

se ha de chamar Teuce, & Coimbra, sob pena de o perder; fique indubitavelmente excluído da successão delle o oppoente Francisco de Barros de Almeyda; porq̃ nem he Teuce, nem Coimbra, nem o articulo, nem prova, senão Ruis, appellido, que nem os instituidores quizeraõ conservar, nem nomeação; porque tambem os AA. Christovão Pato Henriques, & sua mulher, deduxiraõ, & articularaõ parentesco, q̃ tinhaõ com Melicia de Goes, mulher do instituidor, q̃ tambem foi instituidora, q̃ he parentesco mais chegado, que o dito oppoente Francisco de Barros, desistiraõ da causa, por nam serem justiça, em razão de nam serem Teuces, nem Coimbras, que são os appellidos chamados na instituição, & vindo a opposição do oppoente Ieronimo da Cunha de Coimbra, & dos oppoentes Antonio de Sousa Coutinho, & Christovão de Sousa Coutinho; cada hum destes oppoentes pretende levar este morgado in solidum pela clausula da instituição fol. 11. vers. que todos os bens vinculados andarão em huma só pessoa; & pela outra clausula da instituição fol. 12. todos estão excluídos; porque nenhum delles se pôde chamar Teuce, & Coimbra juntamente, como a instituição require; porque o oppoente Ieronimo da Cunha, ainda q̃ seja Coimbra, não he Teuce, & Christovão de Sousa, & seu tio Antonio de Sousa, ainda que sejam Teuces, nam são Coimbras, por se extinguir a descendencia dos primeiros chamados loã de Teuce, & Dona Ioanna de Sousa, que só estes com verdade podião trazer o dito appellido juntamente, & os instituidores puzeram expressamente pena de perdimento do morgado, nam se trazendo os ditos appellidos, de que nam quizeraõ escusar por nenhum modo aos successores, & nam se pôde dizer, nem presumir, que as obrigações a trazer os ditos appellidos, não lhe pertencendo; porque ninguem pôde trazer o appellido, que lhe não cõpete, porq̃ he prohibido, & fora neste caso condição reprovada, & contra direito; quanto mais, que no tal caso não se ficara conservando a memoria de suas gerações; ao que principalmente attenderaõ na dita instituição deste morgado. O que visto, & como nesta instituição he certo haver dous instituidores diversos, Antonio de Teuce, & Ieronimo de Coimbra, que ambos conservam seus appellidos; & posto que estes se ficaraõ conservando nos descendentes de Ieronimo de Teuce, & Dona Ioanna de Sousa, unindose em huma só pessoa, por poder esta denominarse com verdade com os ditos appellidos, veyo porẽm a successão ao estado presente, em que faltando aquella descendencia, já não he possível uniremse os ditos dous appellidos em

huma só pessoa, nem he verosimel, que sendo o dito instituidor Antonio de Teuce clausula, que o instituidor, que senam chamasse Teuce, perdesse o seu morgado, quizesse que Ieronimo da Cunha, nem sendo, nem se chamando Teuce, & com esse esgotasse na parte que lhe tocava; nem outrosim, he verosimel, que o instituidor Ieronimo de Coimbra, sendo a clausula no dito morgado, que o successor delle se chamasse Coimbra, quizesse, que Christovão de Sousa, & Antonio, não tendo, não se podendo chamar de Coimbra, gozassem os bens, que elle vinculou ao dito morgado com a dita condição, sob pena de perdimento delles; pelo que se deve resolver, que foi tençam dos instituidores dividirem neste caso os bens vinculados, ficando o vinculo dos quatorze mil cruzados feito pelo instituidor Ieronimo de Coimbra ao parente mais chegado do ultimo possuidor, & do sangue do instituidor Ieronimo de Coimbra, & os mais bens vinculados pertencentes ao instituidor Antonio de Teuce ao parente mais chegado do ultimo possuidor, que for do sangue dos Teuces, ficando cada hum com o seu appellido, com os bens pertencentes ao instituidor, de cuja familia, & sangue são, porque deste modo fique a clausula dos appellidos, com a pena que lhe poem, em seu vigor; porque Ieronimo da Cunha retem os quatorze mil Cruzados do vinculo, que fez Ieronimo de Coimbra com o seu appellido, & perde os bens de Antonio de Teuce; porque senam pôde chamar Teuce; & Christovão de Sousa, ou Antonio de Sousa seu tio, gozarem os bens do instituidor Antonio de Teuce, de que descendem, cõ a retenção de seu appellido de Teuce, & perderaõ o vinculo dos quatorze mil Cruzados do instituidor Ieronimo de Coimbra, visto nam serem, nem se poderem os appellidos appellidar Coimbra, conforme a clausula da instituição; faz porẽm duvida se esta determinação, & clausula da instituição: que andarão os bens vinculados nella incorporados em huma só pessoa dicto fol. 1. vers. & dividindose agora em duas pessoas, parece, que se encontra directamente a dita clausula; porẽm vista a forma da instituição, & o caso que sobreveio, de senam poderem agora vincular em huma só pessoa, & ajuntar os ditos dous appellidos, conforme a vontade dos instituidores, necessariamente se deve admitir a dita determinação com separação de bens; porque nam ha duvida, que na mesma instituição, & escritura, ouve dous instituidores, & pelo consequente dous morgados, & cada hum dos instituidores quiz

