na sentença, e finalmente sendo todo o dinheiro porque se comprara de Matthias de Albuquerque, e sendo Duarte o devedor, não podia pagar com o que era de seu irmão, o que elle devia, por cujas razões, que mais largamente consta de sua contrariedade devia a R. ser absoluta. O que tudo visto, e o mais que dos autos consta, e como em o testamento com que falecera Matthias de Albuquerque Vice-Rey que fora do estado da India instituiria morgado de todos os bens que lhe pertencessem, pagas as dividas, e em primeiro lugar em falta de filhos chamara para a successão delle a seu sobrinho Paulo de Albuquerque, que ao depois se chamara Matthias, o qual com effeito o possuiria, e nella na forma da instituição por se chamar tambem a Duarte de Albuquerque intrara a A. a Condeça do Vimioso sua filha de posse, e nella esta continuando sem contradicção alguma, por cuja razão lhe compete o direito de poder reivindicar todas as propriedades obrigadas ao vinculo como legitima administradora delle; e como se prova que tomando o Provedor dos Residos desta Cidade contas do dito testamento, e dos bens livres que haviaõ ficado do instituidor, e se deviaõ empregar em fazenda para o morgado, mandara noteficar ao possuidor, que entãõ o era delle Matthias de Albuquerque, que o fora em sua pessoa como consta da certidão fol. 619. para que fizesse o dito emprego, e esta deligencia se fizera com elle em o mez de Janeiro de 620. o qual no mesmo anno por succeder ausentar-se passados alguns mezes fizera procuração com livre, e geral administração a seu irmão Duarte de Albuquerque com o qual

o qual se continuaraõ naquelle jui-
zo todos os requerimentos pertencen-
tes ao emprego, de que se tra-
tava, e com effeito precedendo mais
notificaçoens, que à instancia do
Prometor se fizeraõ, o dito Duarte
de Albuquerque lançara em a
quinta de que se trata com todas
das suas pertencus, e feita arrema-
tação della, de que constou ao Pro-
vedor a julgara por vinculada,
e mandara descaregar ao dito Mat-
thias a quantia de cinco mil e tre-
zentos cruzados como consta da cer-
tidaõ a fol. e tornando-se a rever
a conta dos ditos bens, de que se
havia de fazer emprego se achara
o que pertencia ao morgado, como
se vê da certidaõ fol. 626. e prece-
dendo contencioso se tornara a dita
quinta a julgar vinculada pela ou-
tra sentença fol. 632. em que se
tratara sobre a receita, e despeza
dos bens que o possuidor devia em-
pregar, e sendo o dito juiço com-
petente para semelhantes contas, e
vinculos fica concludentemente pro-
vado ser a quinta de morgado, e
assim o suppoz a sentença da Rela-
ção que se proferira entre estas mes-
mas partes, e embargando-se na
Chancellaria com toda, e a mesma
materia com a que a R. agora se
defende fora rejeitada pela outra
fol. 323. fundando-se esta determi-
nação em que Mathias de Albu-
querque nas respostas dos avisos,
que seu irmão lhe fizera havia ap-
provado o vinculo, como se vê na
carta fol. 635. em que agradecera
a compra, referindo-se as contas,
que se tratavaõ perante o dito Pro-
vedor, lhe approvara esta compra,
mas tambem outras subrogaçoens
que havia feito em outra quinta do
mesmo morgado, e não he crível,
que estando feita a instituição fol.
11. e nella vinculada a de que se

Pais IV.

trata, vindo elle a esta Cidade dei-
xasse de a ver, e não soubesse o que
havia precedido, quando por todos
era tida por de morgado, como ju-
raõ as testemunhas da inquirição da
A sem que obste a allegação de sua
contrariedade, porque além de
que della não resulta prova com
aquella concludencia, e legalidade
necessaria para se julgar que não
tem lugar o petitorio da A. que se
acha provado com as sentenças, e
mais documentos, que discorrem
nestes autos) a quinta de que se tra-
ta fora arrematada com o procedi-
do das joyas, que em seu poder ti-
nha Duarte de Albuquerque, e do
mais que pertencia as dividas vin-
culadas, e nestes termos sendo hum
emprego do dinheiro do morgado fi-
cou sendo juridico o procedimento
do Provedor, com o que somente se
convencem todas as razões em que
a R. se funda para evadir a con-
demnação; e quando tudo faltara,
estando esta materia dicitada pelas
sentenças do Provedor da Relação
dellas se não podem tornar a con-
troverter os merecimentos, por te-
rem passado em cousu julgada, cu-
ja execução se não renunciou pe-
la A. por se proferirem muito de-
pois de posta esta aução em juiço,
e como a R. esteja de posse da dita
quinta, se ficão verificando os dous
requisitos della, em cuja considera-
ção a condemno a que largue à A.
a quinta com todas suas annexas,
e pertencas na fôrma que a sentença
do Provedor a tem vinculado e nos
frutos da lide contestada em diante,
vista a sentença dada sobre o pos-
sefforio, e pague outrosim as cus-
tas dos autos. Lisboa 12. de Ja-
neyro de 686.

Belchior do Cunha Brochado.

Ab hac sententia fuit appellatum
ad supplicationis Senatum, ubi fuit

Ppp con;

confirmata à iudicibus Doutor Valle. Lacerda. Freire. & fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

1 Injustam esse applicationem ex actis patet, nam de vinculi erectione cernitur ex sententia Provisoris fol. 331. & etiam ex nostri Senatus sententia fol. 309. & iterum ex institutione; ideoque vinculum maioratus villæ, de qua aggitur, probatum extat, ut ex dictis sententiis rellatis, post quarum decisionem nihil amplius disputari potest *cap. suborta de sententia, & rejudicat, & in specie quod vinculum probetur ex d. sententia resolvunt. Micr. de maiorat. 4. p. q. 20. n. 365. Castilb. tom. 6. cap. 149. n. 1. in fine* ex quibus docti iudicis sententia confirmanda venit. Ulyssipone 13. Martij 1687. Freire.

Licet ex *Ord. lib. 3. tit. 84. §. 8.*
2 solum de meritis impedimentorum cognoscere teneamur *Mend. a Castr. 1. p. lib. 3. cap. 18. n. 4. & 5. Giurb. obser. 56. n. 3. & 4.* attamen quia in impedimentis eadem materia causæ principalis reperitur non immerito opere pretium erit de illa disputare.

Accedamus jam ad merita causæ,
3 & in primis advertendum est maioratus possessorem posse res maioratus à tertiis reivindicare ex *text. in L. unum ex familia §. sed si fund. ff. leg. 2. Gom. L. 50. taur. n. 4. Valasc. conf. 194. n. 7. Pinel in L. 1. p. 3. n. 73. de bon. matern.* idque ex dispositione *Ord. lib. 2. tit. 27. §. 3. Cabed. 2. p. dec. 109. n. 4.*

Deinde advertendum est, quod
4 ad hoc ut præcedat reivindicacionis actio, debet Actor dominium probare ex *text. in L. rem L. officium 9. ff. reivend. Noguier. alleg. 20. n. 7. & 8. Portug. de donat. reg. tom. 1. lib. 1. prælud. 2. §. 1. n. 133.* cum pluribus aliis, & possessionem ex parte Rei, & quia de hac non dubitatur tota disceptatio erit circa dominij probationem.

Et in primis de vinculi erectione dubitari non potest quia de illo nos docent acta, & est in confesso, an autem villa de qua agitur, maiorati sit vinculata, hoc opus hic labor est, sed illustrissimæ Reæ relictis querimoniis mihi placet, villam maiorati esse annexam tam ex provisoris sententia, quam ex nostra de qua fol. 309. Neque in contrarium faciet si quis dixerit, quod in prædictis sententiis tantum incidenter de prædicto vinculo fuit facta mentio, & quod villa hæc non fuit emptæ à debitore maioratus, sed à primo vocato quia respondetur quod in prædictis sententiis non fuit incidenter tractatum de vinculo villæ, sed imò potius principaliter, quia ex fundamento prædicto scilicet ex eo quia villa fuit vinculata absoluta illustrissima Rea à fructibus, id est redditibus debitis à tempore quo vinculo subjecta fuit villa, & cum ex prædicto fundamento fuisset absoluta illustrissima Rea, & acquievisset sententiæ, quæ in rem judicatam transitum facit, non potest nunc contra illam insurgere, quia res judicata pro veritate habetur ex vulgaritate *text. in L. res judicata ff. de regul. jur. cum similibus.*

Neque facit in contrarium quod villa hæc fuit emptæ ab illustrissimo Mathias de Albuquerque non vero ab ejus fratre Eduardo, & quod in his terminis tanquam Dominus Mathias non poterat res suas maiorati unire, quia illi debitor non erat, sed creditor, quia respondetur quod licet nomine illustrissimi Mathias fuisset emptæ villa, attamen ut ex prædicta sententia cernitur, prædicta villa emptæ fuit pecunia illustrissimi Eduardi proveniente ex ejus debito, ex eo quod statim ab obligatione solvendi redditus fuit absolutus, quod equidem bene suadetur.

tur ex epistolis miſſiuis à fol.

Qua de cauſa villam maioratus eſſe annexam dicerem, quin allegatio defectus gabellæ aliquid operetur, quia hæc in arrematatione interuenit, ſolum illuſtriſſimæ Reæ juſ reſervarem ad hoc ut repetat ab illuſtriſſima Actrice illud, quod apparuerit importare villæ æſtimationem ultra debitum quod maioratui debebat uniri, & ſic iudicatum confirmarem.

6 Neque quoad fructus alteranda eſt ſententia, quia licet non obſtante ſententia reſtitutionis propter vim comiſſam, teneatur poſſeſſor ad fructus reſtitutionem à die mortis poſſeſſoris ultimi, ut refert iudicatum *Peg. in tract. de exclus. & inclus. cap. 6. n. 418.* ubi plures refert DD. attamen in præſentiarum diuerſimode eſt iudicandum, nam Illuſtriſſima Rea non ſolum virtute ſententiæ reſtitutis hanc poſſidet Villam ſed ex titulo dotis de quo fol. in quo prædicta Villa fuit obligata quare ex his ſententiam cum prædicta juſ reſervatione confirmarem. Ulyſſipone 12. Aprilis 1687. Mouſinho.

Cum proximo Domino conuenio Motta.

Non venio in juſ reſervationem, neque adimit, neque dat juſ juſ reſervatio, præcipue cum in alia cauſa Judex fuiſſem ubi appellans fatebatur totam contentionis villam emptam fuiſſe pecunia maioratus, ne uſuras ſolueret. Ulyſſipone 15. Maii 1687.

Lacerda.

Etiã juſ reſervationem non admitto Doutor Valle.

Hæc ſententia fuit impedita cum exceptionibus ſuper quibus fuit lata ſententia ſequens.

Acordaõ os do Deze embargo &c. Sem embargo dos embargos, que naõ
Pars IV.

recebem viſto ſua materia, e autos a ſentença embargada paſſe pela chancellaria, e pague a embargante as cuſtas dos autos dos embargos na forma da Ley com declaração que deixoõ direito reſervado ao embargante para que naõ importando tanto o emprego como a quantia vinculada poſſa pedir o que ſe lhe dever no juizo competente intendendo tem direito. Lisboa 29. de Abril de 688.

Lacerda. Mouſinho.

Aliqua in impedimentis nobis proponuntur, quæ adhuc nec diſcuſſa inuenio, & ideo eis deferendum cenſeo Villam de qua agitur vinculatam iudicavi in mea deliberatione, eo quod illam maioratui adjudicatam vidi in ſententia, ſeu decreto antiquo Proviſoris reſiduorum fol. 331. & prout Senatus agnovit maioratum in ſententia fol. 309. Nunc vero contra utranque ſententiam, fortiter opponuntur, & quæ magis mihi arrident ſunt ſequentia.

Primum ex defectu gabellæ ſolutionis in adjudicatione Villæ maioratus, & quanvis eam ſolutam inuenio, ex ſubſtaſtatione; attamen cum per ſubſtaſtationem, non acquiſita fuerit maioratui, ſed ſubſtaſtanti, & poſt ei acquiſitam, illam maioratui obtulit, & illam in ſatisfactionem debiti, quo, ipſi maioratui tenebatur, & Proviſor reſiduorum acceptaſſet maioratuique adjudicaſſet. Puto quod ex hoc contractu, & ex hac adjudicatione novam Gabelam ſolvendam eſſe, quia erat alter contractus, & altera acquiſito, & inter perſonas diuerſas diuerſa eſt enim perſona maioratus poſſeſſoris à perſona ficta ipſius maioratus, ut optime explicat *Valenſ. conf. 156. à n. 82.* & cum foret novus contractus, & nova acquiſitio & translatio domini, de una in alteram perſonam

Ppp ij debe-

debebat solvi gabella secundum Ciriacum feliciter à docto patrono allegatum *contr. 99. à n. 16. 21. & 22.* & quia si solum quando quis emit pro persona nominando, non debet solvere duplicem gabellam, facta nominatione prout nos docet *Salgad. cum ab eo rellatis in labor. creditor. p. 2. cap. 13. n. 31.* bene sequitur, quod si simpliciter sibi emit, & postea transferat rem emptam in aliam personam, debet novam gabellam solvere.

Et cum ex hoc novo contractu, non fuisset gabella soluta, evidenter nullitati subjasset secundum *Ord. lib. 1. tit. 78. §. 14.* quæ quidem nullitas mihi optime opponitur ab Illustrissima impediente, quia quanvis sint transacti plusquam 30. anni, fuit hucusque possessa Villa, ut libera, tam ex scriptura fol. 567. quam ex sententia fol. 599. & quia nunc contenditur esse maioratus, nunc nullitas opponitur à possessore ipsius perviam exceptionis, prout ei omni tempore permissum erat, quia temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum *L. licet Cod. de except. & est vulgare.*

10 Nec mihi dubium facit contractum ejus naturæ esse, ut gabella deberetur, quia si non fuit emptionis, & venditionis, fuit dationis in solutum, ex qua datione in solutum gabellam deberi mihi est in comperito, tam ex regimine gabellarum *art. 39.* tam ex eo quod notant *Surd. decis. 305. n. 6. Reinos. obs. 34. n. 8. Sousa de Maced. decis. 72. n. 4. Barbof. ad Ord. lib. 1. tit. 78. §. 14. n. 13.* quod quidem tam in datione insolutum necessaria quam in voluntaria locum obtinet ut *Ciriac. contr. 69. num. 8. & seqq.*

Secundo opponitur ab excessu, utpote quia debitum erat minoris quantitatis, & hoc ex eo patet quia

ut cernitur fol. 500. & ex aliis in locis debitum maioratus erat solummodo 1856U512. & tamen villa maiori pretio fuit oblata, ut fol. 33. & cum minus deberetur, & magis solutum fuisset in totum Villæ adjudicationem annullandam existimo per ea quæ tradunt *Grat. forens. cap. 162. n. 33. Post. decis. 313. n. 4.* & quanvis nunc velint ostendere, quod excipiens plurimis summis onerata esse maioratui adhuc illam debitricem non invenio, tum quia hæc summa non sunt veri debiti, immo potius debita non exacta, quam ex eo quod per decretum Senatus fol. 317. suspensa mansit executio quæ adversus eam intendebatur; & tandem quod pro talibus debitis villa non fuit adjudicata.

Ex his jam patet, quod etiam instantibus sententiis, quibus mea fulciebatur deliberatio ad huc omnia supra dicta subsistunt; in illis enim non de validitate vinculi fuit agitatum, sed de diversissimis quæstionibus, & ad plurimum solum in eis fuit suppositum vinculum, non vero judicatum, & cum de tali vinculo actum non esset principaliter, tales sententiæ nihil obstant, optime *Salgad. de reg. protect. 4. p. cap. 2. an. 33.* eo maxime quia quanvis de validitate vinculi tunc foret disputatum, cum hic agatur de nova causa, & ex novo jure, & fundamento, quales sunt nullitates oppositæ, quæ hucusque nec discussæ, nec allegatæ inveniuntur, possumus de eis judicare idem *Salgad. d. 4. p. cap. 3. an. 20. & de retentione bullæ 1. p. cap. 12. an. 5. & n. 10.* alia multa non contemnenda congerit Doctur Patronus, quæ consulto omittimus.

Quare ego non solum recipio; sed simul probata judico quoad articulos 11. 12. 13. 14. 16. 18. &

19. & villæ adjudicationem annullandam exiſtimo, tum ex defectu ſolutionis gabellæ in ipſa adjudicatione, tum quia minoris quantitatis erat debitum, quam fuit ſuppoſitum in adjudicatione villæ, ea tamen declaratione, quod illuſtriſſima excipiens ſolvat illuſtriſſimæ quantitatem 1856U512. cum uſuris à tempore litis conteſtationis, quæ quantitas maioratus pertinet, & ita nec maioratus detrimentum patitur, nec excipiens in commodum & forte quod ita quam plurimæ lites evitentur, ſic placet Ulyſſipone 4. Januarii 688. Freire.

In noſtra tali quali deliberatione à fol. 746. villam, qua de agitur, vinculo ſuppoſitam decernimus; nunc vero validiſſimo enſe, ut apparet, prædictam deciſionem vincere & vertere pertendit illuſtriſſima excipiens; At fortiori armatur
12 gladio illuſtriſſima excepta, meo videri, quia veritate armatur, res iudicata enim pro veritate habetur, ut eſt vulgare ex regula *text. in L. res iudicata ff. de regul. juris cum ſimilibus*, plane negari non poteſt, quod villa, de qua agitur, per Proviſoris ſententiam multoties in hoc proceſſu ſcriptam, fuit vinculo ſubjecta: à qua non fuit provocatum; ergo recte ſequitur, quod prædicta ſententia pro veritate debet obſervari, quia in rem iudicatam tranſitum fecit, qua de cauſa non eſt cur quæramus, an principaliter, an vero incidenter in ſententia Senatus de vinculo fuiſſet agitatum, quia negari non poteſt, quod ibi fuit iudicatum, ex eo fuit, quia villa, de qua tractatur, erat vinculo ſuppoſita ex Proviſoris ſententia.

Neque equivocatio, qua mea arguitur deliberatio, me in contrarium movet, quia ex eo quod illuſtriſſi-

ma excepta fuit aſoluta à redditis à die emptionis villæ, ex eo ſequitur, villam vinculo fuiſſe ſubjectam, quia cum excepta, ſeu ut melius dicam ejus illuſtriſſimus pater Eduardus fuiſſet debitor maioratus, neutiquam illius obligatio ceſſare porerat, niſi ex eo quia ſolutio fuit facta creditori, id eſt vinculo, nam ſolvens alij quam vero
13 creditori non liberatur, *L. ſi ego ff. de negot. geſt. L. ex pluribus 89. L. cum quis §. 1. L. qui hominem §. ut illé ff. de ſolut. L. ejus qui in provin. cia ubi gloſ. & Bartol. ff. ſi certum petat. Surd. deciſ. 60. n. 1. Gratian. forenſ. cap. 636. n. 1. Noguer. alleg. 36. n. 61.* plane illuſtriſſima excepta conſequuta fuit liberationem per ſententiam, quæ in rem iudicatam tranſitum fecit; ergo prædicta equivocatio potius vinculum probat, quam villæ libertatem, quod latius in deliberatione explanavi.

