

annexarão ao morgado, na fôrma que dispoz o instituidor delle: e outrosim mandaõ, que os ditos casaes de Rores, Vermoim, o de Moreira, e o do Rego se lancem em inventario, e sejaõ avaliados, e nelles se façaõ terças aos ditos Alvaro Ferreira, e Dona Mariana Ferreira, e de cada hum dos ditos terços se tirem as duas partes, e dellas se faça uniaõ, e vinculo ao morgado E por quanto aindaque a respeito dos cazeiros sejaõ prazos de vidas, com tudo pertenciaõ aos ditos Alvaro Ferreira, e Dona Mariana Ferreira sua filha no directo dominio, e como senborio direito os possue o R. Joã Gomes de Lemos, e no que toca aos rendimentos do casal do Carregal, que o A. confessa receber por tempo de quatro annos, declaraõ que o haõ por liquido em cada hum anno em dous mil e setecentos reis, e nos quatro annos em dez mil e oitocentos reis, vista a confissão do A. contra a qual se naõ prova cousa alguma por parte do R. a qual quantia, e a de sete mil reis, que outrosim o A. confessa, e a dos doze mil reis do empenho do prato de prata declarados na sentença. Mandaõ se abata dos cento e vinte mil reis em que o R. he condemnado, e pelo restante se faça execuçaõ nos bens do R. pela sentença, e pelos titulos, e mais papeis pertencetes ao morgado jure o A. in litem na fôrma que esta mandado, precedendo taxaçaõ do Juiz da execuçaõ, visto naõ as entregar na fôrma que tem offerecido, e deferindo à reconvençaõ com que o R. veyo nos autos principaes a fol. 22. vers. Mostra se estar o R. reconvindo condemnado pela sentença da Casa da Supplicação, que largue ao R. reconvinte os casaes de Rores, de Vermoim, e em S. Romão, o casal de Moreira, Freguesia de Santa Maria de Sousella, duas partes do casal do Rego, sito em Villacova Freguesia de S. Fins de Ferreira, com os frutos desde a lide contestada, que foy em 22. de Dezembro de 1661. Mostra se, que vindo o R. com artigos de liquidaçaõ no appenso segundo deduzio render o dito casal de Rores em cada hum anno vinte alqueires de paõ meado, huma canada de manteiga, duas galinhas, duas duzias de ovos, e o casal de Vermoim de S. Romão render quatro alqueires de milbo, huma galinha, e huma duzia de ovos, e o casal de Moreira doze alqueires de paõ, sete de milbo, e cinco de centeio, e duas galinhas, e o casal de Villacova dez alqueires, e tres quartas de paõ, e das casas da rua da Mancebia mil e duzentos reis, e duas galinhas. E depondo o A. aos artigos da liquidaçaõ, confessou a renda dos ditos casaes, negando sómente a das casas, e o preço do paõ a seis vinteis, as galinhas a quatro, e a canada de manteiga a

oito vinteis, a duzia de ovos a vintem. O que assim visto haõ por liquidado o dito paõ, e mais cousas nos preços declarados pelo A. no dito seu depoimento, e nelles o condemnãõ, desde o anno de 1662. até o presente de 1666. em que vaõ quatro annos. E mandaõ, que estes autos vaõ ao Contador para fazer a conta, e a soma que importar, se abaterá da quantia do dinheiro, em que o R. he condemnado para o A. feita compenjaçaõ de huma, e outra cousa com os mais abatimentos atraz declarados se haõ de fazer dos cento e vinte mil reis, em que o R. vay condemnado para o A. E condemnãõ ao R. em tres partes das custas, e ao A. na quarta parte. Porto de Novembro 15. de 1666. Freitas. Soares. Medeiros.

Ab hac sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam. Ubi lata fuit sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ he aggravado o aggravante pelos Dezembargadores do Porto; cumprase sua sentença por seus fundamentos, e pelo mais dos autos, com declaraçaõ q̄ na execuçaõ serdõ perguntados os cazeiros dos Casaes, para se averiguar quaes eraõ os que possubia Alvaro Ferreira quando morreo, porque a estimaçaõ dos que possubia he a que se ha de annexar pela parte que pertencer ao dito morgado. E condemnãõ ao aggravante nas custas dos autos. Lisboa 18. de Agosto de 1667. Sylva e Sousa. Rego. Portugal. Da Cruz Freire.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Acquievit Actor restitutioni faciendæ, Reus autem condemnatus ad reponendas duas partes tertix, quas possessores maioratus tenentur maioratui relinquere, renuit acquiescere; tam longum discrimen est inter exigere, & solvere, ad illud facile aperitur manus, ad hoc perque dure digitis arctatur.

De duobus conqueritur; inciviler in uno, & altero, in primo asserit teneri tantum pro portione hæreditaria, & ita cantat sententia nostra in append. magno fol. 182. at tunc considerabamus partitionem factam, vel faciendam, bonaque æqualiter inter cohæredes divisa, vel dividenda. Modo convincitur quod dictus Reus cum se vidisset condemnatum per sententiam d. fol. anno 1664. die decima Januarii intendendo fraudem sententix facere sub umbra illius verbi, pro portione hæreditaria, inventarium fecit, de quo in appendice 2. in mense Decembris anno 1665. in quo facta invenitur divisio de bonis solummodo allodialibus, relinquendo sibi prædictus Reus ex industria emphyteuses, tanquam quid præcipuum: quæ cum per

æstimationem divisionem recipant, de earum æstimatione sunt deducendæ duæ partes tertiæ ex vi nostræ sententiæ, & cum Reus in emphyteusium possessione modo sit, bene tanquam possessor in liquidatione sententiæ condemnatur.

95 Quoad secundam querimoniam etiam succumbit, quia quidquid non possit emphyteusis, nec ad vitas, nec in perpetuum in maioratu vinculari sine directi domini consensu, quia vertitur vinculum in ejus præjudicium; hic non agitur de vinculantibus duabus partibus tertiæ emphyteusium, sed de separanda æstimatione earum, ut ex illo pretio bona allodialia emanant, quæ vinculantur, quod non est in directi domini præjudicium, immo est adimplere dispositionē institutoris, cui se successores submitunt, quando acceptant successionem maioratus; teneat igitur sententia inferioris Senatus. Ulyssipone 10. Junii 1667. Sylva & Soufa.

96 Non inficiatur R. ædes, & casalia à parente, & uxore Mariana habuisse, immo in reconventionem in appenso magno fol. 41. vers. casalia vendicavit, ut à prædictis possessa tanquam libera, unde dubitandum non est faciendam æstimationem illorum bonorum, ad hoc ut tertia deducatur, & ex illa valor duarum partium, ut maioratui adjungatur, sed an non tantum ædium, sed & casalium fieri debeat æstimatio respectu Alvari, & an respectu Marianæ fieri etiam debeat omnium bonorum dubium est, quoniam non bene constat, quæ, & qualia bona Alvarus possidebat tempore mortis (quod ad ineundam tertiæ rationem attendendum est ex *Valasc. de partit. cap. 19. à num. 6. & cap. 23. num. 21. vers. quod si*) quidquid sit respectu obligationis desideratæ in institutione maioratus in appendice parvo fol. 5. solum enim probatum invenio, & etiam non liquide, quod Alvarus possidebat tempore obitus ædes, de quibus agitur, nullus vero testis deponit de casalibus hujus controversiæ, quare dicendum arbitror tertiæ Alvari tantum æstimandam respectu valoris ædium, & ex ea duas partes maioratui annexandas, non vero respectu casalium, siquidem non probantur ab Alvaro possessa tempore mortis, & verum est Actori fideicommissario incumbere onus probandi rem fuisse in bonis defuncti tempore mortis, *Decian. conf. 76. num. 1. lib. 3. Peregrin. de fideicom. art. 35. num. 24. & art. 44. à numer. 1. Fontal. de pact. claus. 4. gloss. 9. p. 5. numer. 137. & seqq. Ramon. conf. 46. num. 26. Marefcot. lib. 1. cap. 12. num. 13. & seqq. Mier. de maiorat. p. 4. q. 20. numer. 2. revocata in hac parte sententia,*

Demptis duabus partibus æstimationis ædium, tertiæ partis residuum æstimationis ædium æstimationi casalium est adjungendum, & totius acervi divisio faciēda est inter hæredes Didaci, & Marianam, siquidem non probatur matrimonium inter eos contractum per dotem, & arrhas, & sic præsumatur contractum juxta Regni consuetudinem, & ex medietate tangente Marianam, tertiæ ratio ineunda erit, & ex illa duæ partes maioratui applicandæ, & in hunc modum Senatus sententiam declarandam, confirmandam, & revocandam dicere. Ulyssipone 20. Junii 1667. Portugal.

Sola dubitatio nunc à nobis decidenda, cætera enim jam evicta sunt per sapientissimos Dominos, an in vinculo duarum partium tertiæ ab Alvaro relictæ ineunda sit ratio casalium, de quibus in sententia fol. 61. ad augendam æstimationem illius, eo quod maioratui vinculanda est ex clausula institutionis, & præcepto sententiæ, de cujus liquidatione agitur, placetque in hoc puncto proximioribus Dominis sapientissimis non esse casalia attendenda, eo quod non probatur in app. 1. ab Alvaro tempore mortis possessa fuisse, secundum quod tertiæ æstimatio regulanda est, & sane dubitabile hoc mihi videtur, quoniam ex testibus à fol. 47. in d. app. constat, aliqua casalia mansisse illius obitu, & licet non declarent qualia sunt, tamen testis fol. 49. exprimit ipsum pensiones Casalis do Sotelo exegisse, apparetque etiam filiam Marianam ejus morte Inventariū bonorum non fecisse, ut fatetur fol. 40. quo fit ut absolute, & certo affirmari nō possit, nulla casalia illius morte mansisse, eo maxime considerata fraude à R. commissa, dum post sententiam inventarium confecit, & partitiones procuravit, ut eleganter considerat primus Dominus sapientissimus, & licet ad A. spectabat in liquidatione, quam formavit, probare quæ, & qualia bona morte Alvari manserunt, ex *Ord. lib. 3. tit. 66. §. 3. & tit. 86. §. 2. Altograd. tom. 2. conf. 2. num. 19. 47. & 54.* Tamen cum mors Alvari sit antiqua, & ob omissionem inventarii res maneat obscura, & præsumptio sit contra illum non conficientem inventarium, non audeo tam absolute in hoc sententiam inferioris Senatus emendare, quare juberem, ut in executione sententiæ à possessoribus casalium, seu illorum colonis informatio sumatur à quibus possessa fuerunt, quo forsitan notitiam dabunt, an Alvarus illa possedit, & ejus morte manserunt, & si non fuerint omnia, saltem de aliquibus claritas invenietur, ut præcepto institutoris maioratus, & sententiæ Senatus satisfieri possit, &

cum

cum hac declaratione illam Senatus inferioris super liquidationem prolatam confirmarem. Ulyſſipone 12. Auguſti 1667. Da Cruz Freyre.

Cum primo Domino convenio. Rego.

Et iudicatum fuit in cauſa Didaci Soares, cum Franciſco de Brito Freyre, apud Notarium Emmanuelem Soares Ribeiro, quod emphyteuſis perpetua vinculari potuerat, & comprehendebatur in vinculo generali omnium bonorum, ut conſtat ex ſententia ſequenti.

Nô feito de aggravado ordinario de Diogo Soares da Veiga do Avellar, e Taveira, em que he parte aggravado Franciſco de Brito Freire, Eſcrivão Manoel Soares Ribeiro, ſe deu a ſentença ſeguente.

Acordaõ os do Dezeſmargo, &c. Aggravado he o aggravante pelo Corregedor do Cível da Corte, em abſolver o R. revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e em como ſe prova, que o A. he legitimo ſucceſſor, e poſſuidor do morgado, que inſtituiu Iſabel de Avellar, em que tambem ficou incluido o prazo de que ſe trata, por ter a inſtituidora a poſſe, e util dominio delle, e ſerem as palavras com que fez o dito vinculo, muito amplas, e univerſaes, e que por ſua generalidade comprehendiaõ tambem os bẽs emphyteuticos, cuja diſpoſiçãõ por ſer feita em cõtrato entre vivos, ficou irrevogavel, de ſorte que a inſtituidora a não podia mudar, nem alterar, nem ſe moſtra concludentemente, que o fizeffe, antes as clauſulas do teſtamento bem conſideradas confirmaõ, e corroborãõ ſer a vontade da inſtituidora comprehendere no dito morgado o dito prazo, por chamar para elle o poſſuidor do morgado, por nome appellativo, e não por nome proprio. Por tanto condemnaõ ao R. a que largue ao A. a quinta, e prazo pedido com os frutos da lide conteſtada em diante. E pague outroſim as cuſtas em que tambem o condemnaõ. Lisboa, e de Junho 4. de 1683. Sampayo. Almeida. Lacerda. Lopes.

Hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

Sub illa generali omnium bonorum appellatione, de qua meminit inſtitutrix in inſtrumento fol. 14. verſ. bona emphyteutica comprehendendi indubium mihi videtur, per text. in L. bonorum 49. ibi, vel que ſuperſiciaria ſunt ff. de verb. ſignif. Cald. de poteſt. eligend. cap. 4. num. 1. verſ. de extinct. emphyt. cap. 5. num. 67. & cap. 16. numer. 65. Benedict. Egid. in L. ex hoc jure part. 1. cap. 9. numer. 17. Auguſt. Barboſ. de appellat. verb. ſign. appellativo 35. num. 14. Ubi etiam quod veniunt in generali bonorum obligatione, &

hypotheca, ergo ſimiliter in generali vinculo maioratus. Quod etiam ex eo confirmatur, quia in generali fideicommiſſo bona comprehendendi emphyteutica, cõmunis eſt DD. reſolutio, Valaſc. de jur. emphyt. quæſt. 48. Mant. de conjeçtur. lib. 7. tit. 9. numer. 5. Molin. de juſt. diſp. 479. numer. 1. Fuſar. de ſubſt. quæſt. 630. ex numer. 4. Peregrin. de fideicom. art. 6. n. 29. Pinbeir. de emphyt. diſp. 5. n. 18.

Neque officit diſpoſitio teſtamentaria fol. 26. verſ. quam Reus ſeu ejus patronus in ſuum ſenſum, & certe non immerito trahere intendit; quali quod diverſimodè ibidem inſtitutrix diſponere voluiſſet de rebus, quas expreſſit, inter quas de emphyteuſi etiam, de qua agitur, pro cujus intelligentia ego non contemnendam addo conſiderationem, quia teſtatricis, quæ in maioratus inſtitutione nepotem primo vocaverat, totamque ejus deſcendentiam, & in deſcendentium defectum ejusdem teſtatricis tranſverſales, ut patet ex inſtitutione d. fol. 14. Attamen in teſtamento, in quo eum ad emphyteutica bona vocavit, eo abſque ſobole decedente, ſucceſſorem, quem in inſtitutione nominaverat, ad eadem bona vocavit, ea adhibita declaratione, ut ejusdem nepotis mater nunquam in eis ſuccederet. Ex quo evidentiffimè colligividetur non fuiſſe de ejus mente prædicta emphyteutica bona in maioratus vinculo comprehendere, vel ſaltem comprehenſa eſſe non intellexiſſe; ſi namque intellexiſſet, neque opus erat tranſverſalem ſucceſſorem vocare, qui jam vocatus in inſtitutione fuerat, neque nepotis ſui matrem excludere, quæ etiam non excluſa minimè in maioratu ſuccedere poſſet, tanquam perſona à ſanguine inſtitutricis penitus aliena.

Qua tamen conſideratione non obſtante, verius eſt dicere, inſtitutricem jam emphyteuſim in generalitate inſtitutionis comprehendiffe, quam de omni ſuo patrimonio cõpoſuit, quod tempore mortis inveniretur reſervando ſolum ad teſtandum ſummam illam trecentorum cruciatorum; atque ideo non curamus de eo, quod ipſa poſtea intellexit, ſed de eo quod verè egit, quando inſtitutionem condidit; quam ſane inſtitutionem inter vivos per contractum conditam, & à notario ſtipulatam fol. 24. minime quidem revocare, aut modificare poterat, juxta text. in L. perfecta donatio Cod. de donat. que ſub modo, quem in maioratibus, & vinculis inter vivos ordinatis communiter intelligunt DD. ut ex Gom. Avendan. Molin. Mier. Alvarad. Matienc. Angul. & alijs tradit Caſtilb. quotid. controverſ. lib. 3. cap. 10. numer. 5 & 6. Qui notabiliter ex eodem Mier. ait numer. 8. quod

quod sicut post maioratum per contractum irrevocabiliter, novas condiciones institutor adjicere non potest, ita nec alia bona subrogare in locum illorum, quæ à principio comprehensa sunt; ergo à fortiori bona expresse comprehensa omnino demere à vinculo, ut tamquam libera relinquat, haud ei licebat.

Uterius si cum iudicio dispositio inspiciatur testamentaria, evidenter colligitur institutricem, quæ in casum quo nepos absque sobole decessisset; maioratus successorem vocavit, non expresse nomine proprio, sed expresse tantum qualitate successoris maioratus fol. 26. vers. aperte voluisse emphyteusim ipsi maioratui annectere, neque à maioratu separatam incedere.

104 Jam ergo infurgit quæstio alia, quam principaliter advocati disputarunt, nempe an emphyteusis ipsa maioratui subijci ab institutrice potuisset. Ego certe in hac tritissima, nimisque controversa quæstione, quam aliquoties jam in iudicando disputavi, ejus semper ac constanter fuit opinionis, ut dicerem emphyteusim sive sit nominationis, sive perpetua, maioratui non posse subijci, propter ingentia, & irreparabilia nocumenta, quæ Domino directo inde obveniunt, & ita in effectu non semel tantum iudicavi, cum iurispergentissimis sodalibus secundum sententiam Phæb. dec. 5 per tot. Pereir. dec. 26. ex n. 2. Britto de locato cap. potuit §. 2. numer. 54 ad finem, ubi quod ita passim in Senatu iudicatur, Carvalh. cap. Raynaldus part. 2. num. 315. Pinheir. de emphyt. part. 2. disp. 4. à num. 144. latissime Salzed. de leg. polit. lib. 2. cap. 2. à n. 15. Addentes ad Molin. de primog. lib. 2. cap. 10. numer. 71. & 72. Apud quos, plures alii, qui omnes, & argumentis, & auctoritatibus adversariorum assatim satisfaciunt.

Si tamen ad ea, quibus hæc nititur sententia, respiciamus argumenta, omnia in præiudicio directi dominiposita inveniemus, unde, & consequenter nemo præter Dominum ipsum illa opponere potest, secundum vulgarissima juris nostri rudimenta, & ita quoties casus accidit, nullitas vinculi maioratus in rebus emphyteuticis constituti, non nisi petente Domino iudicari solet, cuius tantum interest. Unde cum in nostra hypothese directus Dominus non petat, haud quaquam licet super jure ei solum competente sententiam nostram fundare.

106 Uterius illud apud nostros exploratum est, quod si maioratus, seu Capella instituitur ex omnibus bonis, & in patrimonio defuncti existat emphyteusis, licet illa maioratui applicari, & annecti non possit, tamen institutor maioratus hæredem, seu successo-

rem, cui emphyteusim reliquit, gravare potest, ut ipsam vendat, intra certum, & præfixitum tempus, & redactam pecuniam ex venditione in bona libera, & allodialia convertat, quæ uniantur, & annectantur maioratui, seu Capellæ sicut reliqua bona libera, ut his ipsis verbis tradit Cald. de extinctione. emphyt. cap. 10. numer. 20. vers. pari etiam ratione. Cui addit Castilb. quotid. controvers. lib. 4. cap. 13. numer. 19. & 20. Idem futurum, & fieri debere, si hæres, vel successor nominatim non fuit gravatus vendere, sufficit namque constare, instituentem omnia bona maioratui annectere voluisse, ad hoc ut successor ea vendere teneatur, quæ maioratui ipsi subiecta esse non possint, & pretium in alia convertere. Et certe ita quotidie apud nos practicator, & observatur quotidie, quippe nostri Provisores, qui in executione ultimarum voluntatum operam impendunt, successores ad venditionem bonorum emphyteuticalium cogunt, ut pretium in aliorum emptionem convertant, quando testatores totum patrimonium maioratui, aut Capellæ subjecerunt. Et id ipsum Senatus noster incunctanter, & indubitanter probare solet.

Ex his ergo mihi placet, Reum condemnare, ut villam Actori cum fructibus à lite contestata restituat, qui eam tanquam maioratui ab Elisabetha condito unitam habeat, quousque vendere ad instantiam domini directi cogatur, ad quod eidem domino jus reservandum esse constituo; quam si vendat, pretium in bona libera præfata maioratui subijcienda convertat, sic, & cum his declarationibus revocata Curialis Prætoris sententia. Ulyssipone 15. Januarii 1683. Lopes.

De validitate maioratus ab Elisabetha instituti ab aggravato non dubitatur, nec quod aggravanti talis pertineat maioratus, potest dubitari, & sic præsens disceptatio sequentem tantummodo respicit quæstionem, an institutio præd. maioratus fol. 15. perpetuam emphyteusim de Melide vocatam comprehendat, & tali pertineat maioratui, & aggravanti, ut illius successor sit jus ad illam ab aggravato reivindicandam. In tali maioratus institutione d. fol. 15. non invenitur, quod præd. Elisabetha aliquam fecisset declarationem bonorum, ex quibus talem instituebat maioratum, & solum sequenti loquitur modo: *Que faz morgado de toda sua fazenda, excepto trezentos cruzados, que toma para testar por sua alma.*

Ex quibus verbis sic prolatis, perneceffe dicendum venit talem institutionem omnia institutricis bona tam mobilia, quam immobilia, & etiam actiones comprehendere, nam

verbum (Bona) omne comprehendit *L. Princeps 21. L. bonorum 49. ff. de bonor. ſignif. exornat Tiraq. in L. ſi unquam verbo bona, Cod. de revoc. donat. ex L. ſi legatus 30. §. 1. ff. ad S. C. Trebull.* Nec ad hunc effectum neceſſarium erit, ut tali verbo (*Bens*) adjiciatur aliquod verbum, aut dictionem univerſalem, ſcilicet omnia, vel univerſa, quia tale verbum per ſe tantum ex proprietate ipſius omne univerſaliter comprehendit, *d. L. ſi legatus §. 1. L. nam quod 14. §. ult. ff. ad S. C. Trebell. L. uxori 24. ff. uſufr. legat.* explicat *Pinel. part. 1. rubr. numer. 2. & 6. Cod. de bon. mater.* Si vero in tali diſpoſitione facta ſit mentio circa bona mobilia, aut immobilia, & conſtituens, ſeu dotans dicat, quod ex bonis ſuis mobilibus, ſeu immobilibus maioratum inſtituit, ſeu illa alicui donat, actiones in tali inſtitutione, ſeu donatione non comprehenduntur, *L. quam Tuberonis ff. de peculio. L. à Divo Pio §. in venditione de re iudicata, cum pluribus citatis à Giurb. ad conſuet. Meſſan cap. 1. gloſſ. 2. n. 6.*

108 Quo ſic conſiderato, nunc quærendum venit, an appellatione omnium bonorum emphyteuſis veniat; & affirmativè eſſe reſpondendum aſſerunt, *Valaſc. conſult. 188. n. 27. Cald. Pereir. de poteſt. eligendi lib. 3. cap. 17 numer. 27. ad fin. & probatur ex text. in L. 1. §. emphyteuticarium ff. de rebus eorum, L. etiam C. pr. ad. min. & conſert Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23.* Etſi quærat, utrum emphyteuſis maioratui poſſit uniri, ſecure reſpondebitur, emphyteuſim perpetuam, ut eſt iſta, de qua agitur, poſſe etiam irrequiſito directo domino, ſed non ita erit dicendum in emphyteuſi ad vitas conceſſa, agunt *Pereir. dec. 26. num. 7. ubi iudicatum erit, Cabed. dec. 130. Gam. dec. 70. ubi Flor. cum ab eo citatis, Phæb. part. 1. dec. 5. Brito in cap. potuit. de locato §. 2. num. 54. Carvalh in cap. Raynald. de teſtamētis part. 2. num. 315. Mol. de primog. lib. 2. cap. 10. num. 71. & ſeqq.* Quod in ea ratione juſte nititur, quia talis perpetua emphyteuſis res patrimonialis, & hæreditaria reputatur ex *Ord. d. tit. 96. §. 23. & tit. 97. §. 2. Phæb. part. 1. dec. 5. numer. 3. verſ. & emphyteuſis, Pereir. dec. 26. numer. 2. Cab. part. 1. dec. 107. numer. 2. Cald. de nom. quæſt. 23. numer. 11. & quæſt. 24. num. 20. & de emptione cap. 27. numer. 36. Pinbeir. de cenſ. part. 2. diſp. 5. ſect. 5. Valaſc. de jur. emphyt. quæſt. 50. num. 5. & conſ. 57. & de part. cap. 25. & 26. n. 2. & 14.*

109 Cum vero ſub tali maioratus inſtitutione omnia inſtitutricis comprehendantur bona, & perpetua emphyteuſis maioratui poſſit uniri, & tandem inſtituens maioratum ſimpliciter, & non cauſa oneroſa, illum ad libi-

tum poſſit revocare, cum ex natura ipſius maioratus veniat, quod revocabilis ſit, ut in jure adeo cognitum eſt, agit *Roxas de incompatibilitate part. 1. cap. 3. numer. 23. & ſeqq.* Si quærat, an ex teſtamentaria diſpoſitione ipſius inſtitutricis fol. 26. verſ. poſſit deduci, quod illi voluntas non fuit, hanc perpetuam emphyteuſim, de qua agitur, tali maioratui annexandi, immo ad illam ipſummet nepotè ad maioratum primo loco vocatum nominare, illique ultra bona maioratus talem relinquere emphyteuſim, neque mens mea auſa eſt reſpondere, nam ultra ea, quæ præcedens, & amantiſſimus Dominus circa hanc materiam docte expendit, minus bene, meo videri, poteſt dubitari, an inſtitutrici tempore hujus maioratus inſtitutionis voluntas foret, hanc emphyteuſim maioratui annexandi, & ſi verba inſtitutionis mature penderentur, ex illis clare deducitur, quod illi talis fuit voluntas, nam verba ſervire debent intentioni, & non intentio verbis, *L. non aliter ff. leg. 3. Tiraq. in L. ſi unquam verbo (libertis) numer. 47. C. de revocand. donat. animeque voluntatem verbademonſtrant, L. La-beo §. idem Tubero ff. ſupell. legat.* Et ubi verba ſunt clara, neque voluntas teſtatoris in contrarium attenditur, ut cum pluribus aſſerit *Mench. conſ. 97. numer. 101.* Et fortius cum ipſa Eliſabetha expreſſe non revocaret, & revocatio alicujus actus expoſcat eandem ſolemnitatem, quam exigit illius actio, defendunt *Salgad. de Reg. protectione p. 2. cap. 2. num. 62. Olea de ceſſ. jur. tit. 2. quæſt. 5. num. 21.* Unde de revocando meritiffimum Correctorem non dubitarem, aggravatumque condemnarem, ut d. Villam aggravanti dimitteret cum fructibus à lite conteſtata. Nec in contrarium me movere poterit certitudo fol. 42. & ſeqq. in qua aggravatus fortiter nititur; quia ex ipſamet certitudine pateſcit, quod illa ventilatio, de qua ipſa loquitur certitudo, ſolum materiam poſſeſſionis ipſius emphyteuſis reſpiciebat, à qua pater aggravantis, & hujus maioratus adminiſtrator cedere voluit, ſed non ab actione proprietatem reſpicienti, de qua ejus in vita non egit, & negligentia ipſius in talem movendo actionem aggravanti lædere nequit, de quo dubitare non debemus. Ulyſſipone 23. Aprilis anni 1683. Monteyro.

Idem dicerem, & cum mihi melior videatur opinio, emphyteuſim perpetuam poſſe maioratui annexi, prout non ſemel in hoc Senatu declaravi, & in caſu præſenti multo fortius cum maioratus vocatio naturæ emphyteuſis conveniat, quibus in terminis poteſt uniri juxta ea quæ *Nigro contr. 205. n. 209,*

209. usque 211. sine aliqua declaratione quod ad postulationem domini directi emphyteusis vendatur, iudicatum reformo. Ulyssipone die 16. Maii anno 1683. Lacerda.

Circa declarationem supra adductam à primo Domino, mihi tantummodo fas est dicere, & cum dicto Domino convenio in tali declaratione; sæpe enim in Senatu iudicavi, bona emphyteutica perpetua annectari maioratui non posse, absque domini directi consensu, cumque iste in præsentis deficiat, reservetur ad æstimationem Villæ vinculatæ jam jus domini directi, si circa vinculum, ac annectionem litigare voluerint, ut placet dicto primo Domino. Ulyssipone die 21. Maii anno 1683. Almeida.

Declaratio, super quam mihi tantum dicere licet, superflua videtur, siue enim emphyteusim maioratui subijci posse iudicemus, siue contrarium placeat, nunquam huiusmodi sententia domino directo præiudicare potest, igitur sine declaratione sententiam proferrem. Ulyssipone die 30. Maii 1683. Sampayo.

No feito do Padre Joaõ de Mendanha Benavides, com Diogo de Mendanha Ferraz, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos os autos, libello do A. contrariedade dos Reos, mais artigos recebidos, prova dada, auto de victoria, e mais papeis juntos. Mostrase pelo A. que sendo vivo Diogo Pereira fizera seu testamento, em que instituiria a sua mulher Isabel de Mendanha por sua universal herdeira, com declaracão, que ambos que-rião, e haviaõ por bem vincular em morgado todos os bens de raiz, dizimo a Deos, q̄ pos-subião, e todos os mais que dalli por diante tivessem, chamando por primeiro administrador a seu sobrinho Diogo de Mendanha, pay, e sogro do A. e Reos com as condiçoens, e declaracõens no dito testamento. Mostrase fazer a dita Isabel de Mendanha segundo testamento, na qual instituiria ao dito Diogo de Mendanha seu sobrinho por seu universal herdeiro vinculado em morgado todos seus bẽs de raiz, assim, e na fõrma que seu marido Diogo Pereira tinha feito. Outrosim se mostra pertẽcer de presente o dito morgado ao A. e que entre os mais bens pertencentes ao dito vinculo sãõ bũas casas sitas no Rocio da Cadea desta Villa, nas quaes vivera o pay dos Reos ultimo, e primeiro administrador, por espaço de quarenta annos, até o tempo de seu falecimẽto, no qual as deixara arruinadas, e incapazes de nellas se viver pelos defeitos declarados no auto da victoria, e que sendo perto das ditas casas as em que vivia o Padre Gaspar Machado, por es-

tarem unidas serem todas humas, e terem huma só serventia, os Reos us fecharãõ, e não largarãõ ao A. ficãdo todas dos instituidores do dito morgado, e os Reos herdeiros do ultimo administrador. Ultimamente se mostra valerem as casas de que se trata, quatro mil reis de aluguer em cada hum anno, e viverem os Reos nellas por espaço de trez mezes. Pelos Reos se mostra, que as casas de que se trata, sãõ muito antigas, e que nellas vivera Diogo de Mendanha, seu pay, com toda sua familia, reparandoas do necessario tẽ o tempo de seu falecimento, no qual as deixara capazes de nellas se poder viver, e que depois dos Reos sabirem dellas, mandara o A. cultivar o quintal das mesmas casas, e se aproveitara dos fructos delle, o qual se femeara, e as casas se arruinarãõ, pelo Autor as não fechar, e tratar dellas. Outrosim se mostra, que as casas em que vivia o Padre Gaspar Machado, sãõ foreiras ao morgado dos Machados de Guimaraens, e por assim ser, e não terem dizimo a Deos, na fõrma da instituiçãõ, não pertencem ao morgado de que se trata. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposiçãõ de Direito em caso, e como se prova, que os RR. ficarãõ herdeiros do ultimo possuidor do morgado, que instituiu o Licenciado Diogo Pereira, e sua mulher Isabel de Mendanha, e provarse, que por falecimẽto do ultimo possuidor ficarãõ as casas de que se trata, pertencentes ao dito vinculo, arruinadas, e incapazes de nellas se viver, como consta do auto de victoria fol. 46. e como outrosim se prove, que as casas em que vivia o Padre Gaspar Machado, foraõ sempre unidas ás em que viverãõ os instituidores, e ultimo administrador, e que como taes tinhaõ huma só serventia, e provarse, que as ditas casas ficarãõ dos ditos instituidores, os quaes vincularãõ em morgado todos seus bens de raiz, como consta da ultima instituiçãõ folhas trinta e quatro, aliás oitẽta e huma, feita por Isabel de Mendanha, herdeira universal do Licenciado Diogo Pereira seu marido, e primeiro instituidor, e dado caso que as ditas casas como foreiras ao morgado dos Machados de Guimaraes, se não cõprehendessẽ na primeira instituiçãõ, por tratar de bens dizimo a Deos, e não constar se foraõ, ou não adquiridas depois da dita instituiçãõ, comprehenderãõse na segunda instituiçãõ, por serem da instituidora, e ella vincular ao dito morgado todos seus bens de raiz, e como outrosim se prove viverem os Reos tres mezes nas casas de que se trata, e valerem estas de aluguer em cada hum anno quatro mil reis, e provarse, que findos os tres mezes, desistiraõ os Reos das ditas casas judicialmẽts.

Mando, que os Reos como herdeiros do ultimo possuidor do morgado, a que pertencem as casas, de que se trata, paguem ao A. todas as perdas, e danos, que se liquidar haver nas ditas casas, até o tempo que nellas se fez a vistoria, que dos autos consta, e que outrosim larguem ao A. a parte das casas, em que vivia o Padre Gaspar Machado, com todas as perdas, e danos, que se liquidarem até real entrega. E paguem ao A. mil reis de aluguer das casas de que se trata, pelos tres mezes que nellas viverão. E paguem os Reos os autos. Barcellos 8. de Março de 1679. Jacome de Villas Boas Cazado.

o A. pague os autos desta instancia. Porto 20. de Janeiro de 1670. D. Coelho. D. Meirelles. Correa.

Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Maioratus possessor tenetur reficere ædes, & alias res maioratus, quod si negligat, potest conveniri ejus hæres ad reficienda propriis sumptibus omnia ea quæ deteriorata inveniuntur, *Molin. de primogên. lib. 1. cap. 27. per tot. Gracia de expensis cap. 16. à numer. 38. Mier. de maior. 4. p. quæst. 34. numer. 24.* sicut ex cõtrario si meliorationes faciat in in ædibus, potest hæres à possessore novo repetere, *Barb. L. divortio 8. §. fin. numer. 120. ff. solut. matr. idem Molin. supra cap. 26 numer. 15.* In casu tamen refectionis semper inspicienda est distinctio, *Molin. cap. 27. numer. 5.* itaut ad modicam expensam semper teneat hæres nulla distinctioe culpæ considerata; si tam expensa magna sit, & requirat ad refectionem; tum si non adsit culpa possessoris non tenet; secus si culpa saltem levis; nam tunc est adstringendus.

In præſenti damnificatione invenitur culpa saltem levis ultimi possessoris; quia ultra quod, quod gratia illius fuit institutus maioratus, & commodum recepit ex hæreditate instituentis fol. 70. & habitando domos per 40. annos, illas non refecit, seu separavit eo modo; ut saltem comode in illis commorari valeret. Sicut solet diligens paterfamilias.

Quia tamen prædictas domus antiquas esse apparet ex actis, & hæres possessoris solum ad refectiones tenetur, non obligarem Reos ad maximos sumptus; sed tantum ad reparationem quandam statui, & antiquitati domum correspondentem, & sic sententiam judicis, & auditoris declararem.

Quoad domos contiguas arbitror satis peditas inveniri in libello, & replicatione, quæ libelli pars est. Et cum ad eas actiones reivindicacionis proponat; satis probat dominium per edictionem testameti instituentis; in quo jubet instituens, quod omnia bona sua libera maneat vinculo Capellæ subjecta; & cum omnia libera, & allodialia in dubio sint præsumenda, late *Menoch. lib. 3. præsumpt. 91. à num. 1.* præcipue enim tales domus, scilicet admixtæ liberis, & allodialibus, ut in præſenti *Menoch. proxime num. 62 cum seqq.*

Unde cum A. fundet actiones in tit & præſumptione juris, sufficit ad obtinendum in reivindicacione, quamvis non probet qualitatem, & libertatis dominium. Et sic Reus ad restitutionem illarum debet adstringi, cum legitime non probavit ad alium spectare maioratum. Et sic ad refectiones cum modifi-

112 A qua sententia fuit appellatum ad Auditorem, qui protulit sententiam sequentem.

Bem julgado he pelo Juiz de Fóra, em condemnar aos Reos na deterioração, e damnificamentos. que se acháraõ feitos nas casas do morgado de que se trata, por morte do pay do A. e Reos ultimo possuidor do dito morgado, e em que larguem ao A. a parte das mesmas casas, em que vivia o Padre Gaspar Machado, com as perdas, e alugueres do tempo da morte do dito ultimo possuidor. Confirmo sua sentença por seus fundamentos, e pelo mais dos autos, com declaração, que sendo esta parte das casas partida como bens livres no inventario, que se fez por falecimento da mãy do A. e Reos, e sendo o Autor herdeiro da dita sua mãy, comporá pro rata o que lhe couber do preço porque foraõ avaliadas ao herdeiro a quem foraõ adjudicadas, e na liquidação dos damnificantes se haverá respeito às despezas, que necessariamente o pay do A. havia de fazer para ter as ditas casas reparadas, e não deterioradas como era obrigado, porque tudo o que se achasse diminuido, e damnificado, e deteriorado, refaraõ, e pagarão os Reos ao Autor, e outrosim pagarão mais as custas dos autos de ambas as instancias. Barcellos de Agosto 5. de 1679. Miguel da Costa Sobrinho.

113 A qua sententia fuit appellatio interposita ad Senatam Portuensem. Ubi lata fuit sententia sequens.

114 Acorção os do Dezembargo, &c. Bem julgado foy pelo Ouvidor, confirmão sua sentença, por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, com declaração, que os RR. serãõ obrigados sómente a reparar as casas, de que se trata, havendo respeito à sua antiguidade, e estado em que ficaraõ em poder do pay do A. e Reos, de maneira, que conforme a elle se possa comodamente habitar sem se haver respeito às despezas, que o dito pay destas partes fizesse para as reparar, como o Ouvidor ultimamente julga, no que reformaõ sua sentença. E

catione, de qua supra amplectendo declarationem auditoris circa istas ædes; quasi tanquam patris in ejus inventario fuerunt adscriptæ, augent his legitimam, & sic inquam, ut Rei restituant A. ædes, & æstimationem suæ legitimæ correspondentem. De alia declaratione auditoris nil est curandum.

120 Ultimo petit A. mercedes locationis ædium, & cum appareat, quod Rei solum per tres menses in illis fuerunt cōmorati; indigna est ista petitio inter fratres, cum Reos in hac parte absolverem. Sic confirmatis, & declaratis iudice, & auditore. Portu 28. Novembris 1669. D. Meirelles.

121 Convenio in omnibus cum sapientissimo Magistro excepto quoad mercedem locationis ædium, quam solvere debere R. judicarem, licet & mihi videatur indigna petitio. Portu 5. Decembris 1669. D. Coelho.