conſervar o ſeu appellido, nos bens que vincu-  
lára Antonio de Teuce, & o appellido de  
Teuce nos ſeus bens, & Ieronymo de Coim-  
bra o ſeu appellido nos quatorze mil Cruza-  
dos que vinculou, & porque no tempo da in-  
ſtituição podiam os ditos bens andar em hu-  
ma ſó peſſoa, & nos deſcendentes dos primei-  
ros chamados, que podiam trazer juntamen-  
te, & com verdade os ditos appellidos Teuces,  
& Coimbras; por iſſo puzeraõ a dita clauſula,  
que andaffe em huma ſó peſſoa, com a dita  
condição, ſe ouvera de preſente outro paren-  
te, poſto que tranſverſal, que foſſe Teuce, &  
Coimbra, poſto que mais remoto em grau, em  
que ſe podeſſe conſervar as duas familias,  
eſtes levariam os bens todos; porém o ne-  
gocio chegou a eſtado em que nam ha ſenam  
Teuces de per ſy, & Coimbras de per ſyne-  
ſte caſo, que ſuccedem, viſto ſerem dous in-  
ſtituidores, que declaraõ o fim para que fa-  
zaõ o dito morgado, q̄ era para cõſervação de  
memoria de ſuas gerações fol. 14. até fim,  
que tomáraõ, & declaráraõ, ſe hão de eſtender  
principalmente; porq̄ com q̄ razão, ou justiça  
ſe ha de dar o morgado que Antonio de Teuce  
inſtituiu de ſeus bens propios para os Teuces,  
& perpetua conſervação delles, aos Coimbras,  
que não forem Teuces, quando o meſmo inſti-  
tuidor declara, que não ſe chamaõ Teuce per-  
ca o morgado; & do meſmo modo, com que ra-  
zão, ou justiça ſe hão de dar os quatorze mil  
Cruzados, que Ieronymo de Coimbra vincu-  
lou ao dito morgado, com obrigação de ſe cha-  
marem Coimbras, com pena de perdimento  
delle, aos Teuces, que não forem Coimbras, an-  
tes a dita clauſula fol. 12. que poem pena de  
perdimento de morgado ao ſucceſſor, que nam  
ſe chamar dos ditos appellidos, necessaria-  
mente induz ſeparação dos dous morgados fei-  
tos pelos ditos dous inſtituidores; neſte caſo  
que ſuccedeo, porque como nam podem já ho-  
je unirſe em huma ſó peſſoa os ditos dous ap-  
pellidos, cada hum dos ſucceſſores levará os  
bens pertencentes ao appellido de ſeu inſti-  
tuidor, & perderá conforme a clauſula os de  
outro appellido, que lhe nam competem, nẽ pô-  
de trazer, principalmente, quando pela decla-  
ração feita pelo primeiro chamado, & dota-  
do Ieronymo de Teuce em ſeu teſtamento, ſe ſa-  
bem os bens, que elle comprou com os qua-  
torze mil Cruzados, que ſe lhe dotáraõ, &  
vinculáraõ no morgado, que vam eſpecifica-  
dos fol. 367. & que a tençam do dito Iero-  
nymo de Coimbra foſſe deixar o dito vincu-  
lo aos Coimbras, & nam aos Teuces, conſta da  
clauſula da inſtituição poſta no fim della fol.  
14. verſ. em que declaraõ, depois de feito o  
morgado com todas as clauſulas delles, que