Neque iterum in contrarium ſua adeor ex defectu ſolutionis gabellæ; quia licet verum ſit quod ex datione in ſolutum gabela, debeatur, ut egregie ponderavit Sapientiſſimis & æque amantiſſimus præcedens dominus, attamen in præſentiarum dicerem gabelam ultra ſolutam ex ſubſtaſtione non deberi, quia licet illuſtriſſimus Eduardus fuiſſet debitor, & villæ emptor fuiſſet ejus illuſtriſſimus frater Mathias, ſciendum eſt, quod prædicta villa fuit empta pecunia illuſtriſſimi Eduardi, ut eſt in confeſſo & patet ex ſententia à fol. Deinde ſciendum eſt, quod tunc temporis poſſeſſor & adminiſtrator erat hujus maioratus Mathias, & cum ex venditione facta jam non fuiſſet debitor Eduardus, ſed Mathias, & iſte vinculo prædictam villam vincu-
laſſet, ut patet ex ſupplica a fol. 505. jam recte ſequitur quod cum

in persona Mathias consideraretur jus debiti & crediti, quod in his terminis non datur secunda venditio, neque datio in solutum, quia ipse met dominus villæ illam vinculo subjecit ea de causa ne debitor fuisset ejus fratri Eduardo, ex quibus sic breviter dictis impedimenta, quatenus mecum pugnant, rejicerem. Ulyssipone 23. Januarij 1688.

Moufinho.

Villam contentionis Mathiæ nomine fuisse emptam ab Eduardo ejus fratre, utpote ejus procuratore evidenter patescit ex subhastatione appens. fol. 30. gabela que soluta detegitur fol. 62. possessio que non dissimiliter apprehensa fol. 74. quo posito, dubitari nequit, villæ dominium Mathiæ fuisse acquisitum, sed an tanquam tali, seu potius ut maioratus possessori? hæsitatio est: indubium enim de jure est? & eandem personam viceduarum fungi posse sub diversis respectibus *L. tutorem 22. his quæ ut indignis*, & interminis quod quilibet maioratus possessor duarum vice personarum fungatur scilicet sua, tanquam tali nulliter considerata, alia quatenus maioratum repræsentat *Valens. cons. 156. an. 79. cum seqq.* quo posito existimo dominium villæ Mathiæ fuisse quæsitum, tanquam maioratus possessori, nomineque maioratus fuisse subhastatam villam per Eduardum, utpote Mathiæ procuratorem, & quod utriusque hæc fuisset intentio, clarè mihi patescit ex Mathiæ approbatione ex suis epistolis deducta; & cum harum partium ea destinatio esset, ut bona & præcipue dicta villa maioratus uniretur, illa subhastatio super sequuta licet à Mathia simpliciter facta, nomine maioratus facta intelligitur dato, quod cujusque pe-

cunia fuisset empta ex *Molin. de primogen. lib. 4. cap. 4. n. 33. & 34. cum seq.* ex quibus cum pro certo habeam, villam fuisse emptam per Mathiam non tanquam talem, sed ut maioratus possessorem, sequitur, duos hic distinctos non considerari contractus, scilicet subhastationem, & postea maioratus in solutum dationem, sed imo tantum subhastationem cujus virtute nullo alio contractu mediante, maioratus fuit villa quæsitæ, nec illa supplica contrarium arguit, immo ibi Mathias declarat villam per suum fratrem sibi fuisse emptam maioratus unientiam, quare ut valida annexatio esset, nullum alium titulum quærimus, quam ipsam subhastationem, & cum gabela fuisset soluta, ut est in confesso, fugit allegatæ dationis in solutum somniata nullitas; utique non officit, quod Mathias non in toto pretio villæ maioratus esse debitor hoc enim non concluditur tum quia etiam in maiori summa maioratus debitor existeret, tum etiam dato quod plus esset in villa, quam indebito, cum hic suæ obligationis ignarus non præsumatur, immo certus illud plus repetere non poterat, cujus per errorem dati repetitio, ejus consulto dati donatio est *L. cujus per errorem ff. regul. jur. cum vulgar.* reliqua in exceptionibus contenta congruam recipere responsionem, ideo non immerer, sed tanti patris, cujus vices gero, resolutionem sustineo, impedimentis rejectis. Ulyssipone 22. Februarij 688.

Doctor Veira.

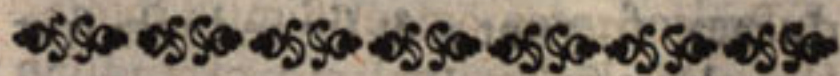
Præcedentes amantissimi Domini lato, & eleganti calamo ostendunt villam contentionis vinculo suppositam; quod quidem mihi indubitabile fit per sententias allegatas, non enim antequam adjudicationem &

& vinculum retractare licet ex diu-
turnitate omnia recte facta præſu-
muntur neque aliquid pendet defe-
ctus ſolutionis gabelæ prout Sap.
domini oſtendunt igitur villa maio-
ratus eſt, quia vinculata maiora-
tū fuit, quia per poſſeſſorem obla-
ta, & diu patientiam præbuit, re-
jiciantur impedimenta quatenus vin-
culum offendunt.

Verum non parum dubitavi in
qua quantitate villa vinculo ſup-
poſita fuit, quia tot rationes in ve-
niuntur in hoc proceſſu, ut non
facile ſit hoc derimere, verum mi-
hi in præſenti ad reiectiōem impe-
dimentorum ſufficit unica & mihi
invencibilis ratio, quod villa vin-
culata fuit non ſolum propretio vi-
rolarum, ſed pro alliis debitis ma-
ioratus, ſic probatur ex ſupplica fol.
325. ibi *Feito o ditto emprego das
joyas, e dividas que cobrou.* & peti-
tum fuit ut tota ſumma emptionis
villæ minueretur in maioratu ergo
non ſolum propretio virolarum, ſed
pro debitis inſtitutoris jam recep-
tis, quod quidem evidentius fuit
per ipſam ad iudicationem fol. 331.
in qua minuta apparet quantitas ſub-
haſtationis ibi. *Se deſcarregue ao ſup-
plicante a quantia de ſinco mil e tre-
zentos cruzados em que foy arrema-
tada.*

Ex hac ſententia non fuit provo-
catum, neque poſt tam longum tem-
pus iterum in quæſtionem venire
debet, ſic ergo rejiciantur impedi-
menta. Ulyſſipone die 7. Aprilis
1688.

Lacerda.



§. XLVIII.

De maioratu inſtituto per ſub-

ſtitutionem vulgarem, an &
quando ſuſtineatur vel ca-
ducet.

SUMMARIUM.

*Limitata diſpoſitio, limitatum pro-
ducit effectum. n. 2.*

*Per ſolam oneris miſſarum impoſitio-
nem non fit alienabilis. n. 3.*

*Quando invenitur vocata linea re-
cta inducit perpetuitatem. n. 5.*

*Verba per lineam rectam compræhen-
dunt totam ſucceſſionem, & ex-
tenduntur etiam ad tranſverſa-
les. n. 6.*

*Linea in potiori ſignificatu, intelli-
gitur de effectiva. n. 7.*

*Verbum hæres intelligitur de hære-
dibus ſanguinis. n. 8.*

*Quando adest ſimplex vocatio fami-
liæ aut descendantium abſque
alia diſpoſitione quæ perpetuita-
tem fideiſcommiſſi inducet, tunc
enim ſolum illi vocati de fami-
lia, ſive descendentes admittun-
tur cæteris excluſis. n. 11.*

*Ex ſolo onere miſſarum, maioratus
non cenſetur inſtitutus. n. 12.*

*Ex vocatione, familiæ & descenden-
tium inducit tacitam non alie-
nandi prohibitionem. n. 13.*

*Hoc intelligendum eſt, quando tes-
tator voluit fideiſcommiſſum in
familia conſervare, alias autem
vulgarem tantum ſubſtitutio-
nem conſtituit. n. 14.*

NO Feito de Manoel Gonſalves
Branco com Pedro Affonſo
Campos, Eſcrivaõ Manoel Pinheiro
da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguin-
te.

*Acordaõ os do Dezeſbargo &c.
Nãõ foy bem julgado pelo Corregẽ-
dor da Comarca de Caſtello Branco
em condemnar os RR. no pedido pelo
A.*

A. revogando a sentença do Juiz de fóra da villa de Alpedrinha que os absolvia: revogando sua sentença vistos os autos, e como consta da instituiçã que o testador não tratou de conservar o fideicomisso de que se trata na familia, nem ha clausula que induza perpetuidade por onde sómente fez huma substituiçã vulgar para que morrendo suas filhas mudas primeiro chamadas ficasse a sua terça a seu filho, ou seus descendentes quades sobrevivessem ás filhas, em cujos termos por sobreviverem as mudas ao dito filho substituido, que não teve descendentes, ficou acabando o fideicomisso, e os bens pedidos livres do encargo de restituçã, e sómente obrigados ao das missas, em que quiz o testador perpetuidade com que o dominio delles não toca ao A. para lhe competir reivindicacã: por tanto absolvem os RR. do pedido por elle, e o condemnã nas custas de todas as instancias quanto aos autos sómente. Lisboa 19. de Junho 688.

Freitas. Velho. Vogado.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus seqq.

Tota questio hujus processus versatur circa testamenti verba de quibus fol. 27. an ex illis resultet maioratus, seu fideicommissum perpetuum & absolutum illa sunt sequentia. *Que depois de sua alma comprida, e legados, o que remanece de sua terça deixã a suas filhas femeas em sua vida com encargo perpetuo de duas missas, e que por morte dellas tornará a seu filho, e herdeiros direitos por linha recta, e que esta terça, e os mais bens de legitimas de suas filhas travã o dito seu filho em seu poder, e administrará por a ellas faltar o sentido de falar &c.*

Ex quibus verbis fideicommissum perpetuum, & absolutum non resultare, mihi magis non consentaneum

videtur, quia quamvis testator in bonis remanentibus suæ tertie perpetuum onus missarum imponat, invocatione successorum ad certas personas se restrinxit, & nullam familiam suam perpetuitatem introducere voluisse manifeste patet, per mortem namque filiarum vocat filium & hæredes directos per lineam rectam (qui hæredes ejusdem filii intelligi esse debent) & nihil exprimit circa familiam perpetuitatem, itaut bona dictæ suæ tertie in sua familia vel agnatione conservaretur; & cum de duabus filiabus, & filio ejusque hæredibus directis per lineam rectam mentionem tantummodo fecisset testator, illiusque voluntas ad hos tantum restricta demonstratur ad alias personas dispositio extendi non potest, quia limitata dispositio limitatum² producit effectum per text. in L. in agris ff. de acquir. rer. domin. L. ex facto §. item quero ff. de vulgar. & pupilar. substit. L. cum pater §. dulcissimis ff. legat. 2. & hæc est doctrina doctissimi Petr. Surd. decis. 85. n. 2. & 3. quam ego libenter amplector.

Hoc supposito inter has partes in confesso est filium testatoris, substitutum, cujus hæredes directos per lineam rectam ab iplo testatore vocati erant ante filias absque ulla Sobole obisse, & similiter in confesso etiam est dictas duas filias mudas postea eodem modo, nullis relictis filiis, nec descendantibus, vitam cum morte commutasse; in quibus terminis omnes limitatæ & restrictæ testatoris vocationes ad bonorum suæ tertie successionem caducatae fuerunt, & sic reducta fuit ejus dispositio ad terminos text. in³ L. nihil proponi 120. ff. de legat. 1. juxta cujus dispositionem tenent vulgariter DD. Bart. Paul. de Castr. & fere omnes per solam oneris missa;

missarum impositionem rem non fieri inalienabilem & cum suo onere in ipsa permanente in quemcumque possessorem transire posse & ita dicit, & tenet optime noster *Michael de Reinos. obs. 68. à n. 7. usque ad n. 18. & fere per totam.*

Ex quibus omnibus teneo ex dicti testamenti verbis maioratum institutum censerì non posse, immo postquam testatoris nominationes caducitatis fuere bona tertiae defuncti cum onere missarum in illis imposito alienabilia mansisse, & ad quemcumque possessorem transire posse, & per consequens Actorem ad illa petenda ex titulo maioratus seu fideicommissi perpetui actione carere si vero alio capite ejus doctus advocatus fol. 141. illi dicta bona pertinere intendit in hoc processu de illo nec ventilatum, nec actum fuit. Ita placet Auditoris sententia revocata, & Judice confirmato. Ulyssipone 15. Maij 1688.

Vogado.

Contraria mens apud me est & sententiam Auditoris confirmendam esse existimo, non solum ex dictis ab appellati patrono, sed etiam ex dispositione testatoris fol. 27. & provisione per fideicommissum, ex qua manet maioratus factus in ultimo regularis, et succeditur in illo per juris regulas, & inter sorores vocata fuit facta provisio per fideicommissum, & una defecta altera admittitur, & ultima maioratus onere gravatur, ita ut in ultima dicatur erectus, & multis iuribus & DD. resolut, & iudicatum tradit noster *Doctissimus Pegas in tract. de maiorat. erect. cap. 5. n. 153.* cujus allegatio sufficit ad confirmationem Auditoris sententiae; maxime quando invenitur vocata linea recta, quae est collatio multarum personarum, & inducit perpetuitatem ex dictis

XII Pars IV.

à *Castilh. lib. 5. contr. cap. 93. §. 5.* & dicta verba per lineam rectam comprehendunt totam successionem, & extenduntur etiam ad transversales *Raudens cons. 30. n. 113. volum. 2.* et defective comprehendunt descendentes, et contentive transversales *Pereg. de fideicom. art. 22. n. 24. Menoch. cons. 233. n. 18.* licet in potiori significato intelliguntur de linea effectiva descendentium, tamen illis deficientibus, quia materia est favorabilis ut maioratus conservetur, comprehendit transversales, et intali dispositione censentur vocati, et caeteri de familia, ut probat *text. in cap. 1. de natura successionis feudi* ut explicat. *Peregrin. cons. 42. n. 6. volum. 3. probat. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. n. 13. & 14.* et in hoc casu verba haeredes intelliguntur de haeredibus sanguinis prout accipitur in *L. ex facto §. fin. ff. ad Trebell. Castilh. lib. 5. contr. cap. 96.* et ita placet. Ulyssipone 21. Maij 1688.

Freire.

Primi Domini opinionem amplector, et firmiter teneo fideicommissum perpetuum, siue maioratum per verba testamenti fol. 27. constitutum non esse, deficiunt namque conjecturae quae maioratum induci possunt de quibus *Molin. de primog. lib. 1. cap. 5.* per totum, quarum percipue est prohibitio alienationis ad familiae & agnationis conservacionem *Valasc. consult. 82. n. 7. Gam. decis. 30. n. 2. Gom. in L. 40. Taur. n. 44. Molin. dict. cap. 5. n. 6.*

Neque sufficit quod testator ad suae tertiae successionem vocet filium et illius haeredes ex quo videbatur maioratum instituisse, quanvis alias non fecisset vocationes *Molin. de primog. dict. lib. 1. cap. 4. n. 72. Castilh. 2. tom. contr. cap. 22. n. 23.*

Qqq

No.

Nogueirol. allegat. 9. n. 15. & 16. hoc enim verum est, quando constat testatorem voluisse, quod jure maioratus ad familiam bona devinirent *Molin. dict. cap. 4. n. 33.* minime vero, quando adest simplex vocatio familiae aut descendendum absque alia dispositione, quae perpetuitatem fideicommissi inducant, tunc enim solum illi vocati de familia, sive descendenti admittuntur ceteris exclusis, diversum quippe est, quod fideicommissum simpliciter familiae relinquatur, vel quod in familia perpetuo conservetur. *Molin. dict. lib. 1. cap. 5. n. 27. & n. 28.* Tandem ex solo onere missarum maioratum non censetur constitutum *Reinos. obs. 68. n. 6. Gam. decis. 30. Cald. denominat. q. 13. n. 35. & q. 24. n. 47. Barbos. ad Ord. lib. 1. tit. 62. §. 3. n. 2.* et alij ex quibus Actorem nullum jus habere ad tertiam testatoris jure fideicommissi perpetui aut maioratus, consequendam dicerem, Auditoris sententia revocata, et judice confirmato. Ulyssipone 2. Junij 1688.

Botelho.

Satis superque a Sapientissimis Dominis primo, et tertio loco suffragantibus dictum est in revocationem Auditoris, sed breviter addere libet, quod perpetuitas declarata in institutione non cadit super fideicommissum, sed super onus missarum ibi. *Com encargo porpetuo de duas Missas:* Unde clare colligitur, quod institutor onus in perpetuum imponere voluit, sed non perpetuum relinquere fideicommissum his defacto suppositis, quavis *Peregr. de fideicom. art. 30. n. 1.* dicat exvocatione familiae et descendendum induci tacitam non alienandi prohibitionem per *text. in L. fin. §. sin autem Cod. commun. de legat. de quo exemplum ponit. in text. in L.*

cum ita §. in fideicommissis ff. de legat. 2. hoc intelligendum est quando testator voluit fideicommissum in familia conservare, & perpetuare, alias autem (ut in praesenti) vulgarem tantum substitutionem constituit, ita ut uno devocatis adveniente, spiraret fideicommissum *dict. L. cum ita §. in fideicommissis in fine ff. legat. 2.* ibi nisi specialiter defunctus ad posteriores voluntatem suam extenderit *text. optim. in L. pecto §. fratre ff. de legat. 2.* ubi per fideicommissum & non per vulgarem succedendum esse definitur, eo quod testator conservare fideicommissum in familia voluit, exornat *Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. n. 27. vers. ut autem & aliis seqq. explicat. Fusar. de fideicom. substit. q. 384. n. 7. Menoch. cons. 934. n. 44.* quos referunt addentes ad *Molin. dict. cap. 5. n. 30.* plane interminis nullam conservationis, & perpetuitatis conjecturam habemus respectu fideicommissi, sed oneris ergo spiravit.

Neque obesse potest vocatio filij, & descendendum per lineam rectam, haec enim tantum operabatur, quando morientibus filiabus (cujus favorem principaliter institutor respexit) bona non solum redirent filio, sed existerent, sed nepoti, aut pronepoti, praemortuo filio, & nepote; si enim haec clausula non fuisset appositae praecedente filio tantum substituto, fideicommissum non transmittatur, *L. haeredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. Peregr. supra art. 31. n. 6.* ubi late. Ulyssipone 16. Junij 1688.

Freytas

§. XLIX.

Ad maioratus succcessionem attenditur ad consanguinitatem respectu ultimi possessoris, & non institutoris proximiorum dummodum successor sit ex Institutoris sanguine.

SUMMARIUM.

In maioratibus regulariter attenditur ad proximitatem ultimi possessoris, negata proximitate instituentis. n. 2.

In maioratibus regularibus proximitas attenditur respectu possessoris, & non institutoris n. 4.

DE hac materia est Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. de qua diximus Forens. cap. 4. n. & tom. 2. cap. 9. per tot. & vide sentent. seq.