122 RR. & ad solutionem mercedis locationis compellerem, quam etsi A. politice, & civiliter, & urbane non agat; agit tamen iudice. Portu 20. Januarii 1670. Correa.

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

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Vistos os autos, embargos dos embargantes, que o embargado não contrariou, prova dada. Mostra-se quanto basta para julgar os embargos por provados para effeito de declarar o Acordaõ embargado, que o reparo que se havia de fazer nas casas, na fôrma delle, seja avaliado por dous louvados, mestres de obras, que tenhaõ razaõ de conhecer o estado, em que ficaraõ as ditas casas por morte do pay, e sogro destas partes, e o reparo de que necessitavaõ entãõ para nellas comodamente se poder viver, se entãõ se fizera; e avaliado nesta fôrma pelos ditos louvados, do que o dito reparo podia custar, paguem os embargantes taõ sômente o q̃ lhes couber pelas porçoens, e parte em que forãõ herdeiros, por tocar ao A. e mais herdeiros que ouver o mais que restar, cada hum pela parte em que o for. E o embargado pague as custas dos autos do embargo. Porto 24. de Janeiro 1671. D. Coelho. D. Meirelles. Correa.

124 Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Impedimenta satis probata invenio, cum que ædes jam directæ inveniantur; & tempore mortis ultimi possessoris ad habitandum capaces, quod cernitur ex eo, quod Reus per aliquos annos postea in illis fuit commoratus titulo locationis. Inde impossibile est quod ad illam modicam refectionem in decreto declaratam teneatur Reus, cum deficiat

subjectum, in quo refectio cadere queat. Neque enim ad reedificationem est R. adstringendus cum nullo jurē, *Cancer. in Molina jam allegato Thusc. lit. V. concl. 318. numer. 4.* Igitur in hæredem, ut illa modica refectio, quæ erat necessaria tempore mortis possessoris per arbitratores æstimetur, ad quam solum condemnarem Reos pro hæreditariis portionibus infra, *L. 2. Cod. de hæreditaria actione, cum A. & filius possessoris, & hæres extitit, cum de abstentione non appareat, & interim, ut talis est judicandus usque ad casum quo se absteineat, scilicet, ut sequitur Gom. 1. tom. var. cap. 9. numer. 25.* Portu 20. Novembris 1670. D. Meirelles. Convenerunt. Coelho. Correa.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, ubi lata fuit sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Não he aggravado o agravante pelos Dezembargadores da Casa do Porto, confirmaõ sua sentença por seus fundamentos, e o mais que dos autos consta. Com declaraçaõ, que os Louvados porque se mãda fazer a estimaçaõ das dâ-nificaçoens de que se trata, sejaõ daquelles q̃ assistiraõ ao auto da vistoria fol. 3. vers. destes autos, sendo vivos. E pague o agravante as custas. Lisboa 20. de Junho de 1671. D. Gouvea. Pereira de Sousa.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

De gravamine fol. 125. cognoscendum non est, tum quia ultra decendium inspectum attenda fide fol. 123. ad finem, tum quia de deposito requisito ad cognitionem nullatenus apparet.

Quoad aliud fol. 181. Senatus inferioris sententiam potius confirmarem, non enim jam ibidem agebatur de obligatione Reorū, sed de modo liquidationis deteriorationum factarum in domibus maioratus, & inspecta temporis diuturnitate, & confessione status illarum probandi tempore, quo habitatio litigantium parentibus pertinuit, non injustū, nec incivile habeo Senatorum arbitrium, declararem tamen quod arbitri sint illimet officiales, qui reperiuntur vocati ad visuram factam fol. 3. si adhuc sint in humanis, quia certius hac de re iudicium poterunt imponere; quoad portionem hæreditariam utique mihi arridet sententia Senatus, nondum enim concludenter edocemur aggravantem abstinuisse ab hæreditate paterna. Ulyssipone 12. Junii anno de 1671. Pereira de Sousa.

Maioratus possessorem in conservandis illius bonis usufructuario similem esse omnes amplectuntur, *DD. Valasc. de jure emphyt. quest.*

quæſt. 25. num. 12. & 13. & quæſt. 26. numer. 6. Cabed. 2. part. deciſ. 111. numer. 5. Valaſc. de partit. cap. 30. numer. 23. Uſufructus eſt jus alienis rebus utendi, fruendi, ſalva ſemper rerum ſubſtantia, principiū inſtit. de uſufruct. L. 1. & 2. ff. uſufruct. Pinel. in L. 1. Cod. bon. mat. 2. p. num. 9. & 3. p. numer. 1. Cæpol. de ſervit. urbanor. c. 2. Ordinat. maxime conducit, lib. 4. tit. 97. §. 22. verſ. e iſto, quæ obligatio in hæredes deteriorantes poſſeſſoris datur, ut omnes cæteræ actiones activæ, & paſſivæ, ex regula text. in L. hæres in omne ff. acquirenda hereditate. Quare aggravans in concursu dum hæreditati non renuntiavit, pro ſua parte tenetur. Tota hujus litis controverſia conſiſtit in arbitrio deteriorationum, quomodo fieri debeat, & à quo tempore, quemadmodum recte conſtitutum fuit, ut per arbitros in arte peritos fiat æſtimatio, ut regulariter fieri jubet per ea, quæ Gratian. forenſ. cap. 600. numer. 22. & 23. Quo ad tempus legitimum judico inferioris Senatus arbitrium, ea adhibita declaratione, de qua meminit ſapientiffimus Dominus, ſic ſententia confirmata. Ulyſſipone 18. Junii 1671. D. Gouvea.

Et non poſſe gravari nominatus ab emphyteuta ad hoc, ut emphyteuſis vinculetur & conſentiat in vinculo judicatum fuit ſecundum deliberationem doctiſſimam ſequentem, de qua re vide etiam quæ diximus forenſ. cap. 10. num. 30. & tenor deliberationiſ talis eſt.

Gravamen impoſitum in nominatione emphyteuſis non valet.

Limitatur, quãdo nominatus gravamen acceptavit.

Emphyteuſis conſeſſa ad tres generationes maioratus vinculari non poteſt.

IN emphyteuſis nominatione, nec gravamen, nec conditionem apponi poſſe, communis eſt reſolutio DD. Pereir. dec. 26. num. 5. Caſtill. lib. 2. quot. cap. 26. à numer. 64. Cod. de poteſt. eligend. cap. 16. num. 5. Gabr. Pereir. deciſ. 26. numer. 5. Gam. deciſ. 196. numer. 3. Cald. de nominat. q. 2. à numer. 9. & p. 3. cap. 16. à n. 5. & conſ. 31. à numer. 2. Valaſc. conſult. 17. à numer. 8. Caſtill. lib. 4. cap. 13. à numer. 1. Ramon. conſ. 79. à numer. 1. Cujus reſolutionis varias rationes præſtant DD. & ultra quam quod illa communiter præſtatur, eo quod emphyteuta, quando nominationem facit, nihil de ſuo cõcedit, prout ponderat doctus appellantis patronus, illa etiam assignari ſolet, quod juſtus facere aliquem actum, non ſatiſfacit illum

ſub conditione faciendo, Molin. lib. 2. cap. 4. à numer. 19. & cap. 5. à numer. 3. Valaſc. ſupra numer. 8. Ac per conſequens cum nominatio fiat ex facultate à Domino directo conſeſſa, planum fit ſub conditione, nec gravamine fieri non poſſe, non obſtant L. assignare ff. de assignatione libertorum, L. plane 97. §. fin. ff. de legat. 1. junctâ L. fin. in princip. Cod. conditionib. incertis, per quæ jura tenent DD. apponi poſſe gravamen per viam cõditionis, quid quid contrarium fit per viam diſpoſitionis, Padilha in L. ab eo numer. 9. & 12. Cod. de fideicommiſſ. Pinel. in L. 1. Cod. de nobis p. 1. n. 5. Barboſ. p. 1. L. 1. numer. 21. ff. ſolut. matr. & in L. ſi conſtante in princip. numer. 72. ff. ſolut. matr. Quoniam procedunt quando quis de re propria diſponit, quo caſu habet locum, L. traditionibus Cod. de pact. L. fin. Cod. de pactis inter emptorem, ſecus in emphyteuta, qui nihil dat de proprio, ut ſuperius ponderavimus, Menoch. de arbitr. caſu 200. n. 9. Tiraq. in L. ſi unquam verbo revertatur numer. 414. Molin. dict. cap. 4. num. 5. Caſtill. lib. 1. cap. 26. num. 64.

Et quamvis hæc reſolutio multipliciter limitetur, nempe, quando emphyteuta gravamen acceptavit, Cald. dict. cap. 16. à numer. 6. & dict. conſ. 31. num. 6. Fragoſ. tom. 3. de regimin. Reipubl. diſput. 9. §. 25. num. 3. Valaſc. de jur. emphyt. q. 48. numer. 4. Fuſar. de ſubſtit. q. 630. numer. 10. Etſi ſit hæres nominantis, & ei aliquid à nominante datum ſit, L. unum ex familia §. 1. ff. de legat. 2. L. imperator §. quidam ff. eodem, Covas in cap. filius noſter de teſtament. numer. 3. P. Molin. diſput. 617. num. 3. alter lib. 1. cap. 8. numer. 35. Gam. conſul. 70. num. 2. Tamen prædictæ circumſtantiæ impæſentiarum minime probantur, & inſuper ſi attendenda ſit forma nominationis ſol. 8. à qua jus hujus proceſſus demitiendum eſt, non tantum poſito gravamine, & traditione facta inſpicitur, ſed per modum fidei commiſſi, ſeu maioratus celebrata cernitur, quod naturæ emphyteuſis, & nominationis omnino repugnat, quæ nec maioratus vinculari poſſunt, prout eleganter notat Pereir. deciſ. 26. à numer. 2. & ſignanter numer. 4. idem reſolvens in emphyteuſibus perpetuis, ubi numer. 5. quod etiam in univerſali fidei commiſſo comprehendere non poteſt, Gam. deciſ. 214. loquens in emphyteuſi nominationis ad vitas in qua verſamur, & deciſ. 218. n. 3. & 10. & dixerat deciſ. 70. num. 1. quamvis referat in aliquibus cauſis contrarium judicatum fuiſſe, quod intelligo in emphyteuſibus perpetuis, quam differentiam assignat Cabed. p. 1. deciſ. 13. numer. 1. & 2. de qua meminit P. hab. p. 1. deciſ. 5. num. 1. ſed numer. 4.

notat etiam in emphyteusi perpetua iudicatum fuisse, non posse maioratui annecti, quam opinionem dicit veriore *dict. numer. 4. vers. quam sententiam.*

- 33 Et dubitandum non est in dicta nominatione emphyteutam nominantem per vocationem lineæ rectæ, & substitutiones factas, seu maioratum instituisse, ex his, quæ *Molin. lib. 1. cap. 3. num. 12. & cap. 6. numer. 29. & cap. 4. numer. 14. & lib. 1. cap. 1. num. 17. Phæb. 2. p. decis. 104.* Ex ea ratione, quoniam in maioratibus qualitas lineæ attenditur, & prior est in eorum successione, *Pereir. decis. 122. num. 2. & decis. 5. num. 6.* aut fideicommissum perpetuum cum prælatione descendentium, qui per vocationem lineæ nominati censentur, *Molin. supr. Pereir. decis. 8. n. 1. Menoch. conf. 234. num. 7. & conf. 326. à num. 81.* Ex eademque juris ratione, etiam prohibitum est, quod emphyteusis iura fisci perpetui deferatur, ex quibus liberum erat, possessori illius, de qua agitur, eam nominare non obstantibus substitutionibus, & clausulis positis in nominatione facta fol. 8. & per consequens cum appellata probet fuisse nominatam in solemnī testamento, quod etiam ex testibus suæ inquisitionis corroboratur, planum sit iusta titulo illius possessionem habere, in eaque conservandam fore. Confirmata boni Iudicis sententia. Ulyssipone 9. Januarii 1666. Da Cruz Freyre.

- 34 Ita iudicatum entre partes Luiza de Abreu de Torres Novas, com Simão Camello Mendes, Scriba Manoel Ribeiro, anno 666. Juizes, Lamprea. Marchão. Et vide casum, de quo infra Cap. 5. n. 41. & seqq.

- 35 Et quid dicendum si dicatur, ut in emphyteusi succedatur sicuti in maioratu succedatur, iudicatum extat.

No feito de Dona Antonia de Castello Branco, contra Antonio Rodrigues de Figueiredo, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, onde se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, escrituras, e mais documentos juntos de compromisso, em que estas se louvarão em mim para sentenciar esta causa a final. Mostrase por parte da embargante D. Antonia de Castello Branco ficar em posse, e cabeça de casal, assim dos bens que ficarão de Archangella Machada, como de Miguel de Loureiro seu marido, e sogra, entre os quaes he o couto de Alcofar, que possui, e possuirão seus antepassados, como morgado que he, e que nesta posse immemorial está, e estiverão sempre, desde o tempo que se fez a escritura de aforamento fol. 11. por se declarar nelle, que ande sempre conjuncto a hũa pessoa, como morgado, em cujos termos se não pôde duvidar das

partilhas de que se trata. Por parte do embargado se mostra, ser o dito couto de Alcofar prazo fateosim, e perpetuo, de que he direito senhorio o Convento de Santa Cruz de Coimbra, e como tal divisivel, como sempre foy entre seus antepassados, como se vé da escritura de transacção fol. 20. e do commentario fol. 84. no qual se dividio por estimação o dito prazo entre Thomé Maciado, avo do embargado, e de suas irmaãs, e que somente não tem divisão por falecimento de seu pay Antonio Rodrigues de Figueiredo, o que lhe não podia prejudicar, por não ser citado, nem os mais herdeiros, para as partilhas, que se fizerão de seus bens. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direito e como se mostra ser o dito prazo fateosim perpetuo, como se vé da contextura delle fol. 14. se deve partir por estimação entre os herdeiros, porque a clausula nelle posta, que ande sempre conjuncto em hũa pessoa como morgado, nem vejo para que este aforamento tivesse essa natureza, nem para impedir a divisão por estimação, porque pela dita clausula, e declaração quiz o Convento de Santa Cruz, direito senhorio attentar a utilidade propria, e obviar o incômodo da divisão, e não conservar familia de outrem, e este incômodo ficava cessando, impedindo se a divisão, por partes distintas, posto que se fizesse por estimação na forma da Ley, e se confirma mais, que a tenção do direito senhorio não foy fazer morgado, pois no dito aforamento dá facultade para albear, intervindo seu consentimento, sendo os morgados por natureza inalienaveis, na forma da Ordenação, e communmente resolução dos Doutores, e somente se quiz mostrar nas palavras da dita declaração, que a mesma impossibilidade de bens, que ha em os morgados, quera q̃ bouvesse neste emprazamento, para se dividir somente por estimação, e não por partes separadas, e se puderão induzir morgado as ditas palavras, se forão postas no principio da disposição, porém como forão postas no fim della, não podem mudar, nem alterar a natureza de prazo fateosim, em que só falla o dito aforamento fol. 11. nem se pôde dizer, que as palavras da dita declaração ficão superfluas, porque como o dito aforamento foy feito a Diogo Martinez, e sua mulher, que conjunctarão nelles ametade das Marinhas, que tinhão no mesmo Couto, com convenção, que de huma, e outra ametade levaria o Mosteiro a terça parte dos rendimentos, quizerão os contrahentes emfiteutas ficar somente com a utilidade, de que em nenhum tempo se separasse hũa de outra ametade, quanto mais, que como em algũas Provincias, e terras deste Reyno se costumão dividir

os prazos por eſtimação, fizeraõ os diſponetes eſta declaração no dito aforamento, para que como ſe foſſe morgado, ſe não pudette dividir em partes, mas ſim por eſtimação, como prazo hereditario, o que ſe confirma pela eſcritura de de tranſacção fol. 20. em que ſe moſtra haver litigio entre as peſſoas nella declaradas, ſobre haver de ſe dividir o dito prazo, entre os filhos de Thomé Machado, viſavo do embargado, e por ſerem irmãos ſe compuzeraõ ſatisfazendo a eſtimação delles aos herdeiros, e mais claramente ſe vê do inventario fol. 83. em que ſe dividio por eſtimação entre Miguel Machado, avó do embargado, e ſuas irmãs, e ſe ficou continuando eſta diviſão, deſde o anno de 1584. em que ſe fez a dita tranſacção, até o anno de 1677 em que ſe fez o inventario de Antonio Rodrigues de Figueiredo, pay, e ſogro deſtas partes, porque ainda que não conſte, que ſe dividio por falecimento de Thomé Machado, avó do embargado, como não teve ao tempo da morte mais que hũa filha, que foy a mãy do embargado, Archangella Machada, não ſe podia fazer a dita diviſão, pois não havia mais herdeiros, e o não ſe dividir no inventario, que ſe fez dos bens dos pays do embargado, lbe não pôde prejudicar, porque delles conſta não ſer o embargado, nem os mais herdeiros citados para as partilhas delles, termos em que ſe devem emendar pelo defeito da dita citação, e como ſe não preſcreveo legitimamente o coſtume dos bens do prazo de andarem vinculados em morgado, ſe deve observar a diſpoſição da Ley, fazendo ſe a partilha delle por eſtimação. E pague a embargante as cuſtas dos autos Viſeo 8. de Julio de 1673. annos. Affonſo Teixeira de Mendoça.

A qua ſentença fuit appellatum ad Senatum Portuenſem, ubi fuit confirmata, Judices. Andrade. Carneiro. Et fundata in de liberationibus ſequentibus.

Quando de inſtitutione maioratus certatur, ſtatim ad inveſtituræ tenorem recurri ſolet, & hanc regulam tutiſſimam vocant Doctores.

Sed deficiente hoc, nullum aliud ſubſidium ad hunc curſum peragendum mihi ſupereſt, quam recurrere ad juris regulas, quæ conſulunt quod magis veritati cõgruit, & iuſtitia convenit dictare; & ut melius huius progreſſus iurgium pateſcat, licebit mihi expendere caſum.

Mortua Archangella Machada, Michaelis de Loureiro, & Antonii Rodrigues de Figueiredo matre, primus filius ut ſenior in poſſeſſione bonorum, & maioratus de Alcofar ſe induxit, & matrimonium contraxit

cum Domina Antonia de Caſtello Branco, & decedente eo ab hac vita, permanſit tamquam ejus uxor in poſſeſſione bonorum. & nuncupati maioratus ad unum filium ab utroque ſuſceptum attinentis.

Secundus filius dicti Michaelis de Loureiro frater, & appellantis prævignus, eam ad inventarium conſiciendum ex bonis dictæ ſuæ matris obſtrinxit, & conſecto, ut conſtat à fol. 1. uſque 8. à dicto Antonio Rodrigues de Figueiredo fuit de eo minuto criminatum, allerente dicta bona non eſſe ſcripta in tali inventario.

Impedita tantum ab appellante dicta poſtulatione affirmante, ſe tamquam caſalis caput ad inventarium bona dediffe juxta juris noſtri diſpoſitionem, & appellatæ remedia ordinaria, quibus uti poterat per viam bonorum ſubnegatorum, nec ideo eſſe deneganda.

Receptis autem impedimentis, & pro probatis judicatis ad gravaminis auxilium conſugit appellatus, de quo Proviſor Provincia non cognovit, & relictis aliis mediis, quæ diligenter procuravit, quæ legi poſſunt fol. 47. & verſ. impedimentorum viam conatus eſt, quorum materia circa diſpoſitionem bonorum (quoad æſtimationem) de Alcofar quæſtionem principalem cohibebat.

Data impedimentorum copia appellanti, ut fol. 50. apparet inter ſe compromiſſionem facere eligendo Proviſorem, ut ex termino citato fol. 50. apparet, ut finem controverſiis circa maioratum de Alcofar poſuiſſet, qui virtute dicti termini ſuam ſententiam protulit in favorem appellati, doctiſſime ſtatuenſe dicta bona, ſeu maioratum per æſtimationem eſſe dividenda.

Appellans tunc nullitatis prætextu, quam dictus Proviſor tamquam iudex compromiſſarius cõmiſſiſſet in ſupercedendo dictæ cõpromiſſionis tenorem, ad hunc Senatum reurrit involvendo etiam materiam principalem, de cujus cognitione me non poſſum deſlectere, & quamvis arbitrium non extenditur niſi ad ea, de quibus expreſſum eſt in arbitramẽto, talis extenſio mihi incognita rediditur, immo contrarium oſtenditur, tam in voluntate partium, qui dictum Proviſorem in iudicem arbitrum eligere, quam de termino citato fol. 50. in quo conſpicuè, & melius in appellantis mandato fol. 51. per verba generalia exprimitur, & ſecundum ſua verba generalia generaliter ſunt intelligenda, ex reg. text. in L. 1. §. & generaliter ff. legat. præſtandis. Et verba debent ſemper intelligi cum effectu, L. 1. §. hæc verba ff. quod quiſque juris.

¶45 Nec dum quod tale compromissum fuit celebratum post impedimenta ab appellato exhibita, in quibus hujus disceptationis materia agitabatur, ex quo inferitur, Provisorem compromissionis tenorem non excedisse.

¶46 Quo sic considerato, solum mihi agere superest, an bona de Alcofar sint emphyteusis perpetuæ, aut maioratus, dumtaxat nunc expectationis virtute (como morgado) aut præscriptionis effectu ex quo emphyteusis nomen transminoraret in maioratum, & quamvis in doctissima Provisoris sententia, & utriusque patroni, tam appellantis, quam appellati omnia fundamenta juris clarificata inveniantur, nec ideo me aliqua dicendi excusare possum ad meam resolutionem illustrandam.

¶47 Neminem hæsitare dicta bona de Alcofar esse emphyteusis perpetuæ, quæ solet apud nos divisione partiri per æstimationem, quæ in maioratibus non permittitur propter ejus naturam, quæ est alienabilis, quia nec dividuntur, nec conferuntur, ut tenet *Cin. in L. si viva matre, Mevob. de successione. creat. lib. 2. §. 26. à num. 5. Molin. de jure primog. lib. 1. cap. 11. numer. 2.* Minus verum videbatur, talia bona maioratus non posse dari in emphyteusim, cum per talem donationem in dominium utile transfertur, ac per consequens fit alienatio, ut tenet *Gam. dec. 16. n. 3. & quamvis dec. 214.* asserat sæpe maioratum constitui posse de rebus emphyteuticis, & hujus opinionis fuerunt Senatores magnæ notæ, at omnium (prosequitur idem *Gam.*) pars maior tenuit, id fieri non posse.

¶48 Impræsentiarum habemus emphyteusim, & maioratus investituram non invenimus, & nuncupatio illius tantum non sufficit ad illius naturam pervertendam, & de jure (ut supra ponderavi) emphyteusis potest alienari, & dividi, non ita maioratus, & iniquum videbatur, nominis quæstionem omni medula privata certitudine, veritati emphyteusis prævalere, quando nominis sola similitudo ad confirmandam cujuscumque originem satis non est, *L. fin. §. pen. & ibi gloss non solum ff. municip.* Quia nomen habere, parum prodest, nisi etiam factum habeatur, *§. licere in Auth. de testibus collatione 7.*

¶49 Et quamvis possit maioratus dari sine scriptura, quæ solum solet fieri ad memoriam conservandam, & ad faciliorem probationem, *ex Gom. in L. 41. Taur.* hoc non procedit, nec admitti debet, quædo ex actis apte constat de titulo emphyteusis, & maioratus non solum probatur ex actu dispositivo, seu interpretativo, veluti si solum producat

scriptura aliqua maioratus conjecturas continens, verum etiam præsumptivo, scilicet, si aliquis de familia sit in quali possessione succedendi jure primogenituræ, cum aliud non appareat, ut onus probandi contrarium in adversarium transfundat, quia iste effectus est possessionis causa, *L. 1. Cod. alien. judicii mutand. causa facta.*

Utique etiam maioratus probatur ex actu inductivo, veluti si per consuetudinem immemorabilem inductum sit, ut in aliquibus bonis primogenituræ succedatur, & censeatur etiam constitutus, si pluribus annis modus succedendi instar maioratus præcessit, ut asserit *Gam. dec. 215. num. 5.* & ita intelligi debet *Ord. dispositio lib. 2. tit. 33. §. 18.*

Etiam aliqui autumant sufficere confessionem, & recognitionem possessoris cum spatio longissimi temporis, ut res maioratus subjecta censeatur, licet scriptura non appareat, & bona præsumantur maioratus esse, si ut talia possideantur quadraginta annorum spatio, quamvis ab origine constat esse libera, quia beneficiorum, natura etiam mutatur ex dicto temporis lapsu, quæ omnia probantur per *Reynof. observ. 22. num. 20. 21. & 22.* & verificantur in contractu ambiguo, ad cuius decisionem ad conjecturas, & circumstantias magis efficaces recurritur, ut sentit *Valsc. de jur. emphyteus. q. 33. n. 35.*

Non ita in præsentem ubi titulus emphyteuticus clare inspicitur, nec nullus actus in contrarium ostenditur ab appellate, ut præscriptionis præsidium immemorialis ei prodesse possit, super quo non immoror, visis doctissimis sententiæ Provisoris fundamentis, quæ negligi non debent, sed valde diligere, cujus methodum semper amplecterem, & confirmarem. Portu 27. die Novembris anno 1673. Andrade Rua.

Neque de juribus compromissi in præsentem controversia dubitari potest, neque etiam de titulo emphyteusis; non de primo, quoniam satis evidenter constat ex verbis ipsius compromissi, & ex tenore rationum fol. 52. vers. ubi agendo de meritis manifeste ostenditur, quod nunc injustissime impugnatur, & quando adhuc esset dubius illius potestatis effectus, communis sit publica, & utilis ratio extinguendi lites pro viribus compromissi, juxta *text. in L. præparandum. C. de judiciis text. in cap. finem litibus de dolo, & contumacia.*

¶ Non de secundo, quoniam ultra ea, quæ evidenter constant ex scriptura emphyteusis illa verba (como morgado) ubi appellans justitiæ fundamentum stabilire desiderat, in ejus odium facile retorquentur, nam illa

Illa dictio (ut) denotant tantummodo similitudinem juxta *text. in L. 1. ff. ad L. falsid. text. in L. ut hæredibus ff. de Leg. 2. text. in cap. laudabilem de frigidis, & malefic.* per quam non identitas, sed differentia probatur, *text. in L. pecuniam ff. si certum petatur, L. ad similitudinem ff. de Episcopis, & Cleric.* Ergo ex vi ejusdemmet clausulæ in favorem appellantis consideratur, non maioratus institutio, sed scriptura emphyteusis apparet.

155 Restat nunc de præscriptione immemoriali agere, in quo meo videri, unica hujus controversiæ dubitatio consistit, & perpenfis ex utraque parte, tam testimoniis, quam documentis contra præscriptionem in præfenti judicarem. Nam supposito, quod titulus sit emphyteusis perpetuæ, qui juxta meliorem sententiam maioratus annexari non potest, prout ultra DD. à sapientissimo Patrone allegatos tenet *Molin. de just. l. 2. disp. 688. numer. 2. Carvalb. in cap. Raynald. de testam. 3. p. num. 215. optime Britto de locato in cap. potuit, §. 2. num. 52. ad fin.* Dum adhuc durat emphyteusis, præscriptionem admittere non possumus, cum materia subjecta repugnet, *ex reg. text. in L. 1. ff. de usucap. & præscript.*

156 Ulterius, resolutis divisionibus simul, atque iterum factis numquam præscriptio in præfenti spe locum habere poterat, quoniam quotannis emphyteuta in dominiæ recognitionem regali Sanctæ Crucis Monasterio annuam pensionem solvebat, quæ quidem, salvo, cum sit contraria præscriptioni ex ratione supra considerata, animum præscribendi in totum excludit, *argum. text. in L. cum in plures, 63. §. locator ff. locati, Carvalb. q. 49.*

157 Denique ex alio fundamento hujusmodi præscriptio non est admittenda; nam si constat intra terminos centum annorum de initio præscriptionis, talis præscriptio immemorialis dici non potest, *L. & §. idem Labeo o. 1. ibi: Sed sufficere si quis sciat factum esse. ff. de aqua pluviæ arcenda, Cald. verbo prohiberis in L. si curatorem num. 810. in fine.* Ergo à fortiori, quam constat per determinatum terminum (prout ex inventario fol. 55.) emphyteusis per æstimationem dividatur juxta dispositionem *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23. & 24.* Quæ & in hoc casu locum habere debet. *Portu 7. Decembris 1673. Carneyro.*

158 Ab hac sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata: Judices. Doctor Tavares. Vellez. Et fundata fuit in deliberatione sequenti.

159 Processus iste, ob multiplicem rerum, allegationum, ac monumentorum congeriem

plus laboris confert, quam difficultatis in puncto juris involvit.

Insurgunt aggravantes primo adversus compromissum fol. 50. ipsum, ut nullum impugnant, ejus verba ita habent, ibi: *Para o despacho desta causa se comprometião no Doutor Affonso Teixeira de Mendocça, Provedor desta Provedoria: e que tudo o por elle feito, e despachado, e julgado, baveriã por bom, firme, e valioso, de hoje para sempre.* Cum igitur, ut ex actis patet, in impedimentis oppositis fol. 48. vers. materia, & controversia, circa præfensum maioratum, aut emphyteusim excitaretur, de illa cognitio per judicem compromissarium sumenda erat, juxta *text. in L. non distinguemus ff. de recept. arb. L. 1. Cod. eod. tit.* Quod vero arguitur de solemnitate defectu est inane, siquidem in dicto compromisso curator intervenit, nec defuit iudicis autoritas, ut constat fol. 50. vers. in fin. & cessant latissimæ, sed futilissimæ prerogationes in contrarium.

Maioris ponderis disceptatio exoritur, utrum in occurrenti casu, proprietas nuncupata de Alcosar emphyteusis, an maioratus censeatur, instrumentum fol. 13. cum seqq. velut horologii manus indicat, ut verba dicti Patroni fol. 98. vers. in princip. rem demonstrant, in illo emphyteusis constituitur per verba expressa, & geminata, ibi: *Aforava, e dava a foro, e pensão, & ibi: Emphyteutas, & iterum emphyteutas, & d. fol. 13. in princip. vers. ibi: Aforamento, & fol. 14. ibi: Ande sempre este aforamento,* quæ tamquam verba clara, & expressa in investitura, ac creatione proprietatis dicti Alcosar manifeste ostendunt emphyteusim, & non maioratum, conditam, ac institutam fuisse juxta verba d. fol. 13. ibi: *Cazaes, e Moimbos,* quæ plerumque ad emphyteusim diriguntur, ut experientia docet.

Neque obstant primo verba fol. 14. in fine, ibi: *Sempre este aforamento ande conjúto em bñã pessoa como morgado.* Non enim maioratus creatus dicendus est, pluribus ita suadentibus rationibus: primo quoniam proæmium causam, mentem, & intentionem disponentis tradit, *L. item quia §. fin. ff. de pact. L. cum hi in princip. ff. de transact. Mascard. de probat. concl. 1284. numer. 6 Gutierrez. pract. lib. 1. q. 89. à num. 3. Gratian forens. tom. 5. cap. 947. n. 13.*

Unde circumfertur, quod sicut corpus ab anima regitur, ita dispositio à proæmio regulatur, scribit *Socin. in L. qui quadraginta col. 2. ff. ad Trebel.* Plane non solum ex proæmio, sed ex toto corpore, ut fol. 13. & seq. emphyteusis creata edocemur, idque

verbis repetitis, ac geminatis. Igitur non est nominandus in hac specie maioratus.

¶ 62 Secunda ratio maioratus ad memoriam, nomen, ac nobilitatis splendorem institutus, nec non ad ejus familiæ, ac generationis dignitatem conservandam erigitur, *argum. text. in L. regula §. penult. ff. de jur. & fact. ignor. ibi: Gloriam representat, L. 5. §. ad auctoritatem ff. de an. leg. Reynos. observ. 53. num. 27. Menoch. conf. 89. numer. 6. & 83. Surd. conf. 196. num. 33. Carvalh. ad cap. Raynald. 2. part. num. 373. in medio cum pluribus.* Modo rogarerem, quæ gloria, quod stemma, qui ne splendor Monasterio S. Crucis, ex constructione maioratus in persona adeo extranea, sicut erat primus nominatus, relucebat, ut dicamus maioratum cõditum fuisse? Nulla certe ergo intentio præfati cænobii, dum verba illa adjunxit (como morgado) ea fuit, ut quemadmodum maioratus bona in una dumtaxat persona cõsistere debent, ita memorata proprietates de Alcofar in uno tantum capite resideret, qui plura in membra, seu personas defecaretur per difficilem pensionum exactiorem.

¶ 63 Rursum verbum ibi (como) id est, ut similitudinem, non identitatem denotat, *text. in cap. laudabilem de frig. & malefic. L. ad similitudinem, Cod. de Episcop. & Cleric.* Conducit quod repugnat maioratus essentia alienatio, *Pereir. de Castr. dec. 5. num. 3. Reynos. obs. 68. num. 8.* Aut in instrumento conceditur facultas alienandi de licentia Domini directi.

¶ 64 Recurrunt secundo aggravantes ad præscriptionem, dicentes bona hæc possessa fuisse in vim maioratus, & consuevisse ita possideri. Non negamus maioratum induci ex bino actu possessionis per duos administratores transactis quadraginta annis, *Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. n. 26. Pelæes. de maior. 4. p. q. 20. n. 63. & 64. Reynos. cum multis obs. 70. num. 42. & 43.* Verum testes producti à fol. 32. vers. cum seqq. de tali præscriptione, ac consuetudine non deponunt, & solummodo aiunt, se audivisse nominare dictam proprietatem maioratus de Alcofar, nec eorum ætas sufficiens reputatur ad deponendum de possessione immemoriali. Suffragatur ipsammet proprietatem jam per æstimationem divisam fuisse, patet fol. 63. vers. & seqq. & 59. vers. in fin. complementum 9 obtinuit talis divisio, ut legitur fol. 73. & licet aliqua vice ad divisionem non procederetur, aggravatus citatus non fuit, ut ex certificatione fol. 135. & vers. innotescit.

¶ 65 Ex quibus deducitur non maioratum, sed emphyteusim perpetuam dicendam esse proprietatem de Alcofar, divisionemque per æstimationem pati juxta *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23.*

& 24. *Gam. dec. 50. Pinbeir. de emphyteus. 2. p. disput. 4. sect. 7. §. 5. numer. 137.* Sententia Portuensis Aulae confirmata. Ulyssipone 16. Aprilis 1674. Doctor Tavares.

Recte omnia sedulo pensitata, & mature decisa à sapientissimo Domino, non semel, sed iterum atque iterum probo. Ulyssipone Aprilis 20. ann. 1674. Vellez.

Quid autem dicendum sit in feudo, & an in illo possit constitui vinculum, resolvit *Gonzal. d. cap. 2. num. 55. & seqq.* Et ita mihi videtur tam in feudo novo, quam in antiquo mixto, acquisito pro se, & filiis, & hæredibus posse primum acquirentem, aut ejus successorem, in feudo instituere maioratum, aut fideicommissum inter descendentes, cum vinculis, & clausulis sibi bene visis, ut tenet *Molin. de primog. lib. 2. cap. 10. numer. 71. & ibi Add. Capyc. Latr. conf. 9. numer. 24. & 25. Cyriac. forens. contr. 312. numer. 7. 10. & 11. Surd. conf. 105. n. 23. & 24. de ratione, Marin. quot. lib. 1. cap. 89. per tot. & lib. 2. cap. 68. allegat apud Ric. collect. 3948. Leo dec. 143. num. 13. Hodiern. ad Surd. dec. 322. numer. 11. & seqq. & num. 33. & 34. Tondut. civil. cap. 55. Capyc. Latr. lib. 1. conf. 79. & 80. & tom. 2. conf. 46. Xuar. conf. 9. num. 9. Nogueros. alleg. 37. num. 24. & seqq. Olea de cess. jur. & act. tit. 2. q. 7. num. 34. Castill. tom. 4. contr. cap. 5. num. 45. de qua re vide Mellium alleg. 14. lib. 2. & alleg. 15. & alleg. 21. Rosa forens. contr. consult. 49. ubi late.*

Quid autem dicendum sit in bonis censui, aut oneri Mistrarum subjectis, & an in illis possit constitui vinculum maioratus, tradit idem *Gonzal. d. n. 55. & seqq.*

Et quid in bonis donatis pro se, & filiis, an in dictis bonis possit fieri vinculum, tenet *Castill. d. cap. 5. num. 47.* Et quid dicendum in bonis extra Regnum existentibus, vide *Fragos. de reg. Reip. 3. p. disp. 18. §. 5. n. 18.*

Officium an possit vinculari, affirmative resolvendum est, si est concessum in perpetuum à Rege, aut emptum, & pro hæredibus, filiisque successoribus, ut in feudo diximus, & in hoc Regno est vinculatum officium Cursoris maioris, cum Regia facultate, sine qua non possunt vinculari officia, nisi in concessione aliud exprimat, aut ex illa colligatur, quia cum sint regalia, non dicuntur esse in libera dispositione privatorum, *Merlin. de pign. lib. 2. tit. 1. q. 14. num. 12. 13. & 14. Prata forens. tom. 2. cap. 18. num. 12. & seqq.* de qua re *Larr. alleg. 50.* Atque ita sine facultate Regia de officio nihil possunt disponere officiales, & licet officium sit donatarii, ut judicatum fuit in causa seqq.

No feito de appellaçãõ, em que saõ partes Antonio Cabral da Cunha, e sua mulher
[Dona

Dona Cecilia de Almeida, Eſcrivaõ Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ foy bem julgado pelo Juiz, em declarar, que por morte da R. appellante toca o direito de pedir eſte officio, de que ſe trata, ao appellado. Revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e como o direito futuro ſe naõ pôde deduzir em juizo, ainda quãdo o houvera, e menos naõ o havendo, por naõ conſtar, que a R. tinha facultade para nomear o dito officio, cuja data pende da conceſſaõ do Senado da Camera deſta Cidade, e aquelle direito conſuetudinario, que os AA. allegaõ, ſe naõ practica nos officios dos donatarios. Absolvem a P. do pedido pelos AA. aos quaes declaraõ naõ competir direito algum de preſente, para pedir o dito officio. E o condemnã nas cuſtas dos autos. Lisboa 18. de Janeiro de 1682. Pereyra. Almeyda. Vanveſſem.

171 Et hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

Judicis ſententia fol. 106. verſ. in peius reformavit aliam ſententiam, quam jure protulerat fol. 99. jus enim de futuro ſine cauſa de præſenti ventilari nequit, nec in iudicium deduci, *Gabriel Pereir. dec. 129. Valaſc. conf. 184. Anton. de Amat. multos alios referens reſolut. 49 num. 26.* Et appellatrix ex ſententia Senatus à fol. 23. verſ. habet officium, de quo agitur, neque ab appellato ab ea auferri poteſt dum vivit, & poſt ejus obitum, tunc ſi melius jus habuerit appellatus, agere poterit, vel ſi in vita ſua voluerit appellatrix de officio diſponere, petendo ad id facultatẽ, ſe opponere poterit, & etiam hoc caſu adſtringere non poteſt Principem appellatus, ut alii non detur officium, *Valaſc. conf. 129.* Ex quibus revocata dicta ſecunda ſententia, primam ſuſtinendam teneo. Ulyſſipone 4. Octobris 680. Vanveſſem.