vencendo em dias a dita Dona Ioanna ao dito  
Ieronymo de Teuce, ſem delle ficarem filhos,  
lhe tornaraõ os quatorze mil Cruzados, &  
nem por iſſo ſe deſfez o morgado dos Teuces.  
Eſte caſo aconteceo, porque ainda que ficã-  
rão filhos vivos da dita Dona Ioanna, & Ie-  
ronymo de Teuce, todos falecêraõ ſem filhos,  
& o caſo de faltarem filhos ſe equipára em Di-  
reito ao caſo, em que poſto que ſobreviverão,  
vieram porém depois a faltar principalmen-  
te em diſpoſições de morgado, em que nuncã  
ſe preſume, que o inſtituidor Ieronymo de Co-  
imbra quiſſe deixar o vinculo, que fez à  
peſſoas, & familias eſtranhas, antepondoas às  
eſpureas. O que viſto, julgo, que os quatorze  
mil Cruzados, que vinculou ao dito morgado  
Ieronymo de Coimbra, que vão declarados no  
teſtamento de Ieronymo de Teuce fol. 367. per-  
tencem ao oppoente Ieronymo de Coimbra, por  
ſer Coimbra, & o parente mais chegado  
do ultimo poſſuidor Antonio de Teuce do  
ſangue do inſtituidor de Ieronymo de Co-  
imbra, & condeno a R. lhos largue com  
os frutos do tempo do concerto, que fez  
com elle em diante, conforme o termo, que  
vai fol. 582. verſ. & dos mais bens per-  
tencentes a Ieronymo de Teuce, & ao in-  
ſtituidor Antonio de Teuce, absolvo a di-  
ta R. no que toca ao dito oppoente Ierony-  
mo da Cunha de Coimbra, por nam ſer  
Teuce, nem poder trazer, conforme a clauſu-  
la da inſtituição, o dito appellido, com decla-  
ração, que o dito Ieronymo da Cunha poſſui-  
rá os ditos bens como bens vinculados em  
morgado, guardando em tudo as clauſulas da  
inſtituição: Deſerindo às oppoſições dos op-  
poentes Antonio de Souſa Coutinho, & ſeu ſo-  
brinho Chriſtovão de Souſa Coutinho, viſto ſer  
o dito Antonio de Souſa notoriamente mais  
chegado hum grau ao ultimo poſſuidor Antonio  
de Teuce, que o oppoente Chriſtovão de Souſa  
ſeu ſobrinho, & ſeu deſcendente do primeiro in-  
ſtituidor Antonio de Teuce, & a clauſula da  
inſtituição, que ſomente admite a representação  
nos filhos do poſſuidor; preferindo o neto do fi-  
lho mais velho ao filho ſegundo do poſſuidor,  
& denegandoa eſpreſſamente nos collateraes,  
como nega no irmão, & ſobrinho do poſſuidor,  
poſto que ſejaõ deſcendentes do inſtituidor, &  
ainda que neſtes, conforme a noſſa Ordena-  
ção, in infinitum ſe admite a representa-  
ção, que he o unico fundamento da justi-  
ça do oppoente Chriſtovão de Souſa, iſto ſe  
limita, havendo eſpreſſa vontade do inſti-  
tuidor em contrario, como ſe colhe da dita clau-  
ſula, negando a representação entre os colla-  
teraes, até no irmão do poſſuidor, que ſe pre-  
fere ao ſobrinho, filho de irmão mais velho,  
a qual