No Feito de Antonio Dias, com Manoel Luiz, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello do A. Antonio Dias contrariedade dos RR. Manoel Luiz, e sua mulher mais artigos recebidos prova de testemunhas, e mais documentos juntos. Mostra-se por parte do A. que Maria Nunes mulher de André Pinella moradares que foraõ na herdade do pego da Brunheira termo desta Villa no testamento com que falefco instrue huma Cappella na ametade da dita herdade nomeando por primeiro administrador da dita Cappella ao dito André Pinella seu marido com faculdade de que por sua morte poderia nomear livremente a

Pras IV.

dita administração na peçoa que lhe parecesse. Mostra-se possuir o dito André Pinella até o tempo da sua morte a dita sua ametade da herdade, e por morrer sem testamento não fez nomeação alguma da dita Cappella, e pertence de direito a dita administração della ao A. por filho legitimo de Diogo Annes; que era irmão do dito André Pinella de quem o mesmo A. foy herdeiro abintestado por não ter outros herdeiros ascendentes, nem descendentes. Mostra-se que os RR. depois do falecimento do dito André Pinella thio do A. estão intrusos administradores da ametade da dita herdade pertencente a dita Cappella comendo-lhe os rendimentos individualmente não a querendo largar ao A. a quem de direito pertence a dita Cappella, e devem os RR. ser obrigados a desabrir mão da dita metade da herdade, e largalla ao A. com todos os rendimentos da indevida occupação até real entrega. Por parte dos RR. se mostra que supposto Maria Nunes mulher do dito André Pinella nomeasse por successor da Cappella de que se trata ao dito seu marido com faculdade livre de que por sua morte a poderia nomear na peçoa que lhe parecesse contudo como o dito André Pinella morresse sem nomear não pode de nenhuma sorte pertencer a dita administração ao A. pela razão de ser parente do dito André Pinella, não sendo o dito A. do sangue da instituidora Maria Nunes antes a administração da dita Cappella pertence ao R. por ser o parente que ha em grão mais proximo da instituidora, como ja se tem julgado por sentença deste juizo, que passou em causa julgada, e assim que por todas as vias devem os RR. ser absolutos do que o A. lhe pede

Qqq ii

em

em seu libello. O que tudo visto, com o mais, que destes autos consta disposiçao de direito neste caso, e como se mostra pelo traslado do testamento fol. 7. dizer a testadora Maria Nunes que ella institua hum compromisso de trez missas razadas em cada hum anno por sua alma a qual impunha em ametade da sua herdade do pego da Brunheira a qual administraria seu marido Andre Pinella, e que por sua morte nomearia o dito compromisso em quem lhe parecesse para o administrar, e que dali em diante segueria a linha daquelle que nomeasse, e supposto que o dito Andre Pinella administrador morresse sem nomear, ainda neste caso conforme a direito pertence a administração do dito compromisso aos herdeiros que abintestado succedessẽ nos bens do dito Andre Pinella, e nelles se deve continuar a dita administração, e como o A. tem provado largamente pelas testemunhas de sua inquiriçao ser sobrinho do dito Andre Pinella, e haver sido seu herdeiro abintestado julgo pertencer-lhe a administração do dito compromisso, e mando, que os RR. defabraõ mão da dita ametade da herdade de que se trata, e a larguem ao A. com todos os frutos, e rendimentos desde a lide contestada em diante que se liquidara na execuçao desta sentença, e paguem os RR. as custas destes autos, e que tambem os condemno São Tiago 6. de Outubro de 685.

Sebastião Pereyra Henriques.

Aqua sententia fuit appellatum ad supplicationis Senatum ubi fuit confirmata, & fundata indeliberationibus sequentibus.

1 Maria Nunes ultimo condito elogio maritum heredem fecit, & maioratum instituit ad cujus admenis-

trationem vocavit maritum suum, & fortasse in memoriam, & gratitudinem bene transacti conjugij, illi facultatem præstitit eligendi successorem quem vellet, ut in electo à electi familia in posterum conservaretur patet fol. 6. decete marito sine electione personæ, quæ succederet in maioratu contravertant duo consobrini, unus testatricis maioratus conditricis, alter mariti admenistratoris maioratus circa primogenituræ successionem & uterque suum in medium præfert tutelarem, unus Judicem, alius Auditorem, sed mihi in præsentij iurgio, videtur sententia Judicis potius adhærere, quia in maioratu electionis, seu nominationis, ut est præsentis contentionis electore non elligente succedit proximior ultimo possessori, & præfertur proximiori consanguineo instituentis, quia in maioratibus regulariter attenditur ad proximitatem ultimi possessoris, neglecta proximitate instituentis *Gam. decis. 7.* ubi late & *decis. 354.n.4.* plane in præsentij non dubitatur Actorem appellansem esse proximiorẽ ultimi possessoris, igitur admitti debet. Neque refert non esse de sanguine, familia, & parentela conditricis maioratum, ut desiderare videtur *Ord. lib. 4. §. 100. §. 2.* ibi: *sendo do sangue do instituidor junctisquæ Mena in addic. ad Gam. decis. 7. vers. ultimus casus,* quia cum hujusmodi primogenitura foret electionis, in illa non attenditur ad consanguinitatem instituentis sed tantum ad proximitatem possessoris, & ratio videtur, quia cum primus conditor nominasset, & eligisset ad maioratum personam extraneam nempe maritum, non cogitavit de conservatione propriæ, sed alienæ familiæ, nempe primi vocati; quod in proposito magis clarescit in illa vehementi conjectura, quæ elicitur

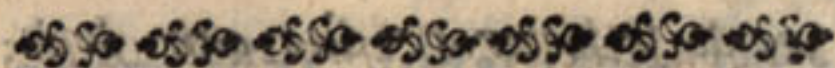
4 citur ex facultate libera nominandi, & elegendi ad fucceffionem maioratus præftita marito per conjugem illius conditricem ex qua præftimendum est non cogitaffe de confervatione propriæ, fed alienæ cognationis, fi ergo in maioratibus regularibus proximitas attenditur refpectu poffefforis, & non inftitutoris ut multis laudatis tenet *Barbof. ad Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. n. 2.* à fortiori in præfenti ubi conditrix de propriæ familiæ confervatione non cogitaffe, evidens argumentum est, & vocatio mariti, & libera facultas præftita ad eligendum ex quibus A. tanquam proximiorum mariti ultimi poffefforis confanguineum, præferendum duco Judice confirmato, & Auditore revocato. Ulyffipone 17. Augufti 1686.

Doutor Carneiro.

Convenio Freire.

Cum testatrix in inftitutione hujus maioratus, feu fideicommiſſi maritum fuum, qui fuit primus, & ultimus poffeffor ad fucceffionem ejus nominaffet, illi plenam potestatem tribuendo, ut post mortem fuam fuccefforem nominaffet, quem vellet, mortuo marito atque nominatione ab eo facta, quis dubitare potest proximiori ejus confanguineo fucceffionem talis maioratus defferri, nullo habito refpectu ad inftitutricis confanguineos, quia quanvis, exprefse illos non excluderet, atamen cum extraneo, idem, liberum nominandi fuccefforem arbitrium præftiterit, & hic per mortem non nominaffet ejus proximiori confanguineo, qualis est Actor, fucceffionem defferri mihi fecundum juris regulas indubitabile est, quod fic placet prout dominis præcedentibus Auditore revocato. Ulyffipone 28. Augufti 1686.

Vogado.



§. L.

De locatione bonorum maioratus, & quomodo intelligi debeat, & fustineri.

SUMMARIUM.

Locator tenetur rem fruendam tradere. n. 1.

Alias poffeffionem locationis non habet. ibidem.

NO Feito de Francisco Pereira de Castel-Branco com Manoel Rodrigues mercador, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a fentença seguinte.

Bem julgado foy pelo Juiz de fóra desta Villa em fazer carga ao justificante Manoel Rodrigues em cada hum anno de quarenta mil reis pelos annos de 676. 678. 679. porém do anno de 675. foy menos bem julgado em ser por toda a dita quantia vistos os autos, e fóma de arrendamento dando se colhe, que sendo caso que os atrazados sejam mais dos cinco annos contheudos na escretura então lhe pagaria o dito justificante por elles a razão dos ditos quarenta mil reis em os quaes termos como ficasse sendo condicional o contracto, não sendo liquido que se devesse aquelle anno como consta da certidão do letigio, que ainda pende em juizo sómente he obrigado a pagar delle os vinte mil reis, que como procurador do justificado Francisco Pereira de Castel-Branco confessa em os artigos da demanda ter recebido, com tanto, que delles se abataõ os quatro mil e quatro centos e dezaseis reis das custas da dita demanda por quanto com ella fazia negocio util ao arrendatario para haver

ver de se declarar o dito anno de di-
vida, e tinha para esse effeito procu-
raçãõ: por tanto nesta parte mando
que se faça o ajustamento das contas
com carga de vinte mil reis sômente
pelo dito anno com abatimento das
custas da demanda, em tudo o mais
confirmo a sentença appellada por al-
guns de seus fundamentos, e os mais
que constaõ dos autos, e delles pague
o justificante as custas pois estava obri-
gado a dar contas com toda a clare-
za que não fez Villa real 15. de A-
bril 1682. Belchior Ferreira.

Aqua sententia fuit appellatum
ad senatum Portuensem ubi fuit
confirmata & fundata in delibera-
tionibus seqq.

¹ Emanuel Rodrigues appellans
Capellam de constanti conduxit per
tres annos 677. 678. & 679. prætio
40U. annuatim solvendo & certis
pensionibus, ut liquet ex scriptura
fol. 57. ex eadem probatur, quod eo-
dem pretio 40U. reis non duxit per
quinque annos præteritos, quorum
prætium scilicet 200U. reis illico
numeravit, & tradidit, una cum
prætio primi anni fruendæ condu-
ctionis 40U. reis.

² Cum autem in ejus contumaciam
haberentur rationes pro redditis,
quia ter vocatus non comparuit,
impedivit illas oblatis dubiis, quo-
rum primum est; an 40U. reis de
quibus inscriptura fol. 57. sint idem
cum 40U. reis contentis in apocha
fol. 6. an diversi, nam Reus appel-
lans diversos esse dicit ex diversita-
te temporis, & quantitatis, & ex il-
la putavit illius Patronus solita in-
genii acutie, quod 40U. reis inscri-
ptura dictis, dati fuissent in solu-
tionem anni 1678. quanvis in ea di-
catur datos fuisse in solutionem anni
1677. quod per errorem factum cre-
didit: sic licentias formavit, proban-
dum fol. 52. eodemmodo laboravit

Michael Vieira & forsitan eadem
causa, si testi fol. 93. in fine fides
habenda est tum unicus sit.

Attamen Reus appellans non er-
rorem intervenisse, dicit, in apo-
cha, sed hanc in re veram & indu-
bitatam esse, quia 40U. reis in ea
contenti dedit in solutionem anni
1677. ut in illa astruitur, dicit au-
tem erratum fuisse inscriptura di-
centi, quod 40U. reis in ea declara-
ti fuissent, dati in solutionem anni
præcedentis 1676. sic allegavit in
licentiis petitis fol. 68. & cum inter-
rogaretur, quonammodo rem pro-
bare intendebat per Decretum fol.
69. de hoc & non de illo respondit
fol. 70. & sic licentiæ fuere conce-
sæ fol. 70.

Ex his claré patet, quod per con-
fessionem ipsius Rei appellantis ve-
ra est apocha & 40U. in ea conten-
ti, fuere dati in solutionem anni
1677. quæstio ergo est, an 40U. reis
contenti in scriptura sint dati in so-
lutionem anni 1676. præcedentis,
ut R. probare contendit.

Et vere nihil de hoc errore con-
tra scripturam probat R. quia nec
Actor in positionibus, nec testes fol.
93. nec alibi, nec documenta appa-
rent dum errorem probantia, aut de
illo mentionem facientia, ut ex actis
videre est, Imo in contrarium viget
scriptura propter fidem ei adhiben-
dam, secundo quia de scriptura
duas conductiones continet: Prima
de tribus annis sequentibus, scili-
cet anni 1677. 1678. 1679. altera,
& secunda de annis jam decursis, qui
quinque tunc temporis putabantur
tantummodo spectare ad Actorem,
& dum circa primam conductionem
versaretur, loquitur scriptura de so-
lutione 40U. ut fol. 57. ibi *pelo tem-
po de trez annos &c.* & fol. 58. ibi *os
ditos 40U. reis do primeiro anno ao
assinar da escritura os quaes logo deis
e pagois*

e pagou, quod de anno 1667. evidenter dicitur hic enim fuit primus dictæ primæ conductionis trium annorum, confirmatur quia repetens ſolutiones faciendas decætero fol. 58, tam de pecuniis, quam de aliis penſionibus, loquitur tantum de ſolutionibus faciendis ſecundo, & tertio anno in pecuniis, & ſolutionibus faciendis, in totis tribus annis in penſionibus, & non loquitur de ſolutione facienda, anno primo ſcilicet 1677. hæc enim jam tempore ſcripturæ facta erat: hoc idem repetit fol. 59. *ibi e com effeito fica a pagar a elle ſenhorio as pitanças do primeiro anno, e a renda, e pitanças do ſegundo, e terceiro.*

6 Tertio probatur, quia ſi dicta ſolutio 40U. contenta in ſcriptura fuiſſet facta propter annum decurſum ſcilicet 1676. (ut vult, R.) mentio fieret illius in ſecunda conductione annorum decurſorum de qua fol. 59. in fin. & 60. quia ad hanc ſpectabat dicta ſolutio, ſed non facta fuit in hac conductione, ſed in prima, ut apparet: ergo talis ſolutio ſpectat ad primum annum primæ conductionis, ſcilicet 1677. & non ad annum 1677. ultimum dictæ conductionis.

7 Quarto quia ſecunda conductione tunc temporis putabatur capere tantum quinque annos; & ideo R. ſolvit 200U. reſpectu 40U. prout quoque, ut omne oſtenditur fol. 60. ergo 40U. dati fol. 58. non fuerunt in ſolutionem annorum præteritorum, hi enim ſoluti erant dictos 200U. ſed anni 1677. primi, primæ conductionis.

8 Poſtea autem apparuit, quod anni dicurſi non ſolum quinque erant, ſed ſeptem ſucceſſor nanque Actoris obiit mense Junij 1670. & Actorem ſpectabant fructus dictæ Cappellæ illius anni 1670. & an-

norum 1671. 1672. 1673. 1674. 1675. 1676. quis numero ſeptimo ſunt, ut contra producentem probat teſtis fol. 94. & Reus fatetur, & cum tempore ſcripturæ, ſolum 200U. dediſſet in ſolutionem quinque annorum diverſorum, vult nunc vel obli-vione, vel dolo ſcripturæ ſolutionem trahere ad annum præteritum 1676. cum vere fuiſſet anni 1677. ut ex ipſa probatur.

Nec incontrarium facit apocha dicto fol. 6. cum enim contineat hæc ſolutionem anni 1677. ut Reus fatectur non ideo infirmat ſcripturam, dum dicit quod 40U. in ea contenti ad dictum annum pertinent, enim R. hanc extrahere apocham, vel oblitus ſcripturæ, ut dicebo, vel callido ductus conſilio ut ſolutionem unius præteritis annis ſic effugeret, quod eſt credendum ex ſuo in actis ſatis probato animo per regulam ſemel malus &c.

In ſolutione vero anni 1670. ſententiam Auditoris confirmarem, ¹⁰ quanvis enim iſte eſt unus ex duobus, qui poſtea ad Actorem pertinere, conſtitit attamen ſuper illum litem pendere conſtat fol. 38. & locator tenetur rem fruendam tradere, alias penſionem locationis non habebit *ext. in L. ſi merces, & in L. ſi quis domum §. penult. ff. locat Pereir. decif. 106. n. 1. Ægyd. in L. ex hoc jure 1. p. cap. 9. d. n. 59.*

De penſionibus non dubitat Reus, nec de expenſis Actor, ſententiam Auditoris confirmarem, Portu 12. Maij 1684.

Freitas.
Eadem mihi mens eſt cum collendiſſimo Domino, apocha enim fol. 6. expreſſe refert ſolutionem ad annum 1677. & ſi tamen hoc intervenit error, cum ad alium annum, vel præteritum, vel futurum eſſet ſolutio referenda, cum tempore ſcriptu-

ra fol. 57. Jam solutio pro anno 1677. esset facta, et non poterat ad illum annum referri debebat Emanuel Rodrigues errorem allegans probare illum, quod non facit, ideo verosimile est cum appellatus jam fuisset satisfactus tempore scripturæ anno 1677. postea quam pecuniam aliam accepisset, dedisset alteram liberationem, seu apocham appellanti, ut satisfaceret ejus desiderio illam petentis, vel dolote, vel primæ obliiti ut considerat præcedens dominus, vel ut ego considero, quia cum fortasse ad aliquid foret apocha appellanti necessaria, noluit ex scriptura exemplum petere, cum facilius esset ei apocham præstari, non probat igitur appellans bis soluisse summam 40U. sic dicerem Auditore confirmato. Porto 13. Junii 1684.

D. Carneiro.

Convenio Barradas.

Aqua sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis senatum ubi fuit lata sententia sequens.

Acordão os do Dezembargo &c. Não he aggravado o agravante pelos Dezembargadores dos agravos da Relação do Porto em julgarem por boas as contas que se tomaraõ ao agravante do tempo que trouxe arrendada a cappella de que trata, e as pitauças, e resto dos annos de 675. 676. que estava devendo cumpra-se nesta parte sua sentença por seus fundamentos: He porèm o agravante aggravado pelos ditos Dezembargadores, em não mandarem se lhe leve em conta os quarenta mil reis da quitação junta fol. 6. revogando nesta parte sua sentença vistos os autos, e como se mostra que ao tempo, que o aggravado recebeu os ditos quarenta mil reis, e delles deu a dita quitação por conta da penção do anno de 677. estava já pago do dito anno

como consta da escriptura do mesmo arrendamento, que o agravante não nega e se lhe não deverem duas pagas do mesmo anno, termos em que duvida se deve estar pela confissão do aggravado principalmente não provando elle o contrario por não ser justo que o agravante pagasse duas penções do mesmo anno pelo erro que a quitação teve no tempo a que se devia deferir pois consta que com effeito o agravante as pagou e o aggravado as recebeu por tanto mandão que os quarenta mil reis da dita quitação se levem em conta do agravante, e paguem as custas de ambas as instancias de premeyo. Lisboa 12. de Mayo de 687.

Motta. do Freire.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus seqq.

Instrumento fol. 57. quid actum inter hæc partes, continetur capellæ fructus, ad triennium aggravatus locavit eo expresso, ut à principio anni 1677. locatio inciperet; patet fol. 57. & conductor singulis annis 40U. dependeret, qui statim primi anni mercedem exsolvit ut ibidem fol. 58.

Fol. 59. alia locatio celebrata est, scilicet fructuum temporis retroacti, quod quinquennium esse declaratum est, & pro hac tali locatione statim aggravans 200U. numeravit additur fol. 60. quod si plurium annorum ultra illos quinque deberetur, & aggravans reciperet, ille aggravato solveret 40U. pro quolibet anno, sin autem non tanti temporis, & ita non integri quinquenij fructus deberentur, tunc pro rata temporis, quod ad quinquennium deficeret aggravatus ex illis 200U. refundere teneretur: itaque ad pensiones octo annorum tantum aggravans dicto instrumento ad stringebatur, non enim constat eum longioris

gioris temporis fructus percipiſſet; merces octo annorum eſt ſumma 320U. nunc quantum ſolutum ſit videamus inſtrumentum, recepta ab aggravato 240U. oſtendit: apo-cha fol. 68. 43U800. & ex hac ſumma 40U. ad annum 1677. reliquum vero ad annum 678. pertinere declarat; hinc inſurgit proaggravante dubium, quia diverſitas liberationum diverſas ſummas arguit, ſed ipſe rem aperit primo novæ rationis articulo fol. 71. dicens vere duas eſſe ſolutiones, duasque ſummas, ſed illa quam apo-cha exprimit ad annum 677. aliam vero inſtrumento expreſſam ad annum 676. pertinere, ſed hoc ipſo met inſtrumento confunditur; conſtat nanque ex eo, locationem ab anno 677. initium cepiſſe, igitur, ſi ut aggravans fatetur illa 40U. in apo-cha contenta ad annum 677. ſpectent, eadem cum aliis 40U. inſtrumenti eſſe neceſſario fatetur, non enim ad eundem annum 647. duæ ſolutiones pertinebant.

Super cæteris bene ab inferioris aula patribus ſancitum eſt. Ulyſipone 26. Novembris 1685.

Pereira.

Convenio Freyre.

Mihi tantum dicere competit circa illam ſolutionem 40U. de qua fit mentio inſcriptura, an ſcilicet illa ſolutio facta fuiſſet reſpectu anni 1677. an vero reſpectu alterius, quia reſpectu huiusmet anni apparet ſolutio facta per apo-cha a fol. 6. ſed confuſione temporis id eſt datæ tam ſcripturæ, quam apo-cha dicerem, ad illam teneri Reus, quia exactis conſtat Reum non ſolum adſtrictum eſſe ad penſiones octo annorum, ſed etiam ad reliquas, quæ probarentur, Plane exactis conſtat Reum penſionem recipiſſe non ſolum per octo annos, ſed per

Pars IV.

decem ut ipſe met fatetur, & dicit teſtis fol. 94. contra præducentem, ergo licet diverſa ſit ſumma 40U. attamen ad illam eſſe adſtrictum Reum, intotum aula inferioris ſententia confirmata. Ulyſipone 25. Martij 1687.