172 Intempeſtive, & extra tempus actio ab Actoribus in iudicio propoſita fuit, nam dum Rea in humanis eſt, cui proprietates officii iudicata fuit, nullum jus in eum Actores habent, neque eis licitum erat literas officii poſtulare, quare, ſi per obitum Reæ. Actor ſe conſtituerit in meliori jure, ſupplicationem tunc de illo facere poteſt, vel ſe opponere ad facultatem nominandi, caſu quo Rea illam impetrare voluerit, ſicque primã Judicis ſententiam fol. 99. confirmarem, altera revocata fol. 106. verſ. Ulyſſipone die 18. Novembris 1680. Almeyda.

173 Emmanuel ille actricis avus, officium, de quo contendit, Reæ ad nuptias convolanti promiſit, ut fol. 13. non pure, ſed quando ipſe è vivis decederet, imo & ſubalia condi-

tionem, ſi à Senatu facultatem obtinuiſſet; ipſo Emmanuele adhuc in humanis agente, gener Laurentius obiit, & cum dies mortis conditionem inducat, *L. hæres meus 79 ff. de condit. & demonſtr. L. 4 ff. quando dies legat. ced. & conditionalia*, ante conditionis exiſtentiam, neque ſunt, neque ad nos pertinent, *L. ſi ita ſcriptum §. 1. ff. de legat. 2. L. ſi filius, qui patri §. cum filius ff. de bonis libertor. Valaſc. 184 num. 20. Reynof. obſ. 41. num. 21.* Et ita nullum jus Laurentio quæſitum, quod ab eo in actores deſluxiſſet.

174 Dicitur Emmanuel teſtamento ſuo fol. 17. officium Reæ reliquit, quo tamen jure non mihi conſtat, erat enim facultas obtẽra ſcripto probanda, *Valenz. tom. 2. conf. 104. n. 749. & probat text. in L. 1. Cod. de mandat. Princ. L. 3. Cod. de diverſ. reſcript.* Sed & ſi daremus gratiam illam, & facultatem officium tranſmittendi obtentam fuiſſe, id quod in Reæ commodum cedebat, non vero actorũ, etiam ſi ab ipſa Rea dictum officium in dotem datum, luculentiffime probaretur, quænam enim Reæ facultas ad dotem in officio cõſtituendam? Ergo in revocationem iudicati cum præcedentibus ſapientiſſimis Dominis cõvenio. Ulyſſipone 10. Januarii 1681. Pereyra.

175 Et licet aliqui dicant officium poſſe vinculari ab illius poſſeſſore, ut in ſpecie tenet *Noguerol. alleg. 19. num. 52. & ſeqq.* ubi ad contraria reſpondet, & ſupponit, & validum fuiſſe vinculum, *Mier. 3. p. q. 5. numer. 32.* & pro certo reſolvit *Frãciſc. de Amitis in repet. cap. 1. de his qui feud. dar. poſſ. §. ſumus modo num. 10.* ubi loquitur in uno officio, in quo ſuccedebatur jure maioratus, de ratione *Arias de Meſa var. lib. 2. cap. 17. num. 8.* eleganter *Hodiern. contr. forenſ. 45. num. 28. Montan. de regal. offic. num. 7. verſ. nam, & num. 22.* loquitur quando eſt conceſſum pro hæredibus, & ſucceſſoribus, *Hodiern. d. contr. 45. num. 31.* concludit his verbis: *In officiis prædictis non habentibus jurisdictionem, & tranſitoriis ad hæredes poſſe fieri fideiçomiſſum ex ratione, de qua Montan. de regal. n. 14. verſ. item limita Rovit. dec. 72. num. 50.* & hanc reſolutionem defendit *Ledeſma in alleg. impreſſa pro D. João Frãnciſco Centeno de Vera.*

176 Attamen contrarium eſt verius, ut late defendit *Garço in alleg. impreſſa pro Joanne Vaſques de Medina*, ex rationibus de quibus *Nos dicemus ad tom. 9. Ord. lib. 2. tit. 26.*

177 Commendæ conceſſæ ad vitas cum facultate nominandi libera poſſunt intra illas vinculari, & nominari in ſucceſſoribus maioratus per ſubſtitutiones, tum ex dictis in feudo, tum etiam ex *Clement. Felix in alleg. impreſſa*

Ja a favor de João Rodrigues de Vasconcellos n. 252. Cancr. var p. 3. cap 7. num. 120. Hermsill L. 7. tit. 5. p. 5. numer. 20. Et iudicatum fuit in causa sequenti.

Vistos estes autos, embargos de Diogo Soares folhas 3. e tambem de João Alvarez Soares folhas 5. e outrosim embargos de Miguel Soares e Vasconcellos fol. 10. oppostos na Chancellaria ao Alvará fol. 12. e remissão pelo Tribunal da Mesa da Consciencia a este Juizo fol. 14. &c. assistencia nesta causa do Marquez de Marialva, e seus irmãos, ao embargado fol. 27. que foram recebidos fol. 38. contrariedade fol. 39. replica fol. 45. que as partes não treplicarão. Alvarás, procurações, e documentos de bñã, e outra parte juntos, e mais papeis. Mostrase pelos embargantes contra o embargado, ter El Rey de Hespanha, ainda que Catholico, injusto possuidor deste Reino, no tempo que o governava, feito mercè a Diogo Soares da Comenda de Santa Maria do Pereiro em 4. vidas mais effectivas, e de livre nomeação, além da sua, como se vê do Alvará junto a fol. 104. vers. passado em 14. de Novembro de 1636. e que estas não estavam ainda inteiramente cumpridas, e que assim não devia passar pela Chancellaria outro qualquer Alvará posterior da dita Comenda, e que nem Sua Alteza o podia fazer, nem era de presumir o fizesse em prejuizo dos embargantes. Defendese o embargado, dizendo que o Marquez de Marialva fora Comendador da sobredita Comenda, por mercè do Senhor Rey D. Affonso o VI. o qual lhe concedeo duas vidas mais, e dando depois em dote ao embargado, q̄ por mercè do dito Senhor sob rogado na mesma vida do Marquez seu sogro, consta do Alvará fol. 12. vers. e que outrosim como fosse sob rogado, e posto no mesmo lugar do cedente seu sogro, devia lograr as mesmas prerogativas, que a elle o direito concede, conforme ao qual, assim como o dito seu sogro, se ainda Comendador fora, não pudera ser demandado por via de embargos, nem elle cessionario, e que outrosim a elle embargado não fizera nova mercè S. Magestade, pois sómente lhe deu aquillo mesmo, q̄ o dito seu sogro tinha em dote, e em dote lhe dera, e que na mesma posse do cedente seu sogro havia de ser conservado, sem que por via alguma de embargos lha pudessem impedir, além de que Diogo Soares, a quem foy passado o Alvará, em que os embargantes se fundam, não chegara a tomar posse, em virtude delle, e que como este fora passado por El Rey Catholico, não como Rey, mas como Mestre, não podia prevalecer contra aquelle, que foy concedido pelo Senhor Rey D. João o IV. ao Marquez de Marialva, a que se seguiu tradição, e

por esta a posse da dita Comenda, que com effecto possuo, até se dar ao embargado principalmente sendo aquella primeira mercè feita por hum Mestre intruso, Magisterium, e Coroa deste Reyno, e era segunaa por hum natural, e verdadeiro Rey, e como tal legitimo Mestre das Ordens e que ainda que o dito Senhor Rey D. João confirmasse as mercès feitas por aquelle q̄ não fora pura mas condicional a confirmação só para aquelles que dentro em seis mezes viessem confirmar as mercès por elle Senhor Rey D. João, e que não vindo assim no dito termo, perdessem todo o direito, que pelas 1. as tivessem adquirido, como se vê do decreto fol. 60. vers. e que Diogo Soares além de faltar a esta condição, não vindo para este Reyno se deixara ficar em Castella, e no senbório daquelle Rey estranho, conspirando contra o seu natural, e verdadeiro Rey, e que outrosim o contrato das Pazes não comprehendera os bens das Ordens, por quanto foram feitas por S. A. como Principe, e não como Mestre. O que visto, e como por parte dos embargantes se mostra ser feita mercè na Comenda de N. Senhora de Pereiro a Diogo Soares, pay, e avô dos embargantes, da qual se lhe passou Carta fol. 102. e della esteve de posse, como consta da certidão fol. 110. e da jurisdição a ella pertencente, como se vê a fol. 108. vers. termos em que conforme aos de Direiro, a mercè posterior feita ao Marquez de Marialva da sobredita Comenda, ainda que della estivesse de posse, lhe não podia prejudicar, principalmente não se fazendo menção no segundo Alvará da primeira mercè, nem avendoa a Magestade do Senhor Rey D. Affonso por caduca na pessoa de Diogo Soares, sendo que conforme a Direito primeiro devia tirar lha de q̄ della fazer mercè a outrem, nem os abominaveis crimes, que contra Diogo Soares se allegão, podião produzir aquelle effecto sem sentença declaratoria, q̄ se não mostra, e ainda que a houvra, esta nos termos presentes senão havia de attender, visto o oitavo Capitulo das Pazes, em que se declarão por nenhũas não acontecidas todas as disposições, e privações feitas em odio da guerra, e os dous Reys ambos soberanos perdoam a huns, e outros Vassallos, e como aquelles aniquilaram totalmente todas aquellas disposições, todos os effectos dellas ficaram como não acontecidos, e annullados, assim por quem pedia os titulos, q̄ justificavam a posse dos bens dos confiscados, e ausentes, durante a guerra, por consequência necessaria se seguia a restituição delles, sem q̄ se atendesse à qualidade delles, ou fossem da Coroa, ou Ordens, e ainda q̄ as razoes de Direito, assim não pedirão conforme a elle cõ tudo assim amplamente se avião de interpretar as disposições da-

daquelles dous Principes, ambos soberanos, maiormente sendo o Tratado das Pazes, como se vê do primeiro Artigo dellas, feito em nome das Coroas, e Vassallos, termos em que conforme aos de Direito, tambem como Mestres as fizeram incluída a qualidade dos Mestres, ou naquella palavra Vassallos, pela subordinaçãõ, que os Mestres tem aos Reys, ou por aquella palavra Corona, supposta a uniãõ, que entre a Coroa, e Mestrados ha hoje, principalmente não protelando aquellas duas Magestades, que só como Principes soberanos convinhaõ no dito Tratado, de que tudo resulta ter Diogo Soares melhor direito nesta Comenda, do que o Marquez de Marialva, se acaso com elle correria, porq̃ ainda que ambos encartados, Diogo Soares foy primeiro, assim na mercê, como no encartamento, e tambem ficar menos forte a mercê do embargado, pois tem fundamẽto naquella que estava feita ao Marquez seu sogro, do que a mercê que os embargantes pertendem pelo Alvará passado a Diogo Soares, e como estes e o embargado estejam em puros termos da mercê sem encartamento, nem posse, ha de prevalecer conforme a Direito aquelle primeiro Alvará, nem a cessãõ que o Marquez de Marialva fez ao Marquez embargado, podia obrar, e o Alvará embargado excedesse os termos de pura mercê, por quanto o mesmo direito que tinha na dita Comenda, dado que tivera muito, não podia passallo por virtude da cessãõ ao embargado, pois era restricto á sua vida, e como tal personalissimo, termos em que conforme a Direito tão longe estava de passar por virtude da cessãõ, que cedesse, se extinguiu, e só podia conforme a Direito ficar constituir o novo direito na pessoa do cessionario do consentimento do Mestre, como se fez no caso presente do consentimento, e mercê do Senhor Rey D. Affonso, menos podia passar a posse, pois conforme a Direito a cessãõ não he modo de transmitir, e assim fica o Alvará embargado, contendo nova mercê, e por uso a passar pela Chancellaria juridicamente se embargou, nem fez menos justificada a materia dos presentes embargos o ser feita a primeira mercê por hũ injusto possuidor deste Reyno, e nelle intruzo, por quanto ainda que assim fosse, como foy no realidade, na commua reputaçãõ foy tido, e avido por Rey deste Reyno, e juntamente por Mestre das Ordens, o que bastava para que fossem validos todos os autos, q̃ como tal fez, mayormente sendo approvados pelo Senhor Rey Dom Joãõ o IV. que tendo por boas todas as merces por aquelle feitas, que ainda não tinham passado pela Chancellaria, e de que de futuro se havia de tratar ainda que neste caso por mais duvidoso as não confirmasse

puramente, ficou com tudo approvando todas as merces de preterito, e passadas pela Chancellaria como vem a ser o primeiro Alvará de que nestes autos se trata, pelos quaes fundamentos, e pelo mais que dos autos consta, julgo os embargos recebidos por provados, e o Alvará embargado por nullo, e de nenhum vigor, e que por elle senão faça obra alguma. E refervo ao embargado seu direito, se achar que o tem contra os herdeiros do Marquez de Marialva, a quem para esta causa chamou por Autores, e deferindo á opposiçãõ dos embargantes, que do seu concurso resultou entre Diogo Soares, e Miguel Soares de Vassallos, primeiro, e terceiro embargantes. Mostrase por Diogo Soares que seu avô tambem chamado Diogo Soares a quem foy passado o sobredito primeiro Alvará, que vay á fol. 104. vers. em que se lhe fazia mercê da Comenda de N. Senhora do Pereiro em quatro vidas mais effectivas, e de livre nomeaçãõ, além da sua instituirãõ hu morgado do seu titulo, chamando para elle a Lucas Soares seu filho, e sua descendencia legitima, e na falta daquella a seu filho Antonio Soares, e a seus descendentes legitimos, e faltando estes chamou seu neto varão, e mais velho, filho de sua filha D. Maria Soares, e Joãõ Alvarez Soares seu primo, e não havendo descendencia de seu neto, chama a seus filhos, e outras pessoas. Consta do titulo afol. 121 vers. Mostrase mais chamar Diogo Soares para os bens das Ordens, q̃ neste Reyno por merecê tinha a Lucas Soares, e mais successores do seu morgado assim dito, querendo q̃ nelles enchessem as vidas que nos taes bens tinha, na fórma das facultades que para as nomear estavaõ concedidas. Consta do titulo fol. 23. ad fin. Mostrase mais ser falecido Lucas Soares, e sem descendencia, e outro sim Antonio Soares, e sem descendentes tambem, do qual factõ se não duvida, como juntamente o ser elle aquelle neto varão mais velho filho de D. Maria Soares, e de Joãõ Alvarez, e que assim a elle lhe pertencia, e entrar nesta Comenda, conforme a vocaçãõ do dito seu avô. Allegase por parte de Miguel Soares, terceiro embargante, que seu irmão Antonio Soares segundo chamado ao morgado, e juntamente nomeado nos bens de Ordens, nomeada nelle Miguel Soares as Comendas, e bens da Coroa, que seu pay lhe deixara, como se vê da Certidãõ fol. 214. e que esta nomeaçãõ havia de prevalecer contra aquella que o dito Diogo Soares seu pay fez a nos successores de seu morgado, por quanto elle não podia nomear mais como digo, que huma vida, e menos annexar a Comenda ao morgado, nomeandoas nos successores delle, quanto mais q̃

dado q̄ pudesse fazer aquella qualidade de successor do morgado se não podia verificar em Diogo Soares primeiro embargante, porquãto Diogo Soares seu avo não podia no seu titulo fazer morgado, pois o tinha já feito em as escrituras dotaes, que andaõ nestes autos a fol. 182. e 194. em as quaes elle Diogo Soares não era chamado, pois eraõ feitas entre seu avo, e segunda, e terceira mulher, das quaes elle Diogo Soares, terceiro embargante não descendia, por ser filho de Dona Maria Soares, que era filha do primeiro matrimonio do dito Diogo Soares avo delle embargante. O que visto, e como por parte do dito Diogo Soares, primeiro embargante se mostra ser feita a mercè da sobredito Comenda a seu avo em quatro vidas mais effectivas, e de livre nomeação, além da sua, sendo a causa final desta mercè a boa satisfação com que servia a El Rey Catholico, pois posta no proemio, e principio do dito Alvará, o qual motivo só respeitava ao dito Diogo, e não aos successores nas vidas de que lhe faria mercè, nem he justo querer fazer mercè d'aqueles que os successores de Diogo Soares nomeassem livremente, sendo que podião nomear pessoas não benemeritas ao Mestre, nem por si, nem por seus descendentes, com que mais he de presumir quizesse o Mestre cometer a declaração daquellas vidas mais ao dito Diogo Soares, de que tinha experiencia, e conbecimento do que aos successores, que livremente nas taes vidas succederem a quem não conhecia, mas antes eraõ parã com elle pessoas totalmente incertas, e como taes incapazes da affeição do Mestre, e consequentemente da sua mercè, e como o Mestre fizesse mercè ao dito Diogo Soares de quatro vidas mais effectivas, e de livre nomeação, além da sua, não podendo nesta caber a morte, pois já a tinha nas quatro vidas, e que lhe havemos de considerar a mercè, ou para melhor dizer na declaração, e nomeação dellas, e como esta foy feita por Diogo Soares successivamente nos successores, que para seu morgado chamava, como se vê do seu titulo a folhas 122. ad finem, e assim em fórma mais conveniente para se encherem as quatro vidas mais effectivas, e de que se lhe havia feito mercè, e mais conforme á vontade do Mestre, pois nomeou nas taes vidas aquelles seus descendentes, que julgou dignos da successão de seu morgado, e conservação de sua Casa, que he de presumir, que com mais facilidade o Mestre lhe havia permittir este modo de nomear, pois he menos do que aquella facultade tão ampla de livre nomeação, mas antes se atendermos para o Alvará, se acha

nelle provado o discurso a cima, e em cumprimento delles se passará carta de Comenda á pessoa, ou pessoas em quem o dito Diogo Soares nomear, as quaes palavras supõem ser concedido naquella ampla facultade poder a Diogo Soares alternativamente, ou para nomear huma pessoa, ou muitas, aliás ficaraõ superfluas, o que conforme a direito se não deve dizer, quanto mais nesta fórma de nomeação successiva, supposta a facultade, livre nomeação, não haja prejuizo algum de terceiro, nem do Mestre, razãõ porque não obsta, que concedido hum prazo em tres, ou mais vidas, sómente qualquer emphyteuta pôde nomear huma, não porque o nomear mais seja contra a natureza do tal contrato, mas porque assim o tem introduzido o costume, favorecendo aos direitos Senhoriaes, que aliás ficaraõ muito prejudicados, por quanto se o primeiro emphyteuta podera nomear todas as vidas, já o segundo não podera vender o prazo, e ficava o Senhor perdendo o seu laudemio, razãõ que tambem impede o nomearem se os prazos nos successores de morgados juntamête em todas as vidas, o que falta no caso presente, de mais que o prazo não se dá ao emphyteuta intrusæ suæ personæ id intuitu rei meliorandæ, que este foy o fim para que se introduziraõ, e a Comenda de que se trata primeiro foy concedida pelo Mestre a favor de Diogo Soares, e assim de presumir he, que a elle quiz o Mestre conceder a facultade de nomear todas as vidas, além de que dado, q̄ Diogo Soares por virtude do sobredito Alvará não poderã nomear mais q̄ hũa vida, como esta devia ser effectiva atégora, ninguem entrasse na Comenda, nem pudesse entrar, ainda se não pôde dizer, que a facultade que Diogo Soares tinha para nomear se extinguiu pela primeira nomeação, para effeito de segurar esta he certo podia fazer as instituições q̄ quizesse, o q̄ fica mais claro, visio o codicillo de Diogo Soares fol. 134. vers. em q̄ declarou ser sua vontade nomear nos bens da Coroa, e Ordens aquelles q̄ no seu titulo chamou para seu morgado, q̄ fossem vivos no tẽpo q̄ houvesse de entrar de posse dos ditos bẽs, e como dos tres q̄ chamou só o primeiro embargante se acha vivo, e os primeiros chamados Lucas, e Antonio são falecidos sem poderẽ entrar na tal Comenda por impedimento das justas guerras, q̄ este Reino com o de Castella tinha e de tempo da paz, por estar nella encartado o Marquez de Marialva, fica claro pertencer esta Comenda a Diogo Soares seu neto por primeira nomeação de seu avo, não obsta a nomeação, que Antonio Soares segundo chamado para o morgado, e bens das Ordens faz a Miguel Soares, por quanto,

ou elle nomeou a mesma sua vida em que havia de entrar. ou outra que á sua se seguisse, do primeiro modo não podia ser valida a nomeação, porque elle não podia nomear para depois da sua morte hum direito, que por seu falecimento se havia de extinguir, menos do següdo, porque para isso lhe faltava a faculdade que he de nos entender, que o Alvará não cede a nomeação de todas as quatro vidas effectivas a Diogo Soares, mas só a primeira, ficando entã pertencendo as vidas por sua ordem com aquellas pessoas que fossem vidas, e essas effectivas, como se vé do Alvará, o qual como expressamete não falla em Antonio Soares, e esta não chegasse a ser vida, mal podia nomear sem para isso ter poder por aquelle Alvará nem obsta tambem o allegarse por parte de Miguel Soares, que a Diogo Soares lhe faltava a qualidade de successor do morgado de seu avo Diogo Soares, e como este chamou para os bens das Ordens, e ao tal successor lhe não pôde pertencer esta Comenda, porque omitindo a questão se he valido, ou não o vinculo do morgado, que Diogo Soares o velho no seu titulo instituiu, mas antes dado que seja nullo, não pôde com tudo o defeito daquella qualidade impedir ao primeiro embargante o entrar na Comenda de que se trata, por quanto a qualidade do successor do morgado não foy posta por antecedente necessario para lograr a Comenda. porque o instituidor não vinculou a Comenda ao morgado, mas só nomeou nella o successor de seu morgado demonstrando por relação a esta qualidade as pessoas que queria tivessem esta Comenda, e como consta, que aquelle chamou para esta Comenda depois de Lucas Soares, e Antonio Soares, que já falecerão, e sem descendencia, a seu neto varão, filho de sua filha Dona Maria Soares, e João Alvarez Soares, qual he o dito Diogo Soares

primeiro embargante, do que se não duvida, e assim como consta da pessoa demonstrada, conforme a Direito, não deve prejudicar a falsidade da demonstração, dado que a baja, e que assim chamasse ao dito primeiro embargante, expressamente se vé do titulo fol. 123. ad finem, fallando das Comendas, nomeio enz Lucas Soares, em meu filho, e em sua falta a quem succeder em o dito morgado asima fundado, e depois delle se continuarão successivamente as taes vidas em os successores immediatamente seguintes, pela ordem asima dita, com que esta nomeação como se refere á instituição do morgado, e á ordem que nelle se guardou, torne nesta a repetir se, conforme a Direito aquella mesma primeira avocação cõ que clara fica a nomeação do primeiro embargante, ainda dado que nelle se não achara a qualidade de successor do morgado na realidade, com tudo a respeito da vontade do instituidor do testador, ainda nelle dito Diogo Soares se verifica, pois se atendermos á tenção do testador, o primeiro embargante, e não outro he o que hoje a tem, supposta a vocação asima referida, o q̃ basta para se justificar a nomeação deste primeiro embargante, e constar largamente da vontade de seu avó, que para os bens das Ordens expressamente o chamou, pelos quaes fundamentos, e os mais que dos autos consta. Julgo pertencer a Comenda de que se trata ao primeiro embargante Diogo Soares. E o embargado, e Miguel Soares terceiro embargante, pague as custas de permeyo, em que outrosim os condemno. Lisboa 8. de Julho de 1680. O Doutor Jeronymo Vaz Vieira.

Hæc sententia potest fundari in allegatione sequenti, quam feci in dicta causa in instantia appellationis interpositæ ad Mensæ Conscientiæ Tribunal.

Et tenor allegationis est sequens.

179

180

181 **S** Em embargo do que ex adverso se allega, se deve confirmar a justificada sentença fol. 253. e porque este feito está razoado com toda a miudeza, e largueza, por parte do dito Diogo Soares a fol. 85. & 235. essas razoes offereço neste lugar, por não repetir o que ahi está dito, e sómente mostrarei, discorrendo pelos fundamentos da sentença, ser a mais justificada que se pôde considerar.

182 **E**m duas partes se divide a sentença para julgar a Comenda de que se trata no appenso, em a primeira se exclue o Marquez appellante, e em a segunda se exclue a Miguel Soares tambem appellante, sendo diversos, e separados, o discurso, e os fundamentos de hum, e outro, e assim será necessario tratar de huma, e outra pessoa separadamente, referindo, e corroborando os fundamentos da sentença, para mostrar a justificação della, discorrendo por seus fundamentos, e assim tratando primeiro dos que exclue o Marquez, e de sua justificação, depois trataremos dos que não admitem ao dito Miguel Soares, e assim a respeito do Marquez diz a sentença fol. 253. vers. o seguinte por primeiro fundamento. *O que visto, e como por parte dos embargantes se mostra ser feita a mercê da Comenda de N. Senhora do Pereiro a Diogo Soares, pay, e avo dos embargantes, da qual se lhe passou carta fol. 102. e della esteve de posse, consta da certidão fol. 110. e da jurisdição a ella pertencente, como se vé a fol. 108. vers. termos em que conforme aos de Direito a mercê posterior feita ao Marquez de Mari-*

alva

alva da sobredita Comenda, ainda que della estivesse de posse, lhe não podia prejudicar.

- 183 Este fundamento in facto está justificado pelo deduzido nelle, e pelos Alvarás citados no mesmo fundamento, e in jure se justifica; porque em toda a concessão Regia sempre prefere a primeira mercê, e não lhe pôde tirar seu effeito, e sempre se regula o Direito pela antiguidade da primeira mercê, como o dizem fallando em concessão Regia o texto na *L. ultim. Cod. de fund. & saltib. rei dominicæ lib. 11. Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. numer. 31. Antonel. de tempore legali lib. 4. cap. ultim. Danza de pugna Doctor. tom. 2. cap. 1. de rescript. numer. 18. & 19. Menoch. conf. 1193. in fin. Larr. alleg. 91. num. 18.*
- 184 E o mesmo procede nos beneficios, e concessões de prebendas, e canonicatos, em que precede a graça mais antiga, e lhe não faz nenhum prejuizo a segunda, mas sem embargo della ha de ter seu effeito a primeira, ut sunt *text. in cap. Capitulum Sanctæ Crucis de rescriptis, & ibi DD. & gloss. marginalis litt. A. cap. si à Sede de præbend. lib. 6. cap. si duobus de rescript. ubi Barboj. & Fermosin. cap. duobus cap. qui Gratiam de rescript. in 6. cap. eum cui 7. de præbend. in 6. ibi: Juxta suæ provisionis ordinem omnibus præferendum, quibus postmodum in ipsa Ecclesia similis gratia est concessa. Cap. si postquam de præbend. in 6. Valenz. conf. 34. num. 37. cum seqq. ibi: Primo, nam grata ipsi facta per suam Sanctitatem de Coadjutoria cum futura successione, & canonicatum, quem possidebat Laurentius Gavotro jam vitæ functus fuit anterior per duos fere menses, quam gratia facta dicto D. Petro de simili Coadjutoria Canoniceatus D. Joannis Zapata ipsius patru, unde ex eo veniebat præferendus, nam in rescriptis gratiosis attenditur tempus datæ.*
- 185 E fallando em termos de mercês das Comendas, diz o mesmo *Solorz. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 9. num. 11. & 19. ibi: Nam cum hæ Comendæ, & literæ earum expectativæ, de quibus loquimur, ut plurimum dentur, & justitia mediante semper dari debeant in remunerationē meritorum, ut sæpe probavimus, non potest, nec debet Princeps eas semel datas facile revocare, aut de uno in alium transferre.*
- 186 E ahi prova isto com muitas doutrinas, e diz, que a segunda graça não pôde prejudicar á primeira. E o mesmo diz *Mendo de ordinib. militarib. disquisit. 10. q. 4. num. 27. ibi: Quod si nulla in speciali designetur commenda, tunc qui prior est tempore potior est jure, isque obtinebit primum, cui prius tempore gratia fuerit concessa.* E para isto allega muitas doutrinas, e no num. 31. conclue com as palavras seguintes: *Quare ea donatione facta, & translatio dominio, nihil subsistit quod secundo donari queat. Tondut. de pensionib. cap. 23. numer. 13. ibi: Sed quando una fit hodie, altera cras, tertia vero post aliquos dies, existimo salvo saniori judicio primas nominationes, seu translationes prævalere.*
- 187 Com o que estando feita mercê da Comenda a Diogo Soares avo do appellado, de que se lhe passou carta, e entrou de posse, não podia a mercê que depois se fez da mesma Comenda ao Marquez de Marialva, prejudicar lhe, pois a mercê posterior não pôde prejudicar á anterior, como o Reverendo Juiz géral diz, e o dispoem o Direito referido.
- 188 O segundo fundamento da sentença fol. 253. vers. diz o seguinte: *Principalmente não se fazendo menção no segundo Alvará da primeira mercê, nem havendo a Magestade do Senhor Rey D. Affonso por caduca na pessoa de Diogo Soares, sendo que conforme a Direito, primeiro devia tirarlha, do que della fazer mercê a outrem.*
- 189 Este fundamento contém duas partes, huma sobre ser necessario fazer menção no segundo Alvará do primeiro, e a outra sobre ser necessario vagar a Comenda para se prover, e ambas são justificadas. A primeira, porque ainda quando o Principe pôde revogar a primeira mercê, ha de ser fazendo na segunda, menção, e revogação della; porque de outra sorte he nulla, *Cap. ex parte o 1. cap. super eo de offic. delegati, cap. sed tunc de rescriptis, & ibi communiter DD.*
- 190 A segunda parte tambem he justificada, porque para a Comenda se prover, e entrar a graça della, he necessario que a Comenda vague, e que se haja por caduca para se poder prover, e entrar a mercê della, *ut in terminis Comendæ tradit Otobon. dec. 160. Ricchjo dec. 433. num. 24. & dec. 420. numer. 1. e a razão dá na decis. 472. numer. 4.* ainda diz, que he necessario haver sentença de privação, passada em cousa julgada, para se dizer, que ficou vaga, e caduca, e se poder fazer novo provimento, porque sem a dita sentença de privação não se pôde dizer a Comenda vaga, nem fazerse provimento della e para isto allega *Gonzal. Barb. Pariz.* e outros, com o que fica justificado o dito segundo fundamento, pois não pôde haver provimento da Comenda sem legitima vacatura, *Cap. 2. cap. ex tenore de concess. præbend. Solorzan. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 6. num. 2. 3. & 5. Gonzal. ad reg. 8. gloss. 15.*
- 191 O terceiro fundamento da sentença fol. 253. vers. diz o seguinte: *Nem os abominaveis crimes*

mes, que contra Diogo Soares se allegaõ, podiaõ produzir aquelle effeito sem sentença declaratoria, que se não mostra.

192 O fundamento da sentença he justificado, não só pela sentença fol. 141. mas porque por mais grave, que o crime seja, he necessario sentença declaratoria, sem a qual não ha prejuizo, nem se pôde proceder à privaçaõ pelo crime, ainda havendo pena imposta, ipso jure, *Cap. cum secundum leges de hæreticis in 6. & ibi Aug. Barboſ. numer. 7. 8. & 9. late Guterr. canonicar. lib. 1. cap. 1. num. 20. & seqq. & per tot. Fagnan. ad cap. vergent. de hæretic. uum. 5. Bart. in L. ejus delatorem ff. de jure fisci, Surd. de aliment. tit. 9. q. 25. numer. 73. & 74. Peregrin. de jure fisci lib. 4. tit. 5. & tit. 8. à numer. 8. Cald. forens. lib. 1. q. 23. num. 49. & de resolut. empbyt. cap. 17. numer. 25. Simanc. de catholic. instit. tit. 46. numer. 71. Vasquez 1. 2. disp. 172. cap. 2. numer. 11. Salzed. ad Bernard. Dias cap. 114. lit. A. Hurtad. de fide disp. 87. sect. 2. §. 16. Bart. in extravagant. qui sint rebelles in vers. rebellando column. 3. vers. Primo casu, ubi quod omnia jura mundi disponentia pro aliquo crimine, ipso jure pœnam imponi, intelligenda esse dummodo sequuta fuerit sententia declaratoria, qua declaretur crimen illud commissum fuisse; aliàs pœnam non posse habere executionem, seu effectum suum. Multis etiam citatis tradit Roxas de incompatibilit. maiorat. 3. p. cap. 1. num. 51. ibi: *Non valeat privari nisi prius formato judicio, & per sententiam declaratoriam judicatum sit contravenisse, & ex eo ad privationis pœnam condemnetur.* E para isto allega wuitos Doutores, e nestes termos, ainda que faltara a sentença fol. 141. e Diogo Soares cõmetesse os crimes de lesa Magestade, que se allegaraõ, não podiaõ produzir effeito sem sentença declaratoria, a qual se não mostra, como o Reverendo Juiz da Ordens diz, antes o contrario consta da sentença fol. 141.*

193 Diz o quarto fundamento da sentença fol. 253. vers. o seguinte: *E ainda que houvera esta nos termos presentes se não havia de attender, visto o xv. avo Capitulo das Pazes, em que se declaraõ por nenhumas, e como não acontecidas todas as disposiçoens, e privaçoens feitas em odio das guerras, e os dous Reys ambos soberanos perdoaraõ a huns, e outros vassallos, e como aquelles anihilaraõ totamente todas aquellas disposiçoens, todos os effeitos dellas ficaraõ como não acontecidos, e annullados, assim por quem podiaõ os titulos, que justificavaõ a posse dos bens confiscados, e ausentes durante a guerra, por consequencia necessaria se seguia a restituicaõ dellas, sem que se attendesse á qualidade dellas, ou fossem da Coroa, ou Ordens, e ainda que as razoens de Direito assim o não pediraõ, conforme a elle, com tudo, assim amplamente se haviãõ de interpretar as disposiçoens daquelles dous Principes, ambos soberanos; mayormente sendo o Tratado das Pazes, como se vê do 1. artigo dellas, feito em nome das Coroas, e vassallos. termos em que conforme aos de Direito tambem como Mestres as fizeraõ, incluida a qualidade de Mestres, ou naquella palavra Vassallos, pela subordinacaõ, que os Mestres tem aos Reys, ou por aquella palavra Coroa supposta a uniaõ, que entre a Coroa, e Mestrados ha hoje.*

194 Este fundamento he justificado, e muy conforme aos artigos da Paz, e ás resoluçoens Reaes, e ás disposiçoens de Direito, porque as palavras do Artigo 8. da Paz, sobre que logo discorreremos, vaõ a fol. 170. e dellas todas se moviaõ dous discursos, hum do poder dos Principes para obrigar aos vassallos a seu cumprimento, o outro da vontade, que tiveraõ de comprehender nesta restituicaõ, não só os bens, que estavaõ no Fisco, e Coroa, mas ainda, os que se achavaõ em poder de terceiros possuidores, e por causa da guerra, se tiraõ às pessoas, a quem pertenciaõ, e nessa fórma se haõ de restituir. Porque nas pazes capitulaõ os Principes, como pessoas publicas, em nome, e com poder de todo seu povo, que tendo por antigo direito poder privativo de denunciar a guerra, ou estabelecer a paz, L. 2. §. *si ita ff. de origin. jur. este* passou em o Rey. *Gail. de pace lib. 2. cap. 4. num. 9. cum aliis Strach. lib. 17. historiar. ibi: Patria ei totius imperii administrationem concessit, & pacis, & belli potestatem.*

195 E assim nota *Dionysio Halicarn. lib. 4. historiar. 3. couſas, que tinha summamente o povo, e que passou em o Principes jus magistratum creandorum, jus legum condendarum, jus discerendi de bello, ac pace.*

196 Por esta razãõ ficou obrigado o povo, e os particulares de que elle se compoem a guardar os Capitulos das Pazes, como se os houveraõ elles mesmos contratado, *L. si fundum ff. de legat. 1. cum aliis de quibus Hugo Grot. de jur. belli lib. 3. cap. 20. num. 5. cõforme ao que he certo, que em a obrigaçaõ do Principe vay implicito, ou para melhor dizer expressa a do particular, e assim fica obrigado o vassallo ainda que Ecclesiastico, e de fragil sexo, Gail. de pace lib. 1. cap. 1. num. 9. & seqq. Thusc. lit. R. concl. 300.* E assim comprehendidas tambem as Comendas, e Ordens, como havendo duvida o resolveo a Rainha nõsta Senhora, como consta da resoluçaõ da dita Senhora fol. 178. vers. ibi: *Havendo dado conta á Rainha minha Senho-*

Senhora de duas perguntas, que em resposta do meu papel de 28. do passado se serve V. Excellencia de fazer em o seu de 29. a bñã sobre se em a palavra geral, de que aos Portuguezes, que gozavaõ fazendas em estes Reynos se lhes restituirão, se comprehendem os bens da Coroa, e Ordens Militares, ha tido por bem de mandarme responde a Vossa Excellencia, que debaixo daquella generalidade comprehende Sua Magestade todo o genero de bens, de qualquer qualidade de que sejaõ sem distincão nenhuma de Coroa, e Ordens, e que seu real animo fará restituir sem tardança, tudo o que pertence aos Vassallos de huma, e outra Coroa, ao mesmo estado em que estavaõ antes de começar a guerra, conforme a referida generalidade.

197 E assim de qualquer qualidade que sejaõ os bens se haõ de restituir, e os comprehendem os artigos da paz, que se ha de guardar, como nella se contém em toda a ampliação, como o diz Salzedo no lib. intitulado tractado juridico, e politico de el contrabando cap. 7. pag. 81. aonde depois de fallar nas pazes, diz no n. 24. no. §. Y siendo, as palavras seguintes. Y siendo como tenemos dixo estas capitulaciones, y pactos, leyes que se devem guardar inviolablemente por los subditos de cada Principe, a riesgo de ser tenidos por quebrantadores de la paz, y quietud publica.

198 E para isto allega muitos textos, e Doutores, e assim se naõ pôde duvidar da dita observancia, porque posta de parte a obrigação propria em que se acha incluido o Principe, o Mestre, e o mesmo appellante como vassallo para cumprir pela sua parte, o que o Principe, e Rey capitulou em o tratado da paz, considerando absolutamente este negocio, he certo, que quando insta a utilidade publica, pôde o Principe revogar os contratos, e tirar absolutamente o direito a terceiro porque a paz se estima pela mayor utilidade publica, e pelo supremo bem, que gozaõ os mortaes, ut multis authoribus tenet Pegas in comment. ad Ord. tom. 1. ad pro. emium gloss. 24. numer. 1. & seqq pag. 23. E isto mesmo conhecerãõ os Jurisconsultos, e o abraça o Direito, L. congruit 13. de offic. Præsidis, L. 2. §. quintus autem, Cod. de vetere jure enucleand. L. 8. in med. ff. de summa Trinitat. tot. tit. de pace Constantiæ in usibus feudor. cum multis Menoch. conf. 103. numer. 44. & conf. 701. numero. 63. Gratian forens. cap. 956. numer. 2. Gail. de pace public. lib. 1. Hugo Grov. de jur. belli ac pacis lib. 3. cap. 23.

199 Si ergo o socego publico, e a paz commua he de tanta utilidade, como assegura a Escriitura Sagrada, eninaõ os Santos Padres, escrevem os Poetas, conhecem os Politicos, estabelece a Jurisprudencia, que muito he, que affirmemos, que sem mais causa, que a utilidade publica, nem a merce pôde subsistir, pois todas ficaõ revogadas, e reduzidas ad non titulum, quando insta a utilidade publica.