a qual qualidade se entende por Direito repetida nos successores inferiores. Por parte do oppoente Christovão de Sousa, vendo a força do argumento, que se tira cõtra elle da dita clausula, que nega a representação entre os collateraes, se responde, que só falla no irmão do possuidor, mas nos mais procede a Ordenação, & disposição de Direito commum, que haja representação, porẽm este differa não pòde ter lugar neste caso; porque o mesmo foi prohibir o instituidor a representação no irmão do possuidor, posto que sem descendente, do que prohibilla em todos os collateraes; porque o fundamento, & razão de Direito, q se dà para haver representação entre todos os descendentes do instituidor, posto que sejam collateraes a respeito dos possuidores, he q cada hũ filho do instituidor constitue sua linha, esta razão não tem lugar, tanto que o instituidor negou a representação no irmão mais velho do possuidor; porque já lhe tocasse o direito de transmissão, & negando nos irmãos do possuidor, que he na raiz, & origem de que todos descendem consequentemente fica negando nos mais; além de que he absurdo em Direito, negarse a representação nos irmãos do possuidor, & concederse nos inferiores collateraes, aliã ficariam esses de melhor condiçã que os mais chegados, que he absurdo muito considerado em Direito. O que visto, julgo, que o morgado, que pertence à familia dos Teuces, tirados os quatorze mil Cruzados do vinculo de Ieronimo de Coimbra, pertence ao oppoente Antonio de Sousa Coutinho, como parente mais chegado por esta via do ultimo possuidor Antonio de Teuce, & que a R. lho largue com todos os frutos da indevida occupaçã atẽ real entrega; & deferindo às bemfeitorias da quinta de Val de Gallegos, por razã das quaes está julgado pela sentença fol. 579. vers. que sem embargo de serem bens vinculados, possa a R. Dona Isabel Coutinha reter a posse dos ditos bens, atẽ se pagar dellas, por ficar em posse, & cabeça de casal por morte de seu marido Antonio de Teuce, & juntamente ser sua herdeira, visto como nas ditas bemfeitorias ouve varias avaliaçoens, porque o possuidor deste morgado Ieronimo de Teuce no codicillo, que fez, avaliou as ditas bemfeitorias em desanove mil Cruzados fol. 383. no anno de 1622. & depois da morte do dito Ieronimo de Teuce, seu filho Antonio de Teuce fora avaliar as ditas bemfeitorias no anno de 1631. em hum Conto, duzentos & noventa & nove mil & setecentos reis, como consta da avaliaçã fol. 297. Consta outrossim, que nam só o dito Ieronimo de Teuce fez as bemfeitorias, que refere no codicillo, com que faleceo, com que se fez

mais rendosa a dita quinta, mas que tambem o marido da R. ultimo possuidor, plamou de novo a dita quinta, & a vinha de Thomè Raxo, que rende vinte pipas de vinho cada anno, & alguns annos quinze, & outros dez, como se refere na sentença fol. 162. vers. Consta mais pela dita sentença dict. fol. 172. nam se partirem nunca por morte do dito João de Teuce as ditas bemfeitorias, & ficãram pertencendo a seu filho Antonio de Teuce, marido da R. para ficar por seu herdeiro. Consta outrossim, que de presente ha muita damnificaçã na dita quinta, a qual damnificaçã diminue o valor das bemfeitorias, como está julgado pela sentença fol. 180. vers. & 181. O que visto, julgo, que se faça nova avaliaçã por Louvados das bemfeitorias, que ouver na dita quinta, atento o estado presente, que na dita avaliaçã se faça conta, & diminuaçã das damnificaçoens, que ouver nella; & das bemfeitorias extantes, que se acharem rendosas, levarã o R. os frutos, que lhe forem arbitrados, & se fará compensaçã do valor das ditas bemfeitorias, atẽ onde abrangerem os frutos da dita quinta, em q a R. está cõdenada, para os successores deste morgado; & feita a dita compensaçã, ficando a R. devedora, restituira os bens vinculados ao legitimo successor do morgado, com os frutos que ficar devendo, & ficando acreedora, reterã a posse dos ditos bens, atẽ ser inteiramente paga do valor das ditas bemfeitorias: & paguem as custas dos autos de permeyo. Lisboa 12. de Fevereiro de 1656. Diogo de Gouvea de Miranda.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, & fuit confirmata, Iudices, Doutor Basto, Privado, Pinheiro de Brito. Et fundata fuit in deliberatione seq.