Mouſinho.

Cum primo Domino convenio, conſtat enim aggravatum duplicem ſolutionem recepſiſſe propenſione ejuſdem anni 1677. quoniam de prima non dubitatur in inſtrumento ab A. confeſſa, de ſecunda apparet ex quitatione exarata fol. 6. & ſi aggravatus ita de utraque ſolutione fatetur, cum aggravato nocere debet error temporis, ſi indubio pro confeſſione aggravati ſtandum eſt, præcipue ut Reus abſolvatur, nec in contrarium aliquid oſtenditur immo potius de depoimento fol. 9. ita colligitur. Ulyſipone 12. 1687.

Motta.

§. LI.

Fructus maioratus per obitum ultimi poſſeſſoris ad quem pertineant, quando dicantur pendentes ad hoc ut exigantur ab hærede, aut ſucceſſore, aut inter illos dividantur.

SUMMARIUM.

Utrum illud, quod circa uſum fructuarium deſenitum eſt in jure procedat etiam in maioratus poſſeſſore. n. 11.

Et pro parte affirmativa ſtat opinio

Rrr

Non

Non est ferendus qui lucrum amplectitur onus autem subire recusat
n. 4.

Fructus non possunt intelligi, nisi deductis expensis. n. 5.

DE hac materia diximus *Forens.* cap. 4. n. et vide ultra eos.
Et sentent. seq.

No Feito de Dona Magdalena Maria de Tavora, com Dona Josepha de Mendonça e Albuquerque, Elcristão Diogo Correa Marichal, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello da A. contrariedade da R. mais artigos recebidos papeis, e documentos juntos prova de huma, e outra parte; pela da A. se mostra, que por morte de seu irmão Nuno de Mendonça Furtado marido da R. entrara na posse, e successão do morgado dos Bachalaos de que he cabeça huma quinta em Azeitão, na qual por morte do dito seu irmão estavaõ os fructos da laranja da china pendentes, se não desfrutaraõ, senão vinte e cinco dias depois da morte do dito seu irmão, e cobrara o procedido delles, e que como successora do dito morgado lhe pertenciaõ os desfrutos, e assim o procedido delles e que pedia fosse condemnada a R. Por parte da R. se mostra, que Nuno de Mendonça Furtado seu marido fora em sua vida possuidor do morgado de que se trata, e juntamente da quinta de Azeitão, como cabeça delle, e que em sua vida vendera a laranja da china della, e cobrara parte do dinheiro procedido da venda, e por causa do tempo, não apanhara o comprador a laranja que em Novembro esta capaz de venda, e em huns annos se fazem duas vendas, huma pelos Santos, e outra em Janeiro, e que o marido da R. tinha

feito a venda no dito tempo. O que tudo visto, e o mais dos autos disposiçãõ de direito, como por parte da A. se mostra ser successora do morgado, e da quinta de que se trata, e como tal no tempo em q se devolveo a successão do dito morgado, e quinta, e em que entrou na posse della estavaõ ainda os fructos da laranja pendentes nas arvores, termos em que conforme aos de direito, ficãõ pertencendo ao successor, e não aos herdeiros os fructos dos bens vinculados por serem parte dos predios, e passaõ com o dominio aos successores da casa por este se extinguir com a morte do possuidor, sem que obste o estar feita a venda antes da morte do possuidor visto como os fructos ainda existiaõ nas arvores em cujos termos os não fez seus pelo que condemno ao R. no preço, que na execuçãõ se liquidar importarem os ditos fructos da laranja, e lhe deixo seu direito salvo para poder pedir ao A. as impenças que no dito anno até a morte do possuidor seu marido se fizeraõ na cultura das laranjeiras, e pague as custas dos autos. Lisboa 27. de Abril de 685.

Jorze Carneyro Henriques.

A qua sententia fuit appellatum ad supplicationis Senatam ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz do Civil confrmaõ sua sentença por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, com declaraçãõ que a A. descontara logo a R. toda a despeza que com os fructos da contenda se fez, visto como estes de direito somente tais se deffem os que restaõ tirados os gastos, o que tudo se abaterà, e compensarà na execuçãõ, e liquidaçãõ desta sentença, e condemnaõ a appellante nas custas.

tas dos autos. Lisboa 17. de Janeyro de 686.

Vieyra. Lopes Oliveyra.

Rezende. Lacerda.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus fequentibus.

1 Utrum illud, quod circa ufum fructuarium definitum; & in iure nostro in *L. si ejus 78. ff. de rei vendicat. & in L. arboribus 12. §. Julianus ff. de usufruct. §. is vero ad quem 36. inst. de rer. decis.* procedat etiam in maioratus possessore ingens est controversia, alii nanque idem jus in eo esse constituendum cenferit, nempe ut fructus perceptos ad hæredes suos transmittat, pendentes vero, & non dum collectos ad fequentem successorem pertineant, alii vero diversimoda censendos esse existimant, nimirum, ut pro rata anni, fructus inter hæredes, & fequentem successorem dividendi sunt.

2 Sed tamen apud nos prima opinio invaluit, non solum quia omnes Coripheii nostri eam amplectuntur, sed etiam & præcipue, quia in inclyto servatur Senatu nostro, ut apud *Gam. decis. 308. n. 6. & decis. 356. Costa de maiorat. sive de success. Regni n. 14. Valasc. de part. cap. 30. ex n. 14. insignis Barb. L. devortio §. p. 1. ex n. 1. cujus argumentis quanvis pondere nitatur Castilb. de usufruct. cap. 8. ex n. 6.* atramen non ex eo à sententia apud nos in Senatu communiter recepta discendum est.

Neque in contrariam in hac hepothesi ire licet ex illa objecta circumstantia, scilicet, quod maioratus defunctus possessor fructus pendentes vendiderat, talis nanque declaratio apud Authores non invenitur, neque admitti debet, quia alioquin per similes anticipatas alienationes jus suum à successoribus auferretur unde sententia proculdubio confirman-

Pars IV.

da venit. Ulyssipone 15. Novembris 1685.

Lopes Oliveira.

Convenio ut fructus non dum à solo, sive ab arbore susceptis illius possessoris sint, qui maioratus possessionem eis pendentibus, adeptus est; dicerem tamen, quod factos eorum causa expensas solvat, qui eorum intendit utilitatem, non enim ferendus est qui lucrum amplectetur, onus autem subire recusat, juxta *text. in clement. 1. de cens. & in cap. qui sentit. de regul. jur. lib. 6.* neque fructus intelligi posse, nisi deductis expensis, ut in specie ait *Tiraq. de jur. pdimog. q. 74. n. 7.* cum aliis, quos ibi refert & cum hac declaratione judicatum confirmarem. Ulyssipone die 2. Aprilis 1685.

Rezende.

Aliqua speciali ratione tuebatur Illustrissima R. cum ejus maritus saltem fide per conditionem fructus colligisse videtur anticipata venditio, non potest dari acquisitionem fructuum, sed hoc in anticipata venditione optime dici potest, verum, prout in præfenti, non dicendum est anticipatam fuisse venditionem cum fructus de quibus agimus tam in tempore venditionis & putationis essent, durum enim est, quo bonæ fidei possessor fructus suis hæredibus relinquat, quia jure dominij possidet *L. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur. L. bonæ fidei ff. de acquirend. rer. domin.* Possessor vero maioratus post tempus communis venditionis & in fructibus, qui solum in arboribus servantur post traditionem factam emptori, fructus ad suos hæredes non relinquat, casus iste extra quantitatem de qua *Castilb. cap. 30. tom. 1.* mihi videbatur, sed quia opinio, quam precedentes Patres sequuntur in nostris tribunalibus invaluit, ab ea non recedo, quanvis non sine magna

Rrr ii

na

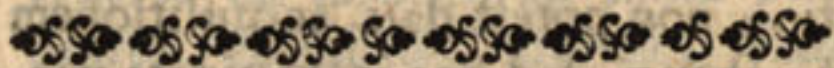
na repugnantia igitur admerita supposito quod fructus Illustrissimæ A. pertinent.

Mihi in distincte non videtur confirmanda sententia quia mihi probatur venditos fuisse fructus, & quod jam aliqui collecti per emptorem erant, hi acquisiti fuere possessori tum temporis maioratus & non pertinent successori Igitur declararem, quod Illustrissima Rea solum solvat mala, quæ constiterit fuisse in arboribus tempore mortis sui viri & in L. quido compensabuntur sumptus prout præcedenti Domino placet. Ulyssipone 13. Decembris 1685.

Lacerda.

In præsentia sola contentio fuit circa fructus pendentes, non vero jam collector, igitur proximi Domini ad inventam declarationem superfluum judico, alia autem circa expensas amplector. Ulyssipone 11. Januarij 1686.

Doutor Vieira.



C A P. LII.

Quando onus pentio aut proprietatis dicatur de aliquo maioratu.

SUMMARIUM.

Omnes missarum, non est de jure præsumenda, nisi probatur expressè. n. 1.

Immo quantum fieri potest restringenda. n. 2.

Res quælibet libera præsumitur. n. 3.

Testator præsumitur semper minus gravare heredem ideoque illa semper est interpretatio facienda, que heredem minus gravet. ibidem.

Diuturnitas temporis præsumptionem inducit, ut solemnitates requisitæ ad alienationem, habeant vim legis. n. 4.

Qui quotannis pensionem solvit jus emphyteuticum præscribitur. n. 5.

DE hac materia diximus supra. Et vide sent. seq.

No Feito de Antonio Pereira de Carvalho, e sua mulher, contra Francisco Antunes Pedroso, Escrivão Domingos Luiz de Oliveira, se deu a sentença seguinte.

Julgo a exceição recebida por provada, vistos os autos, e como da sentença junta consta estar vinculado somente à Cappella de Henrique Mendes de la Penha, de que o A. he administrador o foro imposto nas propriedades, de que se faz menção pelo A. em seu libello, e não as mesmas propriedades, e se verifica da inquirição do R. que estas andarão sempre aforadas ainda em tempo do dito instituidor que nellas comprou o dominio directo com o dito foro, pela escritura de que faz menção a certidão, termos em que constando não haver vinculo nas ditas propriedades, e não estar obrigado mais que o dito foro ao encargo das missas, carece o A. de aução para pedir ao R. as taes propriedades, como administrador da dita Cappella, por lhe não estarem vinculadas, assim o julgo, e que nesta causa se não proceda, e ponha nella perpetuo silencio, e o A. pague as custas. Lisboa 15. de Março de 686.

Antonio Baracho Leal.

Ab hac sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata à Judicibus. Doctor Carneiro D. Maya. & fundata fuit in seq. de liberatione.

Quavis in Henrici testamento; missa-

missarum onus in bonis tertij videatur impositum, nulla tamen illi alienationis prohibitio proponitur exarata, in quibus terminis non est de jure præsumenda, nisi probetur expresse, tenet *Castilb. quotid. tom. 6. cap. 66. n. 68. P. Molin. de just. tom. 3. disp. 588. n. 2.* imo quantum fieri possit restringenda est ex his, quæ *Mier. de maiorat. 2. p. q. 5, n. 87. & 4. p. q. 29. n. 2. Peregrin. de fideicom. art. 1. n. 30.* tum quia res quælibet libera præsumitur, tum etiam quia testator præsumitur semper minus gravare hæcedem, ideoque illa semper est interpretatio facienda quæ hæcedem minus gravat *text. in L. apud Julianum §. scio ff. de legat. 1. L. Titia §. qui in vita ff. de legat. 2.* Cumque neque expressa prohibitionis exarata in dicto testamento reperitur, nec tacita sit præsumenda, quamvis datio in emphyteusim alienationem contineat, nil proponitur cur ista à Leonora postea facta irritatur ex allegationibus A. cum in illius favorem prohibitionem alienationis ipse non demonstrat.

Neque obstat, quod in contentione bonis impositum sit onus missarum, ut inde inferatur in alienabilia esse. Respondetur namque ex eo solum sequi illud onus cum bonis ad quemcunque possessorem transferre, non vero in alienabilia esse, ut optime probat *Reinos. obser. 68. n. 16. & per tot.* quanvis igitur in executione testamenti, & in satisfactione missarum ex illa datione in emphyteusim aliquot dubia oriri possint, respectu tamen A. liberas ædes Reum habere dicerem, nec parum in R. favorem facit, quod in emphyteusim contentione bona dari consuevissent, hisque omnibus nihil obtinere potest alterius testatoris in prioris testamenti executionem dispositio, ut considerant patebit, deci-

sum igitur, seu definitum in sententia laudare placet. Ulyssipone 24. Martij 1687.

D. Maya.

No Feito do Conde Meirinho mór com Francisco de Passos, e João de Figueiredo, Escrivão Domingos Luiz de Oliveira, se deu a sentença seguinte.

Julgo a exceição preematoria recebida por provada, vistos os autos, e como delles se mostra que o R. segundo emphyteuta está em posse immemorial das propriedades pedidas no libello por si, e seus passados reconhecendo ao A. sómente com o quinto de todos os frutos della, e excedendo a dita posse a memoria dos homens, he resolução de Molina de primogen. lib. 4. cap. 10. n. 10. que per justiça a todos os successores do morgado por quanto a antiguidade do tempo faz presumir todas as solemnidades requisitas para a alheação, e tem força de ley; e não se mostrando emprazamento com prohibição de alhear, L. 1. §. ultimo ff. aqua pluvia arc. acquirio o primeiro emphyteuta chamado por A. a esta causa no aforamento que fez o dominio direito a respeito da penção, que para si reservou tanto assim, que havendo o R. segundo emphyteuta de vender as propriedades aforadas, não ha de pedir licença ao A. mas sómente ao primeiro emphyteuta que lhas aforou como em termos resolve Flores de Mena adicionando a Gama decis. 26. n. 2. pelo que mando que nesta causa se ponha perpetuo silencio, e condemno ao A. nas custas dos autos. Lisboa de Fevereiro 15. de 682.

Antonio da Costa Novais.

A qua sententia fuit aggravamentum interpositum ad supplicationis senatum ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

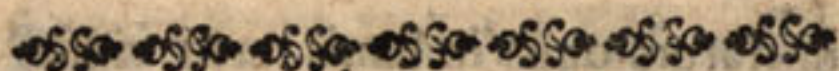
Probatam immemoriam possessionem

tionem sententia iudicat, at male, omnes enim excipientis testes de eo deponunt, cuius meminerunt, neque ad antiquius, & imemorale tempus referuntur, quod ad probationem immemorialis præscriptionis necessario requiritur, id que ejus nomen satis exponit non enim imemorale est illud cuius initium constat, itaque aliud fundamentum præstant acta ex utraque probatione constat prædia de quibus agitur ab excipiente, & ejus prædecessoribus unam eandemque pensionem præstantes nimirum quintam fructuum partem, plusquam a 70. annis possidere, ut autem jus emphyteuticum præscribatur 30. vel 40. annorum cursus satis est. *Per. decis. 37. n. 7. & 8. Gam. decis. 246. n. 2. & decis. 270. n. 6. & decis. 277. & decis. 332. alias 329. eleganter Insign. Barbof. in L. 2. a n. 176. Cod. de prescript. 30. id in præsentia a fortiori procedit cum illustrissimus aggravans instrumentum produxerit, quo manifestè constat prædia de quibus agitur, cum multa essent ut ad culturam redigerentur anno 1448. in perpetuam emphyteusim fuisse concessam, itaque de prædiorum natura non est dubitandum, & hinc tollitur difficultas, & quæstio an cum bona maioratus sint præscribi possint, qui juxta illud documentum ad maioratum directum tantum dominium pertinet, non vero utile, hic vero de utili, non autem de directo disceptamus ex his iudicatum confirmarem Ulyssipone 28. Maij 683.*

Pereira.

Comvenic. Ulyssipone 14. Junij 683.

Freire.



§. LIII.

Devocatione uxoris vocatæ, & an comprehendat talis vocatio secunda, quando ad secundas nuptias vocatus convolvit mortua prima uxore & quis in hoc casu succedat.

SUMMARIUM.

Testator vocans fratrem suum, ejusque uxorem intelligitur de uxore conjugata tunc temporis, & non de secunda. n. 2.

QUando uxor succedat in maioratu, vel non tradit *Aguil. ad Roxas de incomp. maioratus p. cap. num.*

Et vide sent. seq.

No Feito dos Irmãos do Santissimo Sacramento da Freguezia de São Joseph contra Dona Anna Ferreira, Escrivão Domingos Luiz de Oliveira, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Dezembargo &c. Aggravados são os agravantes pelo Corregedor do Cível da Corte em julgar os embargos de que se trata por provados, e determinar pertencerem ao herdeiro da R. originaria habilitada os rendimentos das casas da contenda até ora de seu falecimento, e condemnar aos agravantes nelles absolvendo ao R. habilitado dos ditos rendimentos por elles pedidos, revogando sua sentença vistos os autos, e como por elles se mostra nomear o instituidor por administrador da sua capella a seu irmão João do Rego Beligo, e por sua morte a sua mulher, e por seu faleci-

falecimento de ambos a seus filhos, e não os havendo aos aggravantes, e ser no tempo da instituição o dito seu irmão casado, e depois de sua morte casar segunda vez com a R. originaria sem que della ficassem filhos, e nestes termos na falta delles succederem na dita capella os aggravantes por falecimento do dito João do Rego Beligao por ser já falecida sua primeira mulher, e não se poder entender a instituição, e vocação da mulher do dito irmão do instituidor, ainda que seja feita nomine apppellativo da R. originaria segunda mulher conforme a mais communa opiniaõ: por tanto julgaõ os embargos por não provados, e que aos aggravantes pertence administração da dita capella e os rendimentos das casas de que se trata da morte do dito João do Rego Beligao em diante, e julgaõ outrossim a notificação por sentença, e o embargo por bem feito, e absolvem aos aggravantes da condemnação dos ditos rendimentos que lhe foi feita pelo Corregedor, e condemnaõ ao R. nas custas dos autos. Lisboa 3. de Setembro de 685.

Quifel. Sampayo. Basto.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus seqq.

Satis constat ex testamento præbiteri deinstitutione facta fol. 10. in quo capellam instituit, & primum admenistratorem nominavit fratrem suum Joannem, & secundo loco ejus uxorem, in tertio filios fratris sui, & in ultimo aggravantes, mortuo testatore, & prima uxore ejus fratris; iste ad secundas nuptias convolvit cum excipiente originaria; mortuoque Joanne concurrunt ista, & aggravantes ad successionem capellæ, in qua ædes de quibus contenditur vinculatæ erant; an successio ad illam pertineat, an vero ad aggravantes, & videtur ad

istam pertinere, nam cum uxor fratris sui secundo loco vocata fuit tantum nomine appellativo, ut ex institutione apparet, sine ulla alia demonstratione, nec affectione illius mulieris, quæ tum temporis nupta erit cum fratre suo, non solum ad talem uxorem admenistratio bonorum pertinebat, sed etiam ad secundam uxorem, quæ erat excipiens originaria, text. elegans in L. si quid earum 47. §. fin. ff. de legat. 3. & ibi DD. Covas in cap. reliquist. n. 3. Mantica. de consecr. ult. vol. lib. 7. tit. 13. n. 3. quæ sententia magis communior est & sic placet quod redditus ædium contentionis á tempore mortis Joannis ad hæredem excipientis pertinent, modo declarato in sententia Prætoris, quam confirmare placet. Ulyssipone 1. Junij 1685.

Almeyda.

Mihi autem contraria mens est, 2 ex eo quia quando testator testamentum condidit, fratrem suum, ejusque uxorem, et filios vocavit, jam frater conjugatus erat cum prima uxore, igitur secundum magis communem opinionem de illa prima uxore vocatio inteligitur ad secundam uxorem, ut lata manu tradit subtilis á Costa in cap. si pater verbo legavit á n. 9. & 10. refert, et sequitur cum multis Cald. de nominat. q. 15. á n. 29. videndus Flores ad Gam. decis. 236. in fin. Ulyssipone 1. Julij 1685.