200 Porque supposto, que seja regra geral, que naõ pôde o Principe tirar o direito, e dominio adquirido a terceiro, ut est vulgare; com tudo esta regra se limita em este caso, por quanto instando a utilidade publica, pôde o Principe dominium tollere, aut jus in jacturam privati mutare quamvis quæsitum vel contractu, vel alio legitimo titulo, assim o provaõ a L. item si verberatum 15. ff. de reivindic. L. Lucius 11. ff. de viuct. como o entenderãõ Fulgos. conf. 20. numer. 6. Pinel. in rubr. de rescind. vend. 1. p. numer. 14. in fin. Amaya in L. 2. Cod. de annonis, & tribut. lib. 10. repetens ad legem primam, Cod. de fundis limitrophis lib. 11. num. 20. E o mesmo dizem os textos in L. 2. §. Cassius ait ff. de aqua pluvia arcend. L. si privatis ff. qui, & à quibus, L. quod semel ff. de decretis ab ordine faciendis, L. 1. §. si vendendæ ff. ad L. Rhod. de jactu, L. 31. tit. 18. partit 3. Gregor. Lop. in L. 49. tit. 18. part. 3. gloss. 1. Villar. respons. 8. num. 40.

201 Esta limitação legal abraçaõ todos os Doutores referidos, e todos os que escrevem no Cap. cum Ecclesiar. de constitutionib. Paulo de Castr. in L. digna vox, Cod. de legib. Anton. Gabr. communium opin. tit. de jure quæsito non tollend. conclus. 2. Beccio conf. 3. numer. 50. Menoch. conf. 350. numer. 27. Molin. de primog. lib. 4. cap. 3. numer. 17. Larrea allegat. 3. numer. 8. & allegat. 15. numer. 13. 35. 37. & 42. Valenzuel. conf. 99. numer. 33. Hermosill. in L. 35. tit. 5. partit 5. gloss. 1. & 2. num. 18. Castill. de tertiis cap. 18. numer. 151. Amaya in L. 1. Cod. de fund. limitrophis lib. 11. cum multis antiquiorib. Matienç. in L. 6. tit. 10. lib. 5. recopilat. gloss. 7. numer. 10. Sousa in §. action. instit. de action. part. 4. concl. 3. numer. 30. q. 1. Bobadilb lib. 2. politicor. cap. 78. num. 269. Capic. Galeot. respons. fiscal cap. 23. numer. 59. præcipue numer. 70. S. Felicio de donativis numer. 18. Cancer. var. tom. 3. cap. 3. numer. 45. & seqq. Gratian. ubi supr. Capic. Latr. potest. proregis tit. 5. numer. 10. & tom. 2. conf. 15. num. 8. Marin. in observat. ad Revert. decis. 487. num. 3. Fermosin. in cap. 2. ut lite non contestata q. 7.

202 E em termos de paz o resolve Menoch. conf. 701. num. 63. ibi: Porro in nostro casu justo fuit causa nempe pacis, ob quam non solum potest auferre possessionem, & alteri concedere, sed etiam

etiam dominium. E. com o cap. constitueretur 50. distinct. e outros, que cita, e funda Grat. forens. cap. 959. num. 2. Marin. in observat. ad Revert. decis. 487. num. 1. & 2. & cum aliis Thor. in suo Cod. ver. judicatur. allegat. 29. num. 6. & 7. ibi: Etenim cum hæc militaris concordia pro bono pacis sit facta, certum est hoc posse Principem jus tertii tollere, & gratiam in præjudicio juris tertii concedere. Et ibi allegat multa jura, & DD. ultra eos Masvill. de inductu cap. 22. num. 84. ibi: Nisi fiat pro causa justissima ex causa publicæ utilitatis, veluti quando rebelles remittit ex causa pacis. Multis citatis idem tenet Gusman de evict. q. 52. num. 6. aonde depois de pôr a regra de que o Principe não pôde prejudicar a terceiro, a limita no dito num. 6. com as palavras seguintes, ibi: Non tamen ita limitata est Principis potestas, ut aliquando alterius dominium auferre non possit ex causa publicæ utilitatis. pacis, & aliis quæ ad Reipublicæ conservationem sunt necessaria, & secundum juris divini, & humani regulas, à quibus illi præceptum est, ut regat, & protegat, & faciat omnia, quæ ad conservationem Reipublicæ sunt necessaria, & ad eundem finem potest uti bonis subditorum.

203 E para isto allega muitos Doutores, & Surd. conf. 203 num. 17. Castill. tom. 5. contr. cap. 89. num. 93. & seqq.

204 Et merito porque os mais cõmuns, e geraes pactos, e leys são os artigos da paz, porque os Principes, que não podem fazer Leys para outros subditos, capitulando a paz em aquella concordia commua obrigaõ aos subditos de todos á abservancia della, como Ley geral em ambos os territorios, Aristot. lib. 1. politicor. cap. 6. Joann. Celden. de imperio maris lib. 1. cap. 20. per Bodin. de republic. lib. 1. cap. 6. & 7. Gam. decis. 384. Cabed. 1. p. decis. 159. & 2. part. decis. 47. Seraphin. de Freitas de justo imperio Lusitano cap. 8. numer. 34. Castill. qui multos refert lib. 5. contr. cap. 89. num. 93. & lib. 7. cap. 18. num. 136. ibi: Lata enim lege generali possunt Principes ex justa, & necessaria causa Reipublicæ, seu Regni admodum convenienti revocare contractus, & donationes antea factas, si alias ex ipsorum conservatione magnum damnum, & detrimentum Reipublicæ resultaret, quod & antea dixerat Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. num. 28. & lib. 3. cap. 3. num. 11. Mier. de maiorat. 2. p. cap. 4. num. 46. & postea Larr. allegat. 77. num. 16.

205 Mas deixando nos levar da mesma regra com que se governa esta materia em os bens dos subditos, fazemos demonstraçaõ clara de que sem embargo de estarem os bens em poder de terceiro, os quiz comprehender, e se comprehenderão em os Capitulos das Pazes.

206 Dispoem o segundo, que todas as fazendas de raiz se tornem a seus antigos possuidores, ou a seus herdeiros. O literal deste capitulo inclue este caso, porque a Comenda de que se trata se ha de restituir a quem pertence, e pertencia antes da guerra, que he ao appellado, como explicou depois mais extendidamente o Cap. 8. por cujas palavras se irá discorrendo, e comentando, pois cada hũa de per si são bastantes fundamentos para se conceder, e mandar fazer a restituicaõ, que se pertende. Todas as privaçoens, e disposicoens são estas palavras generalissimas, em que claramente se vem comprehendidos quaesquer contratos, e mercês, que se haõ feito acerca dos bens, que vieraõ ao Fisco, ou Coroa pela occasiaõ da guerra, porque a palavra privaçoens, e disposicoens não somente comprehende as ultimas vontades, mas os contratos, mercês, e concessõens, ita tenet Menoch. conf. 476. num. 13. Surd. conf. 265. num. 32. Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 28. Fusar. conf. 112. num. 5. Nenhuma outra cousa, a que poderse attribuir, nem tambem a palavra privaçoens, porque comprehendendo tudo aquillo de que houve privaçaõ depois da guerra, Paris q. 56. numer. 36. de fident.

207 E como quer que os Capitulos das Pazes sejaõ a mais prevenida, e concordada resoluçaõ, que se toma, não havemos de dar em ella palavras sobradas, que não se permitiraõ em outras de menos jerarquia, L. 1. ff. administr. tutor. L. 3. in princip. ff. de jurejurand. L. quod Labeo ff. de carbonian. edict. L. si quando ff. de legat. 1. L. fin. ff. nequid in loco publico, L. si stipulatus ff. de usur. L. 1. in fin. ff. ad municipal. cap. Papa de privileg. in 6. Cravet. conf. 701. num. 4. vol. 5. Egyd. Belamer conf. 26. numer. 14. Surd. decis. 64. numer. 19. & conf. 129. numer. 9. & conf. 124. num. 12. cum aliis de quibus Barbof. axiomat. jur. liter. L. num. 14. & liter. V. num. 31. & seqq.

208 Principalmente quando a materia, de que se fallava em o Capitulo das Pazes, distava muito de ultimas vontades, ás quaes regularmente se acõmoda a palavra disposicoens, senaõ fallava na restituicaõ dos bens, que entraraõ no Fisco, ou Coroa por causa da guerra, e as disposicoens, que delles se podiaõ haver feito, e este foy o commum sentido do dito Capitulo, e artigo da Paz, quando se fez, e he conclusaõ certa, que as palavras tomaõ o significado da materia, circa quam elegans text. in L. plenum §. Equicii ff. de usu, & habitazione, L. si uno ff. locat. L. insulam ff. de præscript. L. diem proferre 32. ff. de arbitr. L. si ut certo §. munc

videndi ff. *comodat. l. 3. ff. quib. mod. ususfruct. amittat. Nat. conf. 416. Surd. conf. 3. numer. 24. & conf. 179. numer. 52. Simon de Pretis de interpret. ultim. volunt. introduct. 2. dubit. 2. solut. 7. Cyriac. contro. 528. numer. 22. Galeot. contr. 10. numer. 7. Ant. Per. conf. 16. n. 1. & conf. 32. num. 28. Nigro de laudem. q. 23. numer. 3. tom. 2. E por isto depois de fallar nas privaçoens das heranças, continuou com a palavra disposiçoens feitas em odio da guerra, para separar das heranças as disposiçoens, que se verificaõ nas mercês, que todas com a paz ficaraõ reduzidas ad non causam, principalmente, quando começa pela palavra todas, que he universal, & nihil excludit, *L. omnia ff. si certum petatur*, & ita tenet Giurba, quem ego ipse refero in *comment. ad Ord. tom. 1. ad proem. gloss. 18. num. 1* & omnia qui dicit, nihil excludit, *L. Julian. ff. de legat. 1.* & quod in genere dicitur, ad omnes species illius extenditur, *L. alienatum. 67. §. fin. L. hac verba ff. de verbor. significat.* Et verba generalia generaliter sunt intelligenda, quamvis maior ratio detur in hoc casu, quam in alio, *L. 1. §. quod autem ff. ludi aleæ, & aleatoribus, L. 1. §. generaliter ff. de legat. praestand. Cravet. conf. 3. num. 227. & num. 13.* ubi quod verba universalia, & simplicia comprehendunt omnia, quæ possunt excogitari, *Tiber. Decian. conf. 50. num. 21. & 22.**

209 E em termos, que fazendose a paz nesta fórma, comprehenda as palavras referidas ás mercês, concessõens, declaraçoens, confiscaçoens, e ainda sentenças, o diz *Roland. conf. 1. n. 18. vers. eo maxime lib. 3. ibi: Non obstantibus donationibus, concessionibus, declarationibus, confiscationibus, & sententiis.*

210 Probant etiam eleganter, & omnino videndi, e em termos as elegantes decifoens da Rota apud *Clement. Merlin. decis. 125. & 168. Marin. ad Revert. decis. 72.* & ibi observatio late, & eleganter *Mastrill. de indultu cap. 22. per tot.*

211 Feitas em odio da guerra, socegado o estrondo das armas, e restaurada a paz, se restitue a justiça, e com ella os damnos, e prejuizos, que a guerra fez, mal se atende entre as vozes do clarim, e golpes do tambor, as concertadas razoens das Leys, divertidos os sentidos com o pó, e mal concertados com o sangue, não se adverte, e cega a atenção ao igual, e ao justo, *Don Diogo Saavedra empresa 99. ibi: Por esto dixo Mario, escusandose de haver cometido em a guerra algũas cousas contra as Leys da patria, que no las avia oido con el ruido de las armas.*

212 E por isto, não chamamos odio da guerra à emulaçoã, que entre as duas Naçoens ha, aquella entre homens de conta he generoso, e puro anhelõ de exceder em gloria a gente obscura a converte em raiva, e em odio, juxta illud Philosophi, unumquodque recipitur ad modum recipientis, e por isto não entendemos estas palavras, senaõ da causa da guerra publica, e de tudo aquillo, que se obrou depois della; que ficou sem effeito.

213 E por isto se seguem no Cap. 8. as palavras: Saõ declaradas por nenhuma, e como não acontecidas, porque não se póde com mayor efficacia prover a restituicaoõ, que se capitulou pela paz, pois he certo, que annullado o titulo primitivo, ou rescindido, tudo quanto ha subsequente se desvanece, e cobra a cousa o primeiro estado, que tinha antes do titulo, que se annulla, *L. exempto §. si quis virginem ff. de actionib. empt. L. filius §. qui Muciana ff. de legat. 1. L. 1. & 2. Cod. si adversus transactionem in termin. cap. si beneficia de præbend. in 6.* E isto a respeito do terceiro tambem, ainda que não haja tido noticia da qualidade da cousa, como o funda *Noguer. allegat. 29. n. 225. ibi: Quod procedit similiter respectu tertii, qui metus non fuit particeps, nam cum titulus sue acquisitionis etiam irritetur, veniunt quoque fructus, ut probat text. in cap. Abbas 2. de his quæ vi, ubi cum quis compulsus fuit relinquere suam præbendam, de qua collatio fuit facta alteri violentiæ ignaro, disponit Pontifex sibi præbendam restitui cum integritate universa, & ibi notat Abb. num. 3.*

214 Esta doutrina he formalissima para lo caso, que depois se fortalece com a doutrina de *Angel. in L. sed & si partus n. 2. & 3. ff. quod metus causa*, e he constante conclusaõ, que havendo decreto, como este, irritante de titulo, nunca o titulo se considera, *Gratian. forens. cap. 283. num. 5. & 22.* em termos, que o titulo primeiro dado por nullo, não valha o que se segue, he notavel, e formal a doutrina de *Larrea decis. 76. n. 5. & 6.*

215 A razaõ disto he, porque o que tem o primordial titulo de sua adquisiçaõ dado por nullo, he o mesmo, que se não tivesse titulo, pois tanto val hum como o outro, *L. quoties, ff. qui satisfacere cogantur, L. non putavit, §. non quævis bonorum possess. contra Tabulas, L. 1. §. penultim. ff. quod cujusque univers. Valenzuel. conf. 39. num. 35. Gratian. cap. 45. n. 23.* Os dous Reys perdoã a culpa a huns, e outros vassallos, perdoada a culpa, fica tambem perdoada a pena, e qualquer delicto, que houvesse, como he texto expresso in *L. 1. de pace constantiæ post med. inter feudales, L. 1. Cod. sententiam passis, eleganter, & in terminis Grot. de jur. belli ac pacis*

pacis lib. 3. cap. 20. pag. 578. §. 17. de iure ad pœnas, cum aliis Cutel. de donat. part. 1. discurs. 2. particul. 6. num. 25. in appendice, Giurb. conf. 44. num. 49. & cum pœna sit consequentia culpæ, indultatus cenſetur reſtiturus ad omnia, quæ in conſequentiam veniunt, Maſtrill. de indult. cap. 20. num. 74. & ideo delinquens liberatur per talem indultum à tota pœna, ut proſequitur in ſpecie Gom. 3. tom. var. cap. 13. num. 38.

16 Havendoſe reſtituir, eſtas palavras juſtificaõ mais a reſoluçaõ da proteſta, porque eſta reſtituiçaõ nihil aliud eſt, quam repositio in priſtinum ſtatum, ut patet ex verbis relatis, & ex *L. reſtituere ff. verbor. ſignificat.* quæ tantum datur cum quis reponitur in eodem numero rerum, iurium, & ſtatu, in quo antea erat, ſive ex gratia, ſive ex juſtitia hoc fiat, unde Sfor- cia *Oddo de reſtit. q. 93. num. 1.* ait eſſe in priſtinum ſtatum repositionem, prout refert *Maſ- trill. de indult. cap. 1. numer. 7 Valenz. conf. 44. numer. 34. & conf. 102. numer. 65. Clem. Merlin. decif. 125. numer. 4. Fermosin. in cap. cum te 23. de ſententia, & re iudicata q. 3. Hodierna ad Surd. decif. 179. numer. 4. Marant. reſponſ. 64. numer. 34. & reſponſ. 78. numer. 31. Merend. con- tr. lib. 18. cap. 17. numer. 5. Fontanel. decif. 22. numer. 13. Giurb. conf. 44. numer. 41. Coſt. conf. 45. n. 8. Franch. de Urrutig. de intruſ. q. 109. num. 12. Solorzan. in politica Indian pag. 640. Capyc. La- tr. conſult. 2. num. 27. & 28.*

17 Pela qual razaõ a palavra reſtituir, de que uſa o Cap. 8. denotat plenariam reſtitutio- nem, *Odd. ubi ſupra, Maſtrill. proxime, & cap. 20. num. 14. & cap. 23. num. 8. Fermosin. dict. q. 3 & tantundem reſtitutionis gratia tribuit, quantum bellum, ac condemnationis ſententia adim- mit, L. ſin. Cod. ſentent. paſſis, Surd. conf. 203. num. 1.* ubi pro hoc dicit eſſe text. *Clar. in L. vi- deamus §. in Favianum ff. de uſufruct. Capyc. Latr. ubi ſupra, & ad omnia dicitur reſtitutus, quæ ex delicto. abſentia, aut ſententia amittit indultatus, L. 1. Cod. ſentent. paſſis, Surd. ubi ſu- pra, Gom. tom. 3. var. cap. 13. num. 38. ac ſi non perdidiffet bona, Maſtrill. de indult. cap. 3. num. 4. Baptiſt. Coſt. conf. 45. per tot.*

18 As fazendas, eſta palavra, de que uſou o 8. artigo da paz, he univerſal, e comprehen- de quaẽſquer bens, fazendas, direitos, e acçoens, *L. boi. orum 208. ff. de verbor. ſignificat. L. ſi legatus 30. ff. ad Trebell. gloſſ. in L. Princeps bona ff. verbor. ſignificat. Tiraquel. in L. ſi unquam verb. Bona num. 8. Cod. revocand. donat. Pinel. de bon. matern. 1. p. rubricæ num. 23. & 4. Covas in cap. relat. o 2. num. 1. & var. lib. 1. cap. 13. num. 4. in ſin. Gratian. forenſ. cap. 698. num. 3.* o que procede, licet tale verbum fazendas ſit expreſſum ſimpliciter abſque ali- quo ſigno univerſali, *L. ſi legatus ff. ad Trebell. L. quoties 40. §. ultim. ff. de uſufruct.* e ain- da que ſeja em materias penaes, procede o meſmo, *L. ſi addentes Cod. ſententiam paſſis, Gratian. ubi proxime num. 4. & 5. & cap. 722. n. 62. & 63.*

19 Que eſtiverem no Fiſco, e Coroa, ás peſſoas a quem ſem intervençaõ deſta guerra ha- viaõ de tocar, ou pertencer, eſtas palavras ſeguem a univerſidade das referidas, e não ſõ diſpoem haveremſe de reſtituir os bens da Coroa, como diz o meſmo Capitulo, e o reſolve *Gauzin. de conſiſcat. conſul. 28. num. 15.* Ibi, ad regalia, & juridiçionalia, mas todos os mais de qualquer qualidade que ſejaõ, que foraõ conſiſcados, ou repreſados, porque eſtabeleci- da a paz, nunca he juſto, que ſiquem ſinaes de que foy guerra, antes ſe devem ſuprimir to- dos os eſſeitos della, *L. generaliter ff. de excuſat. tutor. L. cum ex oratione ff. pro ſocio, L. gene- raliter Cod. de Episcop. & Cleric.* E por iſto as Republicas do mundo, que capitularaõ paz, foy ſempre reſtituindo os bens, que a guerra deu cauſa a occupar, *Plut. arc. in Niceas ſic. Quia vero cautum in fœdere erat, ut præſidia, & oppida, quæ erant hinc inde occupata, & captivos redderent, ut que forte ducti redderent primi.*

20 Semelhantes foraõ as Leys da paz entre os Romanos, e Philippe, de quibus *Salianus in annalibus anno mundi 3858. num. 6. de ea Livius hiftoriar. decad. 6. lib. 4.* E tambem os Capitulos da concordia entre os Lacedemonios, e Athenienſes, de quibus *Tucid. lib. 5. hifto- riar.* E em mais perto ſiglo he traslado do noſſo Capitulo da paz o §. ſententia quoque de pace conſtantie in uſibus feudorum, e he o que ſe deve fazer, e o que largo uſo ha reduzi- do já a neceſſidade, que feita a paz ſe ponhaõ as contas em o ponto, e eſtado, que tinhaõ an- tes da guerra, ita *Roland. à Valle conſ. 1. num. 118. & per eum, & alios Menoch. conſ. 104. n. 4. Ayala de jur. belli lib. 5. cap. 8.* optimis verbis *Hugo Grot. de jur. belli ac pacis lib. 3. cap. 20. num. 13 & in hunc modum In altero illo paciſcendi genere quo reſtituitur poſſeſſio bello turbata no- tandum eſt ultimam, quæ ante bellum fuit poſſeſſionem reſpici, ita tamen ut privatis deſectis interdicto, aut vendicatione, apud Judicem experiri liceat.*

21 A verdade com que ſe proveo em o dito Capitulo 8. a eſta reſtituiçaõ, não póde ſer mayor, porque nella não ſõ ſe daõ por nullos os titulos, mas ſe diz as palavras, que ſaõ de- claradas por nenhũas, para que aſſim ſe eſtendeſſem aos caſos, que eſtavaõ já ſuccedidos em

a efficacia de palavras declaradas, a força das quaes se entende os casos passados, e compridos já, *L. hæredes palam ff. de ritu nuptiar. expresse authent. de filiis aut dotis instrum. nat. §. fin. collat. 4. & expressius authent. de raptu mulier. in fin. collat. 9. Barto in L. omnes populiff. de just. & jur. num. 44. Alexand. conf. 7. num. 4. vol. 2. Felin. & DD. in cap. quoniam numer. 4. de constitu. tionib. Gam. decis. 31. num. 6. Mar. Cutel. tom. 2. decis. 40. num. 88. & 89. Franciscus Marian. disput. 10. num. 89. & 96. Menoch. conf. 792. numer. 8. Menchac. lib. 1. illustr. cap. 44. numer. 2. Angusan. de legib. lib. 5. contr. 5.*

222 E em termos, que semelhante Capitulo da paz comprehenda, não só os bens que estaõ no Fisco, e Coroa, mas ainda os que estaõ em poder de terceiro, he texto expresso in §. 1. & *L. sententiæ de pace constantiæ, cum multis Farinac. q. 6. num. 42. Odd. de restit. 2. part. q. 99. art. 8. num. 54. Peregrin. de jur. fisci lib. 5. tit. 1. numer. 49. Roland. lib. 3. conf. 1. numer. 114. & seqq. Thor. in suo Cod. rer. judicat. ar. allegat. 29. numer. 6. & 7. post multos eleganter Mastrill. de indult. cap. 22. num. 48. Marin. decis. 487. Reverter. & ibi observatio num. 1. eleganter Guazin. concl. 28. numer. 56. & 59. Menoch. conf. 732. numer. 62. & 63. Portugal de donat. 2. p. cap. 29. num. 43. & seqq.*

223 Et merito, porque a restituicão, que manda fazer o artigo da paz, seja propter utilitatem publicam, & ob initam pacem, dicatur plenaria restitutio, ut tenet *Guazin. dict. concl. 28. num. 56. & vers. imo*, por esta restituicão recupera o ausente, não só os bens, que estaõ no Fisco, e Coroa secundum *Bartol. in L. 1. in princ. & in L. 2. num. 4. Cod. sentent. passis, cum aliis in terminis Clemens Merlin. decis. Rot. 125. numer. 1. Guaz. in. dict. concl. 28. numer. 53. Verum etiam bona à Fisco, & à Rege in alium transiata, & apud tertium existentia, ut in terminis profequitur *Mastrill. ubi supra*, eleganter exornat idem *Merlin. dict. decis. 125. num. 2. & seqq. & per tot. & decis. 168. omnino videntur Guazin. dict. concl. 28. num. 53. & num. 56. vers. imo, Marinis ad Revert. decis. 72. & ibi observatio, Portug. ubi supra.**

224 Nem o contrario provaõ as palavras, que estiverem no Fisco, e Coroa, pelas quaes se poderá dizer, que senão podem comprehender os bens, que estaõ em terceiro, pelo que se costuma allegar *Menoch. conf. 103.* porém esta allegaçãõ he de pouca substancia. E porque está já declarado muitas vezes, que a dita capitulaçãõ da paz comprehende os bens, que estaõ em terceiro, como consta da quantidade das sentenças, que foraõ dadas, e de que testemunha *Portugal ubi supra.*

225 E porque aquella palavra estiverem, he indefinita, a qual em qualquer tempo, que se verificasse obra seu effeito de sorte, que sendo certo, que a Comenda de que se trata esteve no Fisco nas Ordens, antes que se fizesse mercê della ao Marquez de Marialva, sogro do appellante, e isto por causa da gnera, que he o caso, que comprehende o Capitulo da paz, probat *text. in L. in substitutione ff. de vulgari, & pupillari substit. in princ.* Ubi sic substitutio concepta fuit, quisquis mihi ex supra scriptis hæres erit, idem filio hæres esto. E ainda que parece, que se devia entender de que soy herdeiro em o tempo da morte do filho, cõ tudo porque as palavras estaõ sem dicçãõ alguma, que as coarcte, limite, diz o J. C. placuit prndentibus quandoque hæres fuisset, que obravaõ seu effeito. Em o §. 1. da mesma Ley se explica mais, donde não de outra maneira se restringe a tempo limitado a palavra hæres ait, senão he tendo expressa a palavra tunc, em esta fórma, ita testator filio substituit. Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Caius hæres erit, tunc Seius hæres isto, nam ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis sit referenda.

226 De modo, que confôrme a este texto, para que a restituicão se houvesse de fazer confôrme ao argumento ad verso, não só havia de dizer o Capitulo da paz as fazendas, que estiverem no Fisco, e Coroa, porque assim quandoque fuisset, basta, mas havia de dizer as fazendas, que estiverem no Fisco, e Coroa, entãõ assim entendeo este texto *Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 15.* com estas palavras: *Utrum autem conditio debeat in dubio præsumi respectu temporis terminata, vel indeterminata, & quidem videtur, ut indeterminatè sit accipienda, nisi testator per dictionem tunc, vel aliam æquipollentem ad certum tempus dispositionem suam restrinxerit per text. in L. in substit. 31. conjungendo primum, & secundum responsum ff. de vulgari, & pupillari substitut. E antes de Peregrin. o diz assim Alexand. conf. 43. lib. 3. & conf. 53. lib. 6. Socin. in L. solemus ff. condit. & demonstrat. in 6. Ruin. conf. 9. num. 8. lib. 1. & conf. 115. num. 7. Decio conf. 480. num. 8. vers. Præterea, & conf. 588. num. 4. Paris. 18. num. 43. lib. 3.*

227 E o que mais he de reparar, he que ainda que as palavras indefinitas do Capitulo da paz estivessem limitadas com alguma dicçãõ etiam ab extrinseco, como, tunc, o outra semelhante, por ser em causa taõ favorecida de Direito, como a capitulaçãõ da paz, não se haõ de enten-

entender as dicções ſemelhantes poſtas ad limitandum, ſeu reſtringendum, ſed dēmonſtrationis cauſa, *L. Lucius Titius §. Lucius ff. de liber. & poſtbum. L. cum ita §. ſi quis ff. de teſtamentaria tutela, Alexandr. conf. 130. numer. 6. lib. 4. Tiber. Decian conf. 1. numer. 148 lib. 1. Rip. in L. 1. ff. vulgar. & pupillar. num. 169. Joſeph de Ruſticis in L. cum avus ff. condit. & de moſtr. cap. 2. numer. 104 & poſt hanc reſpetitionem conf. 3. numer. 47. Magon. deciſ. 37. numer. 41. Franch. deciſ. 299. numer. 5. part. 3. Menoch. conf. 220. num. 38. & conf. 432. numer. 32. Surd. conf. 236. num. 46. & conf. 344. numer. 19. & deciſ. 37. num. 32. Fachin. lib. 4. contr. cap. 45. in ſin. Peregrin. conf. 47. num. 5. Cyriac. contr. 96. n. 81. Capyc. Latr. deciſ. 108. n. 68.*

228 E o que tira toda a difficulda de neſta materia he, que ſe não ha de olhar o titulo ſómente que tem o appellante, ſenaõ a cauſa de ſua acquiſição, e a origem que eſta teve, a qual he a que dá o ſer ao titulo com que ſe diz poſſuir, e ſe he certo, como he, que a Comenda de que ſe trata veyo ao Fiſco, e Coroa por cauſa da guerra, eſte direito trazem, donde quer que ſe acharem, *L. 3. ff. ad S. C. Macedon. L. tutor datus ff. de fidejuſſor. L. quid ad quod ff. de donationib. L. ſi cum filius 76. §. hæres meus de legat. 2. L. ſi procuratorem ff. mandat. L. ſi expreſſo ff. ſi certum petatur, L. clam poſſidere in princ. ff. de acquirend. poſſeſſ. L. 3. §. 1. ff. de minorib. cap. 1. ubi Bald. ff. de duobus fratrib. Gail. obſerv. 50. numer. 15. lib. 2. Roſent. de feud. tom. 1. concl. 12. num. 1. Carol. de Tapiã deciſ. 2. art. 2. numer. 123. Valenz. conf. 19. num. 2. & conf. 23. num. 1. & conf. 69. num. 226. Caſtill. contr. tom. 6. cap. 155. Salgad. de reg. proctet. 4. part. cap. 3. num. 44. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. numer. ſim. & cap. 29. num. 8. Olea de ceſſ. jur. & act. tit. 1. q. 3. n. 38. Prat. diſcept. 1. n. 80. & diſcept. 12. n. 36.*

229 Nem contra isto obſta o conſelho de Menoch 103. porque vendose atentamente, não ha numero, ſenaõ todo o conſelho ſe achará em muy diſtantes termos do caſo de que ſe trata, porque as pazes, de que falla Menoch. e em virtude de que o Conde Scipião queria ſer reſtituido em o ſeu feudo, pelo Emperador foraõ aſſentadas, por EI Rey Filippe II. e EI Rey de França, Menoch. ibidem num. 7. ibi: *Et ratione, quod hæc pax eſt inter alios acta, nempe inter Reges Chriſtianiſſimum, & Catholicum, quæ alteri, id eſt, Caſaris Maieſtat i, nec nocere, nec prodeſſe poteſt.*

230 O que procede com mayor razaõ, quando o meſmo Menoch. conhêce em o num. 8. que ſe os bens do Conde Scipião foſſem occupados por cauſa da guerra ſe haviaõ de reſtituir pelo Capitulo da paz, ut patet, ibi: *Nam pacis capitula ſolum profunt illis, quorum bona à ſuis dominis occupata fuerunt, ob id, quod hoſtibus inſervierunt, atque ita occasione belli amiſſa recuperari poſſunt.*

231 Duas razõens foraõ as fundamentaes, para que defendeſſe Menoch. que ſenaõ haviaõ de reſtituir ſeus bens ao Conde, a primeira, que os delictos, porque ſe conſilcaraõ ſeus bens, foraõ cõmettidos antes da guerra, ut patet ibi num. 9. *Et ideo ſubjungit Bald. quod ſi vaſſallus cõmiſit delictum, antequam ad hoſtes domini accederet (ut in caſu noſtro evenit) & ob id delictum mereretur feudo privari, pace facta inter dominum, & hoſtem, vaſſallo feudum reſtitui non debet, & accedit, quod ſcribit Boer. q. 38. col. 2. verſ. quamvis poſt Maſuerium, quem receuſet, nempe pacem non prodeſſe malefactoribus, quia alia de cauſa, quam belli ex propoſito deliquerunt, atque in noſtro caſu bona hæc feudalialia quæ ſua, & ſuorum fuiſſe aſſerit D. Scipio, à Cæſare occupata non fuerunt ſolum occasione belli.*

232 A ſegunda razaõ foy, porque em aquellas pazes, ou ao mēnos em a approvação, que dellas fez o Emperador, não ſe capitulou a reſtituição dos bens occupados, por razaõ da guerra, Menoch. ibidem n. 10. *ſic. Nam quando Caſar anno 1562 die 31. Januarii recepit in gratiam ipſum D. Scipionem, nullum verbum fecit de reſtitutione bonorum.*

233 Leate todo o contexto do conſelho de Menoch. e ſe achará, quantum a beſt, ut nobis obſtare poſſit, antes tudo o de mais que latiffimamente funda deſde o num. 13. por diante nõs tira do cuidado de alargar eſte diſcurſo, pois a reſtituição em o que pôde obrar o Capitulo da paz a allegura por pleniffima, e pondo as couſas em o eſtado, que antes da guerra tinhaõ, e com razaõ, pois o contrato de paz eſt omnibus rebus ſavofabilior, & extendi debet, ut reſtitutio habeat effectum. Hugo Grot. de jur. belli, lib. 3. cap. 20. num. 21. ibi: *At in pactionibus, quæ ſunt de reddendis his, quæ bello capta ſunt primum latius interpretandæ, quæ mutuæ ſunt quam quæ claudicant.*

234 E por isto ſe ſegue no Cap. 8. da paz as palavras, para poderem livremente gozar dellas, aquella dicção livremente, intelligitur ſine impedimento, contradictione, onere, gravamine, vel obſtaculo, aut ulla diminutione, ut in Clem. ſyn. de etate. & qualit. & in cap. 1. in princ. verb. libere de regul. jur. lib. 6. cum multis Auguſt. Barb. diſt. 190. n. 3.

235 E quando eſta materia tiver a neceſſidade de declaração, he a mais efficaç, que reſulta

mesmo Capitulo da Paz, e artigo oitavo, in illis verbis: *Mas os frutos, e rendimentos dos ditos bens até o dia da publicação da paz ficarão aos que os tem possuido durante a guerra.* Necessaria consequencia da reservação dos frutos, he a perda da propriedade, *L. dom. um ff. de reivindicat.* evidencia faz, que o Capitulo incluiu os bens, que havendose occupado por titulo da guerra, estavaõ alheados em poder de terceiro, provendo em esta clausula a disposiçã de Direito cõmun, pela qual he certo, que dado por nullo o titulo, com que a fazenda se possue, como se deu em o principio deste artigo 8. se havia de restituir a fazenda com os frutos, *L. videamus §. in fabiana ff. de usur. L. fructus ff. de reivindicat. L. venditor ff. de heredit. vel act. vendit. L. imperator ff. de in diem adject. L. cum autem redhiberetur ff. de edilit. edict. L. fin. ff. de jur. fisci, L. is §. qui fundus ff. quod vi, aut clam, Covar. var. lib. 1. cap. 3. num. 1. & lib. 2. cap. 3. num. 9. & ibi Faria in addit. Hermosilb. in L. 32. tit. 5. part. 5. gloss. 7. numer. 25. & seqq. & in L. 56. ea partit. numer. 25. & seqq. cum multis Larr. decis. 76. numer. 7. & allegat. 24. num. 9. Noguerol. allegat. 29. numer. 225. Solorzan. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 26. num. 84. Prat. discept. forens. cap. 1. num. 17. & seqq.*

236 E ainda que esta regra a limita *Hug. Grot. de jur. belli lib. 3. cap. 20. num. 21.* em os pactos das pazes dicens. *Cum pax conceditur, ei & fructus conceduntur à tempore concessionis, non retro, quod recte defendit Augustus.*

237 Com tudo, não se quiz deixar sem especial pacto, porque o possuidor, a quem havia assegurado o titulo, ainda que fogeito a rescindir-se, não padeceffe o damno de restituir os frutos, que em rigor deve restituir, si ergo esta providencia falla evidentemente em os frutos dos possuidores, he porque está disposto, que restituaõ o principal, nem fora melhor explicação do duvidoso, quando houvera duvida em hũa parte da capitulaçã, o que está taõ claro em a outra, *L. coheredi 41. vers. ex his ff. vulgar. L. Lucius 78. §. Pater puerum ff. ad S. C. Trebel. Bartul. in L. centur. num. 27. ff. vulgar. & in L. ex facto, §. si quis rogatus ff. ad S. C. Trebel. Larr. decis. 33. num. 29. & decis. 54. numer. 6. & 8. & decis. 67. numer. 8. Castill. tom. 2. cap. 4. numer. 12. & tom. 4. numer. 60. Amat. var. resolut. 8. numer. 8. Cassanat. conf. 4. numer. 101. & seqq. Cyriac. contr. 522. numer. 63.*

238 E em termos de Comenda, que se haja de restituir neste caso, o diz *Mastrill. de indultu cap. 22.* aonde dizendo no num. 39. & 40. o que por parte do appellante se allega supposto que allegue *Tapia*, que refere julgar-se o contrario, com tudo limita esta regra, quando a restituiçã se faz, ex causa publicæ utilitatis, vel ex pace, porque entãõ diz, que comprehende os bens, ainda que estaõ em poder de terceiro, e alheados, ut patet num. 48. ibi: *Limitatur 5. quando Princeps restituendo etiam ad bona alienata id faciat ex causa publicæ utilitatis, veluti, quando rebelles remittit ex causa pacis.* Idem tenet *Solorzan. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 14. n. 22. & 23.* ibi: *Propter delictum confiscetur, intelligitur pro vita possidentis, sed eo mortuo transit ad filios.* Et melius cap. 27. numer. 23. ibi: *Et hoc adeo verum est, ut procedat etiam in privatione, & confiscatione Commendæ, vel feudi ex pacto, & providentia, que fit propter patris delicta, que hanc penam mereantur, quoniam adhuc nisi contrarium in jure, vel in feudi, sive Commendæ investitura, & concessione expressum sit, patris quidem delictum ipsi tantum nocebunt, & pro ejus vita, at maxime fructus, & redditus feudi, vel Commendæ confiscabuntur, ceterum eo mortuo filii, vel uxor, qui ex lege successionis ad Commendam vocantur, ex ipsius legis beneficio ad eam admittentur.*

239 E para isto allega alguns textos, e Doutores. E se isto procede, ainda quando se confiscou a Comenda, e houve sentença condemnatoria de confiscaçã, com muito mayor razão procede no caso presente, em q̄ não houve nenhũa destas cousas, nem houve sentença contra o avo do appellado de confiscaçã, mas antes tem a leu favor o Capitulo da Paz, que manda restituir, com o que fica justificada a sentença, pois ainda no caso que houvera algum *Alvará*, que privasse ao avo do appellado, ou sentença de confiscaçã depois da guerra, tudo ficava sem effeito, e sem embargo della se havia de fazer restituiçã ao appellado da Comenda, como he texto expresso no §. *sententiæ de pace Constantiæ* ibi: *Quæ vero contra aliquem, vel aliquos de societate latæ sunt occasione guerræ, seu discordiæ in irritum deducantur.*

240 E ahi allega a Glossa verbo in irritum, e muitos textos, e além delles resolve isto o mesmo *Rolando conf. 1. num. 18. vers. eo maxime lib. 3.* ibi: *Non obstantibus donationibus, concessionibus, declarationibus, confiscationibus, & sententiis.* *Johann. Baptist. de Luca in lib. intitulato. Theatrum veritatis. & justitiæ lib. 1. de feud. & lon. jurisdictionalib. & Bulla Baronum decis. 27. pag. 141. num. 8.* ibi: *Secundo fortius, quia hæc restitutio non provenit ex mera gratia hinc voluntaria justæ causæ fomentum non habente, in quibus terminis intrare possent ea, que ratione dubitãdi superius dicta sunt, sed agitur de restitutione per viam conventionis in capitulis*

pitulis pacis, cum juſta immo neceſſaria cauſa publicæ quietis, & utilitatis, quo caſu reſtitutus obtinere non dicitur per viam gratiæ, & indulgentiæ, ſed per viam reintegratiõis conventionalis importantis abolitionem ſententiæ conſiſcatoriæ, ac retrotractiõẽ ad ſuum initium, per quamdam ſpeciẽ poſtliminii, perinde ac ſi caſus non eveniſſet, non curato præiudicio tertii, quia bonũ pacis, ut pote publicum anteponendum eſt cuicumque privato juri, & intereſſe, ut ex Bald in cap 1. de pace Conſtantiæ, §. ſententiæ quoque, & §. poſſeſſiones, recte Boſ. in prax. crimina tit. de reſtit. num 8. & 9. Peregrin de jur. ſiſci lib 3. tit. 2. numer 67. & individuo reſtitutiõis conventas in capitulis alterius pacis inter iſtos eoſdem Reges Catholicum, & Chriſtianiſſimum, Roland. conf. 2. n. 114. & ſeqq. lib. 3.