Licet in principio hujus processus plures contententes accessissent ad hujus maioratut successionem, tamen AA. ducti meliori consilio praesenti liti expresse renuntiaverunt, & tacite oppositores Giraldu de Teuce, & Ferdinandus Martinz d' Atouguia, qui neque à sententia, de qua agitur, illud interposuerunt gravamen, neque Cancellariae tributum solverunt, ut acta demonstrant, ac proinde de illorum jure, si quod erat, agendum non est in proposito ad Ord. lib. 3. tit. 84. §. 2. & 9. Restant tamẽ caeteri oppositores, videlicet Christophorus de Sousa Coutinho, Franciscus de Bairros de Almeyda, Hieronymus da Cunha; videamus igitur quis fortius induat arma.

Tenor institutionis hic est: Antonius de Teuce, ejusve uxor Melicia de Goes filium suum

ſuam ſeniores Ioannem de Teive, & Hieronymus de Coimbra ſobrinam ſuam D. Ioannam de Souſa nuptui tradiderunt, dote conſtituta ex bonis immobilibus ibi ſtatim nominatis per eundem Antonium de Teive, & eius uxorem, & ex quantitate quadringentorum mille terentiorum in pecunia numerata ab eodem Hieronymo de Coimbra, ut ex illis bona immobilia emerentur, quæ in effecta empta apparent: qui quidem dotatores, cum deſideraſſent memoriam ſuam, & maiorum nobilitatem conſervare, eorumque cognomina in eodem dotali inſtrumento, ex dictis bonis maioratum inſtituerunt, ad cuius ſucceſſionem poſt mortem dotatorum utriusque deſcendentes invitaverunt maſculos, & ex maſculis deſcendentes, & in eorum defectum fæminas, modo, & forma, de qua in dicta inſtitutione à verſ. *item Ordinarum*. Deinde decedente poſſeſſore huius maioratus abſque deſcendentibus, vocaverunt fratrem maſculum ſeniores, & eius deſcendentes maſculos, & in eorum defectum ſororem, & eius deſcendentes, modo, & forma, de qua in dicta inſtitutione in verſ. *Item ſuccedendo ſe o poſſidor, & adminiſtrador*. Inſuper extinctis omnino lineis fratrum, & ſorum, in hoc caſu vocaverunt conſanguineum maſculum deſcendentem ex maſculo, ultimo poſſeſſori proximiores, ut in dicta inſtitutione in verſ. *Item ſuccedendo*. Tandem adjecerunt inſtituentes, quòd dictus Ioannes de Teive primo vocatus, ejusve deſcendentes, & ex dicta dotata D. Ioanna de Souſa uxore ſua, utroque cognomine de Teuce, & Coimbra condecorarentur in memoriam utriusque dotatoris ſub pena amiſſionis horum bonorum, & quòd ſic unita, & vinculata in una tantum perſona in perpetuum conſervarentur, ut fol. 11. verſ. & 12.

Sequitur nuptijs inter dotatos, ipſi dicta bona poſſederunt, & poſt mortem eorum Antonius de Teive, filius ſenior utriusque, qui deceſſit nullo deſcendente relicto, nec fratre collateralis, ejusve deſcendentibus: ſic ſumus in ultima vocatione cõſanguinei maſculi deſcendentis ex maſculo ultimo poſſeſſori proximiores; hunc affirmat eſſe oppoſitorem Hieronymum da Cunha, qui ut frater patruelis ultimi poſſeſſoris, ejus proximior invenitur, ſiquidem filius fuit legitimus Emmanuelis da Cunha, qui frater erat dotatæ D. Ioannæ de Souſa matris ultimi poſſeſſoris Antonij da Cunha, & nepos Antonij de Coimbra da Cunha, fratris Hieronymi de Coimbra inſtitutoris, cuius ipſe oppoſitor eſt ſobrinus, de quo ex adverſo

Pars II.

non dubitatur, & late patet ex teſtibus: unde ait qualitates habere vocationis, nempe legitimi, maſculi, deſcendentis ex maſculo, & ultimo poſſeſſori proximiores; ac proinde alijs oppoſitoribus præferri debere in hoc maioratu ex *text. in L. cum ita §. in fideicommiſſo ff. de legat. 2.* & quæ tradunt *Cov. præct. cap. 38. num. 6. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 33. Gam. deciſ. 160. n. 3.*