Sampayo.

Convenio Basto.

Cum proximioribus Dominis convenio.

Quifel.

§. LIV.

Quando bona præsumentur esse de maioratu vel de fideicommissio temporali, & quis succedat.

SUMMARIUM.

Si testator nominat aliquas personas per quas ambulare debeat illas non egreditur & post illas transit ad alias cum suo onere n. 3.

Fideicommissum temporale ultra personas nominatas progredi non valet. n. 2.

Maioratus solum dicitur institutus, quando ex verbis institutionis deducitur bona perpetuo vinculare. n. 5.

Ad hoc ut perpetuitas succedendi per fideicommissum inducatur, requiritur non solum, quod testator familiam incitet, sed quod declaret bona in familia esse conservanda. n. 6.

DE hac materia diximus §. 52.

Et vide sent. seq. No Feito de Luiz de Barros com Antonia Carreira, Escrivão Antonio Soares de Sequeira, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos mostra-se dizer Domingos Dias de Cabranes no testamento com que faleceu que tomava em sua terça as suas casas da rua das Arcas, e nellas perpetuava o encargo de huma missa rezada todos os Domingos com seu responso dita por sua alma na Igreja de Santa Ingracia, e que nomeou por administradora das ditas casas sua mulher Marianna da Sylva substituindo-lhe

sua filha Marianna, e a esta seus descendentes dal Marianna mostrou o A. originario Carlos Soares de Payva ser filho unico, e legitimo, concluindo em seu libello, que como tal devia succeder nas mesmas casas que a R. possue, pois eraõ de capella, e as occupava sem titulo justo, & por morte do dito Carlos Soares se habilitou o A. Luiz de Barros seu tio, primo irmão de sua mãy por successor immediato do mesmo vinculo, e direito, e acção que a R. impugna, mostrando que depois da morte do testador Domingos Dias se arruinaram as casas da contenda, ficando pardieiros por muitos annos, pela qual razão Manoel de Payva Soares marido da primeira substituta, e pay do dito A. originario trespassou o encargo das missas a outras casas que possubia na rua direita de nossa Senhora do Paraizo de consentimento do Juiz, e mais Irmãos do Santissimo Sacramento da dita Igreja de Santa Ingracia, e que feita esta subrogação escripturou os ditos pardieiros por quatro mil reis cada anno a Francisco Fragozo seu marido, e a ella que neles fizeraõ logo as novas casas que hoje existem com grande despeza, e pagaraõ o foro ao dito Manoel de Payva até que elle o vendera a Jorge de Sousa, de que infere que ainda quando as primeiras casas por força da disposição foraõ vinculadas em morgado, não tinhaõ os AA. fundamento justo para lhas tirarem. O que tudo ponderado, e o mais dos autos conforme a direito, segundo o qual ainda que certo seja no melhor sentir dos Doutores que o encargo de missas, perpetuas impasto em alguma propriedade a não faz por si só inalienavel, e morgado, he tambem recebido pelos mesmos Doutores que o dito encargo junto com vocaçoes de filho, e descendentes, induz vinculo

culo, e como estas vocaçoes se achem feitas pelo testador no presente caso, bem se segue que erão in alienaveis as casas em que impoz a obrigação das missas, e que devião andar na descendencia de sua filha Marianna, como morgado sem que obstar pudesse a sentença que a R. houve contra a Irmardade do Santissimo Sacramento de Santa Ingracia, porque nella só se decidio a validade da permudação do encargo das ditas missas, a que já não estavaõ obrigadas as novas casas pelo contrato, e ruina das primeiras, além de não ser com o possuidor do vinculo: mas como se prove que Manoel de Payva Soares marido da primeira substituta, e pay do A. originario enfiteuticava a R. e a seu marido por quatro mil reis cada anno o chaõ, e par dieiro que ficou pela ruina das mesmas casas, e esta alienação fosse em utilidade notoria do vinculo, que he hum dos casos em que os Doutores a admittem nos bens dos morgados, posto que haja expressa prohibição de se alienarem, o que a qui não ha, julgo o dito contrato enfiteutico por valioso, e que o A. não tem acção para vendicar as novas casas, e por tanto absolvo a R. do pedido, e o condemno a elle nas custas, deixando direito reservado para haver o foro, e penção dos quatro mil reis da pessoa a quem se vendeo. Lisboa 26. de Julho de 1689.

Lopo Tavares de Araujo.

A qua sententia fuit appellatum ad supplicationis Senatam, ubi fuit lata sententia sequen.

Acordão em Relação, &c. Bem julgado foy pelo Juiz do Cível em absolvo a R. do pedido, mas em detreminar que as casas de que se trata são de morgado, foy por elle menos bem julgado, revogando nesta parte sua sentença vistos os autos, e como delles se mostra que do theor. do testamento, e

Pars IV.

clausulas nelle declaradas senão possa entender que o testador quiz instituir morgado, mas sim hum fideicomisso temporal restrito a certas pessoas por tanto absolvem a R. do pedido, e julgão não serem vinculadas. Lisboa 9. de Mayo de 1690. e pague o appellante as custas.

Cunha. Albuquerque.

Hac sententia sic prolata fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Actor originarius Carolus in libello domos contentionis postulavit tanquam maioratus instituti á Dominico Dias avo suo intestamento; et iudex licet Ream absolveret, eas tanquam maioratus agnoscit. Quod mihi tamen non placet, quippe maioratus est jus succedendi in bonis ea lege relictis in familia integra perpetuò conservantur, proximoque cuique primogenito ordine successivo deferantur ut tradit Molin. de primog. lib. 1. c. 1. n. 22. quam definitionem approbat. Castilb. quotid. lib. 6. c. 144. n. 26. Et visis verbis institutionis, non video testatorem Dominicum alienationem domuum prohibuisse, nec familiam perpetuo vocasse, vel domos semper in ea intendisse quia solum voluit se eximere, et liberare ab obligatione qua tenebatur ad faciendas celebrare missas pro anima foceris sui, et alius denuo instituere pro anima sua; et hac fuit causa finalis suae dispositionis et ut ipsa fortiretur effectum nominavit aedes super quibus onus dictarum missarum inposuit, et ad tale onus implendum, nominavit uxorem suam, dum degeret, et post obitum ejus filiam suam Mariannam, et post illam, ejus descendentes, quin vocasset masculinum, cum preferentia ad feminam, nec seniore descendente. In quibus terminis non fuit insti-

tutus maioratus, seu perpetuum fideicommissum inter omnes qui ex agnatione, seu familia institutoris processerint; sed solum institutum fuit fideicommissum temporale inter personas nominatas ultra quas progredi non valet ut tradit *Molin. de primog. lib. 1. c. 5. n. 37. & 38. (juncto n. precedenti 28.) ubi dicto n. 38.* loquitur in fortioribus terminis, nempe quando testator fecit non solum vocationem filij sui masculi, et suorum descendendum, sed etiam si ad alios plures gradus substitutionum inter filios ac descendentes seu colaterales masculos digressus fuerit, qui etiam in istis terminis non censetur institutus maioratus, seu fideicommissum perpetuum inter omnes, qui ex agnatione institutoris provenerint, sed solum censetur constitutum tale fideicommissum inter eos masculos vocatos, quem *Molinam sequuntur ipsius Additionatores. dicto numero 38.* ubi aliis relatis ajunt, quod descendentes finitis, et vocatis; fideicommissum expirat.

Et corroboratur, primo, quia testator declaravit missas, pro socio esse debitum casalis, & tanquam tale ab acervo maiori deducendum fore. Unde recte colligitur se pro ea parte non habuisse animum instituendi maioratum.

Corroboratur, secundo, quia ex qualitate rei censetur institutus vel non institutus maioratus, & voluisse testatorem in familia sua eam conservare ex his quae *Menoch. conf. 1195. n. 20.* & cum liqueat ex eodem testamento has aedes solum locari pro 25U. vel 26U. numis deductis ex eis 10U. terentiis missarum, & expensis faciendis in earum reparationibus, quis credet in residuo tam voluisse testatorem maioratum instituere?

Nec obstat onus missarum appositum, quia hoc maioratum non inducit, sed res transit in quoscunque cum suo onere, & si sunt filij dividunt per aestimationem, & si testator nominat aliquas personas per quas ambulare debeat illas non egreditur, & post illas transit ad quoscunque cum suo onere ut aliis in terminis tradit *Reinos. obs. 68. n. 20. & 21.*

Cum ergo Actor habilitatus Ludovicus non sit descendens testatoris, nec vocatus fuisset nominatim, nec nomine familiae, quia ista vocata non fuit, sed solum descendentes, non potest obtinere in hoc litigio, quia in Actore originario Carolo descendente a testatore fuit finitum fideicommissum temporale, quod ultra personas vocatas progredi nequit.

Aliud fundamentum possem sumere, scilicet, Ludovicum non probasse se esse de sanguine institutoris quod non sufficit ex *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.* sed in hoc fundamento non nititur, quia cum judicatus fuisset habilitatus tanquam de sanguine Institutoris, licet tale non probasset Rea, nec ejus patronus non supplicaverunt in processu pro ut tenebantur ex his quae *Castro in praxi 2. p. lib. 3. cap. 21. a n. 15.* ubi duo aresia Phabi concilat. Et quia fundamentum judicis quoque non est securum ex his quae doctissimus Patronus Actoris in suis allegationibus deducit, ego sententiam confirmo ex fundamentis, quae supra exposui & approbo Ulyssipone 26. Aprilis 1690.

Mondoça.

Ita similiter ex fundamentis sapientissimi praecedentis domini sententiam confirmarem, nam maioratus solum tunc dicitur institutus, quando ex verbis institutionis deducitur

Paris IV. citus

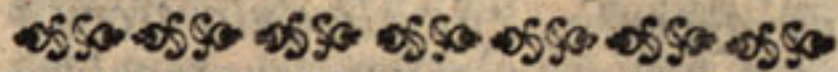
citur bona perpetuo vinculare vo-
luiffe, & in ſimul ea in familia con-
ſervaffe ex his quæ *Bart. in L. qui*
Romæ §. cohæredes ff. de verborum
oblig. Mol. de primog. lib. 1. cap. 5.
n. 16. Cab. 1. p. deciſ. 96. n. 1. Pla-
ne institutionis verba, nec perpe-
tuitatem, nec familiæ conſervatio-
nem denotant, ut eleganter ratioci-
nat præcedens amantiffimus Domi-
nus: igitur nullo modo vinculum
perpetuum institutum dici debet.
Et maiori cum ratione in caſu præ-
ſenti utpote neque ex verbis neque
ex conjecturis colligitur vinculum
fuiffe conſtitutum, nam conjectu-
ræ ſolum miſtarum onus denotant,
verba autem oneris ſatisfactionem
important, hæc autem vinculum
non conſtituunt; igitur agentis in-
tentio corruiſit. Quod ſic placet Ulyſ-
ſipone die 1. Maij anni 1690.

Albuquerque.

Et ita mihi placet præcedentium
Patrum deciſio, quippe in præ-
ſenti nullum maioratum ſeu fidei-
commiſſum teſtator perpetuum inſ-
tituit, nec Actori favent deciſiones
textus in L. cum ita legatur §. 1. fi-
deicommiſſo ff. de leg. 2. text. in L.
pecto in L. peto §. frater ff. eodem tit.
6 text. in L. ſi. Cod. de verb. ſign. ſi-
quidem ad hoc ut perpetuitas ſuc-
cedendi per fideicommiſſum indu-
catur; requiritur, non ſolum quod
teſtator familiam incitet, ſed quod
declaret bona in familia eſſe con-
ſervanda, ſic illos textus optimè ex-
plicat *Succ. in L. ſi cognatis ff. de reb.*
dub. column. 8. & 9. quod in noſtro
caſu non invenitur, quare judica-
rum placet. Ulyſſipone 8. menſ. Maij
anno Domini 1690.

Cunha.

Pars IV.



§. LV.

De maioratu & conſanguini-
tate iudicatu per ſententiam
& an ſufficiat ad maioratus
ſucceſſionem.

DE hac materia diximus ſupra §.
47. & vide ſent. ſeq.

No Feito de Manoel de Miranda
Henriques, com Simão Sarayva de
Sampayo, Eſcrivaõ o da Junta do
Comercio geral, ſe deu a ſentença
ſeguente.

Acordão em Relação, &c. Que
viſtos eſtes autos libello dos Autho-
res contrariedade do Reo mais arti-
gos recebidos prova a elles dada,
papeis, e documentos juntos. Moſ-
tra-ſe por parte dos Authores que o
Doutor Lourenço Coelho Leytaõ, e
ſua mulher Dona Anna Cardoſa
inſtituirão a Cappella da contenda
chamando para a adminiſtração del-
la o inſtituidor a ſeu ſobrinho Jero-
nimo Gomes Leytaõ, e ſeus deſcen-
dentes, e a dita Dona Anna Car-
doſa a ſeu ſobrinho Manoel Ho-
mem Cardoſo, e ſeus deſcendentes
como tudo conſta da certidão que
neſtes autos ſe acha, e no appenſo:
moſtra-ſe outroſim na dita certidão,
e appenſo citados que deſpois dos
deſcendentes do primeyro chamado
Jeronimo Gomes Leytaõ, chamou
o inſtituidor na ſucceſſão ao paren-
te mais chegado declarando logo,
como conſta da meſma certidão
que hindo viver na Cidade de Vi-
zeo algum neto, ou deſcendente de
ſeu tio o Doutor Jeronimo Gomes
Leytaõ eſſe foſſe o adminiſtrador
ſem que poſſa fazer duvida o
achar-ſe no treſlado do teſtamento

Sss ii

no

no appenso, esta clausula escrita com diferentes termos que inculcão ser por ella chamado o neto, ou descendente do primeiro nomeado sobrinho do instituidor porque além de que a dita certidão foy produzida pelo Reo termos em que contra elle faz plena prova se convence o erro do dito traslado do testamento em que o dito Jeronimo Gomes Leytao sobrinho do instituidor, e seus descendentes forão expressamente relevados do encargo de viver em Vizeo, e havendo-os chamado o instituidor livremente, não se pode entender lhe puzesse logo, pouco depois, o dito encargo quando expressamente não revogou a primeyra forma de vocação. Mostra-se outrossim que do primeiro chamado não ficaraõ filhos, ou outros descendentes por ter só huma filha que faleceo solteyra, e de poucos annos. O que tudo visto com o mais dos autos disposiçãõ de direito, e como na successãõ dos morgados, e Cappellas devem ser preferidos os que se achãõ chamados com vocação expressa, a qual tem o Author como descendente do Doutor Jeronimo Gomes Leytao, termos em que pela mesma instituiçãõ deve ser preferido a qualquer outro parente que ouvesse mais chegado, razão porque ja esta Cappella foy julgada a Gil Vaz Lobo como consta da sentença que nestes autos se acha, do que resulta outro fundamento a justiça do Author porque as sentenças proferidas entre legitimos contendores a cerca da successãõ nos morgados faz em direito para os seguintes, e pela dita sentença consta ser havida pelo dito Gil Vaz Lobo irmão da Authorã contra o pay do Reo, não pode ter a esta successãõ melhor direito que o dito seu pay, sem que lhe aproveite o dizer

que he morador em Vizeo, e a Authorã não por quanto ella se offerece, ou por si, ou por hum filho seu a satisfazer ao preceito do instituidor; condemnaõ ao Reo abra maõ dos bens da dita Cappella instituida pelo dito Lourenço Coelho Leytao, e a entregue a Authorã com os frutos desde a individua occupaçãõ, o que se entendera desde o tempo em que contra a sentença ja referida despois da morte do dito Gil Vaz Lobo o pay do Reo se introduzio na posse dos bens da dita Cappella até real entrega. E a Authorã por si, ou por hum filho seu que seja capaz deste encargo hirã em termo de seis mezes para a dita Cidade de Vizeo, ou seu termo, como offerece, e condemnaõ ao Reo outrossim nas custas dos autos. Lisboa 7. de Julho de 689.

Pereyra. Vogado. Albuquerque.

§. LVI.

De erectione maioratus facta de omnibus bonis & que bona comprehendat, & quod sit residuum, ad hoc ut bona emanent ad vinculum.

SUMMARIUM.

Maioratus institutus in contractu donationis, nec alterari, nec revocari potest ab ipso institutore. n. 1.

Purificata conditione, substitutio, vires obtinet institutionis n. 3.

Quavis in bonis mobilibus non constituatur maioratus tamen in ejus estimatione, recte consistere potest. n. 4. & 8.

Invo:

Invocationibus institutorum, magis attenditur voluntas que exprimitur, quam illa que ex verbis inducitur. n. 6.

Quavis certum sit, quod filius de necessitate juris debet institui, aut exheredari, & legitima absque onere relinqui, alias onus rejiciatur, & institutio invalidetur attamen, si filius oneri assuetat institutio valet. n. 7.

Vinculum per contractum institutum nec potest alterari, nec revocari. n. 10.