441 Elegante he eſte lugar para o caſo preſente, e naõ pôde haver mais elegante reſoluçãõna materia ſogeita, e além deſtes Doutores que allega, reſolvem o meſmo neſtes termos Decian lib 3. crim. cap 35. numer. 57. Farinac. q. 6. numer. 45. Coſta conf. 45. numer. 5. Tuſch. lit. R. conclus. 299. Odd. de reſtit. ut. q. 98. art. 2. Alva conf. 17. numer. 22. Peregrin. de jur. ſiſci. lib 5. tit. 2. numer. 62. Pacian conf. 45. vol. 4. Gom 3 tom. var. cap. 13. numer. 38. Eleganter Menoch conf. 732 numer 63. aonde diz, que com a paz ficaõ ſem effeito as ſentenças, e ſe haõ de reſtituir os bens, ainda que eſteiaõ dados a terceiro, e que eſte tal tenha adquirido direito nelles, e por ſerem elegantes as palavras ſaõ as ſeguintes: *Comprobatur hæc ſententia auctoritate Baldi in cap 1. §. ſententiæ quoque de pace Conſtantiæ, cum dixit, quod pace facta reſcindi debent ſententiæ contra rebelles occasione rebellionis, & ſubjungit Bald in dict. cap 1. §. poſſeſſiones num 2 poſſeſſiones quæ poſſidebantur ante tempus belli, pace ipſa facta reſtitui debere antiquis poſſeſſoribus & Baldum ſecuti ſunt, Afflicti. in cap 1. in 6. notabili in tit. hic finitur Lex Feder. Boſ. in tract. cauſar. criminal. tit. de reſtitutionib. quæ ſiunt à Principe numer. 8. & Roland conf. 1. num. 117. & 118. lib 3. ita quoque Calcan. in conf. 52. in fin. reſpondit, gratiam, & remiſſionem pænæ rebellionis conceſſam ob publicam utilitatem operari, ut bona rebellium in alium translata reſtitui debeant ipſis rebellibus gratia donatis, & reſtitutis.*

442 Idem tenet Sebaſtianus Gauzin. de conſiſcacione bonor. claus. 28. numer 63. ibi: *Amplia, ut exulibus & rebellibus ita reſtitutis reſcindantur omnes, & quæcunque aliæ ſententiæ interim adverſus eos latae, vel contra ſiſcum poſſeſſorem bonorum.* E ahi allega muitos Doutores, & eſt videndus per totam concluſionem, & probat etiam *text in cap 2. ut lite non conteſtata, ibi: Reſtituat & etiam univerſa. quæ huiusmodi occasione ſententiæ per ſe, & per alios occupavit.* De quo eſt videndus *Fermoſin. ibi quæſit. 7. Ubi multa tradit, quæ probant intentum. Optime Clemens Merlin. deciſ. Rotæ 125. num. 1. ibi: Reſponſum fuit, gratiam reintegratiõis, & reſtitutiõis juſſu ſanctæ memoriæ Gregor. 15. conceſſam Petro Unanio antea in foro Reverendiſſimi D. Gubernatoris urbis adreceptatiõẽ bantiorũ, in contumaciam condemnato in penam vitæ, & honorũ conſiſcacionis comprehendere etiam ipſa bona, quamvis ibi expreſſe non ſit facta mentio bonorum, quoniam, quidquid ſit de ſimplici gratia quam indulgentiam, ſeu diſpenſationem appellant DD. certe, & conſtans eſt concluſio, condemnatũ, cujus bona fiſco fuerunt decreta, & assignata ſi Principis beneficio ſit plenarie reſtitutus, & reintegratus, recuperare, nedum bona penes fiſcum adhuc exiſtentia, verum etiam bona à Fiſco in alium translata, & alienata, quando ipſa reſtitutio pleniffima eſt.* E non 4 diz, que a reſtituiçãõ plenaria ſe diz aquella, em cuja diſpoſiçãõ ſe acha a palavra reſtituir, como no Cap. 8. das Pazes, ibi: *Patet proceſſum, & ſententiam contra eum formatam, & latam cum omnibus inde ſecutis, tam in ſupra dicta Curia quam alibi omnino ceſſari, & penitus aboleri mandavit, quippe ſolum illud verbum reſtituit huiusmodi plenariam gratiam importaret aptam, & efficacem quidem, ut reſtituto jus competat bona vendicandi, undecumque reperirentur, ut in L. 1. Cod. ſententiam paſſis. E n. 45. ibi: Et quod reintegratio Primipis tantumdem reſtituit, quantum condemnatio Judicis abſulit L. fin. & ibi Bart. & ceteri Cod. ſentent. paſſis & prædictam reſtitutionem ſententia perimitur, & cauſa reducitur ad non cauſam, & infecta radix fecit, quod ab ea immediate derivatur, & conſequenter retractatur, quidquid à dicta ſententia præfectum eſt, & per hanc rationẽ, quod banitus reſtitutus recuperet bona, etiam quæ ad tertiam in vim ſententiæ condemnatoriæ immediate provenerunt, ut puta feudum per condemnationem domino, vel agnatis apertum, & alia per alias perſonas in executione ſententiæ occupata originaliter docuit Bald in dict. L. fin. num. 5. & 6. Cod. ſententiam paſſis, & reſtit. & in L. Gallus §. & quid ſi tantum num. 15. verſ. Secus ſi immediate.* E para iſto allega Ancharran. Paris Brun. Roland Oddo, e outros muitos, e diz, que elles dizem ſer verdadeira, e commum opiniaõ, ut patet n. 47. & 49. aonde tambem allega Maſtrill. de indult. cap. 24. num. 79. e no num. 50. refert iudicatum. Idem tenet ipſemet Merlin. deciſ. 168. in princ. & n. 3. ibi: *Videtur conſequenter danda manutentio, non obſtante, quod vigore ſententiæ conſiſcacionis officiales dicti excellentiſſimi Ducis ſe intruſerint,*

& num. 9. vers. nec obstaré visum fuit per dictam sententiam confiscationis, quoniam ea fuit sublata per subsequentem restitutionem, & reintegrationem sub amplissimis verbis conceptam, quæ ut in alia decisione fuit firmatum, trahitur etiam ad recuperationem bonorum, licet de eis expressa mentio facta non fuerit.

243 Com este discurso feito sobre os effeitos da paz, e tirado dos Capitulos della, da resolução Real, e das disposições de Direito fica justificado o dito fundamento, e com mayor razão, como diz o dito Reverendo Juiz, pois sendo o Tratado das pazes feito em nome das Coroas, e Vassallos, ficaõ comprehendidos todos, e o Mestre das Ordens, que tambem he Vassallo, e comprehendido no titulo delles, *Ord. lib. 1. tit. 90. §. 24. ibi: Mestres das Ordens, & §. 28. ibi: Mestres, Ord. lib. 2. tit. 45. §. 1. & §. 5. & §. 34 & §. 37 & §. 53. & tit. 52. §. 9.* e assim ficaõ comprehendidos na dita disposiçaõ, pelo mesmo artigo da paz artigo 1. ibi: *Entre suas Coroas, & ibi: De qualquer qualidade, e condiçaõ que sejaõ, sem exceiçaõ de lugares, nem de pessoas.*

244 As quaes palavras fazem comprehender os artigos da paz a todas as pessoas, e lugares, sem exceiçaõ nenhũa, como o dizem, e exornaõ as palavras da *L. hac editali de pace tenenda inter subditos*, e S. Basilio cujas palavras refiro nos *Commentarios à Ordenaçaõ tom. 1. ad pro. em. gloss. 28. & 37.* E tambem pela palavra Coroa, que se comprehende na uniaõ, que entre ella, e os Mestrados ha hoje, conforme as Bullas da uniaõ, de que falla *Barbos. in L. quia tale ff. solut. matr. n. fin. Gam. dec. 353.*

245 O terceiro fundamento da sentença fol. 254. diz o seguinte: *Principalmente naõ protestando aquellas duas Magestades, que como Principes soberanos convinhaõ no dito Tratado, de que tudo resulta ter o dito Diogo Soares melhor direito nella Comenda do que o Marquez de Marialva, se acaso com elle concorrera, porque ainda que ambos encartados, Diogo Soares foy primeiro, assim na mercê, como no encartamento, e tambem ficar menos forte a mercê do embargado, pois tem fundamento naquella que estava feita ao Marquez seu sogro, do que a mercê, que os embargantes pertendem pelo Alvará passado a Diogo Soares, e como estes, e o embargado estejaõ em puros termos de mercê, sem encartamento, nem posse, ha de prevalecer conforme a Direito aquelle primeiro Alvará.*

246 Este fundamento he justificado in facto pelo dednzido nelle, & in jure por todas as resoluções de Direito allegadas sobre o primeiro fundamento destas razoens, como se vé no num. 3. e seguintes dellas, e assim procede de plano o texto fundamento da mesma sentença fol. 254. que diz o seguinte: *Nem a cessaõ que o Marquez de Marialva fez ao Marquez embargado, podia obrar, que o Alvará embargado excedesse os termos da pura mercê, por quanto o mesmo direito que tinha na dita Comenda, dado que tivera muito, naõ podia passallo, por virtude da cessaõ ao embargado, pois era restricto à sua vida, e como tal personalissimo, termos em que conforme aos de Direito, taõ longe estava de passar por virtude da cessaõ, que cedendo se extinguiu, e só podia, conforme a Direito ficar constituido novo direito na pessoa do cessionario de consentimento do Mestre, como se fez no caso presente de consentimento, e mercê do Senhor Rey D. Affonso.*

247 Este fundamento he justificado, porque como o Reverendo Juiz considera, naõ podia o Marquez, que tinha direito restricto à sua vida, e personalissimo, transferilo pela cessaõ ao Marquez, pois com sua pessoa se extinguiu, e naõ podia passar a outrem, *L. cum patronus 28. ff. de legat. 2. ibi: Quoniam quod illius personæ præstatur, nunquam ad alium pertinere debet, L. privilegia ff. de regul. jur. Cap. privilegium ds regul. jur. in 6. L. 1. §. permittitur ff. de aqua quitidiana, & æstiva, ibi: Quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum prædiorum, neque ad heredem, vel qualemcumque successorem transit, Galerat. de renuntiat. tom. 1. lib. 4. cap. 4. num. 112. Noal de transmiss. cas. 23. num. 21. & cas. 27. numer. 14. Capyc. Galeot. lib. 2. contr. 51. Barbos. in L. quia tale ff. solut. matrim. nuver. 39. Giurb. de feud. §. 1. gloss. 3. num. 30. & §. 2. gloss. 13. num. 90. vers. secundus casus, & num. 105. vers. declara primo.* E assim só podia ficar constituido novo direito na pessoa do cessionario de consentimento do Mestre, como se fez no caso presente de consentimento, e mercê do Senhor Rey D. Affonso juxta, ea quæ *Portugal de donationib. regis tom. 1. p. 2. lib. 1. cap. 19. num. 148. & 149.*

248 O septimo fundamento da sentença fol. 254. diz o seguinte: *Menos podia passar a posse, pois conforme a Direito a cessaõ naõ he modo de a transmitir, e assim fica o Alvará embargado contendo nova mercê, e por isso a passar pela Chancellaria juridicamente se embargou.*

249 Este fundamento contém duas partes, ambas justificadas; porque a cessaõ naõ he modo de transmitir a posse nas materias corporaes, qual he a Comenda, cum aliis *Menoch. de retinend.*

tinend. poſſeſſ. remed. 3 numer. 267. Noal de tranſmiſſ. caſ. 40. numer. 2. E aſſim ficava o Alvará contendo nova mercê, e por iſſo ao paſſar pela Chancellaria, ſe poderia embargar, como juſtificadamente embargou, pois para iſſo ſe fez a Chancellaria, para ſe embargarem nella os Alvarás em que alguẽm tiver prejuizo pela diſpoſição da *Ord. lib. 1. tit. 30. §. 1. & 2. & probatur per aliam lib. 3. tit. 88.*

250 O oitavo fundamento da ſentença fol. 254. diz o ſeguinte: *Nem faz menos juſtificada a materia dos preſentes embargos o ſer feita a primeira mercê por hum injuſto poſſuidor deſte Reyno, e nelle intruſo; por quanto ainda que aſſim foſſe, como foy na realidade, na commun reputação foy tido, e havido por Rey deſte Reyno, e juntamente por Meſtre das Ordens, o que baſtava para que foſſem validos todos os actos, que como tal fez; maiormente ſendo approvados pelo Senhor Rey D. Joáo o IV. que tendo por boas todas as mercês por aquelle feitas, que ainda não tinhaõ paſſado pela Chancellaria, e de que de futuro ſe haviaõ de tratar, ainda que neſte caſo por mais duvidoso, as não confirmaffe, puramente ficou com tudo aprovando todas as mercês de preterito, e paſſadas pela Chancellaria, como vem a ſer o primeiro Alvará, de que neſtes autos ſe trata.*

251 Eſte fundamento he da meſma forte juſificado, como os outros, e ſe juſtifica pela reſolução Real do Senhor Rey Dom Joáo o IV. de ſaudoſa memoria, que ſanta gloria haja fol. 157. aonde diz o ſeguinte: *Hey por bem, que as reſoluçoens tomadas, e mercês feitas até o primeiro dia do mez de Dezembro paſſado, em que fuy acclamado por Rey, de que ainda não eſtavaõ dadas as portarias, ou feitas as proviſoens, ou não eraõ paſſadas pela Chancellaria, te-nhaõ effeito, e ſe fação em meu nome as portarias, e proviſoens dellas, e offerecendoſe razoens particulares para ſe haver de ſuſpender o cumprimento de alguma. Je me dar á conta.*

252 Eſta meſma reſolução conſta d. fol. 157. ad fin. que ſe mandou a todos os Tribunaes, e por ella conſta, como diz o Reverẽdo Juiz geral, que ſe ſe confirmaraõ as mercês feitas por El Rey de Caſtella, que ainda não tinhaõ paſſado pela Chancellaria, que he mais, tambem ſe confirmaraõ as já paſſadas, que he menos, e ficou juſificado o dito fundamento pelas razoens de Direito, que ſe fizeraõ a fol. 94. num. 40. & ſeqq. & iſto prova *Ulpian. lib. 36 ad Sa-bin. in L. Barbarius Philippus ff. de offic. Prætoris*, ubi elãgãter omnia tradit *Paul. de Ma-queda Caſtellan. in commentar. ad dict. text.* E aſſim ſe obſervou ſempre neſte Reyno, tendo effeito as mercês feitas no tempo de Caſtella, como ſe vé dos proceſſos do Juizo da Coroa, e registros dos Alvarás, e aſſim fica juſtificada neſta parte a ſentença, pois nos termos propoſtos he nullo, e ſubrepticio o Alvará paſſado ao Marquez, como o Reverendo Juiz geral julga a fol. 254. ad fin. & verſ. in princ. ut late exornat *Larrea alleg. 91.*

253 Na meſma ſentença fol. 254. verſ. ſe refere o direito da excluſam de Miguel Soares de Vaſconcellos, e o fundamento delle, e para eſta ſe juſificar, e julgar a ſucceſſão das Comendas ao appellado ſe acha na ſentença fol. 255 por primeiro fundamento as palavras ſeguintes: *O que viſto, e como por parte de Diogo Soares primeiro embargante ſe moſtra ſer feita a mercê da ſobredita Comenda a ſeu avô em quatro vidas mais effectivas, e de livre nomeação além da ſua, ſendo a cauſa final deſta mercê a boa ſatisfação, com que ſervia a El Rey Catholico, pois poſta no proemio, e principio do dito Alvará, o qual motivo ſó respeitava ao dito Diogo Soares, e não aos ſucceſſores nas vidas de que lhe fazia mercê.*

254 Eſte fundamento eſtá juſificado pelo proemio, e diſpoſição do Alvará fol. 102. v. ibi: *Faço ſaber aos que eſta minha Carta de Comenda virem, que tendo conſideração, à ſatisfação com que me ſerve Diogo Soares, do meu Conſelho, e meu Secretario de Eſtado, e ao zelo com que ſe emprega nas couſas de meu ſerviço, hey por bem de lhe fazer mercê da Comenda de N. Senhora do Percivo da meſma Ordem.*

255 Iſto meſmo conſta do outro Alvará da conceſſão das quatro vidas fol. 104. ad fin. & v. in princ. ibi: *Faço ſaber aos que eſte Alvará virem, que tendo conſideração à ſatisfação com que Diogo Soares, do meu Conſelho, e meu Secretario de Eſtado me ſerve, e ao zelo com que ſe emprega nas couſas de meu ſerviço, e a lhe ter feito mercê da Comenda de Noſſa Senhora do Percivo da meſma Ordem, e do Biſpado de Lamego, que vagou pelo Marichal deſte Reyno, hey por bem, e me praz de lhe fazer mercê da dita Comenda, em quatro vidas mais effectivas, e de livre nomeação além da ſua.*

256 A' viſta deſtas palavras da conceſſão he juſificado o fundamento referido; porque he o meyo mais efficaz o dito principio, e proemio do Alvará para ſe entender a vontade do Senhor Rey concedente, e a intelligencia da conceſſão, proæmium enim importat cauſam finalem, *L. fin. & ibi DD. ff. de heredib. inſtituend. & quod mens. & voluntas concedentis colligatur ex rationibus proæmialibus, probant jura in L. nem quia §. ultim. ff. de pactis, L. Titia*

134. §. 1. de verbor. obligat. ibi: Idem respondit plerumque ea quæ in præfationibus convnisse concipiuntur, etiam stipulationibus repetita creduntur.

257 E fallando em concessão Regia, dizem o mesmo *Alexand. conf. 36. num. 1. lib. 1. Hieronymo de Leon tom. 3. dec. 32. num. 29. 30. & 31. Thesaur. lib. 1. quæstion for. ens. q. 1. num. 1. Burg. de Paz conf. 25. numer. 19. & 20. Mier. de maiorat. 2. p. q. 6. numer. 194. in ultim. edit. ibi: In huiusmodi autem donationibus Regiis interpretandis, restringendis, vel ampliandis multum valet ratio, quæ ex proæmio colligitur, Valenz. conf. 119. num. 68. ibi: Et ita donatio Principis regulatur ex ratione per eum apposita in proæmio ipsius.*

258 E assim sendo feita a mercê ao dito Diogo Soares, e pelos seus serviços, declarados no proêmio do dito Alvará, fica corrente, e indubitavel, que tendo faculdade livre para nomear as Comendas, e fazer vinculo nas quatro vidas, como lhe pareceisse; porque isso importa as palavras do Alvará fol. 104. vers. de livre nomeação, quæ inducunt liberam disponendi facultatem sem coarctação, nem limitação alguma, ut ponderat *Bart. in extravag. ad reprimend. verb. videbitur num. 6. cum seqq.* ibi: *Quod sibi placuerit, & libuerit nullis limitibus contineri, sed universa undequaque comprehendere, etiam juris regulis reluctantibus.*

259 Probat *Jason in L. si sic numer. 27. cum seqq. ff. de legat. 1. Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 7. num. 2. & conf. 408. numer. 13. & probant jura, & DD. quos refert Phab. 1. p. decis. 96. Ruin. conf. 27. n. 1. vol. 1. Nata conf. 118. num. 5. lib. 1. & conf. 530. num. 8. lib. 5.*

260 O mesmo intento prova elegantemente *Valenz. conf. 5. num. 55.* ubi inquit quod si ponderetur verbum libere, de quo in *cap. quia nos de testamentis*, & verbum libera de quo in *L. sacrosanctæ Cod. sacros. Eccles.* excludunt omnem contradictionem, requisitionem, vel impedimentum alicujus.

261 E para isto allega muitos, e o mesmo aconselhou *Fontanel. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 25. num. 29. & 30.* onde sendo consultado em semelhante clausula da doação, que tinha clausula de nomear, livremente respondo o mesmo que temos resoluto dando a razão nas palavras seguintes: *Moveor, quia si liberum disponendi arbitrium verba prædicta non important, non video quid erit, quod illud inducere, ac importare possit, ac valeat ex L. fideicommissaria libertas, ff. fideicommissar. libert.* ibi: *Libuerit: quam iusto commentario ornavit Emmanuel à Costa selectar. interpretation. lib. 1. cap. 22. per tot. & docet Bart. in L. alio num. 9. ff. de aliment. & cib. legat. dicens, verbo liber & potestatis, venire liberum arbitrium, prout quis voluisset, non regulatum, nec aliquo modo restrictum, ex eo quod verbum libere descendit à verbo liber, quod importat liberam voluntatem, idque dicit probari ex textu in L. fideicommissaria libertas ff. fideicommissar. libert.* E ahi vay fundando esta resolução, e allega *Nata conf. 118. & 530. Surd. conf. 10. num. 59. Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 8. numer. 48.* Isto mesmo prova *Castill. dec. 250. num. 96. tom. 3.* e sobre isto allega muitas doutrinas, que prova o intento, *Phab. dec. 96.*

262 E assim podia fazer morgado, durante as ditas vidas ex dictis à *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 10. numer. 71. Cyriac. contr. 312. num. 7. 10. & 11. Capyc. Latr. consult. 9. numer. 24. & 25.* probat etiam *Castill. tom. 1. contr. cap. 5. num. 47.* aonde falla em termos de concessão de Principe, como se vé das palavras, ibi: *Prout in donatione, & concessione Principis loquitur Menoch.*

263 E por isso as palavras de livre nomeação, denota o arbitrio, e livre disposição, *Bart. & Alexand. in L. si sic 78. ff. de legat. 1. Cost. de clausul. conventionalib. claus. 26. num. 6.* probat etiam *Surd. dec. 72. num. 15. & dec. 272. n. 14. & seqq.*

264 E em toda a concessão Regia sempre se succedeo conforme aos vinculos postos pelo que instituo morgado, guardandose, e julgandose por bons, como se julgou nas Baronias de *Moxent. Novelda, & Castillo de la Mola da casa de Massa*, como testemunha *D. Hieronimo de Leon. dec. 1. tom. 3. & tom. 2. dec. 209.* o refere julgado no *Ducado de Villa Hermosa, & lib. 1. decis. 60. em o Marquezado de Gadeleste.*

265 E com razão assim se determinou, e se observa, porque aquelle que tem faculdade de nomear, livremente o póde fazer, não só por titulo de instituição, mas tambem vulgariter, & per fideicommissum, & maioratum, unam, vel plures personas substituere, pluresque gradus facere, unum in defectum alterius, como o resolveo o Doutor *Clemente Felix*, em a allegação de Direito impressa, feita a favor de *João Rodrigues de Vasconcellos, Conde de Castello Melhor*, a quem *El Rey Felipe de Castella* fez mercê do Titulo de Conde, com quatro Comendas, para que elle nomeasse, como se vé no num. 3. e 4. e fazendo morgado dellas, nomeando no primeiro successor com substituiçãoens, resolve que a nomeação foy valida, e a constituição do morgado feito nas ditas Comendas, como se vé de toda a allegação no num. 252. da qual se achão as palavras seguintes: *Quibus addo insignem locum Martii Mutti*

Mutta in capitulis Regni Sicilia tom. 2. cap. 28. num. 62. pag. 107. aonde resolve, que aquelle que tem poder de nomear em algum feudo, póde fazello nao só por titulo de instituiçãõ, ou legado Verum etiam vulgariter, & per fideicommissum unam, vel plures personas suscipere, pluresque gradus facere, unum in defectum alterius, & allega muitas sentenças aadas em caso semelhante. Et quod etiam in feudis detur subingressio gradus tenet João Thomas de Marinis in tract. de feudis tit. 6 num. 24. tom. 10. p. 1. pag. 144 facit doctrina Jacobi Cancerii tom 3. tit. de pactis num. 120 pag. 173. ubi quod potest ille cui data est facultas eligendi, tempore electionis simul eligere plures; & in uno actu electionis dictam electionem facere in unum, eligendo de presenti, alium ei substituendo. Eleganter Cancer. var. p. 3. cap. 7. num. 120. ibi: Quoniam ille, cui data est facultas eligendi, potuit tempore electionis simul eligere omnes, & sic potuit illo eodem actu electionis dictam electionem facere, unum eligendo de presenti, alium ei substituendo. Et ex Bartol. Bald. Segura, Peralta Suar. Sess. Alvarad. tradit Hermosill. in annotationib. & resolutionib. ad Gregot. Lop. in L. 7. gloss. 5. tit. 5. partit. 5. numer. 10. ibi: Et poterit plures gradus substitutionum facere eligendo unum ad vitam, & post ejus vitam alium ex eis, quos eligere posset, & inter eos tempus dividere.

266 Estes lugares são decisivos do caso presente, e esta he huma das principaes questoes deste feito, com que não só se justifica a decisão, mas o primeiro fundamento da faculdade livre de nomear, concedida ao dito Diogo Soares, que a podia fazer como lhe parecesse, pois a elle foy concedida a faculdade, e pelos seus serviços, e não a seus successores, o que mais se justifica pelo segundo fundamento da sentença fol. 255. que diz o seguinte: *Nem he visto querer fazer mercê áquelles, que os successores de Diogo Soares nomeassem livremente, sendo que podiaõ nomear pessoas não benemeritas ao Mestre, nem por si, nem por seus ascendentes. cõ o que he de presumir quizesse o Mestre cõmeter a declaração daquellas vidas, mas ao dito Diogo Soares, de quem tinha experiencia, e conhecimento, do que aos successores, que livremente nas taes vidas succedessem, a quem não conhecia, mas antes eraõ para com elle pessoas totalmente incertas, e como taes incapazes da afeição do Mestre, e consequentemente da sua mercê, e como o Mestre fizesse mercê ao dito Diogo Soares de quatro vidas mais effectivas, e de livre nomeação além da sua, não podendo nesta cabir a mercê, pois já a tinha nas quatro vidas he que lhe havemos de considerar a mercê, ou para melhor dizer na declaração, e nomeação dellas*

267 Este fundamento he justificado, não só pelo que fica dito, mas porque nas concessões feitas pelo Principe, ou como Mestre, não se considera afeição nos successores, mas procede o que o dito fundamento declara, como o dizem Molin. de primogen. lib. 2. cap. 11. n. 38. *vers. Cæterum*, aonde depois de dizer, que podia fazer a nomeação o adquirente livremente em quem lhe parecer, como se vé das palavras, ibi: *Cum sibi electio libera, quoad hoc concessa fuerit*. Accrescenta, que isto procede com mayor razão na concessão real, e na faculdade de nomear, ut patet ex verbis, ibi: *Nos autem loquimur in Rege facultatem concedente, in quo nulla affectio consideratur, sed totum maioratus institutoris affectioni commissum est, qui poterit inter filios, & nepotes, quem voluerit eligere*. Valasc. de jure empbyt. q. 50. num. 21. ibi: *At in Rege, qui bona Coronæ donavit, hæc affectio considerari non potest, quippe qui nec donatarii, nec ejus liberorum parens est*.

268 E assim fica justificado o dito fundamento, e tambem o terceiro da dita sentença fol. 251. que diz o seguinte: *E como esta foy feita por Diogo Soares successivamente nos successores, que para o seu morgado chamava, como se vé do seu testamento fol. 192. ad fin. e assim em forma mais conveniente, para se encherem as quatro vidas mais effectivas de que se lhe havia feito mercê, e mais conforme à vontade do Mestre, pois nomeou nas taes vidas aquelles seus descendentes, que julgou dignos da successão do seu morgado, e conservação da sua Casa, e he de presumir, que com mais facilidade o Mestre lhe havia de permitir este modo de nomear, pois he menos do que aquella faculdade tão ampla, e de livre nomeação.*

269 Este fundamento tambem he justificado, e se justifica pelo deduzido nelle, e pelo testamento de Diogo Soares referido na dita sentença, pelo qual consta a fol. 123. *vers.* que Diogo Soares vinculou seus bens em morgado, e nomeou as vidas, que tinha nos bens das Ordens, nt patet ibi: *Faço, e fundo morgado perpetuo em meu filho Lucas Soares, para que elle tenha, e possua com vinculo de morgado perpetuo para sempre, e por sua morte succedaõ em elle seus descendentes legitimos*. Et ibi: *E faltando a descendencia do dito meu filho Lucas Soares, succeda em o dito morgado, meu filho Antonio Soares, e seus descendentes legitimos pela dita ordem, e forma*. Et ibi: *E faltando descendencia de meu filho Antonio Soares, succeda meu neto barão, e mayor, e seus descendentes, filho de minha filha Dona Maria Soares, e João Alvarez Soares meu primo*.

270 E assim consta mais a fol. 123. vers. in fin. chamar aos mesmos successores do morgado nas quatro vidas, que tinha dos bens da Coroa, e Ordens, como se vé, ibi: *E dispondo de todos os ditos bens em a melhor fórma que posso, e conforme a facultade que pela mercé d'elles teubo, digo que em todos os bens que tenbo por mercé de Sua Magestade da Coroa, e Ordens do Reyno de Portugal, excepto dos que neste testamento dispuzer, especialmēte nomeo por primeiro successor a meu filho Lucas Soares, e em sua falta a quem lhe succeder em meu morgado asima fundado, e depois d'elle em todos os successores do dito morgado pela dita ordem, e maneira, que sempre andem annexos a elle, e nos outros bens, e officios da Coroa, e Ordens, que tenbo por mercé de Sua Magestade, conforme a Ley Mental, nomeo por primeiro successor ao dito Lucas Soares meu filho debaixo do mesmo vinculo de morgado, e com as mesmas condiçoens, e em sua falta, a quem me succeder em meu morgado asima fundado, e depois se continue em sua pessoa, e seus descendentes, conforme a ordem da Ley Mental.* E assim conclue d. fol. 123. vers. in fin. com as palavras seguintes: *Em quanto aos bens da dita Coroa, e Ordens, e Comendas, e Officios, e outras cousas de que tenbo mercé em certas vidas, nomeo em primeira vida depois da minha ao dito Lucas Soares meu filho, e em sua falta a quem succeder no dito morgado asima fundado, e depois d'elle se continuarão successivamente as taes vidas, em os successores immediatamente seguintes pela ordem asima dita.*

271 Supposta assim a disposiçaõ do dito Diogo Soares, em que fez morgado das ditas Comendas, fica corrente o motivo do dito fundamento, pois na dita nomeaçãõ dos successores se incluireãõ as quatro vidas effectivas, e ahi se acha verificada a mercé, conforme a vontade do Principe, que se regulou pela do dito Diogo Soares, em quanto lhe deu facultade para nomear livremente, e podia fazer o vinculo, pois estas facultades, que o Principe dá, são livres, e se podem vincular, e se reputaõ por morgados, durante as vidas, *Molin. de primogin. lib. 2. cap. 2. num. 6. Alter Molin. de justitia tom. 3. disp. 580. num. 4. Matienç. in L. 5. tit. 6. gloss. 5. numer. 10. lib. 5. recopilat. & probat Valenz. conf. 83. num. 18. & 19. 20. 21. & 23.*

272 O quarto fundamento da sentença fol. 255 diz o seguinte: *Mas antes se atendermos para o Alvará, se acha nelle provado o discurso asima ibi: E em cumprimento d'elle se passará carta de Comenda á pessoa, ou pessoas, em que o dito Diogo Soares a nomear, as quaes palavras supoem ser concedido naquella ampla facultade poder Diogo Soares alternativamente, ou para nomear huma pessoa, ou muitas, aliás ficariaõ superfluas, o que conforme a Direito senaõ deve dizer.*

273 Este fundamento he muito justificado, não só pelas palavras do dito Alvará, que são a melhor interpretação, mas porque não podiaõ ser frustratorias, nem superfluas, como o Reverendo Juiz geral diz, e he conforme as resoluçoens de Direito, conforme ao qual todas as palavras quantas se achão nas disposiçoens, haõ de ter effecto, *Cap. si Papa de privilegi. lib. 6. e se não ha de admittir interpretação, per quam incidamus in vitium superfluitatis, L. si stipulatus in princip. & ibi gloss. ff. de usur. L. 1. in princip. ff. periculo, & commod. rei vendit. e, e assim se ha de entender, quod nec ullum verbum etiam minimum debet intelligi frustra fuisse expressum, Alexand. in L. 3. in princip. numer. 3. ff. de jurejurand. Decius conf. 48. num. 2. & conf. 69. num. 3. in fin. & 401. n. 3.*

274 E por esta razaõ nullum quidem verbum debet esse superfluum, *L. 1. in princip. ff. quod metus causa, L. 3. in princip. ff. de jurejurand.* O que procede, e tem lugar em qualquer disposiçaõ de qualquer qualidade que seja, como o diz Roland. *conf. 1. vol. 3. num. 122. & seqq. ibi: Unde, ut dicta verba non videantur appositae frustratorie, & sine virtute operandi contra L. si quando de legat. 1. Bald. in rubric. de contrabend. empt. q. 9. ubi nullum verbum etiam minimum debet esse superfluum. Idem Roland. conf. 61. d. vol. 3. num. 14. ibi: Quarto accedit, nam in quacumque dispositione facienda est interpretatio, ut verba non sint superflue appositae, & sine virtute operandi. Et num. 18. & 19. ibi: Et in tantum hoc est verum, ut quodlibet minimum verbum debeat aliquid operari, & etiam una syllaba non debet esse superflua. Idem tenet tom. 2. conf. 21. & Gravet tom. 1. conf. 20. num. 9. & conf. 294. & num. 3. & conf. 297. num. 4. ibi: Immo in qualibet materia verba debent intelligi, ut aliquid operentur, adeo, quod nullum verbum debet esse superfluum, etiam syllaba intelligi non debet sine effectu aliquid operandi. Idem probat *Surd. dec. 276. num. 4. & 320. num. 9. & 322. num. 25. & conf. 183. num. 70. Grato lib. 2. conf. 94. num. 32. ibi: Et semper fit interpretatio, ut verba non sint superflua, adeo quod in dispositione comprehenduntur ea, quae sunt naturam actus, ut verba non sint superflua. Et lib. 2. conf. 126. num. 23. & seqq. aonde falla nestes mesmos termos de facultade de nomear no vers. Ergo, ut aliquid operentur, dici debet per illa verba, concedit facultatem. Alexand. conf. 216. num. 15. ad fin. Menoch. conf. 383. num. 8. Tusc. tom. 7. lit. S. concl. 894. num. 4. ibi: Et**

Et ne verba reddantur superflua, recedimus à proprietate verborum. Maldel de Albatom. 1. conf. 27. num. 9. ibi: Et particularis expressio nunquam solet censerì superflua. Idem tenet Mier. de maiorat. 1. p. 9160. num. 21. Guterr. lib. 3. practicar. q. 15. num. 39. e em termos de concessão Real, Surd. tom. 1. conf. 127. num. 9. ibi: Quarto nisi in concessione facta à Principe veniret jus prohibendi, esset talis concessio superflua, ne igitur reddatur superflua dicendum est continere jus prohibendi, nil enim debet esse superfluum. E. isto mesmo disse Burgos de Paz conf. 27. numer. 15. Cassanat. conf. 10. numer. 58. ibi: Adeo quòd dicit Jason conf. 183. colun. penult. verba disponentis ita debere interpretari, ne videantur frustra expressa, & sine effectu operandi, quantumcumque tali interpretationi videatur refragari natura actus.

275 E nos termos da faculdade de nomear, diz o mesmo Valenz conf. 113. num. 83 & 84. ibi: *Quia induceretur verborum superfluitas, quod non est dicendum, nam etiam qualibet syllaba posita in dispositione censetur posita cum mysterio aliquid operandi. Idem tradunt Mantio. de coniectur. ultimar. voluntat lib 3 tit. 6 num. 1. Simon de Pretis de interpret. ultimar. volunt. lib. 2. interpret. 3. solut. 1. num. 1. Castill. lib. 4. contr. cap. 38. num. 1. Com o que fica justificado o dito fundamento de se provar pelo Alvará, e pelas palavras delle a dita faculdade dada pelo Principe para as pessoas, que o dito Diogo Soares nomeasse, as quaes palavras supõem ser concedido naquella ampla faculdade poder a Diogo Soares alternativaméte, ou para nomear huma pessoa, ou muitas, aliás ficariaõ superfluas, o que se não pôde considerar conforme ao direito que temos apontado, e assim fica corrente a consideração da sentença, tirada da Carta da Comenda de pessoa, ou pessoas para se verificar nas que Diogo Soares nomeasse, e esta he a melhor, e mais justificada interpretação, pois resulta das palavras da mesma Carta da Comenda, pelas quaes se verifica por evitar a superfluidade na palavra pessoa, ou pessoas comprehenderse a faculdade de que usou o dito Diogo Soares.*

276 O quinto fundamento da sentença fol. 255. ad fin. & vers. in princip. diz o seguinte: *Quanto mais, que nesta forma de nomeação successiva, supposta a faculdade de livre nomeação, não ha prejuizo algum de terceiro, nem do Mestre, razão porque não obsta, que concedido hum prazo em tres, ou mais vidas sómente qualquer dos emphyteutas pôde nomear hũa, não porque o nomear mais seja contra a natureza do tal contrato, mas porque assim o tem introduzida o costume, favorecendo aos direitos senhoriaes, que aliás ficariaõ muito prejudicados, por quanto se o primeiro emphyteuta pudera nomear todas as vidas, já o segundo não podera vender o prazo, e ficara o Senhor perdendo o seu laudemio, razão que tambem impede o nomearem se os prazos nos successores dos morgados juntamente com todas as vidas, o que falta no caso presente.*

277 Este fundamento he justificado pelo deduzido nelle in facto, e pelas disposições de Direito, que nestes mesmos termos trazem Phæb. dec. 5. Pereir. dec. 26. numer. 7. Salzed. de lege politica lib. 2. cap. 2. per tot. cum multis exornat Pegas forens. cap. 10. num. 7. & 8. 12. & seqq. Pelas resoluções dos quaes fica justificado o dito quinto fundamento.

278 O sexto fundamento da mesma sentença fol. 255. vers. diz o seguinte: *De mais de que o prazo não se dá ao emphyteuta intuitu personæ, sed intuitu rei meliorandæ, que esse foy o fim para que se introduziriaõ, e a Comenda de que se trata primario foy concedida pelo Mestre a favor de Diogo Soares, e assim de presumir he, que a elle quiz o Mestre conceder a faculdade de nomear todas as vidas.*

279 Este fundamento he justificado, porque o prazo não se dá ao emphyteuta intuitu personæ, sed intuitu rei meliorandæ, Surd. dec. 78. num. 17. & dec. 198. num. 3. & dec. 300. numer. 21. cum. seqq. Cald forens. lib. 1. cap. 11. num. 6. & in §. sed hac instit. de inoffic. test. m. p. 2. num. 82. August. Barb. in repertor. var. conclus. lit. E. pag. 115. vers. emphyteusis datur ad meliorandum.