NO Feito de Antonio Soares de Sousa, e sua mulher com o Capitão Jordão Jacomo Raposo, Escrivão Antonio Sequeira da Gama, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello dos Autores contrariedade do Reo reconvenção com que o Reo veyo, que o Author contrariou, e mais artigos recebidos, prova a todos elles dada pelas partes, pela dos Autores se mostra que o Padre Phelippe Borges de Medeiros instituiu hum morgado de trinta moyos de renda nas propriedades nomeadas na instituição, e em humas casas em que vivia junto a nossa Senhora da Boa nova, e em todos os mais que por sua morte se acharão serem seus com vinculo de cinco Cappellas de missas perpetuas, e prohibição de non alienando, a qual instituição fez na pessoa de sua sobrinha Dona Maria Margarida já cazada com o Reo com declaração, que morrendo esta sem ter filhos, ou filhas, succederia no dito morgado sua sobrinha D. Antonia Authora. Mostra-se mais que a dita Dona Maria Margarida faleceu da vida presente sem deixar filhos, nem filhas que della ficassem, e conforme a

disposição do testador, e instituidor ficou succedendo no dito morgado instituido a Authora Dona Antonia Borges de Medeiros, e em todos os bens vinculados a elles de que o Reo esta de posse assim das casas, e moveis, como tambem de hum garnel sito na rua da Calbeta desta Cidade que tambem foy do instituidor de que não quer abrir mão, sem lhe pertencer. Pela parte do Reo se mostra que por o instituidor o Padre Phelippe Borges de Medeiros ver que sua sobrinha Dona Maria Margarida, e o Reo seu marido vexados com demandas a cerca do morgado de seus avôs por considerar seriaõ vencidos lhes dotou vinte, e cinco moyos de trigo de renda, e os bens moveis, e casas em que vivia, e se purificar esta condição pela sentença que na Rellação se alcançou contra elles, e que elle Reo, e sua mulher a que riaõ dominio nos bens dotados pelo dotador o qual tomara por causa final do dote a falta de sustento que lhe resultava de ficarem vencidos na causa, e por essa razão lhe consignou em sua vida os moyos de trigo que constaõ do contrato. Mostra-se mais que o dotador por igual afeição que tinha a sua sobrinha mulher do Reo, e ao mesmo Reo lhe fez o dote como consta do contrato chamando-lhes a ambos sobrinhos porque elle Reo o era tambem do testador, e por essa razão deve em sua vida lograr os bens de rais dotados, e só por sua morte devem seguir a disposição do instituidor, o qual não fez morgado mais que nos bens de rais, e os moveis, e garnel foraõ dados como livres, e por serem os mais bens que repugnaõ perpetuidade não foraõ vinculados, e caso que o fossem, sempre o Reo os hade lograr

em

em quanto vivo, e reconvinde-os aos Authores lhe pedem o que lhe cabe pagarem dos gastos que o Reo fez na Igreja, e despesa do funeral, e mais legados que o instituidor deixou as quais despesas importarão duzentos e setenta e sete mil sete centos, e cincoenta reis, e o que o defunto ficara devendo a sua sobrinha do tempo que fora seu tutor. Pelos reconvidos se mostra fazer o testador em sua vida o gasto para o ouro da Igreja, e tintas, e o mais deixara encarregado a seus testamentarios para que ficaraõ mais bens, e que a Authora Dona Antonia Borges de Medeyros fizera o gasto de mil, e quinhentas misas que importarão noventa mil reis, e hum officio que custou dez mil reis, e pagou hums paineis que custaraõ cincoenta, e dous mil reis, e mais deu ao Pintor do tecto da Igreja dez mil reis, e de trez vestidos nomeados no testamento quinze mil reis, e pela conta dos duzentos setenta e sete mil sete centos, e cincoenta reis, se deve abater duzentos cinco mil cento, e cinco. O que tudo visto, e o mais dos autos disposiçãõ de direito, e como se prova que o Padre Phelippe Borges de Medeyros nas casas em que morava, e mais bens moveis que por sua morte se achassẽ, e em trinta moyos de trigo de renda nas propriedades nomeadas instituir hum morgado para cuja successãõ em primeiro lugar chamou a sua sobrinha Dona Maria Margarida, mulher do Reo, e morrendo esta sem filhos lhe ficaria succedendo a Authora, e como outrosim se prova que a dita Dona Maria Margarida mulher do Reo faleceo sem della ficar filho, ou filha, e que por sua morte ficaria o Reo possuindo o dito morgado até o tempo presente, e

porque conforme a direito, e disposiçãõ do testador, e instituidor lhe não pertence, e ainda que pareça que em algumas verbas dos testamentos lhe pertence o logro do morgado, esse, se deve entender durante a vida de sua mulher primeira instituida na herança do dito morgado. Por tanto condemno ao Reo, a que dé, e largue a Authora todos os bens pertencentes ao mesmo morgado, e posse delles, e frutos da individua occupaçãõ até real entrega, e visto como a mulher do reconvinde, e a Authora reconvinde foraõ herdeiros de certos bens do instituidor ainda que em partes desiguais, como se prova dos testamentos; mando que tirado o gasto do funeral de todos os bens para as mais despesas assim da Igreja, como dos mais legados que se ouvessem de satisfazer a dinheiro por ambos, ou em cousas que não ouvesse na herança concorraõ igualmente com a mesma igualdade haverã cada hum a sua parte do residuo dos bens que havia na herança de que o defunto não dispoz, como he o procedido da vinha que o reconvinde largou, e que emportar o garmel que possui, de que largará ao Author a sica ametade; e absolvo ao Author reconvinde do pedido pelo reconvinde da divida que diz devia o instituidor a sua sobrinha mulher que foy do reconvinde assim porque confessando o reconvinde ter delle recebido bens com tanta largueza que não he de presumir que ainda lhe fosse devedor de mais, como tambem porque se não prova a dita divida, dos frutos em que o Reo he condemnado, e tudo o mais que merecer liquidaçãõ se fará ao tempo da execuçãõ, e pague o Reo as custas dos autos. Ponte delgada

da 7. de Outubro de 1688. annos.

João Pinto de Vasconcellos.

Ab hac sententia appellatum fuit ad Auditorem ubi lata fuit sententia sequens.

Bem julgado foy pelo Juiz de fora da Cidade de Ponte delgada em condemnar ao Reo Jordão Jacome Raposo a que largue aos Authores os bens pertencentes ao morgado que instituiu o Padre Phelippe Borges de Medeiros, e em absolver aos Authores da divida pedida pelo Reo que diz devia o instituidor a sua sobrinha mulher que foy do dito Reo do tempo que lhe admenistrou seus bens; porém em não declarar o dito Juiz que os moveis que se achassem ao tempo da morte do instituidor não pertencem a este morgado, e em condemnar ao Reo nos frutos da individua occupação, e em mandar que tirado o gasto do funeral de todos os bens para as mais despezas assim da Igreja, como dos mais legados concorraõ estas partes igualmente, e que com a mesma igualdade haja cada hum a sua parte do residuo dos bens que havia na herança de que o defuncto não dispoz, como he o procedido da vinha, e ametade do granel, foy por elle menos bem julgado, revogando nesta parte sua sentença, cumprasse o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais que dos autos consta, os quais vistos, e como delles se mostra, que na doação que o instituidor fez a sua sobrinha Dona Maria Margarida mulher do Reo dos moyos de trigo, e casas nella declarada com vinculo de morgado posto que tambem declarasse os moveis que se achassem por sua morte toda via reservando para o seu Testamento as vocacoens do dito morgado fazendo despois o dito instituidor seu tes-

tamento com muito vagar, e dous condicilos falando por repetidas vezes neste morgado, se não acha que falace nos ditos moveis, mas somente, nos moyos de trigo, e casas junto a nossa Senhora da Boa nova, de que se verifica ser sua tenção ficarem vinculados somente os ditos moyos, e casas, e não os moveis sobre que não dispoz cousa alguma, e ficaraõ puramente doados pela dita doação, mayormente que representão natureza de morgado constituir-se em moveis, que se consomem com o uso, salvo he alguma pessa preciosa, ou o instituidor declara se vendaõ para o procedido se empregar em bens de rais, o que no caso presente se não acha, e como outrosim os Authores não tem acção alguma de direito para pedirem os mais bens que ficaraõ do instituidor, pois somente chamada a Authora Dona Antonia para a successão do dito morgado que consta das ditas casas, e moyos de renda declaradas na dita doação, e testamento em que se não incluye o granel, e pela mesma razão não está a Authora obrigada ás despezas pedidas na reconvenção principalmente que para elles deixou o instituidor nomeados bens, e dividas de que se satisfazerem as tais despezas como no dito testamento se declara, e assim o deixou o testador emcarregado a seu testamenteiro contra o que o Reo não allegou cousa alguma no discurso de tantos annos ficando na posse dos bens do instituidor, de que não fez inventario. Por tanto mandaõ que o Reo largue aos Authores as ditas casas junto a N. Senhora da Boa nova, e os moyos no testamento declarados que se liquidaraõ na execução com os frutos da lide contestada em diante, e o absolvo do mais pedido

pedido no libello assim de moveis, como de raiz que se não achão declarados no dito vinculo, e absolvo aos Authores do pedido na reconvenção pelo Reo ao qual condemno em as quatro partes das custas de ambas as instancias, e os Authores pagaráo a quinta parte dellas. Alago 20. de Janeyro de 1689.

Manoel Ferreyra.

A qua sententia appellatum fuit ad supplicationis Senatam ubi lata fuit sententia sequens.

Acordão os do Dezembargo &c. Bem julgado foy pelo Corregedor das Ilhas em determinar que o morgado de que se trata pertencia a Authora como tambem em absolver do que se lhe pedia por reconvenção, e em não differir ao que mais pretendia a mesma Authora dos bens livres. Porém em não julgar por vinculados os bens moveis que ao tempo da morte do instituidor se achão na forma da sua instituiçãõ foy por elle menos bem julgado, revogando nesta parte sua sentença cumprasse o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quais vistos, e como delles se mostre vincular em morgado o instituidor os bens moveis que ao tempo de sua morte se achassẽ, o que licitamente podia fazer para o procedido delles se haver de empregar. Por tanto mandão, que restitua o Reo os tais bens que se liquidarem, ou seu justo valor o qual se annexará em bens para o morgado, e pague o Author huma parte das custas, e o Reo duas em que os condemnaõ. Lisboa 22. de Abril de 1690.

Albuquerque. Mousinho. Jaques.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Maioratum habemus institutum in contractu donationis, quibus in

terminis revocari, nec alterari potest ab ipso institutore quia hujusmodi institutiones regulantur per text. in L. quoties Cod. de donationibus, quæ sub modo argumento text. in L. perfecta donatio Cod. de actionibus, & obligationibus tenet. Gam. decis. 262. n. 3. Valasc. consil. 122. n. 16. Phæbo decis. 83. cum mille aliis. Ex hoc venit quod in omnibus bonis in quibus fuit facta maioratus restitutio, remansit irrevocabilis, & cum in ipsa donatione institutor expressisset, quod in testamento faciendas esse vocationes, non dubito dicere ex vocatione expressa de qua in codicillo bonam causam fovere Actricem, nam cum nostra Actrix vocata inveniat sub conditione negativa si prima vocata filios non habuerit, & hæc justificata appareat ex partium confessione, rectè venit dicendum, rectè Actrici secundo loco vocatæ intransiam competere, ex his quæ tenet Mantica de conjectur. lib. 11. tit. 6. a n. 7. Peregrin. de fideicommiss. in articulo 29. a n. 9. purificata enim conditione substitutio vires obtinet institutionis ut tenet Carvalho in cap. Raynaldus de testamentis 3. p. n. 100. & ideo substitutio vocatur secunda institutio.

Neque Rei defensio prodesse potest, quia ubi datur clara testatoris, dispositio non datur locus conjecturis, neque extensio potest verificari respectu Rei, quia licet de illo facta fuisse mentio, attamen hæc solum verificatur respectu ejus uxoris, & dum illa viveret, aliàs enim vocaret institutorem nostram Actricem post mortem Rei, & non in defectum filiorum primæ dote; unde ex dicta donatione Reum excluderem.

Et ex irrevocabilitate constitutionis maioratus de qua dixi in initio deli-

deliberationis Reum condemnarem in restitutione mobilium, ut patet ex verbis ibi fol. 8. *e assim mais lbe dota as casas*, & ibi, *e os moveis que se acharem por sua morte*, ex quibus verbis colligitur etiam vincula- ta fuisse prædicta mobilia, & licet in illis non possit consistere maiora- tus propter ejus consumptionem, attamen in ejus æstimatione rectè consistere potest, unde in hac par- te sententiam revocarem.

Quo ad alia verò bona ab institu- tore relicta, quæ non comprehen- duntur in institutione maioratus Reum absolverem, quia licet hæ- reditas proportionibus hæreditariis dividatur inter æqualiter consan- guineos, attamen non constat quod Actrix sit æqualiter consanguinea, neque quod sit hæres ejus primi viri; unde ex defectu actionis Reum absolverem in hac parte, quod sic placet; & quod ad reconventionem judicatum confirmarem, sic confir- mata, & revocata sententia. Ulyssipone die 7. Decembris anni 1689.

Mouzinho.

5 Secundum maioratus institutio- nem, & de clarationem in testamento, Actrix vocata expressè existit def- ficientibus filiis Mariæ, quæ condi- tio purificata est, ideo nulla dubi- tatio vertitur de justitia Actricis *Peregrin. de fideicommissis articul. 29. n. 9. Carvalhus ad cap. Rainaldus de testamentis 3. p. n. 100.*

Etiam cum Domino meo conve- nio circa mobilia relicta ab institu- tore, ad hoc ut vinculentur in ma- ioratum visis declarationibus ab ins- titutore; & sic similiter convenio in reconventionem, & in aliis bonis à quibus Reus absolvitur. Ulyssipone 20. Martij anno 1690.

Jaques.

Institutum fuisse maioratum in- ter partes non contenditur, solum
Pars IV.

enim contentio vertitur ad quem illius successio deveniat, & an scili- cet ex bonis mobilibus etiam insti- tutis dici valeat; Quod autem Actrix melius jus habeat ad hujus- modi successionem, patet ex eo quia 6 in vocationibus institutorum magis attenditur voluntas quæ exprimi- tur, quam illa quæ ex verbis indu- citur ex *text. in L. penult. ubi glosa verbo voluntas ff. de legatis 1. L. cum ita alias omnia 32. §. in fideicom- misso ff. de legatis 2. Molin. de pri- mogen. lib. 1. cap. 2. in fin. Cyriacus lib. 2. contrav. 259. n. 5. Castilb. quotid. tom. 3. cap. 29. n. 17.* Planè favore Actricis vocationem habemus expressam, favore verò Rei so- lummodo tacitam: ergo optimo ju- re dici debet illam preferri huic.

Quin me in contrarium moveat 7 illud quod deducitur de eo quod donatio non gratuita, sed causati- vé proponitur facta, siquidem ex hoc non infertur vocationes esse in validas, nam quanvis certum sit, quod filius de necessitate juris de- bet institui, aut ex hæredari, & legitima abque onere relinqui alias onus rejiciatur, & institutio in va- lidetur, attamen si filius oneri as- senciat, institutio valet ex *text. in L. filio præterito 17. ff. de in just. rupto*, ita similiter in præsentiarum dicendum superest, nam quanvis donatio causativa fuisset propter dotem, attamen cum dotatus voca- tionibus acquievisset, meritò quan- vis jus haberet ad successionem vir- tute dotis, illud remisisse censetur propter acquiescentiam vocationum quibus subscripsit.

Sic resoluta quod maioratus suc- cessio Actrici deffertur. Secundo lo- co indagari oportet, an ex bonis mobilibus maioratus etiam dicatur institutus. Ad quod sciendum est 8 quod maioratus institutor potest

Ttt

non

didopelos AA. aos quaes condemnaõ nas custas dos autos. Lisboa 23. de Abril de 1689.

Mouzinho. Basto. Pereira.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Sententiam exequi vult Appellatus, & quod sibi debito satisfiat ex bonis condemnati, de quibus in libello. Cui voto sententia annuit, Ego vero in alia sententia moveor quia omissis aliis, quæ in vim nullitatis allegantur, Appellatus fateatur Ream esse in possessione maioratus per mortem senioris fratris, cum tamen alius sit frater masculus, qui ei præferri debet ex qualitate sexus, & cum hic sit debitor condemnatus, in bonis mentionatis tanquam ad eum spectantibus executionem fieri contendit. Debet ergo probare talem fratrem adhuc vivere omitto quod potuerunt fæminæ vocari, sed hoc in præsentis non probo quin ei possit allegatio illa communis,
 1 unumquemque præsumendum vivum usque ad centum annos juxta *L. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* & ibi *Doctores Ægyd. in L. ex hoc jure 1. p. cap. 3. n. 26. Cod. de Sacrosanct. Eccles. Valasc. cons. 193. n. 7.* quia talis traditio non est simpliciter vera, cum experientia quotidiana contrarium appareat, nec *text. in dicta lege fin.* id probat, sed solum posse hominem vivere usque ad illud tempus, unde Pinelo noster contrarium tenuit in *L. 2. Cod. de rescind. 3. p. cap. 4.* cum igitur debitor jam tempore sententiæ, & absens, & incerti domicilij haberetur, ut in appenso, & aliqua fuerit
 2 fama mortis illius cum diuturna absententia quod in præsentis aliqualiter mortem probat ex *Bart. in L. 2. §. sed. & si dubitetur ff. quem admodum testamenta n. 2.* debuerat sane Actor illius vitam probare, quod

Pras IV.

non facit, sed tantum ei absenti, & penitus incerto successionem maioratus conferre vult? quid si talis dubitor ante sententiam maioratum dimisit in favorem Reæ sororis, quid si ipse in aliquo institutioni contravenit? Sanè mihi durum videtur Ream hic condemnare, eo quod possidet bona maioratus, qui dicitur ad hominem spectare, de quo non constat.

Ulterius licet admittamus, quod
 3 quis præsumitur vivere centum annos, hæc præsumptio non relevat ab onere probandi vitam, cum quis propriam intentionem firmat in vita alterius argumento *text. in L. spadonem §. qui absolutus; & ibi glosa verbo depositionibus ff. de excusat. tut.* ubi etiam *Bartol. alios refert, & sequitur Guterres practicarum quest. lib. 2. quest. 7. n. 6.* & sequentibus, at in præsentis Actor valebat maioratum pertinere ad Reum debitorem, illumque ei conferre debuit ergo vivum ostendere, ne mortuo defendendum curet, & cum illius totalis intentio in vita debitoris enitatur, eam probare debuit, quod non fecit; Igitur sententiam revocarem.
 Ulyssipone 2. Maij anno 1688.

Doutor Fonseca

Licet ex vulgari traditione quis
 4 præsumatur vivere usque ad centum annos, quæ deducitur ex *L. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* Tamen hodie solum usque ad sexaginta, vel septuaginta annos vivere præsumitur ex *Cancèr. var. 3. cap. 1. n. 244.* & licet vera esset dicta traditio in præsentis specie locum habere non poterat, quia cum sit fundamentum intentionis Appellati, vita debitoris illam legaliter, & specificè probare tenebatur tum etiam
 5 quia qui se fundat in vita vel in morte alterius, & mortem, & vitam specificè probare tenetur *Menoch. de*

Ttt ij

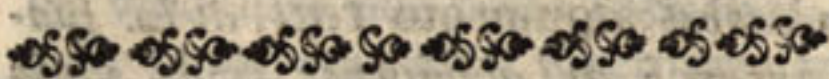
præ:

praesumpt. lib. 6. praesumpt. 49. n. 26. Sic cum doctissimo praecedenti Domino. Ulyssipone 27. Decembris 1688.

Basto Pereira.

Etiam sententiam revocarem, defecit enim Actor in primo salutari suae intentionis siquidem cum illam fundet in vita Petri, legitimè illam probare debebat ex juris rudimentis, quare ex dictis a praecedentibus Dominis sententiam revoco Ulyssipone die 22. Aprilis anni 1689.

Mouzinho.



C A P. LVIII.

Quando bona adjudicata, cum onere vulgo *torna* ad maioratus successionem, manent hypothecata, & ex illis solutio fieri debeat, & an cum fructibus.

SUMMARIUM.

Quando in partitionibus aliqua res in solidum alicui ad iudicatur; cum obligatione quantitatem alteri praestandi, talis praestandi obligatio, est solum personalis; & non realis. n. 1.

In omnibus rebus hereditariis pro legatis hypotheca in ducitur. n. 2.

Hypotheca contra tertium solum prosequi potest, post debitorem excussum. n. 3.

Haec tamen regula patitur limitationem communem quando debitor notorie non est solvendo. n. 4.

Usurae in hypothecaria actione peti non possunt. n. 7.

DE hac materia diximus tom. 1. & vide sent. seq.