E a Comenda de que se trata primeiro foy concedida pelo Mestre a favor de Diogo Soares, e assim he certo, que a elle quiz o Mestre conceder a faculdade de nomear todas as vidas, como temos dito, e mostrado nestas razões.

280 O septimo fundamento da sentença fol. 255. vers. diz o seguinte: *Além de que, dado que Diogo Soares por virtude do sobredito Alvará, não podera nomear mais, que hũa vida, como esta devia ser effectiva, e atégora a ninguem entrasse na Comenda, nem pudesse entrar, ainda se não pôde dizer, que a faculdade que Diogo Soares tinha para nomear, se extinguiu pela primeira nomeação, e para effeito de segurar esta he certo, que podia fazer as nomeações que quizesse.*

Este fundamento he justificado, porque ainda que em virtude do Alvará não pudera nomear mais, que huma vida, como esta havia de ser effectiva, e atégora ninguem entrasse na Comenda, nem pudesse entrar, ainda se não pôde dizer, que a faculdade, que Diogo Soa-

res tinha se extinguio pela primeira nomeação, como he texto elegante no *C. si electio de electi. & electi potestate*, ibi: *Si electio ex eo non sortiatur effectū, quia electus consentire recusat, vel postquā consensum renuntiat juri suo, aut forte diem claudit extremū, seu propter occultū ejus vitium irritatur: electores, qui jam fecerant, quod expectabat ad ipsos infra juris terminū eligendo habebunt à dissensu renuntiatione, morte, vel irritatione prædictis, ac si vocatio nova esset tempus integrum, ac electionem aliam celebrandam.* E he elegante a Gioilla, ibi: *verb. occultum*, ibi: *Rediit potestas ad electores cum in culpa non fuerint.* Seguem a decisão do dito texto no *Cap. si electio Bald. in L. certum est num. 5. Cod. reivindicat. Gratian forens. cap. 365. num. 14. Decius cons. 14. num. 31. Surd. cons. 3. numer. 31. lib. 4. Puteo dec. 136. in fin. lib. 3. Pareja de instrumentor. edict. tit. 2. resol. 3. num. 18. Carpio de executorib. lib. 2. cap. 19. numer. 31. Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. numer. 38. Paz de teut. cap. 34. numer. 51. Morla in empor. jur. tit. 2. de juridict. q. 17. num. 26. Somoza de supplicat. 2. p. c. 11. §. unic. n. 46.*

Estes lugares são em mais fortes termos, porque são em benefícios, e em concessão
 283 Regia, dizem o mesmo Tiraquel. in §. hoc sermone limit. 3. Barbof. in L. divortio §. quod in anno num. 8. ad fin. ff. solut. matr. Mier. de maiorat. 1. p. q. 118. numer. 7. Castill. lib. 4. contr. cap. 39. numer. 18. & 19. Sous. de Maced. dec. 115. numer. 12. Pereir. dec. 4. Cabed. 1. p. arrest. 94. E em termos de Comenda, Solorz. de jure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 16. num. 100. & seqq. E assim tenão extinguido a faculdade de nomear pela primeira nomeação, e para effeito de segurar esta, podia fazer as substituições que quizesse, como temos dito, o que mais se verifica pelo oitavo fundamento da sentença, que diz o seguinte: *O que fica mais claro, visto o codicillo de Diogo Soares fol. 134. vers. em que declarou ser sua vontade nomear nos bens da Coroa, e Ordens aquelles que no seu testamento chamou para o seu morgado, que fossem vivos no tempo, que houvessem de entrar de posse dos ditos bens.*

Este fundamento he justificado pelo dito codicillo no lugar citado, e pelos DD. que
 284 em termos de Comenda refere Valenz. cons. 83. num. 3. 26. & 27. com o que procede de plano o nono fundamento da sentença fol. 255. vers. que diz o seguinte: *E como dos tres que chamou, só o primeiro embargante se acha vivo, e os primeiros chamados Lucas, e Antonio são falecidos sem poderem entrar na tal Comenda por impedimento das justas guerras, que este Reyno com o de Castella tinha, e do tempo da paz, por estar nella encartado o Marquez de Marialva, fica claro pertencer esta Comenda a Diogo Soares seu neto por primeira nomeação de seu avo.*

Este fundamento se justifica pela sentença de justificação fol. 155. vers. porque consta
 285 falecer o primeiro chamado Lucas Soares sem descendentes, e succeder no morgado o segundo, chamado Antonio Soares de Mello seu irmão, o qual como consta da certidão fol. 146. e vers. faleceu sem descendentes, e ficou habilitado o appellado Diogo Soares, por ser filho mais velho de Janalvarez Soares, e de Dona Maria Soares, chamado para a successão em terceiro lugar, e faltando descendencia, como faltou, dos ditos Lucas Soares, e Antonio Soares, primeiro, e segundo chamados, ficou pertencendo ao appellado chamado em terceiro lugar, o qual ficou nomeado em primeira vida, *L. cum ita legatur. §. in fideicommissis. L. peto §. fratre ff. legat. 2. L. hæredes mei §. cum ita ff. ad S. C. Trebel. L. fin. Cod. verbor. significat. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. à num. 32. & cap. 6. num. 15. ubi Addentes n. 22. Valenz. cons. 97. n. 189. & 216. & 217. Solorz. de jur. Indiar. lib. 19. n. 3.*

E assim com o nomeado por seu avo tem o appellado o primeiro lugar na successão, e
 286 prefere ao appellante, nam cum nominaretur, cæteri, qui poterant nominari, conditione deficiunt, *L. unum ex familia 67. §. itaque ff. de legat. 2. observat Cald. de potest. eligendi cap. 11. num. 32.* e havendo nomeação do dito appellado, cessa toda a conjectura de que outrem se queira antepor, nam affectio maior arguitur ex tali nominatione, como prova o texto na *L. cum ita §. in fideicommissis. ff. de legat. 2.* ibi: *Ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt. L. Lucius, L. ultima ff. de hæredib. instituend. cum aliis Valenz. cons. 63. num. 106. & num. 107.* e assim fica justificado o dito nono fundamento, e tambem o decimo, que na sentença fol. 255. vers. diz o seguinte: *Nem obsta a nomeação, que Antonio Soares segundo chamado para o morgado, e bens das Ordens fez a Miguel Soares, por quanto ou elle nomeou a mesma sua vida em que havia de entrar, ou outra que à sua se seguisse; do primeiro modo não podia ser valida a nomeação, porque elle não podia nomear para depois de sua morte hum direito, que por seu falecimento se havia de extinguir. Menos do segundo, por que para isso lhe faltava a faculdade, pois dado que houvessemos de entender, que o Alvará não concedia a nomeação de todas as quatro vidas effectivas a Diogo Soares, mas só a primeira, ficaria extinguido pertencendo as vidas por sua ordem, hoc est, naquellas pessoas que fossem vidas, e essas effecti-*

effeivas, como se vé do Alvará, o qual como expreſſamente não falla em Antonio Soares, e eſte não chegou a ſer vida, mal podia nomear, viſto não ter poder por aquelle Alvará.

287 Eſte fundamento contém duas partes, e ambas justificadas, porque a primeira, de que não podia ſer valida a nomeação de Antonio Soares de Mello, porque elle não podia nomear para depois da ſua morte hum direito, que por ſua morte ſe havia de extinguir, he fundamento certo, porque qualquer direito que tivesse falecendo elle ſem deſcendentes ſe extinguiu por ſua morte, ut ex textu in *L. cum patronus 28. ff. de legat. 2. ibi: Quoniam quod illius personæ præſtatur nunquam ad alium pertinere debet.* Tradit Noal. de transmiſſione caſ. 23. num. 21. & caſ. 27. num. 14. e a ração diſto dá *Giurb na obſ. 82. num. 11.*

288 E tambem a ſegunda de que Antonio Soares de Mello não podia nomear, porque lhe faltava a faculdade, e não tinha chegado a ſer vida, nem poſſuidor da Cômenda, nos quaes termos não podia nomear, como o Reverendo Juiz geral diz, pois lhe faltava Alvará para iſſo, como em termos de Cômenda o diz *Valenz conf. 83. numer. 68. ibi: Nec eſt conſiderabile ſi dicatur, quòd licet non potuiſſet tenere utramque commendam inſimul, potuit quòd vacavit Cômenda Tutute peque ipſam optare, & relinquere aliquam. Quia reſpondetur quòd non eſt lex, nec ſchedula regia, quæ id permittat, aut dictum impedimentum removeat.* E ahi allega muitos Doutores, e no num. 70. conclue com as palavras ſeguintes: *Et eo ipſo quòd non invenitur permiſſa dicta optio, videtur eſſe denegata.* Et num. 75. ibi: *Nam quando jus expreſſe non admittit electionem, reprobare ipſam cenſetur.*

289 O undecimo fundamento da ſentença fol. 256. diz o ſeguinte: *Nem obſta tambem o allegar ſe por parte de Miguel Soares, que a Diogo Soares lhe falta a qualidade de ſucceſſor do morgado de ſeu avo Diogo Soares, e que como eſte chamou para os bens das Ordens o tal ſucceſſor, lhe não pôde pertencer eſta Cômenda, porque omitindo a queſtão ſe he valido, ou não o vinculo do morgado, que Diogo Soares o Velho no ſeu teſtamento inſtituiu, mas antes dado que ſeja nullo, não pôde com tudo o defeito daquella qualidade impedir ao primeiro embargante o entrar na Cômenda de que ſe trata, por quanto a qualidade do ſucceſſor do morgado, não foy poſta por antecedente neceſſario para lograr a Cômenda; porque o teſtador não vinculou a Cômenda ao morgado, mas ſó nomeou nella ao ſucceſſor do ſeu morgado demonſtrando por relação a eſta qualidade as peſſoas que queria tivessem eſta Cômenda depois de Lucas Soares, e Antonio Soares, que falecerão ſem deſcendencia, a ſeu neto varão filho de ſua filha Dona Maria Soares, e João Alvarez Soares, qual he o dito Diogo Soares primeiro embargante, de que ſe não duvida, e aſſim como conſta da peſſoa demonſtrada, conſorme a direito não deve prejudicar a falſidade da demonſtração no caſo que a haja.*

290 Eſte fundamento he delgado, verdadeiro, e justificado, in facto pelo deduzido nelle, e pelas raçãos tiradas da mesma diſpoſição, & in jure ſe justifica pelos textos in *L. 1. §. ſin. ff. de dote prælegata, L. Quintus Mutius de auro, & argento gloss. in L. demonstratio falſa, & in L. nominatim ff. conditionib. & demonstrat.* E aſſim fica justificado eſte fundamento da ſentença fol. 256. e tambem o duodecimo, que diz o ſeguinte: *E que aſſim chamaffe ao dito primeiro embargante expreſſamente ſe vé do teſtamento fol. 123. ad fin. fallando das Cômendas, ibi: Nomeyo em Lucas Soares meu filho, e em ſua falta a quem ſucceſſor em o dito morgado a cima fundado, e depois delle ſe continuarão ſucceſſivamente as taes vidas em os ſucceſſores immediatamente ſeguintes pela ordem acima dita, com o que eſta nomeação, como ſe refere á inſtituição do morgado, e á ordem, que nelle ſe guardou, torna neste a repetir ſe conſorme a Direito aquella primeira vocação, com que clar a fica a nomeação do primeiro embargante, ainda dado que nella ſe não achára a qualidade de ſucceſſor do morgado na realidade, com tudo o respeito da vontade do teſtador, ainda nelle dito Diogo Soares ſe verifica, pois ſe attendermos á tenção do teſtador, o primeiro embargante, e não outro, he o que boje a tem ſuppoſta a vocação acima referida, o que haſta para ſe justificar a nomeação deſte primeiro embargante, e conſtar claramente da vontade de ſeu avo, que para os bens das Ordens expreſſamente o chamou.*

291 Eſte fundamento he tambem justificado in facto pela mesma inſtituição referida, & in jure ſe justifica pelo que temos dito, e pelo texto in *auth. de hæredib. & falſid. §. ſi vero nulla, ibi: Secundum prius à nobis traditum ordinem, & §. hæc autem dicimus collat. 1. ibi: Secundum prius à nobis inventam in talibus viam. Auth. de reſtit. fideicommiſſi collat. 9. ibi: Cum omni, ſicut ſuperius ſcriptum eſt, conjuncto ei jure. Probant Menoch. conf. 104. numer. 45. 53. 55. & conf. 106. numer. 294. verſ. tertio, e aſſim por eſtes fundamentos foy justificadamente julgada a Cômenda ao dito Diogo Soares, a quem de direito toca pelos justificados fundamentos delle expendidos doutiſſimamente em a ſentença appellada, e corroborados com as reſoluções de Direito referidas, a qual ficará mais justificada com a repoſta, que daremos a*

Resposta ás razoes do Marquez de Cascaes appellante a fol. 273. & seqq.

292 **E**stas razoes se reduzem a hum unico fundamento, que vem a ser o dizer, que as vidas concedidas na Comenda a Diogo Soares além da sua foraõ uallas, e de nenhum vigor, porque os Mestres da Ordens naõ pódem conceder espectativas, nem vidas nas Commendas, naõ só pelas disposiçoens de Direito, e resoluçoens dos Doutores, mas por os Breves Pontificios, que se allegaõ, e tresladaraõ por certidaõ a fol. 264. do S. P. Pio V. e Gregorio XIII. que vaõ d. fol. 264. até 272.

293 Esta allegaçãõ, que se faz pelo Consulente do Marquez, está douta, e elegantemente convencida em as razoes, que se fizeraõ por parte de Miguel Soares de Vasconcellos no segundo discurso, que se fez a fol. 308. até fol. 326. aonde com toda a miudeza se convenceraõ todos os Doutores, razoes, e fundamentos, que por parte do Marquez se allegaraõ, respondendose particularmente a cada Doutor, e allegaçãõ, se mostrou convencida a confiança com que o dito Consulente fez as ditas razoes contra as resoluçoens de Direito, e opiniaõ cõmua dos Doutores, que ahi se allegaraõ, observancia, e estylo do Reyno, e jurisdicãõ de Sua Alteza, sendo commum opiniaõ, e observancia que o dito Senhor póde dar, e dá Alvarás de espectativas, e vidas nas Commendas, confõrme ao estylo do Reyno, e resoluçãõ commua de todos os Doutores delle, e estrangeiros, que se allegaõ nas ditas razoes, que aqui offereço para impugnaçãõ das do Marquez, e sómente acrefcentarei alguns Doutores, que mais fallaõ nesta materia, e darei a resposta, que se omitio aos Breves, em que o Marquez se funda.

294 Em primeiro lugar he de ver a *Fragos. de regim Reip. p. 2. lib. 9. disp. 20. §. 5. numer. 10.* do qual tirou o Consulente aduerso tacito nomine o sylogismo, que fez a fol. 284. vers. n. 60. como se vé das ditas palavras da dita *disp. 20. §. 5. num. 10.* aonde propoz a questaõ, e o dito sylogismo nas palavras seguintes: *Dubitatio septima, præceptorie, seu militie Ecclesiasticæ, an sint beneficia Ecclesiastica, & possint promitti antequam vacent? Pars negans ex eo probatur, quia Reges Lusitaniæ sunt Magistri Ordinũ Militarium, & providere solent de hujusmodi Præceptoris tamquam Prælati inferiores, sed Prælati inferiores nequeunt principaliter concedere expectativas, sive in genere, sive in specie ad beneficia vacatura. igitur Reges Lusitaniæ, qui nunc provident de hujusmodi præceptoris, seu Commendis uti Reges, sed uti Magistri Ordinum Militarium nequeunt promittere illas antequam vacent.*

295 Esta he a questaõ, e sylogismo, que tirou o Patrono aduerso tacito nomine do dito *Fragoso*, e resolvendoa no mesmo n. 10. no *vers. dicendum*, he contra o mesmo appellante, & contra o que defende o seu Consulente, como se vé das palavras, ibi: *Dicendum tamen est posse Reges uti Magistros dare expectativas, seu diplomata, vulgo Alvarás de lembrança, ad præceptorias, ex ea ratione, quia non sunt beneficia Ecclesiastica, non enim possidentur ab hujusmodi militibus, ut res Ecclesiasticæ, sed ut res profanæ, nihil commune habentes cum spiritualibus, nec sunt beneficia Ecclesiastica ex eo fundamento, quia hujusmodi Milites non sunt Clerici, nec tenentur recipere ordines, cum deberent ordines suscipere ad recipiendas prædictas præceptorias, seu Commendas, si ipsæ essent Ecclesiasticæ beneficia, quæ non solent conferri nisi Clericis, quinimo prædicti Milites fruuntur solis fructibus temporalibus, qui separantur ab ipsis beneficiis, quæ gubernantur per Clericos, penes quos est titulus spiritualis. Quare cum ipsi milites sint laici, Comendæ illis indultæ non possunt esse beneficia Ecclesiastica, & ex consequenti non subsunt prohibitioni cap. 2. de concess. præbend. ubi interdicitur conferri beneficia Ecclesiastica, aut promitti antequam vacent.* E no num. 8. tinha já dito que os Reys de Portugal estavaõ em posse immemorial de prometter as Igrejas do Padroado Real, antes que vagassem, e que o dito costume era valido ex præsumpta concessione Pontificis. Isto mesmo diz *Mendo de Ordinib. militariib. disquisit. 10 q. 4. numer. 25. Capon. tom. 3. discept. 193 num. 47. Manoel Gonçalves Telles in cap. 2. de concess. præbend. numer. 12. in fin. e fallindo nas Commendas das Ordens Militares, Ansaldo cons 12 numer. 19 & 20. Petr Cardinal. Otthobon. decis Rotæ 160, numer. 1. ibi: Commendam Monteculi esse adjudicandam Saraceno hodie DD. censuerunt. Quia cum ipse haberet expectativas eminentissimi Magni Magistri ad primam Comendam vacaturam, & sequuta vacatione prædictæ Comendæ, Monteculi facta fuerit smotitio ad ejus favorem in lingua Italia, ut in ejus summario numer. 1 & 2. fuit illi jus quæsitum ad eam consequendam, ut in specie probat Loter. de re beneficiar. lib. 2. q. 15. n. 46. & sæpius firmavit Rota.*

Nem contra eſta reſoluçã obſta o Breve do Summo Pontifice Pio V. que vay treslado a fol. 264 porque ao dito Breve reſponde *Præceptor Leiva* apoſtilando o cap. 2. de *conceſſ. præbendæ n. mihi 73.* aonde depois de defender, que ſão validas as eſpectativas, e vi-
 das, que o Meſtre das Ordens Militares concede nas Comendas, argumentandolhe com o Breve do Summo Pontifice Pio V. Ihe reſponde com as palavras ſeguintes: *Nec adverſus has Regum Luſitanorum expectativas ad dictas Cõmentas Militares obſtat dicta conſtitutio Pii V. dum eas rejicit dicto loco, quia reſponderi poteſt duobus modis ſub cenſura Sanctæ Sedis Apoſtolicæ. Primo, quod Pius V. ibi non probat uſum earundem expectativarum, & promiſſionum, quatenus ille uſus interveniente cauſa juſta licitus eſt in magnis illorum Ordinum Magiſtris, quamvis ſint inferiores Summo Pontifici, ut pote non contentus ſub prohibitione noſtri text. & ſimilium juxta ſupra reſoluta pro hac ultima difficultate contra eundem text. & verſ. 2. pro ſolutione, ſed quatenus idem expectativarum uſus procedebat ex quibusdam ſpecialibus indulgentiis, & privilegiis conceſſis à Sede Apoſtolica eiſdem Magiſtris, & Ordinibus; quæ quidem privilegia in dicta conſtitutione revocantur à Summo Pontifice ex alia ratione diverſa, & non offendente dictam noſtram reſolutionem, nempe ex ea quia ob nimiam, & immoderatam multitudinem privilegiorum, & largitionum quæ ex indomita petentiũ cupiditate fuerant illis temporibus conceſſa Ordinibus Militariibus, & aliis perſonis laicis & Eccleſiaſticis ita ut exhaurire viderentur res Eccleſiæ Catholicæ, quæ eſſent in aliis piis uſibus impendenda nuncupatim præmittit, & proſequitur idem Pius V. in præſatione, & præmio ejusdem conſtitutionis judicavit ipſe revocare hoc etiam dictarum expectativarũ privilegium ſimul cum cæteris, quæ ibidẽ revocavit, & ex dicta ratione, quæ ratio cum ſit præmialis & generalis, debet referri ad omnia quæ continentur in eadem conſtitutione, & pariter ad dictam revocationem privilegiorum pertinentium ad hujusmodi cõmentarum expectativas juxta ea, quæ de vi, & efficacia rationis præmialis ad oſtendendum cauſam finalem diſpoſitionis, & ad eandem diſpoſitionem totam declarandam, & ad intellectum ejusdem præbendum docet Bart. in L. 1. num. 1. per text. ibi ff. ad Maced. & in L. regula §. ſiquis verſ. & licet ff. juris, & facti ignorantia per text. ibi Nam initium conſtitutionis, &c. & alii quos ſequitur, & refert Molin. in q. utili de primog. lib. 1. cap. 5. num. 6. proſequitur cum pluribus latius Menoch. præſumpt. 2. lib. 6. num. 1. cum ſeqq. Gonſal. ad regul. 8. cancel. §. 7. præmial. numer. 122 & num. 192 & in quæſt. utili Cabed. deciſ. 33. numer. 3. p. 1. & ſatis conſtat ex dictis juribus ex text. in L. ult. ff. de hæredib. inſtituend. & in L. alumne 30. §. ultim. ff. adimend. legatis. Quod ſi adhuc replices contra dictas Commendarum militarium expectativas, & promiſſiones, quod conceſſio dictorum privilegiorũ ad eas concedendas per ipſos magnos magiſtros ab anterioribus Pontificibus conceſſorum arguit easdem expectativas, ſemotis privilegii dictis non licuiſſe, & ſtante juſta cauſa, nec licere ipſis Magiſtris de jure cõmuni, imò cenſeri contemptas, & improbatas in prohibitione noſtri text. & ſimilium juxta regulam text. in L. unica Cod. de theſaur. lib. 10. Secundum quam ſuper ſuum eſt precibus poſtulare, quod jure cõmuni conceſſum eſt. Reſpondetur hanc regulam non habere locum, quando dubium eſſet, & eſſent opiniones contrariæ de hac conceſſione juris, ut pote quia privilegiũ in his terminis non eſt ſuperfluũ, ſed valde utile in duobus. Primo in eo quod confert ſecuritates, & certitudines in ſuo caſu, & tollit dubium, & ſcrupulũ antiquum, ut in exemplo utili, & quotidiano, docet Soares de legib. lib. 8. cap. 22. numer. 5 & 6. junctis traditis per eundem de religione tom. 2. & de voto lib. 6. cap. 19. numer. 7. Secundo in eo quod etiam confert novum, & ſpeciale titulum duraturum, & ſi poſtea de novo ſubſequatur generale jus contrarium abſque ſufficienti ejusdẽ privilegii derogatione, ut in alio etiam pratico exemplo docet Soar. dict. num. 5. ultra generalem doctrinam in hoc conformem in materia privilegiorum, quæ non fuerint contenta in corpore juris traditam à duobus in cap. 1. per text. ibi de conſtitutionib. in 6. ſequitur Soar. dict. lib. 8. cap. 39. num. 5. Ergo reſpectu hujusmodi utilitatem occurrentium in dicta opinionum contrarietate circa dictas Cõmentas Militares, an ſcilicet ſint beneficia Eccleſiaſtica, & ut talia comprehendantur ſub prohibitione noſtri text. & ſimilium, potuit impetrari à dictis Militariibus præſatũ privilegium ad concedendas dictas expectativas Commendarum Militarium nondum vacantium à Pio V. poſtea revocatum in dicta conſtitutione, quin ex impetratione & conceſſione dicti privilegii oſtendatur noſtra reſolutio, quin in eadem quæſtione, ut veram à parte rei probavimus, & defendimus hætenus à verſ. ſed his non obſtantibus. Secundo ad eandem conſtitutionem Pii V. reſponderi poteſt quod ea, & ſi maxime loqueretur contra dictum priorem ſenſum contentum ſupra in noſtra reſolutione, & reſponſione ad eandem conſtitutionem, tamen adhuc non obſtaret dictis noſtrorum Regum expectativis. Ratio eſt, eadem conſtitutio in hoc Luſitanæ Regno non videtur recepta, ut par eſt credere ſuppoſito eorundem Regũ uſu ſcintibus, & non contradicentibus Summis Pontificibus, unde ſuccedunt ea, quæ de efficacia hujus conjeçturæ ad probandum*

non esse receptas leges, & constitutiones sive Ecclesiasticas sive saeculares, quando videlicet ipsis legibus per aliquos actus contrarios, qui arbitrio prudentis efficere valeant moralem conjecturam de tolerantia Principis Legislatoris repugnat a subditis eodem Principe sciente. *Idem ignorante iisdem legibus nondum admissis repugnat per decennium, tradunt Imola, & Felinus in cap. 11. num. 13. de Treuga, & pace, Jason in L. rem non novam §. Patroni numer. 7. Cod. de judiciis, quos refert, & sequitur Covas lib. 2. var. cap. 16. num. 6 sub vers. sunt, Gutierrez. canon. quæstion. cap. 8. lib. 1. num. 3. & 4. sic explicantes regulam text. in L. de quibus vers. nam cum ff. de legib. & in cap. in istis §. leges decis. 4. & ex comuni refert, sed melius explicat Soares de legib. lib. 4. cap. 16. num. 11. & 12. juncto lib. 3. cap. 19. sub numer. 10. & rursus succedunt ea, quæ de legibus, & Ecclesiasticis non obligantibus, si non fuerint à maiori parte subditorum, tradunt omnes in dict. L. de quibus, & in dict. §. leges, & alibi, ut prædictos modos citatos concordantes, quod in hoc quod eadem leges in his terminis non obligent, quatenus discordent in fundamento propter quod non obligant, ut refert, sed melius explicat, & prosequitur Soares dict. cap. 16. & 19. à princ. ad intellectum eorundem jurium. Tandem quod attinet ad promissiones feudorum nondum vacantium, de quibus in hac ultima difficultate respondetur idem quod respondimus in dictis Commendis Militaribus, & officiis saecularibus ex eadem ratione, de qua supra in vers. his igitur.*

297 E por esta mesma razão não obstaõ os outros Breves, que se ajuntaõ, pois se lhe responde com o mesmo lugar de Leiva, e tambem porque os Doutores do Reyno todos confessãõ a posse em que está Sua Alteza, que Deos guarde, immemorial de conceder as expectativas, e ainda as vidas nas Cõmendas com a boa fé, que se deve considerar da parte de Sua Alteza, que Deos guarde, não só por esta se presumir, mas porque não obitantes os ditos Breves, os Senhores Reis deste Reyno, seus antecessores, que foraõ mais visinhos ao tempo que se concederaõ os ditos Breves, não obstantes elles continuaraõ na concessãõ das expectativas das Commendas, e vidas dellas, e sendo Principes taõ Christaõs, e taõ zelosos do augmento da Igreja, senãõ póde presumir, que houve de parte delles malicia, mas continuaraõ na concessãõ, porque não aceitaraõ os ditos Breves, ainda que foraõ expressos, e fundado no costume immemorial, que sempre continuaraõ á vista dos Collectores, e Nuncios Apostolicos, que houve neste Reyno, com tolerancia do Summo Pontifice, e sciencia pelas dispensas, com o que ficon mais forte, e efficaz para este caso o consentimento tacito, que o expresso, como em termos semelhantes o disse Gravet. conf. 64. numer. 10. ibi: *Scientia, & patientia Summorum Pontificum consensu expresso fortior est, ex quo ipsi diu tolerarunt, plane est, quia præsumptus consensus ex scientia, & non contradictione cum temporis diuturnitate inductus consensu expresso fortior reputatur.*

298 Idem tenet Narbon. de appellationib. 2. p. fundament. 5. num. 9. faciunt adducta à Salgad. de regia protect. 1. p. cap. 1. præclud. 3. num. 139. & seqq. E assim declarou o Summo Pontifice Martinho V. que não era sua tençaõ derogar a posse, e costume, em que estavaõ os Reis nos seus Reynos. como se vé das palavras da Bulla, que refere Cevall. in tract. de cognit. per viam violentiæ in proæm. cap. 10. num. 36. & 37. e o mesmo se prova do texto in cap. causam quæ 2. qui filii sint legitimi.

299 E debaixo da centura da Santa Madre Igreja, não constando que as ditas Bullas se recebessem, antes o contrario, pois sempre se deraõ expectativas, e as vidas nas Cõmendas, cessa a disposiçaõ dos ditos Breves, pois não estando recebidos, não obrigaõ, ainda que tenhaõ decreto irritante, antes se abrogaõ per non usum, Cap. in istis dist. 4. & ibi Aug. Barbol. num. 10. L. de quibus ff. de legib. Valenz. conf. 54. numer. 21. & 22. Vella differt. 36. num. 20. Salgad. de regia protect. 1. p. cap. 1. præclud. 5. numer. 322. Ciardin. forens. cap. 186. numer. 53. Diana coordinat. tom. 6. tract. 1. resol. 55. numer. 5. & tom. 9. tract. 2. resol. 345. numer. 4. Fermoza. in rubric. de constit. q. 5. numer. 7. Azor. tom. 1. lib. 5. cap. 4. q. 1. Portugal p. 2. lib. 1. cap. 10. num. 91. & 92. aonde aponta muitas, e diferentes razoes pelos Breves dos Summos Pontifices, que per non usum se deixaõ de observar, & Salgad. de supplicat. 1. p. cap. 2. sect. 3. num. 114. & 123. & 131. onde refere muitos Decretos dos Summos Pontifices, e de Bullas, que se não observaraõ, porque não foraõ recebidas, pois ainda o mesmo Concilio Tridentino não obriga em as partes, em que não se recebo, e ainda alguns de seus Capitulos não foraõ admittidos, antes abrogados por uso contrario, porque o Principe póde não admittir os Breves, ou disposicoens Apostolicas, e interpor replica, Soares de legib. lib. 4. cap. 16. numer. 6. & 8. Villalob. in summa tom. 1. tract. 2. differentia 16. numer. 6. Leotard. de usur. q. 44. numer. 10. Salas de legib. tract. 14. disp. 13. sect. 4. Anguian. de legib. contr. 5. per tot. Vella differt. 36. num. 17. Salgad. de supplicat. p. 1. cap. 2. sect. 4. n. 150. usque ad 158. Cortiada dec. 119. num. 34.

300 E naõ póde cauſar iſto eſcandalo em hum Rey, quando ſe vé, que póde executar o meſmo hum Biſpo em o caſo, que Sua Santidade mande algũa couſa, que for contra o coſtume do ſeu Biſpado; *Gloſſ. in cap. in iſtis 4. diſtinct. verb. Judicem, ibi: Cum ergo Papa vult condere Canones, Epifcopi poſſunt contradicere, & dicere, canon iſte non conuenit conſuetudini Regionis noſtræ.*

301 E eſte meſmo eſfeito obra a confideraçã da inobſervancia, pois ſempre ſe practicou o contrario neſte Reyno na conceſſã das eſpectativas das Cõmendas, e vidas nellas, e o Breue Pontificio naõ recebido ſe preſume abrogado pelo tranſito de dez annos; e ainda depois de recebido pelo de quarenta por uſo contrario, *Cap. fin. de conſuetudine, ubi Barboſ numer. 13. & 14. Farin. in fragment. p. 2. lit. L. numer. 17. Mascard. de ſtatut. or. interpretat. concl. 6 numer. 83. Guterr. canonicar. lib. 1. q. 8. numer. 3. 4. & 18. Dian. p. 5. ad tract. 14. reſol. 62. Covas var. lib. 2. cap. 16. numer. 6. Suarez de legib. lib. 4. cap. 16. num. 11. & lib. 7. cap. 18. num. 12.* E aſſim reſponde a ſemelhantes Bullas neſtes meſmos termos identicos, defendendo o poder dos Senhores Reys deſte Reyno ſobre as eſpectativas das Comendas, e vidas dellas, *Torres de pactis futuræ ſucceſſionis lib. 1. cap. 20. per tot. & maxime num. 32. & 33.* e a razeõ diſto dá *Salzed. de lege politica lib. 1. cap. 8. §. 1. num. 22.*

302 E aſſim ſendo paſſados muitos mais annos, que eſtes, ſempre concedendo os Senhores Reys deſte Reyno as eſpectativas nas Comendas, e vidas nellas, ou os ditos Breues foſſem recebidos, ou naõ, eſtaõ abrogados per non uſum, e pelos actos contrarios, e ainda na duvida de eſtar em uſo, ou naõ, naõ obrigaõ, *Azor. tom. 1. lib. 2. cap. 19. queſt. 12. Salgad. d. lect. 3. numer. 122. verſ. adeo, Scobar de Mendoça tom. 1. lib. 5. ſect. 2. cap. 14. problema 14. numer. 120. Dian. tom. 6. tract. 1. reſol. 40. & 41. num. 2.* E aſſim naõ ſe havendo uſado os ditos Breues, antes tendõſe praticado o contrario plenamente ſciente, e conſentiente Pontifice, ficaõ obrogados, *Barboſ. in cap. in iſtis numer. 11. Fermoſin. in rubric. de conſtitutionib. q. 5. num. 8.*

303 E havendo preſcripçã como no caſo preſente, deſobriga da obſervancia da Ley Pontificia, *Cap. fin. de conſuetudine, Barboſ. in d. cap. in iſtis num. 14. Protugal de donationib. regis p. 2. cap. 10. num. 96.* E naõ ſe póde duvidar da preſcripçã, pois ſe tem paſſado muitos mais annos daquelles, que ſe requerem para ella, durante os quaes ſempre ſe concederaõ as eſpectativas, e vidas nas Cõmendas, o qual uſo ſempre ſe ha de obſervar, ſem poderem obſtar os ditos Breues, pois ſalva ſemper correccionẽ, & cenſura Sanctæ Matris Eccleſiæ, os noſſos Doutores Reyniculas, na fórma que o refere *Pereir. in promptuario morali tom. 1. tract. 25. ſect. 9. q. 2. num. 1673.* quando trata eſta queſtaõ alẽm do coſtume, e poſſe immemorial accreſcentaõ, quod dicta conſuetudo valet ex præſumpta conceſſione Summi Pontificis. Baſta para ſe conſervarem na boa fé ſemelhantes expectativas, e vidas, pois alẽm do ſobredito temos o exemplo na *Ord. lib. 2. tit. 5. §. 7. & 8.* que trata do modo que ſe ha de obſervar na validade das immuniões dos criminoſos, que ſe valeraõ das Igrejas, e naõ obſtante ſer contra a immuniõ Eccleſiaſtica, e reſoluçã commua dos Doutores, que dizem o contrario, ut videre eſt per *Oliv. de foro Eccleſ. 1. p. cap. 27. numer. 12. Dian. p. 4. tract. 1. reſol. 49. verſ. ſed hanc opinionem,* ſe practica, e obſerva neſte Reyno a dita Ordenaçã, e a intelligencia que lhe daõ os Doutores Reyniculas, he a do coſtume immemorial junto com a fama da præſumpta conceſſã, *Olive de foro Eccleſ. 1. p. q. 27. num. 39. Præceptor Ribeir. in privatib. ſcholiis ad text. in cap. foru. de verbor. ſignificat. num. 14.*

304 E ſe em hum caſo tanto em prejuizo da immuniõ da Igreja ſe obſerva a dita Ordenaçã por hum coſtume antiquiſſimo, à fortiori ſe deve obſervar o meſmo nas eſpectativas das Commendas Militares, em que parece ſenaõ considera tanto prejuizo juxta reſoluta.

305 E ainda que iſto faltara, nos termos preſentes he eſta materia ſem duvida; porque neſte caſo naõ houve expectativa; nem mercẽ nova, mas ſó huma continuaçã da antiga, que eſtava feita a Diõgo Soares; porque eſtando elle de poſſe da Commenda, de que ſe trata, El Rey lhe deu as quatro vidas de livre nomeaçã alẽm da ſua, e neſtes termos naõ ha expectativa, nem mercẽ nova, mas ſó continuaçã da antiga, em que naõ ha nenhum perigo dos que consideraõ os Doutores, que fallaraõ nas expectativas, por eſta facultade de ſer continuaçã da mercẽ antiga.

306 Aſſim o dizem fallando nos bens da Coroa, *Gam. dec. 47. incipit illuſtri num. 2. verſ. in cauſa vero, ibi: In cauſa vero Comitib. da Caſtaubeira diverſum jus erat, quoniam conceſſio ſecunda per quam in perpetuum filii vocabantur ad Comitatum. licet noviter facta cenſeatur, ipſi patri poſſidenti facta fuit durante prima conceſſione ad vitam. ſic itaque in effectum iſta ſecunda nihil aliud continet. quam prorogationem primæ conceſſionis, unde non eſt nova conceſſio, ſed prioris conceſſionis prorogatio.* Allega in ſpecie ad propoſitum a *L. ſed, & ſi manente ff. præ-*

cario, & ex eadem doctrina o refere julgado na *decisaõ* 24 incipit in *causa*. E dá a razaõ nas palavras seguintes: *Nam per talem renovationem, quæ fit durante emphyteusi, non dicitur constitui nova emphyteusis, sicuti non dicitur feudum novum, quod renovatur durante antiquo.* Portugal de donationib reg. p. 2. lib. 1. cap. 7. num. 46. aonde propoem a questaõ nas palavras seguintes: *Vel quando Princeps propter merita patris specialiter illi concedit ultra ejus vitam aliam in bonis Regiæ Coronæ. Sive illi, quibus generaliter concessa fuit altera vita in dictis bonis, vel specialiter alicui propter benemerita.* Proposta esta questaõ, a resolve no num. 48. nas palavras seguintes: *Secundo facit quod gratia prorogata modo, de quo supra; ita ad filium extenditur, ut ampliatio non dicatur nova concessio, sed eadem cum prima & sic bona non dicuntur vacare.* E no num. 49. traz o exemplo do feudo, e de semelhante concessaõ feita nelle, como se vê das palavras, ibi: *Tertio facit: quod prorogatio feudi facta durante prima concessione non facit novum feudum.* Nogueroi alleg. 21. num. 19. Ergo etiam prorogatio unius vite in bonis Regiæ Coronæ non est nova concessio. E no vers. similiter diz o mesmo no officio, ut patet, ibi: *Similiter officium ampliatur dicitur idem & non est novum.* E para isto allega alguns Doutores. E fallando em termos de concessaõ Regia, em que se deu faculdade para nomear, diz o mesmo Cabed 2. p. dec. 39. numer. 3. ibi: *Secundo, quia prædicta bona non dicuntur vacare morte donatarii; nec filio de novo censentur donata, imò gratia facta patri ad filium prorogatur, maxime quando Rex illam patri concessit & ejus filio quem testamento nominasset, ac proinde nova non censetur concessio seu donatio, sed eadem cum prima & cum concessio non dicatur nova, imò sit eadem cum prima, consequens fit, quod bona prædicta morte parentis vacare non dicuntur.*

307 Videndus est etiam *Ponte de potestate Proregis tit. de diversis provisionibus rubric. de potest. substituendi in offic. num. 6.* onde allega *Bartolo*, e outros que fazem a mesma distincão inter novam concessionem finita jam prima, & factam durante ea. E no num. 7. diz, que quando El Rey fez prorogaçãõ, e deu vidadas ao possuidor, se não diz nova mercê, mas a mesma, e com muitos diz o mesmo *Mastrill. de magistr. lib. 1. cap. 28. num. 67. cum seqq.* sequitur etiam cum multis *Altograd cons. 68. lib. 2. numer. 29.* aonde com a Rota Romana diz, que se o Summo Pontifice faz prorogaçãõ do titulo ante finem temporis titulum extendit, non autem titulum novum concedit, como se vê das palavras do Doutor Altogrado, ibi: *Ideo si Papa facit prorogationem tituli ante finem temporis, titulum extendit, non autem titulum novum concedit; Rot. dec. 20. in fin. de præbend. in novis, quam refert Tusch. conclus. 920. num. 6.*

308 Tradit etiam *Cald. de extinct. cap. 16. numer. 59.* aonde refere as palavras da dita Ley, *sed & si manente*, e com muitos *Giurb. dec. 58. num. 9.* ubi loquitur in eadem specie de semelhante concessaõ do Principe, e todos os mais por elles allegados resolvem, que esta prorogaçãõ, e vidadas concedidas, sendo feita ao possuidor, he a mesma concessaõ, & eadem cum ipsa, e com todas as suas qualidades de circumstancias, ut late comprobatur *Jason. in L. lecta num. 8. ff. si certum petatur. sequitur Peregrin cons. 119. num. 4. lib. 5.*

309 E fallando em termos de concessões de vidadas nas Cõmendas, o resolve *Solorz. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 22. numer. 41. in fin. & numer. 42.* ibi: *Nam si in priori successione secunde vite per Regem concessæ filii & filia & nepotes, uxores, & maritos excludunt, ut in iisdem deciditur, quæ ratione fieri potest ut in secunda, vel tertia successione per dissimulationem, vel prorogationem admissa idem non observetur, cum prorogatio fiat semper cum omnibus suis qualitatibus & lex extensa eandem naturam retineat in eo, ad quod extenditur, quam habebat antea in aliis casibus.*

310 Sequitur *Larrea alleg. 10. numer. 105.* ibi: *Sed in iisdem terminis prorogationis, & ampliacionis officiorum, & concessionum regalium, etiam si toties in rescripto non exprimeretur ampliacione fieri eodem modo, & jure, quo prædecessores in officio obtinuerunt, regulariter ita intelligi debere, ut extensio eandem retineat qualitatem, quam illud ad quod extenditur, & lex extensa, eadem censetur.*

311 Idem tenet *Farinac. in recentiorib. dec. 553. numer. 21. Fontanell. dec. 508. numer. 13.* e he elegante a doutrina de *Bartol. in L. dies cautioni num. 3. de damno infecto, Gratian. cap. 791. numer. 1.*

312 E nestes termos ainda que foraõ prohibidas as expectativas, e mercês de vidadas, como o patrono do Marquez quer, se podia comprehender a concessaõ, de que se trata, pois não foy a mercê nova, mas a mesma, e com a mesma natureza se considera a prorogaçãõ das vidadas, cessãõ as razoes, que dão os Doutores, pois na faculdade de livre nomeaçãõ senão comprehende a consideraçãõ de desejar a morte, pois he incerto quem havia de ser nomeado, e assim por todas as razoes ficaõ cessando os fundamentos, com que o Marquez impugna a sentença.

Quanto ás razens do outro appellante Miguel Soares de Vasconcellos.

E Stas vaõ a fol. 294. & seqq. em as quaes se pertendem impugnar os fundamentos da sentença do Reverendo Juiz geral das Ordens, e sem nenhum fundamento, porque a dita sentença he muito ajustada a Direito, como está moſtrado, discursandose por todos os fundamentos della, de que o Juiz tirou as presumpçoens de Direito, em que se funda, como se vê das allegaçõens deste papel, e assim saõ as presumpçoens juridicas, & non hominis.

E õ dizerse a fol. 296. que este modo de nomear, de que ufou o Secretario Diogo Soares, he prejudicial à faculdade dos Mestres, e à mesma Ordem, do que a da livre, e successiva nomeaçãõ dos successores, porque pelo modo de que ufou, naõ pôde haver caso algum de tornar a Comenda a se prover pelo Mestre, em quanto se naõ findarem todas as quatro vidas, por terem a mesma perpetuidade, que a successãõ do morgado, o que naõ he assim succedendo os successores por nomeaçãõ pela contingencia, que pôde haver de morrerem sem nomearem, no qual caso se ficaõ perdendo todas as vidas, que estão por cumprir, e torna a Cõmenda à Ordem, e a prové o Mestre, e para isto se allegaõ hũas Ordenações, e Doutores, que nem por pensamento fallaraõ em Cõmendas, nem no caso presente, nem podiaõ fallar, porque havendo de ser as vidas effectivas, e de livre nomeaçãõ, como consta das palavras da mercê referida nas mesmas razoens fol. 296. vers. durante as quatro vidas, naõ pôde vagar a Comenda, porque estas saõ effectivas, e haõ de ter seu cumprido effecto, *Pereir. dec. 4. Cabed. 1. p. arest. 94.* e em termos de vidas de Cõmendas, *Solorzan. de jure Indiar. lib. 2. cap. 16. numer. 100. vers. sed nihilominus, & num. 101. usque ad 104. Castill. lib. 4. contr. cap. 39. num. 18. & seqq. Sous. de Maced. dec. 115. num. 12.*

E assim durando as quatro vidas, nunca pôde vagar a Cõmenda, mas ha de succeder o descendente mais chegado faltando a nomeaçãõ; porque quando alguem tem faculdade de nomear, e naõ nomea, naõ vagaõ os bens, mas succede em seu lugar a nomeaçãõ legal, *probat text. in L. § non salum ff. ut legator. seu fideicommissorum nomine, ibi: Quamvis isti non ex judicio defuncti veniat, sed successionis necessitate. L. unum ex familia §. rogo ff. de legat. 2. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 41. Paz de tenuta cap. 34. num. 142. & 143. & tom. 2. cap. 59.*

E neste Reyno, nem no de Castella naõ succedem todos quando falta a nomeaçãõ, mas succede o mais chegado, *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 13. & cap. 6. numer. 22. & 23. Robles de repr. sent. lib. 3. cap. 6. numer. 2. Molin. disp. 593. numer. 6. Castill. tom. 5. cap. 87. num. 17.*

Deficiente enim nominatione, aut dispositione hominis semper suppletur dispositio facultate legis, *L. conficiuntur ff. de jure codicillorum, Cassanat. conf. 37. num. 29. Sess. dec. 48. num. 6. Fontanel. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 23. numer. 9. usque ad 17. Giurb. ad consuetudin. senat. Messan. 1. p. cap. 5. gloss. 4. num. 9. & seqq. Castill. tom. 6. cap. 113. n. 34. & cap. 158.*

E em officios disputou a questaõ *Mastrill. de magistrat. lib. 1. cap. 28. numer. 57.* onde havendo movido a duvida de ser morto o possuidor do officio, que tinha faculdade para nomear tem o fazer, succederia o filho, ou o parente abintestado, a resolveo a nosso favor com *BalVicent. Diana* e outros, de qua re etiam *Giurb. obs. 110. numer. 10. 11. & 12.* e nos prazos he o mesmo, como diz a *Ord. ex adverto allegada lib. 4. tit. 36. §. 2. de que re Cald. de nominat. q. 12. num. 44.*

Nem pôde parecer estranho do intento o argumento, que se traz do direito do Padroado, que tem o Patrono, que manumitio em os bens do liberto, porque se o pay naõ afflignou o liberto a hum de seus filhos em a fõrma em que se dispoem em a *L. 1. & per tot. tit. ff. de assignand. libert.* este direito do padroado, que residia em o Patrono, passou ao filho em caso de naõ haver nomeado a nenhum delles em o texto difficil na *L. si libertus 24. §. 1. ff. de bonis libertor. Molin. lib. 3. de primogen. cap. 8. numer. 13.* a cuja semelhança o direito desta Cõmenda, quando se naõ nomeara, passava ao parente mais chegado, e naõ podia vagar, como ex adverso se diz, sendo que estamos fóra desta questaõ, porque o dito Secretario nomeou como podia, ut dictum est.

E menos fundamento tem o dizerse a fol. 296. e 297. que as vidas se concederaõ na fõrma em que estava feito mercê do prazo da Ilha de Santa Maria, e assim se diz ex Pinheiro, que naõ podia fazer mais, que huma nomeaçãõ, e naõ das quatro vidas, o que tambem he sem fundamento, porque a razaõ porque o foreiro naõ pôde nomear mais que huma vida, he porque no prazo he clausula expressa, de que nomeara a segunda vida, e a segunda a terceira,

ceira, o que não ha no caso presente, pois se deu faculdade para nomear as quatro vidas effectivas livremente, e nesta Cômenda se podia fazer nomeação das quatro vidas por substituição, por ser morgado legal nellas, como temos mostrado em estas razoens, sustentando o primeiro fundamento da sentença na parte que respeita ao appellante, e assim he superfluo o que se diz até fol. 298.

321 Sic etiam, e o mais que se refere a fol. 298. vers. e 299. sobre as palavras do Alvará a pessoa, ou pessoas porque todo o discurso que ahi se faz, he contra ellas, e sendo a matéria clara pelas palavras da mesma concessão, he superfluo tudo o que se allega até fol. 300. nem a certidão fol. 293. de que ahi se falla sem fundamento algum, não só porque não tem credito, por não ter assignada, mas porque encontra o mesmo theor do Alvará, porque se ha de estar, pois he a ley da successão, nem neste caso houve prejuizo, como se diz a fol. 302. porque ao tempo da concessão não havia prejuizo de ninguem, pois só era Commendador o Secretario Diogo Soares, e a concessão das vidas não foy para pessoas certas, mas naquellas que elle quizeffe nomear.

322 Finalmente não obsta o dizerse a fol. 303. vers. até fol. 308. que o appellante Miguel Soares he o verdadeiro successor desta Cômenda, porque a elle lhe pertence o morgado, porque já está respondido a esta allegação a fol. 235. sem embargo da escritura, que se ajuntou a fol. 182. porque dizem, que foy celebrada no anno de 1625. entre Diogo Soares, e Dona Mariana de Sá, filha do Doutor Pedro Barbosa, em que declarou, que havendo filho macho do matrimonio, ficasse o dote vinculado, e depois no anno de 1634. se celebrou outra a fol. 198. em que se declarou enre outras cousas, que sem embargo da clausula do dote, nem por isso se dividiriaõ os bens, antes viriaõ aos descendentes do matrimonio, e que no testamento fol. 118. vers. fizera menção da primeira escritura, mandando se cumprisse, e nomeára outros successores.

323 Esta allegação se convence, porque a disposição feita na escritura fol. 198. vers. não teve effeito, por quanto na procuração tresladada a fol. 208. se contém, que não valeria, sem o dito Secretario Diogo Soares, que ao tal tempo estava em Madrid, a ratificar, e que sem isso não poderia ter effeito, e assim he o verdadeiro successor o appellado pela vocação expressa, que fez o Secretario delle, e tudo o que se diz ex adverso, he contra o theor do testamento, conforme ao qual falecendo Antonio Soares de Mello sem filhos, não pôde succeder o appellante seu irmão, mas só o appellado chamado, e assim he superfluo o argumento que se faz a fol. 304. vers. e 305. de que se não reputa por successor o que tomou posse, mas aquelle que tem direito da successão, ainda que não possuisse, allegandose para isso o exemplo da Ley Mental, que não tem nada com as Cômendas, em o qual não ha direito para dispor, porque para isso he necessario expedição do titulo, e posse actual, que he a que tinha o Secretario Diogo Soares, quando dispoz das vidas, e não Antonio Soares, que sem ella não podia nomear, ainda que tivera direito para isso, o que se prova pelo *Cap. 1. de consuetudine recte feudor.* per quem omnes dicunt, quod feudum sine investitura non constituitur, & eam esse solum, & unicum modum feudi constituendi, & acquirendi, & convenit *Gloss. in cap. ex ore de his, quæ fiunt à maiori parte Capituli verb. annullo, & verbo. & si mandatum, Vultejus in tract. de feud cap 7 numer. 9. Clar. in §. feudum q. 6. numer. 1. Rozental de feud. cap. 6. conclus. 1. lit. C. & conclus. 2. lit. D. Scradet de feud p 5. cap. 2. Puteo de reintegratione feudi in questione, an Lex quoties Cod. reivindicat. in feudo locum habeat, Maguer de advocatia armata cap. 18.*

324 E em termos de Comenda o resolve *Solorzan. de jure Indiar. lib 2. cap 13. numer 10. & seqq. ibi: At que hæc actualis apprehensio possessionis Commendæ, virtute dicti tituli facta poterit dici propria ejusdem Commendæ investitura. juxta ea. quæ de feudis tradidimus: nam licet aliàs ubi agitur de successione ejus in filium, vel alium legitimum heredem continuanda, ipso jure ex ministerio legis in eum absque alio facto transferatur possessio. sicut, & in maioratus successione contingit, hoc tamen in nova Commenda non procedit, sicuti nec in novo feudo. in quo receptior sententia est tituli traditionem. sive abusivæ, & ceremonialis investituræ concessione non excusare, quin postea actualis possessio capienda sit, quia proprie loquendo illa investitura non est possessio, sed potius contractus, sive negotium, aut titulus, cujus virtute debeat peti, & fieri translatio, & apprehensio possessionis.*

325 E assim não chegando a possuir Antonio Soares de Mello, nem sendo o appellante seu irmão seu filho, ainda que fosse chamado como successor do morgado, não sendo o appellante herdeiro seu, mas estranho, não se lhe transferio direito algum pela nomeação, que lhe fez, pois não chegou a ser vida na dita Cômenda, nem tirou carta della, nem podia prejudicar

judicar ao appellado legitimo ſucceſſor, § *ſinitur inſtit. de uſufruct. ibi: Nam cedendo extra-
neo nihil agitur.* Aliis authoritatibus tenet *Solorz de jur. Indian. tom. 2. lib. 2. cap. 6. per tot.*
e menos no dito Antonio Soares, que não entrou a poſſuir, nem foy vida, quo cau ainda
que foſſe nomeado, não chegando a poſſuir, não foy vida, nem ha de ſer a primeira vida,
ſenaõ o que entrar a poſſuir, *Solorz de iure Indian. lib. 2. cap. 16. num 100. uſque ad 104. &
in politic. Indian. lib. 3. cap. 18 per tot.* aonde no verſ. de maneira õz as palavras ſeguintes:
*De manera, que aquel en quien comegan las vidas, ſiempre, y repetidamente le llama, y dá a
entender que quiere, que ſea tenedor, y poſſedor de los Indios, o encomienda de cuja ſucceſſion
ſe trata; y eſto bien ſe ve, que no ſe puede verificar en el que nunca llegó a poſſeerlos, ni go-
zarlos, a aunque aya tenido ſcedulas muy apertadas, para que ſe le den, y ſituen.*

E conforme a eſte lugar não ſe pode dizer, nem pertender, que Antonio Soares de
Mello teve direito algum na Commenda, nem poſſuio primeira vida della, ainda que foſſe
nomeado não ſe lhe paſſando carta da Cõmenda, nem entrando de poſſe della, não pode per-
tencer ao appellante o direito della, nem o podia nomear, pois não foy vida, ainda ſeguin-
do as meſmas razoens contrarias, porque havendo de ſer tambem conforme a mercẽs qua-
tro vidas eſſectivas, morrendo os primeiros chamados ſem deſcendentes, ha de ſer a primei-
ra vida o appellado chamado em terceiro lugar, na torma em que o Reverendo Juiz geral
julga, pois nelle ha de ter eſfeito a primeira vida entrando de poſſe, e não no appellante,
que não he deſcendente, e ſeu irmão, que não poſſuio a Cõmenda, nem teve carta della,
lhe não podia transmitir, nem nomear o direito, que não tinha, pois o que tem faculdade
para nomear, o não pôde fazer ſenaõ poſſuindo, o que a meu ver ſe prova do texto na *L.
Sempronius Attalus 26. ff. de uſu, & uſufruct. legat.* em a eſpecie do qual texto propoz o
J.C. Paulo o caſo ſeguinte.

Sempronio havendo deixado a hum ſua herança, deixou a Cayo por legado, ou fideicõ-
miſſo, para depois de paſſados dez annos, hum campo que tinha em Italia, tirado, e excep-
tuado o uſufructo para o meſmo herdeiro. Succedeo, que em o meyo tempo dos dez annos
antes de cumprirſe, morreo o herdeiro, com o que cumpridos os dez annos, chegou a duvi-
darſe, ſe ſe havia de dar o campo todo, pleno jure, a Cayo legatario, ou ſó a propriedade, ti-
rado o uſufructo para o herdeiro do herdeiro; porque parecia que com ſua morte ſe havia
extinguido o uſufructo, e não podia tocarihe a ſeu herdeiro, antes ſe havia consolidado cõ
a propriedade, e todo o campo havia de hir ao legatario inteiro: e por o contrario, que não
podendo comẽçar o uſufructo, nem ter principio em o herdeiro, até que paſſados os dez an-
nos entregalle o dominio, e propriedade do campo ao legatario, não ſe podia extinguir, nem
perder, e aſſim devia comẽçar em a peſſoa do herdeiro do herdeiro, que paſſados dez annos
havia de entregar o campo. Sem embargo diſto o J. C. resolveo, que em ſemelhantes caſos ſe
havia de attender, e conſiderar o intento, e vontade do teſtador: e que aſſim reconhecendoſe,
que em o daquella Ley havia ſido ſó, que gozaſſe do uſufructo o primeiro herdeiro, a que dei-
xou ſua fazenda, havendo faltado eſte, venha depois dos dez annos a pertencer ao Legatario
todo o campo pleno jure, e o herdeiro não podia transmitir a ſeu ſucceſſor o uſufructo,
que não comẽçou nelle, como ſe vé da reſoluçãõ do dito J. C. no verſ. *Sed bis caſibus.*

E aſſim não ſuccedendo Antonio Soares de Mello na Cõmenda, nem entrando de poſ-
ſe della, ainda que foſſe nomeado pelo deſunto, morrendo ſem filhos não podia nomear em
ſeu ſucceſſor a vida, que não teve, nem chegou a poſſuir, principalmente quando Sua Mageſ-
tade concedeo as vidas eſſectivas, e eſtas não podem comẽçar ſenaõ depois de entrar o no-
meado na poſſe, pois ſó com ella ſe entra a lograr a primeira vida da Cõmenda, e não tendo
eſſeito, *Solorz in politica Indian. d. lib. 3. cap. 18.* pois iſſo importa a palavra, quatro vidas
eſſectivas, em que ſenaõ pôde comprehendẽ Antonio Soares de Mello, que não logrou a
dita Commenda, nem entrou de poſſe della, nem teve carta, nem mercẽ, e aſſim não podia
nomear em prejuizo do appellado chamado, em que ha de comẽçar a primeira vida das qua-
tro, quo cau, ainda que o Secretario Diogo Soares não podera nomear as quatro vidas,
mas ſó huma, não havendo logrado nenhum dos primeiros nomeados a Cõmenda, comẽçava
a nomeaçãõ da primeira vida no appellado, e eſtava iuſta, e validamente nomeado, e ſe
lhe transferio o direito, e ainda que eſtivera impendente, que não eſteve, e não era abſurdo.
como ſe diz nas razoens fol. 305. verſ. porque o direito da mercẽ podia eſtar impendente pe-
la incerteza dos ſucceſſos em as peſſoas, e tempos, quod in jure inſolens, aut abſurdum non
eſt, *L. ſed & ſi quis 30. §. interdum ff. de uſufruct. & quemadmodum, L. ſi ſervus qui §. ſin.
ff. de acquirend. rer. domin. L. bovem §. ſin. ff. de adilit. edict. L. proinde ff. ſi certum pe-
tatur.*

329 E as exemplificaçoens, que se fazem a fol. 306. não tem nenhum fundamento, porq̃ essas pessoas possuirão os prazos, e o appellante não se póde considerar nomeado tacitamente, quando ha terceiro nomeado expressamente, e não ha descendente do primeiro, nem segundo nomeado, e assim só pertence a Cōmenda ao terceiro nomeado, *L. cum ita legatur § in fideicommissi L. peto § fratre ff. legat. 2. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. numer. 32. & cap. 6. numer. 15. ubi Addentes num. 22. Valenz. conf. 97. num. 189.* e assim cessa tudo o que se allega por parte dos appellantes, e com a resposta ás suas razoens fica mais justificada a sentença, que se deve confirmar.

Manoel Alvarez Pegas.

Com custas.

330 Sed his non obstantibus lata fuit sententia sequens Mensæ Conscientiæ revocatoria Judicis Ordinum, cuius tenor talis est.

331 Bem julgado foy pelo Juiz geral das Ordens, em excluir da Commenda de Santa Maria do Pereiro, de que se trata, a Miguel Soares, e João Alvarez Soares seu irmão, por em julgar que pertencia ao primeiro embargante Diogo Soares julgando seus embargo por provados, excluindo da dita Cōmenda ao Marquez de Cascaes embargados foy por elle menos bem julgado, revogando sua sentença cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e os mais dos autos, os quaes vistos, e como por elles se mostra, que o direito em que o dito embargante Diogo Soares se funda, he o Alvará fol. 104. pelo qual se fez mercê ao Secretario Diogo Soares seu avo da dita Cōmenda, de que foy possuidor com quatro vidas mais effectivas, além da que tinha, e de livre nomeação para as poder nomear na pessoa, ou pessoas, que lhe parecesse, e que de facto lhe pertencia pela disposição testamentaria do dito seu avo, a qual nomeação he nulla pelo ser a faculdade que tinha para a poder fazer, por quanto os Senhores Reis deste Reyno, como Mestres das Ordens, não podem validamente dar vidas nas Cōmendas, nem expectativas a ellas, por se regularem na opiniaõ de Direito por beneficios Ecclesiasticos, nos quaes são prohibidas, e reprovadas as expectativas, e futuras successoens pelos Sagrados Canones, em que o Mestre não póde dispensar, por ser Prelado inferior ao Summo Pontifice, maiormente estando assim determinado por Breves Apostolicas aceitos neste Reyno, com clausulas nestes prohibitorias, contra os quaes não se póde allegar costume em contrario, pois o que ha, he hũa mera corruptela, que não póde prevalecer contra a disposiçaõ de Direito, e ditos Breves, que lhe repitem, e o reprovão, e menos se pode allegar prescripçaõ, por lhe faltar a esta os requisitos de Direito, por quanto o Mestre não tem titulo para dar expectativas, e futuras successoens, antes pelos ditos Breves lhe são prohibidas, os quaes se achão no Archivo deste Tribunal das Ordens, e com elles se excluir a boa fé, e não havendo esta,

não póde haver prescripçaõ, e ainda a chamada posse, além dos defeitos acima referidos se acha interrupta pela disposiçaõ dos diffinitorios das Ordens Militares, e não ser nunca controversada em juizõ, pelos quaes fundamentos não podia o Secretario Diogo Soares avo do dito primeiro embargante nomear vida alguma na dita Cōmenda, por ser nulla a faculdade, que para esse effeito tinha, e como a mercê pela qual o Marquez de Cascaes pretende encartarse na Cōmenda, de que se trata, he feita em virtude da desistencia, que seu sogro o Marquez de Marialva fez na mão do Mestre, estando de posse pacifica della, para o embargado ser a primeira vida que o dito seu sogro Marquez de Marialva tinha, a qual cessaõ aprovou o Mestre, e em virtude della fez mercê ao embargado da dita Cōmenda. Por tanto julgaõ pertencer lhe em sua vida sómente, e por nullas as duas vidas mais, que pelo mesmo Alvará lhe eraõ concedidas, e nesta fórma, e com esta declaraçãõ sem embargo de huns, e outros embargos, que julgaõ por não provados: Mandaõ, se passe carta da dita Cōmenda de Santa Maria do Pereiro ao embargado Marquez de Cascaes, e que ella passe pela Chancellaria, e se lhe entregue. E pague os embargantes as custas dos autos, em que os condemnaõ. Mesa 6 de Agosto de 1683. Com quatro rubricas. Do Monteyro Mor Presidente, e dos Doutores Christovão Alvarez Coelho, Luiz de Oliveyra da Costa, e Ruy de Moura Telles. Quæ pendent per exceptiones, super quibus feci magnam allegationem, de qua dicemus in tractatu de Ordinibus Militaribus, & Commendarum privilegio, & gubernatione.

Et in Regno Castellæ sunt Commendæ maiورات legales, & secundum normas maiورات in illis succeditur regulariter. *Pereir. de jur. Ind. lib. 2. cap. 16. num. 13. Uterque Molin. unus de primog. lib. 2. cap. 2. num. 6. Alter de just. tom. 3. disp. 580. numer. 4. Matienç. in L. 5. tit. 6. gloss. 5. numer. 10. lib. 15. recop. Valenz. conf. 83. num. 18. & seqq.* Sed istæ Commendæ habent diversam naturam nostrarum, in quibus datur successio secundum concessionem Regiam, & in illis non potest fieri

fieri maioratus, nisi ita concedatur à Magistro, Summoque Pontifice, ut probat *Ansaldo. conf. 27. numer. 19. & 20. per tot.* Et concessum fuit in Commenda de Sousa data in patronatu Joanni de Sousa Romanisco cum Regis consensu, & sicuti maioratus, & per eorum regulas iudicatum fuit, ut constat ex sententia sequenti.

No feito de Alexandre de Sousa Freyre com o Marquez de Arronches, Conde de Miranda, Elcrivão o da Coroa, se deu a sentença seguinte.

Acordão em Relação, &c. Vistos estes autos, e os appensos, e como a requerimento de Henrique de Sousa Tavares da Sylva, Conde de Miranda hoje Marquez de Arronches, e a requerimento ex officio do Procurador da Coroa, e pelos fundamentos declarados na sentença de recurso, e desagravo deste juizo da Coroa, que está no appenso F a fol. 64. que nesta sentença, e para o que necessario for, bñ por repetida, e pelo assento do Desembargo do Paço, cumprase, e remissão do Juiz geral das Ordens fol. 264. vierão estes autos, e causa do Juizo das Ordens a este competente da Coroa para nelle presuppõta a ultima sentença do appenso grande fol. 707. & 819. e nestes autos junta fol. 120. e 182. vers. e 192. vers. se julgar, qual ou quaes das partes colligantes, são tal, ou taes descendentes successores do primo acquirente donatario da Coroa João de Sousa, chamado o Romanisco, a quem como donatario, ou donatarios da Coroa, pertença o Padroado, e direito de apresentar pessoa idonea ao Mestrado da Ordem de S. Tiago, para Commendador da Igreja, e Commenda da Villa de Soza, de que se trata, e em consequencia se ver, se per extinção dos ditos taes descendentes donatarios da Coroa, está ella nos termos, e caso de reasumir, e usar do dito Padroado, e direito de apresentar, que pela santa Sé Apostolica foy dado em perpetuo aos Senhores Reys, como Reys de ste Reyno. Mostrase, que em ordem ao dito fim, o Acordão fol. 287. vers. recebeu ao dito Conde Marquez os artigos a fol. 266. per de sua preferencia, e que Alexandre de Sousa Freyre, e os mais seus irmãos os contrariafsem, e pudeffem deduzir artigos de seu direito, e preferencia, e vierão com elles a fol. 304. e por não haver replica se poz a causa em dilação de prova, e se juntarão as certidoens, papeis, e mais documentos, e os appensos, o que tudo bem examinado Mostrase, que o dito João de Sousa o Romanisco, foy Fidalgo dos da antigua, e illustre familia dos Souseas, Commendador de Povos, e de Soza do Conselho do Senhor Rey Dom Affonso V. seu

Embaixador na Corte de Roma, e do Conselho do seguinte Rey Dom João o segundo, e ainda que nestes autos, e appensos senão mostre plenamente, quem forão, e como se nomeavaõ os pays do dito João de Sousa, e se fora nascido de legitimo matrimonio, com tudo, não se prova o contrario, e em duvida presume-se contra o peccado, e base como gerado de legitimo matrimonio, mor mēte, sendo pessoa das referidas qualidades, e ser a de Commendador de duas Commendas, e não se mostrar, que fosse necessario dispensação de illegitimidade. Mostrase, que o dito João de Sousa, foy casado com Dona Leonor da Sylva, ou de Miranda, filha de Affonso de Miranda, Porteiro Mór que foy do Senhor Rey Dom Affonso V. e daquelle matrimonio teve filhos legitimos, Antonio de Sousa, Dona Cecilia da Sylva, e Dona Francisca de Sousa, e o dito Antonio de Sousa morto o dito seu pay foy apresentado, e Commendador da mesma Commenda de Soza, e faleceo sem descendentes, e a dita sua irmã Dona Cecilia da Sylva casou com Gomes Freyre de Andrade, de cujo matrimonio nascerão Manoel Freyre de Sousa, Luiz Freyre, e Dona Guiomar da Sylva, e o dito Manoel Freyre foy apresentado, e Commendador de Soza, e delle de legitimo matrimonio nasceo João Freyre de Sousa, que outrossim foy Commendador da mesma Commenda, e este João Freyre de Sousa houve de legitimo matrimonio a André Freyre, que tambem depois do dito seu pay foy nomeado, e confirmado Commendador da dita Commenda e faleceo sem descendentes, e se seguiu, e foy apresentado, e confirmado Commendador da mesma Comenda seu irmão legitimo Diogo Freyre filhos ambos legitimos do dito João Freyre de Sousa, como tudo se vé das testemunhas, nomeações, apresentações, cartas de confirmações do dito Senhor como Rey, e como Mestre das Ordens, e do Mestre de S. Tiago Dom Jorge no appenso grande a fol. 226. até 239. e fol. 260. e 270. até 280. e fol. 408. até 417. e nestes autos fol. 310. e fol. 367. até 383. Mostrase que o dito Diogo Freyre foy o ultimo Comendador de Soza, que teve confirmação por apresentação, e faleceo sem descendentes em 3. de Outubro de 1629. certidão no appenso grande fol. 417. e tenão duvida. Mostrase, que no dito anno, e depois de falecido o dito ultimo Commendador Diogo Freyre, ficarão vivas suas irmãs legitimas filhas do mesmo João Freyre de Sousa, Dona Joannã de Sousa, mulher de Joannã Mendes de Vasconcellos, Dona Cecilia, Dona Francisca, e Dona Ursula, Freyras professas no Convento de Jesus de Aveyro,

Dona Jeronyma, Dona Serafina, Freyras professas em Santa Clara de Coimbra, e outrosim ficou vivo Diogo Lopes de Sousa, Conde de Miranda, Governador do Porto, descendente sempre per legitima descendencia do dito primeiro donatario acquirente Joao de Sousa o Romanisco, o qual Conde Diogo Lopes de Sousa, sem preceder presentacao, nem confirmacao de Comendador, tomou posse da Comenda de Soza, e seus rendimentos, de que se trata, com pretexto de ser de successao, e lhe pertencer, e na posse se foy conservando, até falecer em o anno de 1640. e delle de legitimo matrimonio ficou seu filho o dito Conde, Marquez hoje de Arronches, e no dito anno de 1629. em que faleceo o dito ultimo Comendador confirmado Diogo Freyre, tambem ficou vivo Luiz Freyre de Andrade, descendente do primeiro acquirente, e faleceo depois em 18. de Janeiro de 1637. certidao no appenso grande fol. 418. e delle ficaram seus filhos legitimos, o dito Alexandre de Sousa, e os mais seus irmaos, e irmaos partes nesta causa. Mostrase, que no dito anno de 1640. em que morreo o dito Conde Diogo Lopes de Sousa, que se havia metido na posse da dita Commenda, ficaram vivas a sobredita Dona Joanna de Sousa, mulher de Joanne Mendes de Vasconcellos, e Dona Francisca, e Dona Ursula suas irmaos legitimas Freyras no dito Convento de Jesus de Aveyro, e porém todas ha auno, que já são falecidas, e a dita Dona Francisca foy a ultima que faleceo em 1649. como se vé nas certidoens do dito appenso grande fol. 591. & 674. nem se duvida. Mostrase, que ainda que a dita Commenda de Soza estava feita perpetua Comenda pela Santa Sé Apostolica, e dado em perpetuo o padroado, e direito de apresentar Comendador para ella ao Senhor Rey Dom Affonso V. para elle, e para todos os mais seguintes successores Senhores Reys, deste Reyno, e disso mesmo veyo Bulla Apostolica expedida como expedida devia ser, e teve tal accitacao, e observancia neste Reyno que por ella ficou a dita Comenda em Commenda perpetua, o que dantes não era. Com tudo o dito Senhor Rey Dom Affonso V. doou o dito padroado, e direito de apresentar para a dita Comenda ao dito primeiro acquirente Joao de Sousa o Romanisco para elle, e todos seus herdeiros, e successores jure hereditario com clausula, que nenhum Senhor Rey seu successor lhes impedisse a dita doacao, e para mais mostrar sua liberal vontade, e mayor firmeza da mesma doacao, declarou a fazia deste padroado antes de o ter incorporado na Coroa, e a Bulla Pontificia assim lho confirmou, como o

dito Senhor Rey o doava, e ainda que o mesmo primeiro acquirente Joao de Sousa o Romanisco, por sobreviver ao Senhor Rey Dom Affonso V. pedindo confirmacao da dita doacao ao Senhor Rey D. Joao o II. seu filho, que succedeo nesta Coroa, e lha confirmasse declarando as palavras da primeira doacao, ibi: Seus herdeiros, que se entendia somente de seus descendentes, como melhor tudo se vé da primeyra doacao, e Bulla Pontificia nestes autos a fol. 7. vers. em diante, e da confirmacao do dito Senhor Rey Dom Joao o II. fol. 25. com tudo no mais a não alteron, e se ficou vendo ser sua real vontade, que neste padroado, e direito de apresentar Comendador fossem succedendo os descendentes capazes do primeiro acquirente, posto que fossem somente transversaes daquelle que ultimamente teve o dito padroado, e direito de apresentar, sendo porém todos descendentes do primeiro acquirente; e isto foy mesmo interpretando, e declarando o uso, e observancia dos annos subsequetes em muitas apresentagoens, em que nem aos apresentantes, nem aos apresentados impedio o serem transversoes, como se vio, que falecendo o dito segundo Comendador desta Commenda Antonio de Sousa, filho legitimo do primeiro acquirente e sem descendentes forao admittidas a apresentar suas irmaos ditas Dona Francisca, e Dona Cecilia, e apresentarao, e foy Comendador Manoel Freyre, que não só era transversal do dito Comendador Antonio de Sousa, mas filho de sua transversal semea a dita Dona Cecilia da Sylva, mulher de Gomes Freyre de Andrade, e tao qualificado se acha isto, que fazendo o Senhor Rey Dom Joao o III. alguma duvida ao dito Manoel Freyre, já Comendador confirmado, querendo que o fosse hum Diogo Lobo, com tudo a nomeacao deste não sortio effeito, e o teve, e foy tendo-o a do dito Manoel Freyre, como tudo se vé dos documentos no appenso grande fol. 226. até 239. e a fol. 278. até 280. e fol. 408. até 417. e que sendo Comendador até morrer, foy seu immediato Comendador nomeado, e confirmado seu filho Joao Freyre de Sousa, e outrosim sendo por falecimento do dito Joao Freyre Comendador seu filho legitimo André Freyre, morto este André Freyre sem filhos, não vagou o dito padroado, e direito de apresentar Comendador para a Coroa, e precedendo a nomeacao, que o dito André Freyre fez, e a que depois delle morto fizerao a dita D. Joanna de Sousa, mulher de Joanne Mendes de Vasconcellos, e as mais suas legitimas irmaos Freyras sobreditas em seu irmao legitimo o dito Diogo Freyre, foy elle com effeito confirmado, e ulti-

e ultimo Commendador, que faleceo sem filhos, como já se referio, e se não duvida; e assim havendo descendentes capazes do dito primeiro adquirente João de Sousa, posto que transferas dos que tiverão em ultimo lugar o dito padroado, e direito de appresentar para esta Commenda, cessa o regresso á Coroa; e tratando do direito destas partes: Mostrase pelo de Alexandre de Sousa, e seus irmaõs, e irmaãs, que elles ao presente são os mais chegados descendentes do mesmo primeiro adquirente João de Sousa o Romanisco seus quartos netos, filhos legitimos do dito Luiz Freyre, e netos legitimos de Alexandre de Sousa, e bisnetos de Luiz Freyre, e terceiros netos da dita Dona Cecilia da Sylva, mulher de Gomes Freyre de Andrade, filha do dito primeiro acquirente, e assim quartos netos d'elle, e d'illo Conde Marquez de Arronches he quinto neto seu mais remoto hum grão, e tambem mais remoto outro grão a respeito do dito Diogo Freyre, ultimo Commendador que foy confirmado, e de suas irmaãs a dita Dona Joana de Sousa, e as mais irmaãs Dona Ursula, e Dona Francisca, Freyras que forão em Jesus de Aveiro, e da mesma maneira seu pay Luiz Freyre era mais chegado hum grão, que o dito Conde de Miranda Diogo Lopes de Sousa, pay do dito Conde Marquez, e pertendem que como mais chegados lhe preferirão ao dito Marquez de Arronches mais remoto; e allegão que lhes não obsta seu avo Alexandre de Sousa não ser nascido de legitimo matrimonio do dito Luiz Freyre seu bisavo, porque em suas pessoas, e na do dito seu pay Luiz Freyre, são legitimos de legitimo matrimonio, e que o dito seu avo Alexandre de Sousa só fora filho natural, e que em duvida assim se devia presumir, e de mais que o mesmo seu avo Alexandre de Sousa fora Commendador professo da Ordem de Christo, e que o professo em religião se reputava por legitimo, e como tal capaz de succeder no direito de padroado, e ainda o que só era filho natural, sendo mais chegado que o legitimo preferia na successão do padroado; e mais quando para a successão d'elle se chamavaõ os descendentes por palavras naturaes, que respeitavaõ á natureza, e natural parentesco, e não civeis, e que para o padroado desta Commenda usou a Bulla Pontificia confirmatoria de palavras naturaes a respeito dos descendentes da dito João de Sousa primeiro adquirente fol destes autos 8. vers. *ibid*: *Posterisque suis*, e de mais não constando, que o dito primeiro adquirente fosse nascido de legitimo matrimonio, e pessoas scientes em livros de geraçoens entenderão, que fora bastardo na forma declarada nas certidoens fol.