No Feito de appellação civil de Rafael Soares da Fonseca com Francisco de Brito Freire, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos &c. Mostrase pro parte do A. que instituindo hum morgado Vasco de Brito Freire da importancia de sua terça chamara em primeiro lugar a seu filho Lourenço de Brito, com declaração que sua mulber Dona Gracia de Araujo tivesse em sua vida o usufruto, por quanto por sua morte tambem se havia de anexar a terça que lhe coubesse, como entre ambos o haviaõ contratado, e por quanto succedera falecer o dito Vasco de Brito primeiro que sua mulber, esta ficara logrando a importancia, e quantia da dita terça, que se impuzera em o engenho de assucar chamado de São Lourenço sito em a Freguezia de nossa Senhora em o Rio de Pernamarim termo desta Cidade, e outrossim em sua vida falecera o chamado Lourenço de Brito, e correndo os tempos todos os cinco filhos do instituidor, sem deixarem descendentes, nos quaes termos passara a successão ao herdeiro de seu irmão Estevão de Brito Freire por expressa vocação do qual fora filho legitimo Gaspar de Brito Freire de quem elle A. outro sim era filho legitimo, e como tal successor do dito morgado, o que assim estava detreminado por sentença da Casa da supplicação, e como tal lhe pertence por quanto da dita Dona Gracia de Araujo não ficaraõ bens alguns, nem estes se vincularaõ na fórma da instituição, e sendo imposta a dita terça em o engenho de que se trata de que os Reos estaõ de posse, deviaõ ser condenados a que pagassem ao Autor a sua importancia com os fructos da indevida occupaçaõ até

atè real entrega. Por sua parte se mostra que a venda que havia feito Dona Gracia, e seu filho do dito emgenho fora em o anno de 648. e se fora possuindo livremente por seus predecessores atbe o tempo em que se propusera a acção e traço passados mais de trinta annos com que estava prescrita; quanto mais que aquessaõ presente era sobre huma hypotheca que se havia imposto em o mesmo emgenho, e este não está obrigado mais que em falta de outros bens, e como em a Cidade de Lisboa haviaõ ficado muitos da dita vendedora, primeiro havia de ser executida; e alem disto supposto que se vinculou por Vasco de Brito a sua terça, com tudo nada teve effeito, assim porque Lourenço de Brito não succedeo, e se não unirão as legitimas, como porque havendo filhos se fizera supplica a sua Magestade, que o instituidor lhes não podia prejudicar, para effeito de tomarem estado, e por este respeito houve por bem de extinguir o vinculo, por cujas razoes deviam ser absolutos. O que tudo visto, e o mais que dos autos consta, e como se prove que em o testamento com que faleceo Vasco de Brito Freire instituir a huma Cappella em fórma de morgado da sua terça para a successão da qual chamava emprimeiro lugar a seu filho Lourenço de Brito Freire que possuia o usu fructo della por falecimento de sua mãy Dona Gracia, a quem em sua vida o deixava por razão de que ella se obrigara a unir, e vincular tambem a sua terça na fórma que se haviaõ contratado; e succedendo faltar a sua descendencia, neste caso se devolvera a successão ao herdeiro legitimo de seu irmão Estevão de Brito Freire, e por que com effeito todos os filhos do instituidor morrerão sem descendencia, passava o morgado á casa do dito Estevão de Brito de

quem o Autor era neto legitimo; por ser filho de Gaspar de Brito Freire, outro si filho do dito Estevão de Brito, e como successor está de posse da dita Cappella e morgado, o que outrosi se prova da sentença que passou em cousa julgada, e lhe competem as acçoens para revindicar todas as propriedades pertencentes ao vinculo; e por quanto nas partilhas que se fizeram por morte do instituidor, e se continuavão com sua mulher Dona Gracia se separava a terça do defunto que importava tres contos cento, e de setete mil e quinhentos, e quarenta, e tres reis, os quaes a dita viuva se via obrigada apagar impondolhe a segurança delles em o emgenho de São Lourenço, que em o seu quinhão se lhe dera com a mesma clausula, como se ve da certidão, e da outra, e sendo a dita quantia da terça bens exprestamente vinculados pello instituidor, e delles se fizesse ad judicacão na partilha em o dito emgenho, que com esta torna se dera empagamento a viuva logo se adquirio ao successor do morgado o dominio delles, ainda sem entrega ou posse, por ser isto huma especialidade que só procede em semelhante juizo, e pella carta de partilha, e adjudicacão nella incerta podem os coherdeiros (mostrando serem proprios os bens de quem os herdaraõ) revindicalos de qualquer possuidor; e nestes termos de nenhuma maneira podia a dita Dona Gracia e seu filho vender a quella parte que tinha em o emgenho e terça, por não ser sua, mas pertencente a morgado na fórma da instituição, em a qual não só houve hypotheca, mas translação de dominio na fórma de direito, e opiniaõ dos Doutores, e como os RR. se prova estarem de posse do dito emgenho chamado de São Lourenço sitõ em o Rio de Pernambuco, que fora o mesmo em que se impuze-

ra a obrigação, e torna, e assim o confissão em o primeiro artigo da exceção estão provados com o domínio do A. e posse dos RR. os dous requisitos necessarios para a acção de revindicação proposta, sem que obste a prescripção, porque além dos fundamentos que a rejeitou, ainda que esta pudera correr, e lhe não obstara a má fé da vendedora que sabendo ser a terça pertencente ao morgado, não fizera sobre isto declaração, o que também prejudica ao successor, e para que se prescrevaõ os bens pertencentes a morgado he necessario o tempo de quarenta annos, em que como livres se possuão, e como estes do anno de quarenta e oito em que fora feita a primeira venda, como se vê, ao em que se puzera a acção presente, se não passaraõ mais de trinta annos, de nenhuma maneira se pôde julgar contra o morgado a prescripção. Pelo que condemno aos RR. a que paguem ao A. os tres contos 117U543. reis que foraõ em a partilha impostos em o engenho de São Lourenço de que estão de posse com os frutos respectivos à dita quantia da lide contestada em diante, e lhe reseruo seu direito para o haverem da pessoa que lho vendeo, e paguem outro sim as custas dos autos. Bahia 24. de Agosto de 687.

Brochado.

Ab hac sententia interpositum fuit gravamen ad Brasiliensem Senatū, ubi confirmata fuit.

Et postea interpositum fuit gravamen ad supplicationis Senatū, ubi lata fuit sententia sequens, á judicibus

Doctor Maya.

Vieira.

Acordaõ os do Dezembargo &c. Não he aggravado o Aggravante pelos Dembargadores da Relação da Bahia em confirmarem, e mandarem cumprir a sentença do Ouvidor Geral

no que toca a condemnação da quantia pedida pelo Aggravado, porém em a mandarem cumprir também na condemnação dos frutos ou usuras da dita quantia, foy por elles aggravado, revogando nesta parte sua sentença cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e como delles consta que a acção proposta no libello he hypothecaria a qual resultou da separação que judicialmente se fez do engenho da contenda para segurança, e pagamento da do instituidor a que estava obrigada sua mulher, a qual naquelle tempo não era devedora de usuras algumas nos quaes termos se não hõde extender a ellas a obrigação accessoria da hypotheca, nem passar ao Aggravante terceiro possuidor, por tanto dos ditos frutos, ou usuras o absolvem, e pague as quatro partes das custas dos autos, e o Aggravado huma em que os condemnaõ. Lisboa 6. de Abril de 1690.

D. Maya. Vieira.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Sententiam confirmarem; constat enim ex libello hypothecariam in præsentem actionem contra tertium hypothecæ possessorem fuisse propositam nec aliam existimo Actori posse competere; nam illius fundamentum totum desumitur ex certitudine, ex qua solum hypotheca contracta dici valet in securitatem tertiarum, & quando in partionibus aliqua res in solidum alicui adjudicatur cum obligatione quantitatem alteri præstandi, talis præstandi obligatio est solum personalis, & non realis ut patet ex §. 4. institut. de offic. judic. ubi Vin. & in §. quedam actiones 20. instit. de actionib. plura detegit. Vin. in §. omnium instit. eodemmod. num. 11. text. etiam in §. item si 3. cum sequentibus.

quentib. institut. de obligation. ex quasi contractu unde si expresse molendinum contentionis non fuisset prædictæ præstationi obligatum, illa præstandi seu refundendi obligatio contra tertios non competeret, teneo igitur prædictum molendinum pro tertiæ quantitate Actori debitæ expresse fuisse hypothecatū, immo & si ita hoc non convenisset, semper hypotheca subsisteret, quam pro legatis Justin. induxit ex §. sed olim ad finem instit. delegatis ubi Doctores, ex quibus indubium est in omnibus rebus hæreditariis pro legatis hypothecam induci ex L. 1. cod. commun. delegatis, immo, & in ipsa re legata subsistere posse affirmat Bartol. in d. L. 1. cod. de legat. & in L. fin. n. 16. Cod. Sacrosanct. Eccles. Valens. de suo more ad tit. delegat. 1. lib. 3. tract. 5. num. 27. Plane in præsentī tertiā legati titulo in maioratum Laurentio fuisse relictam ex testamento. Ude semper hypothecaria locum habebat, consequitur que reivindicatio, fugit actio, cum institutoris uxor domina rei hypothecatæ fuisset, recte que illam in Reos transferre potuit, solvo tantum pignoris jure exiis quæ Peres tit. Cod. de pignorib. n. 10. optime Bach. de pignorib. lib. 3. cap. 1. d. n. 2. sed cum hypotheca contra tertium solum prosequi possit post debitorem excessum; dubium tamen est, an in præsentī procedat? & quanvis regula sit, ut prius bona debitoris sint excutienda ex text. in Auth. hoc si dubitor Cod. pignorib. Peres proxime n. 14. hæc tamen regula illam patitur limitationem communem, quando debitor notorie non est solvendum ex doctrina Gloss. verbo excussum in L. 10. ff. verbor. & passim, planè exactis ciare, & notorie constat debitoris bona solvendo non esse, igitur hy-

pothecariam procedere existimo, & solum in eo superest scrupulus, quomodo condemnatio circa fructus seu usuras sit facienda in quo à sententia recedo, nam institutoris uxor fructus non debebat cum tertia in quantitate desumpta fuisset, & cum si conventa esset solum à lite contestata usuras deberet ex text. in L. 1. text. in L. fin. Cod. usuris & fruct. legatorum, non vero a die mortis ut dicti text. declarant sequitur quod Reus nec fructus rei debet, cum in his obligatio principalis non subsisteret, nec usuras, nam hypotheca solum pro illis utique tenet, aut quando expresse in sortem, & usuras concipitur, aut quando simpliciter adstringitur obligationi principali, quæ utique in usuras fuit concepta ex text. in L. necessarias §. ult. ff. pignorat. action. juxta veram intelligentiam de qua Bach. de pignor. lib. 3. cap. 5. num. 6. Unde cum institutoris uxor personaliter esset obligata ad quantitatis re-
5 fusionem, tertiæ que satisfactionem, quam absque usurarum conventionē legati titulo solum Actor obtinere valet, sequitur quod Reus virtute hypothecæ ad usuras adstringi nequit, igitur solvat Reus tertiæ quantitatem simpliciter, & ei sal-
vum jus maneat contra suum Actorem, à quo rem habuit; ita placet confirmata, & revocata sententia. Ulyssipone 17. Junij 1689.

D. Vieira
Etiam hypothecariam actionem in præsentī propositam, ac intentatam fuisse dicerem cum præcedenti Domino quæ adversus possessorem recte dirigitur, alienatio namque rei hypothecatæ à domino facta nullum creditori præjudicium inferre potest in hypotheca, ut bene explicat Merlin. de pignor. lib. 4. tit. 3. q. 108. ex n. 1. & 2. & q. 109. ex n. 1. cum
6 sequentib.

sequentib. ad text. in L. distractis 14. cum sequenti Cod. pignor. & licet hæc proponi nequeat nisi principali debitorē prius excusso ex vulgari text. in Auth. hoc si debitor Cod. de pignor. attamen hæc regula limitatur quando notorie constat debitorem solvendo non esse tenet pluribus relictis Merlin. supra lib. 5. tit. 2. q. 69. à n. 7. cum sequentib. Plane in præfentiarum affatim probatur debitricem principalem solvendo non esse, quare non inciviliter absque excussione hypothecaria proponitur actio.

7 *Circa usuras etiam cum præcedenti Domino iudicatum revocarem, eum enim principalis debitor ad illas non teneretur, ut patet, minime in hypothecaria actione peti possunt, ut optime, & de more explicat Merlin. de pignor. lib. 3. tit. 3. q. 95. per totam alter Merlin. Pignatell. controv. 43. à n. 4. cum sequentib. sic placet confirmata, & revocata inferiori Aula Ulyssipone 12. Octobris anno Domini 1689. Balto.*

Indubium etiam iudico hypothecariam actionem in præfenti fuisse propositam, illud enim, & libelli series, & actionis fundamentum exactitudine delumptum recte expriment, & melius præcedentes Domini collendissimi demonstrant, sicut etiam hanc legitimè in iudicio fuisse propositam ante principalis debitoris excussione, eo supposito quod notorie constat, ut ex processu patet, illam solvendo non esse; quo ad fructus tamen seu usuras dubium esse videtur, cum tamen eo tempore quo hypotheca fuit judicialiter constituta nullæ deberentur usuræ ad illas in detriorem causam extendi non poterat, sic sententia confirmata, & reformata placet, Ulyssipone 8. Februarij anno 1690.

Doutor Maya.

Et de hac materia Vide Sousa de Macedo decis. 10. & 27. n. 9 Mend. in praxi p. 1. lib. 4. cap. 3. n. 4. vers. dando Valasc. de part. cap. 35. n. 18. qui probant contra sententia resolutionem, sed in illius favorem ultra citatos, Vide Cabed. dec. 166. & n. 6. p. 1. & decis. 108. & vide quæ diximus tom. 1. cap. 5. n. 187. & seqq. in specie, & sententia pendet cum exceptionibus

§. LIX.

Utrum invocatione filiorum alicujus ad successionem maioratus facta, post mortem alterius vocati, & illis defecientibus altera persona vocetur; & pater aut mater filiorum vocatorum sit honorata cum legato certæ quantitatis quotannis; si primus vocatus ultimum diem claudat extremum absque filiis, & deficiant filij honorati cum legato. & fratris aut sororis institutoris, an ipsa mater, aut pater illorum censeatur vocatus an vero successio pertineat ad tertium vocatum, in casu defectus talium filiorum, ipsius sororis, aut fratris institutoris.

SUMMARIUM.

In generationis numero, persona generans, non est de numero, & invo-

invocatione filiorum. n. 1.

Non dicitur eſſe vocatum parentum eorum. n. 2.

Et in legato in ejus favorem facto cenſetur exclusus pater, aut mater. n. 3.

Nihilominus tamen poſt filios vocatos pater ipſe ſi vivat admittendus eſt, & cenſetur vocatus. n. 4.

Licet ſit honoratus cum legato, non cenſetur exclusus, ſed potius admiſſus. n. 5.

Atque ita ſi filii non exiſtant per obitum poſſeſſoris debet ſuccedere mater vocati, & non alter tertio loco vocatus. n. 6.

1 Licet in vocationibus filiorum alicujus factis & in vitatis ad ſucceſſionem per obitum alicujus, & tuorum filio um non cenſetur vocatus ejus pater aut mater; quia in generationis numero, perſona generans non compræhenditur, ut tenent *Bald. Caſtr. Alciat. Ruin. Paris. Menoch. Reminald. quos refert. Doctiſſ. Aquila in add. ad Roxas de in comp. maiorat. p. 1. cap. 6. n. 269.*

2 Et in vocatione filiorum, non dicitur eſſe expreſſe vocatum parentem eorum. *Cyriac. contr. 281. n. 87. & contr. 365. n. 27. Aguil. ubi ſupra & verſ. comprobat.*

3 Et ex legato in ejus favorem facto cenſetur exclusus pater, aut mater ut diximus cap.

4 Nihilominus tamen poſt filios vocatos pater ipſe ſi vivat admittendus eſt, & cenſetur vocatus ex *L. unum ex familia §. in fideicommiſſo ff. de leg. 1. tenet. Barbat. de fideicommiſſ. p. 1. cap. 4. n. 24. & in propunac. pat. tract. d. cap. 4. inſpect. 4. refert & agnoſcit Aguil. d. n. 269. verſ. comprobat.*

5 Licet ſit honoratus cum legato, non cenſetur exclusus, ſed potius *Pats IV.*

admiſſus, ut fatet *Paris. conf. 74. vol. 3.*

Atque ita ſi filii non exiſtant per obitum poſſeſſoris debet ſuccedere mater vocati, & non alter Tertio loco vocatus ut deciſum fuit in cauſa ſeq. poſt magnam controverſiam.

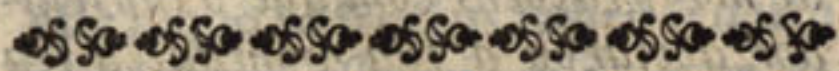
No Feito de appellação de João de Brito de Moura com Bento da Coſta de Menezes, Eſcrivaõ Joſeph Cardozo da Silva, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Acordaõ os do Deſembargo &c. Não foy bem julgado pelo Juiz de fóra de Setuval em condemnar aos RR. larguem ao A. o morgado que lhes pede inſtituido por Luiz de Barbuda de Mello. Revogando ſua ſentença viſtos os autos de que ſe moſtra ſer o morgado de que ſe trata regular, e por iſſo ſucceder nelle a R. Dona Juliana de Caſtro irmãa do inſtituidor do morgado, e irmãa do primeiro chamado Francisco Vieira de Caſtro ultimo poſſuidor delle, e a R. a ſua parenta mais chegada, e aſſim conforme as Leys do Reyno, e regras de direito a ella pertence a ſucceſſão, e porque ainda que na inſtituição não tenha vocação por ſeu proprio nome, com tudo ſenão acha excluida por palavras expreſſas, e claras, como de direito era neceſſario para a excluſiva, mas antes tacitamente he nella incluida a R. pelas repetidas de monſtraçoens com que o inſtituidor declarou a ſua vontade a ſeu favor, e dos filhos ſe os tiweſſe chamados expreſſamente por contemplação da R. e por amor, e afeição que lhe tinha lhe deixou em quanto viweſſe a terça parte dos rendimentos do morgado ſendo poſſuido pelo primeiro chamado, ou ſeus filhos tendoos incluſivamente na vida deſtes, e dahi em diante

Se não acha a R. excluída, mas antes na falta daquelles, fez, e ordenou o instituidor o morgado regular em que tem lugar a successão da R., e supposto o A. tenha expressa vocação pelo instituidor, esta limitou para o caso em que não houvesse filhos do dito Francisco Vieira primeiro chamado, nem da R. e nestes termos ainda que a R. seja sexganaria naturalmente impossibilitada de poder ter filhos, e nem della, nem do dito Francisco Vieira houvesse filhos, com tudo a condição da vocação do A. senão pode verificar senão para o tempo da morte da R. porque conforme a mais sólida, e verdadeira opinião dos Doutores, a vontade do instituidor no caso presente se termina quando a R. não tiver filhos até o tempo de sua morte; quanto mais que a disposição, e condição da vocação do A. de que a R. não era capaz de poder ter filhos devia purificar-se ao tempo da morte do ultimo possuidor Francisco Vieira pela especial natureza dos morgados diferente das condições impostas em outras disposições. Por tanto absolvem aos RR. do contra elles pedido no libello pelo A. que pagará as custas de ambas as instancias em que o condemnão. Lisboa 4 de Abril de 1690

Matozo. Cunha.

Albuquerque.



§. LX.

Ad quem pertineant jura dominicalia & laudemia debita ex venditione rei emphyteuticæ maioratui subjecta.

SUMMARIUM.

Ex verbis precedentibus intelligenda sunt verba sequentia n. 2.

Per viam regule donatio omnium bonorum est valida. n. 3.

Limitatur indatione omnium bonorum mobilium, & immobilium. n. 4.

Laudemium spectat usufructuario, & non proprietario. n. 5. & 13.

Legatum ut relictum uxori, tertie partis fructuum plenius debet interpretari. n. 8.

Possessor maioratus, usufructuarius decetur. n. 16.

Rei sub emphyteuticæ laudemium ad proprietarium pertinet. n. 17.

Qui habet jus percipiendi fructus proprietatis illi laudemium spectare debet. n. 18.

Laudemium est quid consequens proprietatem tanquam fructus illius. n. 19.

DE hac laudemii solutione, & jurium dominicalium vide Ord. lib. 4. tit. 38. & sententiam seq.

No feito de João Rodrigo Brandão com Dona Luiza Maria de Menezes escriptura Manoel de Goes Pinheiro se deu a sentença seguinte.

Fulgo por não provados os artigos de opposição fol. 18. e sem embargo delles condemnou aos RR. originarios paguem a A. opposta o laudemio da compra das casas da contenda conforme ao prazo, e escriptura de compra das ditas casas por onde se ficaraõ liquidando os ditos laudemios, vistos os autos, e como os RR. originarios confessão o contrato, e pagarem os dominios aos oppoentes devendo-os pagar a A. opposta para esta acção se dar por conserto entre ella, e aquelles houve os rendimentos das casas da contenda por conta do terço que em sua vida lhe toca do morgado do oppoente,

poente, e como a A. usufructuaria pertençaõ os direitos dominicaes das ditas casas conforme a direito, e os oppoentes não mostraõ que a elles pertençaõ, por quanto não se pôde tratar do terço da A. senão ao depois de sua morte, e ainda que de presente não tenha bens actuaes os pode vir a ter para o tempo da morte, e em caso que os não deixe, nem por isso ha de deixar de comer o terço dos frutos, e rendimentos do dito morgado pelo que julgo os ditos artigos por não provados, e condemno aos RR. principaes no pedido, e lhe rezervo seu direito, e nas custas dos autos até fol. 18. inclusive, e da hi por diante aos oppoentes. Porto 23. de Novembro de 685.