136. 137. 139. e 140. e sendo o mesmo primeiro acquirente bastardo, mais admissíveis ficarão os seus descendentes, posto que naturaes sómente. Por tanto, e o mais por elles deduzido, e allegado pertendem preferir ao dito Conde Marquez de Arronches. Por parte do qual se mostra, que nasceu, e foy bautizado em o anno de 1620. certidão no appenso grande fol 676. e he filho legitimo do dito Conde de Miranda Diogo Lopes de Sousa, que possuia esta Commenda até falecer, e he neto legitimo do primeiro Conde de Miranda Henrique de Sousa, bisneto legitimo de Vasco de Sousa, e sua mulher Dona Maria da Sylva, e terceiro neto legitimo pela dita sua bisavó Dona Maria da Sylva de Dona Guimar da Sylva, mulher de Belchior de Sousa Tavares, e quarto neto legitimo pela dita sua terceira avó D. Guimar da Sylva da dita D. Cecilia da Sylva, mulher de Gomes Freyre de Andrade, e bem assim quinto neto, legitimo do primeiro acquirente o dito João de Sousa o Romanisco, pay legitimo da dita sua quarta avó Dona Cecilia da Sylva, e não só he quinto neto sempre por legitima descendencia do primeiro acquirente, mas até a respeito do dito ultimo Commendador confirmado dito Diogo Freyre, e suas irmaãs legitimas he o seu parente legitimo, por sempre legitima descendencia de todos os de que forão descendendo o mais chegado. Mostrase, que ainda que o dito Alexandre de Sousa, e seus irmaõs sejaõ quartos netos do primeiro acquirente João de Sousa, não são por sempre legitima descendencia, e confessão, que o dito seu avo Alexandre de Sousa não nasceu do dito Luiz Freyre seu bisavo de legitimo matrimonio, e posto que dizem só foy filho natural, com tudo no mesmo filhamento, que o dito Senhor fez do mesmo seu avo Alexandre de Sousa não se declarou, que era sómente filho natural, mas bastardo do dito Luiz Freyre, certidão no appenso grande fol. 105. e nestes autos fol 182. e nas certidoens do Conde de Villa Verde, e mais pessoas scientes de livros de geraçoens, dizem que o dito Luiz Freyre ouvera o dito Alexandre de Sousa em sua parenta Dona Igniez de Sousa, na forma declarada nas ditas certidoens nestes annos fol. 422. até 426. e D. João de Menezes testemunha do presente Alexandre de Sousa contra producentem jurou no appenso grande fol. 336. e vers. que pessoas muy scientes em geraçoens dizião, que a dita Dona Igniez em quem o ouvera, era sua prima, e sendo o dito avo filho bastardo incestuoso, muito mais ficou raiz incerta para nem elle, nem os seus descendentes se deverem ter por capazes descendencia successivel neste direito de padroado, de que

se trata, e mais quando elle em effeito foy, e está dado para sempre á Coroa, e dignidade Real dos Senhores Reys deste Reyno, e sómente pela dita graça do Senhor Rey Dom Affonso V. na fôrma referida, está passado aos successores descendentes do primeiro adquirente que como taes fossem capazes, em fôrma que extintos elles ficar á livre á mesma Coroa o dito seu padroado, que em perpetua selbe deu pela santa Sé Apostolica abdicando para esse effeito totalmente, donde dantes estava, e do proprio Mestre da Ordem de S. Tiago. E considerada a nossa Ley, e uso deste Reyno, os padroados delle se regulaõ quanto á successão, como os mais bens da Coroa, e para elles regularmente não são capazes os filhos naturaes, nem os que delles descendem, nem ainda os legitimados pelo mesmo Principe, se expressamente os não habilita para successores de bens da Coroa, e tendo a legitimação esta clausula, cessa ella havendo legitimados nascidos de legitimo matrimonio, e assim nesta presente duvida, e nesta successão de semelhan-te padroado, como o de que se trata, e ao qual está annexo o senhorio, jurisdicção, e mais direitos, e rendas da Villa de Soza, que originalmente são partes da Coroa, e os Senhores Reys della os doaram, como se não duvida, se não deve ter por capaz descendencia a que procede de filhos naturaes, que não estão expressamente dispensados, nem chamados, como não mostram expressa vocação do dito Alexandre de Sousa, e seus descendentes, dado que sómente fosse filho natural; e nos termos do Direito commum, e de geral vocação de filhos, ou substituição em falta de filhos se bastaõ os sómente naturaes regula-se a sua exclusão pela verosimel vontade do que deu, ou deixou os bens de que se trata, e pela qualidade, e condição das pessoas, e consideradas ellas no nosso caso, o doador foy a mais alta, e qualificada, o dito Senhor Rey D. Affonso V. e seu filho declarante o dito Senhor Rey D. João o II. e o primeiro adquirente dito João de Sousa, pessoa tambem qualificada das qualidades referidas na mesma doação, e em particular a de que já era Comendador de Povos, e Soza, e bem assim pessoa professa da ordem, que tinha voto de castidade conjugal, e faz mais verosimel, que a admissão dos seus descendentes respeitava aos legitimados, e não consta, nem conforme a Direito se deve presumir, que não fosse o dito primeiro adquirente legitimo antes ter-se por legitimo, e quanto á cousa doada o dito padroado, e direito de apresentar Comendador para huma tal Comenda de tanta renda, jurisdicção, e senhorio, &c. Até por inspecção de olhos se deixa ver,

que he cousa mais honorifica, dada para honra, e esplendor do primeiro adquirente, e sua capaz descendencia, e isto expressou a Bulla Pontificia confirmatoria da doação Real deste padroado fol. destes autos 8. ver. ibi: Per quae honor, & utilitas eis accedere possit. E quando o padroado he desta qualidade, não são capazes de succeder nelle os filhos naturaes, e lbe precedẽ os legitimados, posto que mais remotos, e por tudo, junto o já referido se faz de melhor consideração a ascendencia do dito Conde Marquez de Arronches sempre procedida de legitimados de legitimo matrimonio, para excluir ao dito Alexandre de Sousa, e seus irmãos cujo avo tem os defeitos de illegitimidade. Nem na vocação geral dos descendentes do primeiro adquirente João de Sousa, ponderadas bem a primeira doação do Senhor Rey Dom Affonso V. e seu filho declarante o Senhor Rey Dom João o II. se usou sómente de palavras naturaes, mas, mais civeis, que se regulaõ pelas Leys civeis, e municipaes do Reyno, ibi: Para seus herdeiros; de maneira, que não só herdeiros, mas seus, que o dito Senhor Rey Dom João o II. declarou em sómme descendentes por linha direita, e a hum Comendador professo da Ordem, que como se referio, tinha voto de castidade conjugal, e assim té a civilidade das ditas palavras faz exclusão no caso presente aos que procedem de illegitimo, e faz preferencia a favor do dito Conde Marquez, procedido de sempre legitimados, e capazes. Nem são bastantes ao contrario as ditas palavras da dita Bulla fol. 8. ver. ibi: Posterisque suis; nem ellas são postas na total substancia, e confirmação, porque esta se refere a confirmar a dita doação Real, assim como era feita, em que as ditas individualas palavras não estavaõ. Nem basta a allegação, que o dito Alexandre de Sousa illegitimo foy Comendador professo da Ordem de Christo, e que o Religioso pela profissão se respeitava legitimo, e capaz de succeder no padroado; porque sobre a duvida que essa opinião tem no direito, e proceder no verdadeiro Religioso professo em verdadeira, e propriamente Religião, a que fique sujeito, e a respeito de padroado hereditario do pay desse professo, os Doutores, que seguem aquella opinião se movem do exemplo das Leys antigas, que fazião capazes como legitimados das heranças de seus pays os que elles os offerenciaõ á Curia secular, para q̃ se entendesse o mesmo nos que os pays offerenciaõ á Religião Curia Bivina, e porém o sobredito nem se accõmoda igualmente ao que só he Religioso impropriamente, e he sómente Comendador cazado, e que póde casar; nem o dito Alexandre de Sousa, avo dos

pertendentes foy offerecido áquella Ordem, e profiſſão della pelo Senhor Rey doador, nem pelo primeiro adquirente, que muitos annos antes eraõ já falecidos, e o dito padroado, de q̃ se trata, nem he simplesmente hereditario do pay do dito Alexandre de Sousa illegitimo, mas he mais familiar da familia, e capazes descendentes do primeiro adquirente em quanto os ouver sem se lhe tirar a anterior natureza, que já tinha de ser da Coroa, e seus Senhores Reys em perpetuo, para extinta a dita familia, e ditos capazes descendentes ficar como de antes na Coroa, e a Commenda da apresentação della Nem neste Reyno se practica aquelle modo de legitimar per oblação á Curia, nem que os filhos naturais, que aliás sem serem Religiosos não eraõ capazes de succeder a seu pay, o ficao sendo só por serem professos em Religião mormente em bens que não são meramẽte hereditarios dos proprios pays, que os offerecerã á Religião, e pays nobres, e qualificados, cujos filhos naturais neste Reyno pelas Leys delle são muito mais insuccessiveis que pela do direito cõmum termos todos muito alheios dos do nosso presente caso, e padroado procedido da doação Real, e dado ao primeiro adquirente das já referidas qualidades; e por todas, e o mais pelo Conde Marquez deduzido, e allegado pertende seja declarado pertencer lhe este padroado, e direito de apresentar Cõmendador para a Cõmenda, de que se trata. O que tudo visto, e como os fundamentos acima referidos por parte do dito Conde Marquez de Arronches preponderã aos em contrario allegados, e nas cartas que nestes autos, e nos appensos andã de apresentação, e apresentados para esta Commenda, e confirmaçoes do Mestre D. Jorge, e do dito Senhor como Rey; e como Mestre se vem feitas muitas expressoes de serem legitimos, de que mais se colhe a tenção de a elles se ter respeito para succederem neste direito de padroado, e não aos illegitimos, e isto mesmo sentio não só a primeira sentença, que no appenso grande se deu a favor do dito Conde Marquez, mas até a mesma que a revogou a favor do presente Alexandre de Sousa dito appenso fol. 530. ibi: E sómente pudera ter lugar a duvida sobre a illegitimidade, quando de presente se tratava do direito de padroado, e facultade de apresentar neste processo, imputandose ao apresentante a dita illegitimidade. Por tanto, e o mais dos autos, e appensos, julgaõ, e declaraõ, que o padroado, e direito de apresentar Cõmendador para a Cõmenda de Soza, de que se trata, pertence ao dito Henrique de Sousa Tavares, Conde de Miranda, Marquez de Arronches, e condem-

naõ a Alexandre de Sousa Freyre, e os mais seus irmaõs partes nestes autos nas custas delles. Lisboa 21. de Julho de 1674. Lamprea, Doutor Freyre. Doutor Gourvea. Fuy presente Noronha.

Et in hoc Regno hæc Commenda est maioratus, & de illius patronatu, de qua re est videndus *Ansaldo. conf. 27. num. 19.* ubi testatur, quod in suo Regno, ex trecentis quinquaginta patronatus fundatis Commendis nulla legitur jure maioratus patronatum habuisse, sed ex gratia Magistri deferuntur Commendæ. Et *num. 20. & seqq.* multa refert, & circa successores, & *Luca Theatr. verit. & just. lib. 10. de maior. & fideicomiss. discurs. 8. num. 1. & per tot.* agit de Commenda, in qua succeditur per maioratus regulas, & eum vide ad multa, & quando per vinculi normas regulanda sit successio Commendæ.

In bonis autem Coronæ, si Princeps concessit talia bona ad maioratus, manent vinculata, & regulantur per vocationes maioratus, eo modo quo diximus in *Comment. ad Ord. tom. 4. ad tit. 50. gloss. 1. pag. 192. num. 12. & seqq.* Vel etiam si donatio facta fuerit alicui, vel filiis suis, vel pro se, & filiis suis extra Legem Mentalem in perpetuum potest fieri vinculum in talibus bonis, ut tenet *Mench. conf. 399. lib. 4. Castill. tom. 4. cap. 5. num. 47.* in specie, & cum multis *Bossius de patr. potest. cap. 5. numer. 44. & seqq.* probant *DD. citati in officii vinculo, & feudi supra.* Et vide ad bonam causam, & elegantem, quando Princeps ademit bona Coronæ maioratus, & postea facta fuit compositio, an maneant bona maioratus, vel libera, *Hermosill. ad Greg. gloss. 7. L. 56. tit. 5. num. 27.*

Vel etiam si detur facultas libera nominandi in quatuor vitis bona Coronæ in successores, cum clausula libera, quia tunc durantibus vitis potest fieri ab acquirente maioratus, & succedere debent vocati, ut iudicatum fuit in causa seq.

No feito de Antonio Soares de Mello, contra o Secretario Antonio Cabide, sobre as Saboarias de Thomar, Escrivaõ Luiz Gomes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordaõ em Relação, & c. Vistos estes autos, petição a fol. 3. e artigos justificativos a fol. 44. de Antonio Soares de Mello, Capitulos da paz, decretos do dito Senhor. Alvarás da Autoria, concedidos a fol. 48. ao R. Secretario Antonio Cabide, para citar como citou aos Procuradores da Fazenda, e Coroa por AA. para a defensão desta causa, e execução promerida fol. 61. da venda das Saboarias, de que

que se trata, excepção do mesmo R. a fol. 55. recebida fol. 82. por principio da contrariedade, acabamento della a fol. 83. a qual contrariedade offererão por sua parte os ditos Procuradores da Fazenda, e Coroa fol. 86. vers. & 87. vers. inquiriçoes de testemunhas, escrituras, e mais papeis, e documentos juntos, e sendo mais presentes os proprios autos, entre estas mesmas partes, sobre a restituição dos bens patrimoniaes. Mostrase por parte do A. que he filho legitimo de Diogo Soares, que foy Secretario, e posto que nasceu em 4. de Fevereiro de 1639 fora deste Reyno na Corte de Madrid fol. 39. no dito anno occupava o governo delle El Rey Catholico de Castella, e o dito Diogo Soares havia ido deste Reyno aquella Corte, fazer officio de Secretario de Estado deste mesmo Reyno. Mostrase fol. 38. que no anno seguinte de 1640. foy o A. filhado como Portuguez nos Livros, em que se filhavaõ no Rey no os Fidalgos Portuguezes da Casa Real delle, e succedendo depois em o 1. de Dezembro do mesmo anno a felice, e justa aclamação, e restauração do Senhor Rey Dom João o IV. a este seu Reyno, se levantaraõ guerras, entre elle, e o de Castella, e por em effectuando se a paz publica delles, e seus Senhores Reys o dito A. deixou o de Castella, e veyo com sua familia habitar, e de presente habita neste Reyno, e Corte, nos quaes termos, consórmee nos de Direito, e do mesmo Reyno, deve reputarse por natural, e vassallo delle, como o mesmo A. muitas vezes nestes autos, e outros, que nesta Junta traz, ha protestado, que he, e quer estar sujeito às obrigaçoes de natural, e vassallo deste mesmo Reyno. Mostrase, que Dona Joanna Corte Real, e depois della seu filho legitimo Dom Antonio do Portugal, forão donatarios das Saboarias de Thomar e suas anexas, como se vé das doaçoes a fol. 63. em diante, e vagando por falecimento do dito Dom Antonio as ditas Saboarias, se fez mercê dellas em o anno de 1633. ao dito Secretario Diogo Soares, com pensão annua de 1000U. a João Alvarez Soares seu genro em sua vida, pelas doaçoes fol. 64. vers. & 70 vers. & 101. vers. E depois em 20. de Agosto de 1637. se fez nova mercê ao mesmo Secretario Diogo Soares de mais de tres vidas além da sua effectivas de livre nomeação, até em estranhos, sem embargo da Ley Mental da Ord. lib. 2. tit. 35 § 1. na forma, que o declara fol. 15. e vers. Mostrase, que o dito Diogo Soares teve, e possuio com effecto as ditas Saboarias, e lhe forão postas no tombo dos bens dos ausentes, e confiscados, e se vé da certidão a fol. 17. e vers.

Mostrase, que o mesmo Diogo Soares no seu solenne testamento, com que faleceo no anno de 1649. instituo morgado de seus bens, em que o pudesse instituir, e chamou por primeiro successor a seu filho legitimo Lucas Soares, e seus descendentes, e em falta delles ao A. tambem seu filho legitimo, e dispondo mais dos bens da Coroa na forma das doações, que tinha, dispoz tambem as ditas Saboarias pela dita faculdade de livremente poder nomear tres vidas, e as nomeou, nos mesmos que fossen successores do dito morgado como se vé do seu testamento fol. 11. até 13. e ainda que sobreviveo ao mesmo Diogo Soares o dito seu filho Lucas Soares até o anno de 1651. com tudo nelle, e em Castella, durando as ditas guerras, faleceo sem descendentes, e o A. succedeo no dito morgado, e nomeação que o dito seu pay havia feito, e como successor do dito morgado, entrando na posse dos bens a elle pertencentes no dito Reyno de Castella, por tanto, e o capitulado na paz, e o mais que allega, pede lhe sejaõ as ditas Saboarias restituídas com os rendimentos da paz em diante. Defendese o R. com o Alvará fol. 80. porque o Senhor Rey Dom João o IV. no anno 1642. pelas causas nelle declaradas ouve por confiscados, e incorporados na Coroa os bens do dito Diogo Soares pay do Autor, e que existindo assim a dita confiscação, não podia elle fazer em o dito anno de 1649. nomeação das ditas Saboarias, que originalmente eraõ bens da Coroa, e que outrosim existindo a dita confiscação, e incorporação na Coroa, e sendo já naturalmente falecido o mesmo Diogo Soares no anno de 1666. com os ditos fundamentos, e o de por sua morte estarem vngas as ditas Saboarias, as vendeo ao R. por seus Ministros, especialmente para isso deputados o Senhor Rey Dom João o IV. por preço de 200U. Cruzados, que elle R. com effecto entregou ao Thesoureiro Mór da Fazenda Real, e se converteo em utilidade della, e em nome do mesmo Senhor, lhe prometêrão fazer boa a dita venda, e não o fazendo a eviação, como se vé da mesma escritura a fol. 61. vers. e que estando assim com o dito titulo, e boa fé de terceiro Senhor, e possuidor, o não devia comprehender o Capitulo da paz; e por tanto, e o mais, que nesta parte allega, pede seja absoluto. O que tudo visto, e o A. deve ser reputado por natural, e vassallo deste Reyno, como para o dito Alvará de confiscação, e incorporação, não procedeo citação, nem ainda por editos do dito Diogo Soares, nem do A. seu filho, e ficou com o vicio de nullidade, e não deve prejudicar ao A. mormente, quando a dita confiscação, e incorporação d. Coroa, leva-

levar
vendo
entre
ambos
lar o
dos F
fé jur
não
ranço
guerr
outro
bens
que d
obraç
guerr
acoit
sider
instit
das d
ra iss
mesm
rias
a dit
nulli
ra, q
nhun
na di
boar
Soar
vay
pitu
vali
foy a
pode
talme
feito
de re
le re
ção
obra
se ac
redd
A.
escri
ven
e su
rias
pelo
elle
ma
Joã
sa,
nem
mo
tan
que
rd
R.

Respeito ao odio da dita guerra, e havendo hora o capitulado na dita paz publica, entre effes dous Reynos, e seus Senhores, Reys ambos igualmente supremos, em que para cessar o mal da guerra, e em proveito commum dos Reynos, e vassallos, estabelecerão com fé jurada, e declararão por nenhumas, e como não acontecidas todas as privaçoens de heranças, e disposiçoens feitas com o odio da guerra, e por perdoadas ad invicem huns, e outros Vassallos, e que se lhe restituiffem seus bens, ficando os fructos até o dia da paz, aos que de ante e la os possuião, e sendo assim obrado no dito intermedio tempo das ditas guerras havido como nenhum, e como não acontecido, senão deveo no presente tempo considerar defeito no dito Diogo Soares, para instituir o dito morgado, e fazer nomeação das ditas Saboarias pela mercê Real, que para isso timba já de antes, e como outrosim da mesma escritura da dita venda destas Saboarias consta ser a causa della o dito Alvará, e a dita confiscação, em que se considera a dita nullidade, e o dito respeito ao odio da guerra, que pelo inculto da dita paz se ha por nenhum, e como não acontecido. E posto que na dita escritura se refira, que as ditas Saboarias vagarão por morte do dito Diogo Soares, com tudo o contrario se vé do dito Alvará dicto fol. 15. e vers. que pelo mesmo capitulado na paz se deve haver como sempre valido, e como outrosim a dita venda não foy absoluta, mas a retro, em fórma que se não póde dizer, que as ditas Saboarias ficarão totalmente fóra da Coroa, e nella estar em effeito o dito preço dellas, o qual pelo dito pacto de retro, sendo restituído ao R. senão podia elle retellas, e quanto á dita promessa de evicção, e ditos Alvarás de autoria, poderão obrar ser justo, e posto em equidade restituiffem ao R. o seu preço, e seus correspondentes redditos, mas não prejudicar, e excluir ao A. de seu direito, e como outrosim da mesma escritura de venda a fol. 59. & 62. consta venderse ao R. as ditas Saboarias de Thomar, e suas annexas juntamente, com as Saboarias da Covilhã, e Fundão, e tudo junto pelos ditos 20U. cruzados, ficando ainda por elles livres ao R. as ditas Saboarias de Thomar da pensão annua dos ditos 100U. ao dito João Alvarez Soares, e passada ella á Casa, e Almoxarifado dos Sincos, e nem o R. e nem os Procuradores da Fazenda, e Coroa mostrarem causa concludete do contrario. Portanto, e o mais dos autos, julgaõ, e mandaõ, que sem embargo da dita represalia, e Alvará de confiscação, e da dita compra, abra o R. mão das ditas Saboarias de Thomar, e

suas annexas, de que se trata no dito Alvará fol. 15. e vers. e as restitua ao A. com os rendimentos do dia da publicação da paz em diante, menos em cada hum anno depois da dita paz os 100U. que o A. devera pagar pela dita pensão annua do dito João Alvarez Soares, transferida na dita Casa dos Sincos, a qual Casa dos Sincos, e Fazenda Real della declaraõ por livre dos ditos 100U. e que se haja a favor do dito João Alvarez Soares por existentes, como de antes nas mesmas Saboarias de Thomar, e o A. obrigado a lhos pagar em seus tempos, e o Procurador satisfará da Real ao R. o preço das ditas Saboarias, o qual não serão todos os ditos 20U. cruzados, mas só o que pro rata se liquidar, foy correspondente a ellas, feita conferencia de serem vendidas livres da dita pensão, e juntamente com as ditas Saboarias da Covilhã, e Fundão, tudo junto pelos ditos 20U. cruzados, liquidado assim o preço correspondente, lhos satisfará com os redditos da dita paz em diante, a ração cada anno de 5. por 100. imputando, e fazendo primeiro receita ao mesmo R. dos redditos, pelo que a elles forem pro rata correspondendo os ditos 100U. que em cada hum anno depois do da paz, lhe ficaõ na sua mão dos rendimentos das ditas Saboarias, que não restitue ao A. e ao dito João Alvarez Soares foraõ consignados na dita Casa dos Sincos, e o que se liquidar, importarem os ditos redditos de mais a mais descotados os ditos 100U. dos annos em que o R. he condemnado restituir rendimentos ao A. sómente satisfará o Procudor da Fazenda esse resto, se tanto como elle pagasse o R. de rendimentos ao A. em terra, que haja tal correspondencia, que se o A. não cobrar do R. esse tanto de rendimentos, nem ao R. se lhe pague da Fazenda Real, o que tudo se liquidará na execução desta sentença, e ao A. e mais pessoas se passem as ordens necessarias. E o R. pague as custas destes autos Lisboa 9. de Dezembro de 1672. Lamprea. Pereira de Sousa. Sousa. Menezes. Marchão. Fuy presente Mousinho: e fuy presente Noronha.

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

Acordaõ em Relação, &c. Recebem os embargos do R. Antonio Cabide, vistos os autos, e os julgaõ por provados, para effeito de declarar, que neste particular caso, em que as Saboarias, de que se trata, foraõ vendidas pelo dito Senhor, e o seu Procurador da Fazenda, pelo Alvará fol. 48. e evicção prometida fol. 61. vers. e fórma da sentença fol. 197. e vers. he com effeito o condemnado, para

senão dever pedir ao R. dizima na Chancelaria, mas regularse nella esta causa, pela em que só he R. demandado, e condemnado o Procurador da Fazenda, e outrosim assinando a mulber do dito R. o seu artigo fol. 213. em que largarão ao dito Senhor as Saboarias da Covilhaã, e Fundaõ, e o Procurador da Fazenda lhes pagarã da Real o preço inteiro dos vinte mil cruzados, porque compraraõ estas Saboarias, e as de Thomar, de que se trata, e os rendimentos da Covilhaã, e Fundaõ, ficarão aos RR sem elles poderem pedir juros do preço dellas correspondente. E quanto aos rendimentos das Saboarias de Thomar, e suas annexas depois da paz, que a sentença mandava aos RR. restituaõ ao A. e que o Procurador da Fazenda restitua tambem aos RR juros, a cinco por cento do preço, que responder às ditas Saboarias de Thomar, e suas annexas, nisto, e no mais se guarde, e cumpra a sentença embargada, e na conformidade della se fará o computo do quanto do dito preço se deve haver pelas Saboarias do Fundaõ, e Covilhaã. E quanto pelas de Thomar annexas, considerada a venda destas, para o dito computo, como vendidas livres, sem a pensão annua dos 100U. que antes da represalia tinbaõ, e hora lhe torna a ficar ao dito João Alvarez Soares, e no mais, que aqui não he provido sem embargo dos embargos do Procurador da Fazenda, e do R. se cumpra a sentença embargada. E o R. pague as custas dos embargos. Lisboa 7. de Agosto de 1674. Lamprea. Menezes. Sousa Pereira. Marchaõ.

339 Et quid in bonis realenguis, vulgo Lezirias, Sermarias, & Reguengos, resolve ex dictis à Portugal de donat. Reg. tom. 2. cap. 43. & Nos diximus in comment. ad Ord. tom. 8. ad tit. 17. num. 2. & 3. Et idem dicendum est in terris obligatis ad solutionem jugatæ, quia sunt particularium personarum, & non Coronæ, ut vidi iudicatum, & diximus in Comment. ad Ord. tom. 9. ad tit. 33. in princip. lib. 2. gloss. 2. numer. 8. Et etiam si oppidum, aut Villa Coronæ est emptæ, aut permutata, potest vinculari ab emptore sicuti alia bona libera, & in illis subsistit vinculum maioratus, ut iudicatum fuit in causa de qua supra cap. 1. num. 13. & decisum fuit causa sequenti.

340 No feito de petição de revista de D. Pedro de Castello Branco, com Marcos de Figueiredo, e sua mulher, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello da A. em nome de seu filho Dom Pedro de Castello Branco, e como sua tutora Contrariedade dos RR. mais artigos, papeis juntos, instituição da Capella

de Simão da Cunha na Ermida de Nossa Senhora do Rosario na Villa da Sanguinbedã, venda feita della ao sogro, e pay dos RR. citação da authoria feita ao R. vendedor, mais processo, e prova dada. Mostrase pela instituição do dito Simão da Cunha, e seu testamento, clausulas, e disposições delle, ser cousa tão clara instituir o defunto o morgado da dita Villa da Sanguinbedã, e dos mais bens declarados nella que seria grande temeridade, e pouca consciencia, julgar o contrario. Por quanto o instituidor chamou à successão desta fazenda a sua irmã, e por sua morte a seu filho, e não a suas filhas, e a seus descendentes; em quanto o mundo durar, querendo que as bemfeitorias, que havia feito, se fossem melhorando, e a dita sua Capella augmentando de maneira, que fosse sempre em crescimento, nem nella, nem em seu Capellaõ haver falta, a quem para os bens que tinba, deixava para seu patrimonio hum moyo de paõ, e outro de vinho, e dous mil rês em dinheiro, e casas onde vivesse, pelo que não ha duvida, e que em respeito de sua irmã, filho, e descendentes até fim do mundo, fez morgado dos ditos bens, ordenando que andasse nelles, e tambem he cousa sem duvida, que extinta a linha do dito seu sobrinho conforme a Direito, quiz que os ditos bens viessem a seus parentes, antes que virem á fazenda, e Coroa de Sua Magestade, pelo que cousa clara he por muitas das clausulas, ser morgado a dita Villa, e propriedades, e não se poderem vender ao pay, e sogro dos RR. e ser isto assim claro, vistos os encargos, e Capella feita conforme a Ordenação, que mais dispositiva, e claramente fallou nesta materia, que o Direito Civil, e por tanto nos devemos regular por ella, pois o declarou expressamente, e não pelo Direito, que recebe mais declarações, e interpretações do que a dita Ordenação sofre. Mostrase o A. ser parente mais chegado ao instituidor, e á vendedora, que morreo sem filhos, pelo que a elle pertence a dita Villa, pois senão presenta outro parête mais chegado que elle, nem em materia de morgados, e successão dellas o R. que mal possue, se defende bem contra o A. em dizer, que elle não tem aucto, em quanto ha outros parentes mais chegados, porque na successão dos morgados, são chamados todos os parentes do instituidor, e todos vem a ter direito em caso, que os mais chegados não peçam a successão, nem a queiraõ, e assim o declara nesta instituição o instituidor, o que visto, Capella que o instituidor fez, em que se manda enterrar ordenando se puzessem as suas Armas no Caliz, que mandava fazer, obrigãdo aos successores a terem muita cuida-

do da dita Capella, nem be de crer, que juntando tantos bens, chamando primeiro a elles sua irmã, e depois della a seu filho, e depois delle a seus descendentes, té o fim do mundo que não quizeſſe, que foſſe iſto morgado, antes pelas obras delle fica mais claro fazello, com clausulas de não alhear, do que se expressamente o fizera. O que visto, e o mais dos autos, e como o avo do A já em sua vida quiz tratar esta demanda, e como outroſim nos morgados não ha prescripção, mais que em vida do que alheou, e não dos successores, a quem não pôde prejudicar, com o que mais dos autos se mostra. Julgo a Villa da Sanguinbeda, e mais bens de raiz do instituidor por de morgado, e por nulla a venda, que se fez ao pay, e sogro dos RR. da dita Villa, e os condẽno larguem ao A. à dita Villa, e mais bens que se lhe venderão, com todos seus rendimentos. da lide contestada sómente em diante, tendo respeito aos RR. possuirem o ditos bẽs at é entãõ com titulo de compra, e boa sé, e outroſim condemno aos RR. restituãõ ao A. os titulos, q̃ lhe foraõ entregues por razãõ da dita compra dos ditos bens. E paguem os autos. Ignacio Collaço de Britto.

341 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, & reluctantiſſimis Doctoribus Francisco de Mesquita, & Antonio de Abreu Coelho, revocata fuit sententia à Doctoribus Luiz de Goes de Aragaõ, Luiz Pereira de Castro, e Balthazar Pinto Pereira Et tenor sententiæ talis est.

342 Acordãõ os do Dezembargo, &c. Aggravados são os aggravantes pelo Corregedor da Corte do Cível, em julgar a Villa de Sanguinbeda, e mais bens de Simaõ da Cunha por de morgado, ou Capella, e que como taes se não podião alhear, nem vender. Provendo em seu agravo, vistos os autos, e como delles se prova do testamento do dito Simaõ da Cunha, não instituir tal morgado, ou Capella, antes dispor da dita Villa, e mais bens direitamente por titulo de herança, e sómente impor aos successores delles o encargo de lhe mãdarem dizer Missa quotidiana, o que não basta para se dizer, instituo morgado, ou Capella, nem haver conjectura de direito nenbũã, pela qual tal se possa presumir, antes outras muitas em contrario, e pelo modo com que os ditos bens foraõ possuidos, e os aggravantes serem RR. nesta causa, julgaõ os ditos bens da dita Villa da Sanguinbeda, e os mais annexos, de q̃ o dito Simaõ da Cunhaõ dispoz em seu testamento, por livres, e não de morgado, ou Capella, e a venda delles feita aos RR. por boa, e valiosa. E condemnaõ aos aggravados nas custas dos autos. Goes de Aragaõ. Pereira. Pinto Pereira.

Ab hac sententia fuit petita revisio, & concessa fuit in Senatu Palatii à Doctore Joaõ de Frias Salazar, & sequenti, & comiffa causa Senatoribus Domus Supplicationis, concessa fuit revisio virtute duarum deliberationum sequentium.

Magna semper, & omni tempore veneranda rei judicatæ authoritas in appenso aliquantum terruit, & animum à concessione revisionis divertebat, metum tantum tedavit, & omnino fugavit repetita scedulæ testamenti fol. 17. & 291. lectio, & tenoris ipsius, ac verborum accurata examinatio, ex qua semper verbis, & cura maioratus institutio occurrebat, conjecturarum adminiculis non egens. Siquidem apud omnes illud est ex nuncupato verbo, Capella, in ipsa ceteri institutum maioratum, quod in substantia, & effectu non differt verbum, Capella, à verbo maioratus, & promiscue his utuntur Doctores pro judicando maioratu, tam respectu vinculi bonorum, quam modi, & formæ succedendi, ut videre est apud *Molin. de primog. lib 1 cap 3. num. 1. cap. 4. cap 4. & 5. Castill. quotid. lib 2 cap. 22. à princip. & à num. 8. 42. & 43. ideo videndus lib 4. quotid. cap. 9. maxime à numer. 20. & à num. 1. Cabed. 2. p. decis. 51. num. 4. cum seqq. & ex eo quod instituitur Capella, censetur constitutum vinculum bonorum, in quo proximior succedet; prout in maioratu maxime num 9. expressius, *Benedict. Gil. in L. 11. Cod. de sacrosanctis 5. p. § 2. à numer. 16. bene observat ac Lex Regia lib. 1. tit. 62. §. 53. non haberi respectus ad verba instituentis, quibus maioratum, vel Capellam nominavit; idque ex eo quod in substantia, & modo, forma, ac perpetuitate successione non differunt, sed solum in quoad jurisdictionem ditcriminarum ex forma onerum annexorum, quod si certe pars bonorum assignata administratori, & successori, residuum vero expendatur in celebrationes missarum, aut alias pias causas, resultabit Capella, cujus jurisdictione pertinet privative ad provifores, quamvis nomine maioratus usus fuerit testator, si aut certa pars oneribus adimplenda consignetur, residuum vero administratori resultabit maioratus, licet sub nomine Capellæ fuerit constitutus. Quod ipsum videre est apud *Gam. decis. 224. numer. 9. ante fin. ubi institutus dicitur maioratus sub nomine Capellæ, quod non attenditur nomen, sed rei substantia, & natura, cujus respectu non differt maioratus, & Capella, & ibi fieri in nostris terminis sit judicatum, & decisum, extat in instantia revisionis concedendæ.***

Perlegatur nunc quæstio. Tota testamenti series

series à fol. 20. cum seqq & fere nulla pagina paucis jam mediis lineis apparebit, in qua testator non expresse verbum, Capella, quod in ipsa natura, substantia, & effectu, ac successionis forma, & modo maius exprimit ex dictis cum omnibus suis clausulis, & prohibitionibus ad intentam perpetuitatem necessariis.

346 Nec audiendus, nec ferendus absonus sensus, quo ex adverso accipitur in presenti testamento, verbum illud, Capella, nempe materialiter pro ipso ædificio materiali Capellæ, seu ædícula ex calce, lapidibus, arena, & aliis materiis compacta, & instructa in formam sacelli vulgo Ermida, siquidem si introspectantur repetitæ testamenti clausulæ, facile constabit testatorem, ut diversissimum considerasse, & intellexisse ædificium materiale sacelli à Capella, quam instituebat, formaliter sumpta. Patet quod, antequam onera missarum, & alia adimplenda declararet, ædificium, seu ædículam illam, quam ædificaverat sub invocatione Deiparæ do Rosario, nequaquam nominabat Capellam, sed sacellum vulgo Ermida do Rosario, patet fol. 16. vers. fol. 17. & 19. vers. in fin. & postquam à fol. 20. a princ. declaravit missam quotidianam in eo sacello, seu ædícula materiali celebrandam, verba, & sermonem variavit, & sic exinde vocavit, & nominavit Capellam, & eo verbo passim utitur, patet ibi in principio, *por assim ordenar a dita Capella*, & ad finem ibi, *e ter na dita Capella bom bom homem, e de bom viver, e honesto, e que a bem sirva*, & ibi *servir a dita Capella*. & fol. 21. ibi *faça manter, e cumprir a dita Capella*, & ad finem ibi *de me fazerem cumprir a dita Capella*, & eodem fol. 45. In principio ibi, *naõ queiraõ cumprir, e manter a minha Capella*, & ibi, *por onde se cumpra o meu testamento, e minha Capella se cante*, & iterum ibi *por me naõ quererem cumprir, e mandar cantar a dita Capella*, & iterum ibi, *por onde se a dita minha Capella cumpra, e cante*, ut fol. 14. in princ. ibi, *que elles cumpraõ em quanto o mundo durar a dita Capella*, &c. In quibus clausulis, & pluribus aliis jubet adimpleri, cantari, & inserviri dictæ Capellæ, sub expresse nomine Capellæ, quæ verba, & locutiones nequaquam adaptantur Capellæ materialiter sumptæ pro ædificio, sacello, seu ædícula talis in Capella sic materialiter sumpta, hoc est ædificium, seu sacellum non dicitur adimpleri, seu cantari, jam enim ædificium erat confirmatum, & inspecta barbara, & absona foret talis locutio, & indigna viro ingenuo illustri sanguine condecorato, & inter similes educato, nec

credendum, virum illustrem, ita rustice loquutum, imo verbum commune in suo sensu potiori proprio, & citatiori usu potiori intelligendo scilicet, de Capella formali, quæ constat de bonis vincularis, & oneribus perpetuo adimplendis, quæ onera proprie dicuntur adimpleri & missæ cantari, quando juxta testatoris voluntatem ex bonis ipsius applicatis, executioni mandavit annis singulis in loco designato, nempe sacello ille Deiparæ do Rosario dicato, nequaquam vero dicitur adimpleri, vel cantari ædificium ipsum sacelli materiale, ut patet ad sensum, nec ullus non videt.

Quod etiam evidentius apparet ex clausula fol. 21. ibi: *Lbe façaõ manter, e cumprir a dita Capella em a dita nossa Senhora do Rosario, &c.* Sic enim legenda est clausula, cum illa dictione, *em*, ut patet ex eodem testamento repetito fol. 294. vers. ubi eadem clausula legitur cum illa dictione *em*, quibus verbis aperte testator considerat Capellam, ut destinatam à sacello, seu ædícula materiali, in qua jubet adimpleri Capellam, nempe illam formaliter sumptam, quæ constat exoneribus piis adimplendis ex bonis applicatis Capellæ, alioquin ineptior resultaret locutio, nempe, quod sacellum adimpleretur in sacello. sine utroque verbo materialiter sumpto. Hæc autem, si admittamus, quam absurda judicanda sint, nullus non discernet. Convincitur tandè hæc veritas ex alia clausula fol. 22. vers. testator non vocat Capellam, sed sacellum, vel ædículam, vulgo Ermida, iterum atque iterum, quod scilicet de ea illic agebat materialiter sumpta; prout indigebat parietibus, tectis, portis, tintinabulo, & ornamentis, non vero vocat tunc Capellam, quod eo nomine intelligebat non Capellam materiale, sed formalem, prout constat ex bonis succedendis cum onere adimplendis Missas illas, & alia in perpetuum per suos successores ad instar maius, quem instituebat usque ad sæculi consumptionem pro suis contanguineis, quod facile evincitur ex clausula fol. 20. vers. ibi: *Item mais declaro, e mando a dita minha irmã, e herdeira, que ella em quanto viver, e assim todos aquelles, que della descendorem, e a dita terra herdarem*. & iterum ibi: *Elles mantenbaõ a dita Capella do dia de meu falecimento para todo sempre, e até o fim do mundo*. Et ideo datur clara, & aperta voluntas testatoris volentis hæredes, de quibus ibi, non intelligendos extraneos, sed consanguineos; siquidem copulative requirit, quod descendant ex sorore, & sint hæredes illius terræ, quæ clausula proprie pertinet ad Capellam