Francisco Pereira de Castro.

A qua sententia fuit appellatum ad Senatum Portuensem ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezebargo &c.
Bem julgado foy pelo Juiz de fóra do geral em condemnar aos RR. originarios no laudemio da venda das casas de que se trata: porém foy por elle menos bem julgado em os condemnar para a A. em todo o dito laudemio: revogando nesta parte sua sentença cumpra-se o confirmado por alguns de seus fundamentos vistos os autos, e como delles se mostra não ter a A. mais que a terça parte dos rendimentos do morgado dos Brandões condemnaõ aos RR. sómente na dita terça parte, e que o mais pertença aos oppoentes direitos senhorios das ditas casas pertenças do dito morgado, e condemnaõ a A. nas duas partes das custas dos autos de ambas as instancias, e aos oppoentes em huma parte. Porto 5. de Dezembro de 686.

Mattos. Mendes. Sylva.

Macedo. Cunha.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus seqq.

Pars IV.

Cum ad appellantem maioratus dos Brandois devolveretur, & in illis inveniatur clausula ab institute appofita, ut vidua possessoris demortui, teneatur maioratui secundam partem suæ tertie anexare, ea conditione eo vel pato invita sua talis vidua tertiam partem fructuum consequatur, ut apparet ex institutione maioratus fol. 49. & cum inter matrem Actricem, & filium maioratus possessorem transcriptum esset, quod domi de quibus quaestio, quæ pro redditibus etiam Actrici adjudicatae erant pro tertia parte sibi debita, statim ad possessorem filium pertinerent, reservato usufructu invita matris, elargita etiam donatione de omni tertia, cum domi venditæ fuissent, & possessor filius laudemium, utpote dominus directus recepisset, perdicta mater Actrix actionem contra emptorem movit, ut ab emphiteusi cadat ex defectu solutionis laudemij, & infimul, quod tale laudemium, & jus dominicale ei solui deberet, vocato ad iudicium filio possessore, suum esse pertendit jus dominicale ea ratione, quod Actrix mater donationem elargita erat domorum de quibus, & quod per dicta, tertiam integre donaverat, & quod ita virtute clausulae unionis secundæ partis tertie; jam supposita absoluta donatione, omnis & totius tertie, non haberet illam dimidiam ad unionem post mortem, & cum tertia pars fructuum maioratus ei adjudicaretur in considerationem unionis secundæ partis tertie post mortem cum eam non habeat adunendum, non posse lucrare usu fructum tertie partis, ac per consequens jus dominicali ex domibus venditis hoc est factum, ex quo jus oritur, & secundum illud bene actricem proposuisse actionem pro-

Vvv ij

comperto

- comperito habeo; nam non est dubium, quod tempus unionis intelligendum de tempore mortis, ita sonant verba institutionis ibi. *Sendo seu filho, ou neto admenistrador lhe deixão por sua morte a metade da dita terça junctis verbis ibi, e quando as mais pessoas que forem mulheres dos admenistradores averão sómente a terça parte em sua vida, mas nestas tais se entenderá averem de deixar a metade da sua terça &c.*
- 2 Ex verbis præcedentibus ibi *por sua morte* intelligenda sunt verba sequentia, quod etiam post mortem unio tertiæ faciendæ sit ex *L. qui filiabus L. servus plurium §. ult. ff. legat. 1. L. 4. §. 1. ff. bonor. poss. contra tabul. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. n. 65. Tiraquel. in L. nunquam verbo donatione largitus n. 257.*
- 3 Cum ergo unio partis tertiæ ad tempus mortis confinitur, in tempore agitur de hac obligatione, & licet Actrix donationem fuisset, de tertiâ absolute non adhuc verificatur dispositum in conditione unionis tertiæ, nam licet perviam regulæ donatio omnium bonorum sit valida ex iis, quæ *Cov. 3. var. cap. 12. n. 3. vers. 3. Fachin. lib. 6. contr. cap. 90. vers. ego puto, Menoch. conf. 184. n. 4. lib. 2. Gratian. forens. p. 1. cap. 120. n. 4. & 5. quos refert & sequitur Reinos. obs. 41. n. 4. 5. & 6.*
- 4 Attamen hoc limitatur in donatione omnium bonorum mobilium, & immobilium ex *Reinos. proxime n. 9. ubi plures allegat & an. 10. rationem prestat, quia hujusmodi donatio non comprehendit actiones, deinde ista donatio hoc modo concepta, intelligitur tantum de præsentibus facta, nec admittitur facultas testandi de futuris, ex *L. si quis argentum §. sed si quis Cod. de donat.**

L. omnes §. lucius ff. quæ in fraud. creditor. Cov. 3. var. cap. 12. n. 4. Molin. de primog. lib. 2. cap. 10. n. 12. Molin. Theologus tract. 2. disput. 280. Gam. decis. 206. n. 3. & decis. 339. n. Valast. de part. cap. 20. n. 15. Gratian. forens. cap. 98. an. 21.

Deinde cum actrix usu fructuaria fit (ut appositus Actor confitetur) præditarum domorum, non est dubium, quod proventus, quinimo & laudemium ad illam expectant, tanquam fructus propter renovationem emphiteusis, quia considerantur tanquam obventiones veterum *Oldrad. conf. 24. & alij relati per Tiraq. lib. 1. retract. in fin. n. 107. optime Clar. in §. emphiteusis lib. 4. n. 7. ibi: Sed pone, quod dominus directus decesserit relicta proprietate heredi alteri vero usus fructus ipsius proprietatis, quero si durante usu fructu contingat rem emphiteuticam alienari, cui debeat laudemium, proprietario, an usu fructuarii? respondi quod laudemium debetur usu fructuario, non autem dominio proprietatis.*

Ex ea ratione merito, cum enim fructus sit utilitas ex re, & propter rem ipsum provenit ad usum fructuarium pertinere debet insignis *Barbos. in L. divorcio §. si vir an. 43. ff. solut. matr.*

Neque refragatur consideratio, quod supposita donatione tertiæ & non habentis bona ad testandum tempore mortis defecit conditio unionis tertiæ, & sic debet intelligi voluntas instituentis conditionalis scilicet, quod uxor possessoris lucrata sit tertiam partem fructuum maioratus, si tertiam habuerit ad unionem, & sic data sub conditione, ea deficiente resolvitur actus nam multipliciter respondetur, primo quia hujusmodi dispositio, meo videri,

non

non est conditionalis, sed pura nam si esset conditionalis non haberet effectum nam tertia pars relicta fructuum maioratus, ea intentione relicta est, ut uxor ultimi possessoris invita comode se alat, & si actus esset conditionalis, non haberet effectum nisi purificata conditione, hoc est cum uxor vidua relinqueret tertiam, & illam maioratui uniret, & hoc erat tempore mortis, nam tertia ad illud tempus consideratur, ergo teneretur ad unionem, & non lucraretur tertiam partem fructuum, siquidem mortua, & cum actus meo videri purus sit iuste lucrata est Actrix comoditatem tertiae partis, ac per consequens redditus domorum, & laudemia tanquam fructus, nam legatum ut relictum uxori tertiae partis fructuum plenius debet interpretari *Mantic. de conjectur. lib. 6. tit. 11. n. 23. Sard. conf. 313. n. 14.*

9 Neque etiam obstat consideratio donationis factae tertiae, ita ut iam non possit iterum de illa disponere Actrix, & sic non satisfacit voluntati defuncti in unione tertiae, quia responderetur mentem testantis in his terminis non esse prohibitum, ita ut uxor ejus non possit in obligationes honestatis erogare bona, mens enim testantis est, & uxor tertiam de bonis repertis tempore mortis, quae vivens dolo malo non decipavit, maioratui unire debeat, nec alter de ea secunda parte disponat, inausurato sensu, computata tempore mortis juxta *L. conqueritur Cod. in officios. testam. Ord. lib. 4. tit. 97. §. 4.* & si nihil reliquum fuerit, quia bona sine fraude sunt consumpta, vel obligata nihil penitus ex mente disponentis, & lege conventionis venire teneatur *Larr. alleg. 76. n. 6. text. in L. item quod Sabinus §. 1. ff. heredib. instituend. & ita in*

vita non potest obligari possessor ad vinculandum, et ratio depromitur ex *text. expresso meo uderi in L. 1. §. si impuberem ff. bonor. possess. ibi* Per matura est enim spes collationis cum adhuc vivat is de cujus bonis, quarta debetur, &c. *L. 2. §. interdum etiam ff. vulgari ibi:* Ceterum si ad huc vivat, improbum esse Julianus existimet, cum qui sollicitus est de vivi hereditate.

Unde recte docet *Pomponius in L. 1. ff. hereditate vel action. vend.* perinde in rerum natura non esse viventis tertiam, aut hereditatem, *Genob. de feud. §. 1. gloss. 7. n. 1. & gloss. 11. n. 8.*

Quibus sic consideratis meritissimi Judicis sententiam confirmarem, reservato jure evictionis quoad laudemium, ut actrici debeat, reventa domorum venditione. *Portu 12. Julij 1686.*

Silva.
Quod oppositores sint maioratus hujus contentions possessores, pro comperto est, & quod Actrix virtute ejus institutionis usufructuaria inveniatur ex tertia illius reddituum in dubium est & ita ab utraque parte confitetur.

Tota tamen quaestio vertitur an laudemium super quo contenditur actrici debeat, aut oppositoribus, & quanvis precedens dominus docto calamo, ut adsolet, totum laudemium dictae actrici solvere jubet in confirmationem Judicis foranei, tamen quoad totum laudemium solvendum, actrici in contrarietatem ductus suam sententiam, & moveor quia dubitari nequit, quod laudemium tanquam redditus maioratus memorari debet, & in redditibus includere, ac si Actrix tantum usufructuaria reddituum inveniatur ex tertia illorum parte, quomodo ergo totum laudemium etiam ad

- adjudicari debet præsertim cum jam per sententiam nostri Senatus ipsæmet actrici per certitudinem Decreti illius fol. 61. ab ea productam, tantum in hac eadem forma usufructuaria inveniatur, & sic solum tertiam laudemij solvere juberem, nam in principio sui libelli sic petebatur, & sic etiam à præcedenti Domino dissono, dum totum solvere jubet, & in aliis vero declarationibus convenire placet. Portu 22. Julij 1686.
- Mendes.
- 12 Illa potissima in qua appellans fundatur ratio, scilicet, quod appellata ex donatione tertie, quam ipsimet appellanti fecit incapax redditur ad lucranda maioratus tertiam si proprio filio donationem fuisset, forsitan, quod in contrarium amovere iudicium ex dolosa saltem præsumptione, quam assumere poterat. Attamen cum dicta donatio appellanti facta fuit illam præsumptionem cessare videtur, & tunc si donatio est valida cum in appellantis favorem reperitur contradictum factum, ex quo lucrum capit venire non potest *L. ex qua persona 149. ff. de regul. jur. L. cum à matre Cod. de rei vend.* Si autem est nulla nullum producit effectum, nullumque testamentariæ dispositioni præjudicium affert, quanvis valere possit, quare & ex dictis consideratis a primo
- 13 Domino cum illo convenio, præcipue quia usufructuario, & non proprietario laudemium deberi, pro cõmuniori tenet cum *Cald. Surd. Molin. Emanuel Barb. Aug. Barb.* & aliis quos refert *P. Pinbeir. de cens. & emphit. 2. p. disput. 4. n. 41.* Sic placet in iudicati confirmationem. Portu 22. Octobris 1686.
- Macedo.
- 14 Dicendum, tantum, an si totum laudemium, an si tantum tertia pars laudemij appellatæ debeat, &
- quanvis pro parte appellatæ stare videtur *P. Pinbeir. de cens. & emphit. sect. 4. n. 41.* attamen in contrarium sum sententiam, quia *P. Pinbeir. de nostro casu* non loquitur, quia tantummodo locutus fuit de simplici usufructuario absque taxatione pensionis, at vero, cum simus in diverso casu diversam decisionem proferre debemus ex seqq. rationibus.
- Et prima ratio est, quia appellatæ tantummodo ad iudicata fuit tertia pars usufructus maioratus, atqui laudemium etiam est usufructus maioratus, ergo sequitur quod tantum tertia pars hujusce laudemij illi iudicanda est.
- Secunda ratio consistit in eo, quia 15 sequeretur, quod voluntas testatoris adtinguem observata non foret, nam illa tantum voluit tertiam usufructus appellatæ præstitam fuisse, & si lucraret laudemium totum pro comperto est, quod pars retinebat, quod sibi debebatur, quod est contra *text. in auth. denupt. §. disponat. colat. 4. cum vulgarib.*
- Tertia ratio est quia, si bene at- 16 tendatur; appellata tantummodo est pensionaria tertie usufructus, nam possessor maioratus usufructuarius dicitur, & ab illo usufructu tertiam appellatæ præstare debet, & si admittimus appellatum esse usufructuaria, sub usufructuaria diceretur, & ex alio capite laudemium ad 17 proprietarium pertinet, ut idem *Pinbeir. tradit. loco supra citato n. 42.* & denique, quod appellatæ tantummodo debetur tertia pars laudemij colligitur existimationis maioratus clausula fol. 49. ibi: *baverã sómente a terça parte dos ditos rendimentos*, & cum aperte videtur laudemium, esse redditus maioratus, quis dubitare potest, quod solummodo tertia pars laudemij appellatæ competit, ut jam recte iudicatum fuit

fuit in hoc Senatu fol. 68.

Quarta, & ultima ratio est, quæ P. Pinbeir. & alij ab eo relati ideo ad usumfructuarium laudemium pertinere dicunt, quia laudemium est quid consequens proprietatem tanquam fructus illius, & qui habet jus percipiendi fructus proprietatis illi laudemium spectare debet, sed hæc ratio magis in confirmationem mei intellectus venit, quia si laudemium est proprietatis fructus proprietas, seu domus de qua agitur habet maiora emolumenta, quam appellatæ debentur & sic illa lucrare non potest sed tantum tertia pars, quæ ipsi in institutione data fuit, quibus sic visis, & rationibus inspectis aliter judicare non est meum, & sic cum doctissima secunda deliberatione convenire placet. Portu 18. Novembris 1686.

Cunha.

Licet laudemium debeatur usufructuario, & non proprietario, tamen in nostro casu solum tertia pars laudemij debetur; Actrici nanque solum tertia pars fructuum maioratus ad judicata fuit sic placet. Portu 30. Novembris 1686.

Mattos.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatum ubi fuit confirmata & fundata in deliberationibus seqq.

Quavis Actrix pro laudemio seu pæna commissi ageret, ex eo quia dominium directum domorum venditarum ad maioratum denominatum dos Brandões pertinet, cujus tertiam partem usufructus ab institutore tenet ut legitur a fol. 47. addito quod illud in tertia parte fuerat adjudicatum, ideoque ab illa petendam esse veniam contenderet: Cum opponeretur successor maioratus ad exclusionem actricis. Inferioris aulae Senatores actrici tantum

tertiam partem laudemij præstant successori vero residuum, quare iste sua sorte non contentus, gravamen ad nostrum Senatum interposuit ratione præjudicij in tertia parte laudemij Actrici judicata, & cum gravamen sit stricti juris, & ab actrice non interponeretur, jam de actione respectu tutius laudemij, cum dum non est, sed tamen super tertia deferendum ex *Ord. lib. 3. tit. 84. §. 12.*

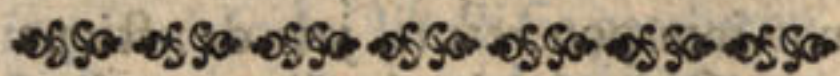
Ad usumfructuarium pertinere 19 laudemium rei emphiteuticæ alienatæ affirmant communiter DD. ex ea ratione, quia laudemium est quid consequens proprietatem tanquam fructus illius, & ideo ad habentem jus percipiendi fructus talis proprietatis spectare, ut cum *Surd. Cald. Molin. & aliis docet Pinbeir. de emphit. 2. p. disput. 4. sect. 4. á n. 41.* Sed sicut 20 usufructus totalis, constitui potest etiam partialis, qui pro parte constituitur juxta *text. in L. usufructus 5. ff. de usufruct.* ergo sicut ad habentem usufructum totalem pertinet laudemium, debet ad habentem partialem proportione etiam pertinere, argumento *text. in L. que de tota 76. ff. reivend.* Neque obligatio vinculandi dimidium tertiæ attendenda est, non enim importat conditionem, ad illam enim spectandum est tempus mortis *Valasc. de part. cap. 19. n. 6.* præcipue cum aggravantes donationem tertiæ accepissent, & tertiam partem usufructus maioratus demitterent ut fatentur a fol. 26. in depositionibus 21 ex quibus vera probatio resultat rejectis qualitatibus *Ord. lib. 3. tit. 53. §. 9. Pereir. decis. 68. n. 5.* teneat igitur judicatum. Ulyssipone 15. Maij 1687.

Costa.

Dignius judicarem, scilencio potius, quam verbis, inter tam nobiles

les & conjunctas personas quæstio- nem adeo vilem & abjectam dirimere. Sat ergo supradictum in laudem Portualensis Senatus. Ulyssipone 30 Julij 1687.

Freitas.



§. LXI.

Utrum maioratus, aut Cappella possit institui, aut erigi a viro uxore absque uxoris consensu, & quando.

SUMMARIUM.

Alienatio facta a marito sine consensu uxoris rerum immobilium nullitate laborat, & ipsi rei venditio competit. n. 3.

Ord. lib. 4. tit. 48. limitatur. n. 4.

Heres institutus ex parte hereditatis censetur institutus in tata. n. 5.

Nisi testator de cæteris bonis disposuerit. n. 6.

Consensus uxoris non requiritur in nominatione emphyteusis si fiat cum reservatione ususfructus in vita mariti nominantis. n. 7.

DE hac materia vide *Ord. lib. 4. tit. 48. & sententiam seqq.* ex qua resolvere potest quæstionem.

No Feito do Prior, e mais Religiosos de São João de Deos, contra Dona Maria Pereira, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, &c. Deduzio-se por parte dos AA. que cazendo a R. com o Dezembargador João Correa de Carvalho por contrato de dote para cada hum sair com os

seus bens, ella ainda em villa do dito Dezembargador pela escritura, e contrato que fez com elle ficou plenamente satisfeita, e com muitas ventagens da importancia do seu dote obrigando-se a que contra este facto não viria em tempo algum, nem demandaria aos herdeiros, ou successores do dito seu marido nem outrojim impugnaria a instituicao de Cappella que elle fazia de seus proprios bens, e tendo assim celebrado este contrato, instituiu o dito Dezembargador por contrato entre vivos a 13 de Julho de 688. huma Cappella de todos seus bens de rais, vinculan-do a ella a sua quinta da granja de grande rendimento a qual são annexos muitos foros, fazenda, olivais, e terras assim no dito limite da Granja de Alpriate, como no de São João da Talha, e Santa Eyrria, e tambem cem mil reis de juro que tinha no Paço da Madeira, cazal de Alfregide, casas da rua de Amoreyra, e assim mais toda a fazenda de rais que por sua morte se achasse, e que o dito Dezembargador chamara na dita instituicao aos AA por administradores da dita Cappella em que poz os encargos, que constaõ da escritura fol. 9. mas que a R. sem embargo de estar paga do seu dote, e de estar destituida de todo o direito para poder entrar na posse do dito vinculo se introduziu na posse dos bens vinculados, como ella mesma confessa na peticao fol. 4. e que não somente deve ser condemnada a restituir os ditos bens a elles AA. e largar a dita posse, em que esta, mas tambem na restituicao dos que levou de mais além do seu dote na fórma da escritura de pagamento, e quitacao que deu ao dito seu marido. Defende-se a R. deduzindo que
supposto