Cæteri oppoſitores nullo modo ad eum ſpectare contendunt, eo quod non ſit de ſanguine, & progente aliorum inſtitutorum Antonij de Teive, & ejus uxoris, & ſic reſpectu eorum omnino extraneus, ipſi verò illis pertinere ex cõſanguinitate, de qua ſol. cū ſeqq. Unde ſubintrat illa celebris quæſtio, an inſtituto maioratu à duobus, veluti marito, & uxore, de bonis utriusque, ad quem eorum conſanguineorum pertinere debeat, data paritate, ſeu in æqualitate gradus conſanguinitatis? Ad cuius deciſionem ſciendum eſt, quòd licet maritus, & uxor inſtituant maioratum, in una, & eadem ſcriptura, & cum eiſdem ſubſtitutionibus; tamen, quia diſpoſitio eſt duarum perſonarum, duplex maioratus cenſeri debet, ac ſi in diverſis ſcripturis inſtitutus fuisset. Reſolvunt *Cov. in rubr. de teſtam. num. 8. Gutier. in repit. cap. quamvis pactum in princ. num. 46. de pact. lib. 6. Cevalb. com. contra com. lib. 1. q. 265. num. 17. Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 84. Mier. de maiorat. p. 1. q. 23. num. 5. & 8. Fontanel. de pact. nupt. clau. 14. gloſſ. 21. p. 2. num. 63. cum ſeqq. Caſtilh. contr. jur. lib. 2. cap. 18. n. 16. 33. & 34. Larr. deciſ. 6. à n. 11. verſ. & hanc ſententiam tenent, Nogueros. allegat. 9. num. 18. Valasco. conf. 7. n. 7. Ex quo evenit ad intentum, quòd cum duæ ſint diſpoſitiones, ſi ſe offerat litigium inter conſanguineos mariti, & uxoris, ut in propoſito, & præſumatur quemlibet dilexiſſe ſuos conſanguineos, inter eos debet dividi maioratus, conſanguineis uxoris datis bonis, ad eam pertinentibus, & ſimiliter mariti conſanguineis bonis ad eum ſpectantibus, ut poſt *Oldrad. conf. 174. tradunt Gregor. Lop. in L. 2. tit. 15. p. 2. gloſſ. 18. verbo et mas pro pinguo pariente, q. 7. Gutierr. conf. 2. n. 9. Cevalb. dict. q. 265. n. 20. Lara de anniverſ. & capellan. lib. 2. cap. 2. num. 27. Caſtilh. lib. 5. cap. 67. num. 28. Nogueros. alleg. 9. num. 19. ac proinde eodem modo dividendum eſſe hoc noſtrum, de quo agitur, certius duco.**

Nec obſtabit dicere, quòd dotatores inſtituentes voluerunt unicum fuiſſe maioratum, & indiviſibilem, & ab uno ſucceſſore poſſideri, ut ſupra oſtendimus, & in his terminis, cum unicus debeat eſſe ſucceſſor, præferri

Bb

ferri

ferri debet proximior consanguineus cuiuslibet ex institutoribus, quod si litigantes sint in æquali gradu consanguinitatis, consanguineus viri præferatur, cum sit caput mulieris, ut in cap. fin. 33 q. 2. & quia vocatus censetur ex ordine subintellecto scripture per text. in L. cum pater §. à te peto ff. de legat. 2. tradunt Gregor. Lop. in dict. L. 2. tit. 15. p. 2. gloss. 8. q. 4. vers. sed pone, Cevalb. dict. q. 265. à num. 20. cum seqq. Castilb. contr. iur. lib. 5. cap. 67. num. 28. vers. ego verò, Noguier. dict. alleg. 9. num. 20. ac proinde dividi non debere, & in solidum spectare ad oppositorem Hieronymum da Cunha, ut proximior ultimum possessori, licet pro parte institutoris Hieronymi de Coimbra.

184

Respondetur enim, non bene adaptari huiusmodi resolutionem proposito maioratum; primo, quia institutus non fuit per maritum, & uxorem, sed per dotatores æque principales illius institutores, & sic cessant iura, & rationes, de quibus in vers. superiori: secundo, quia institutores ad hunc maioratum invitaverunt descendentes utriusque dotati, patet ibi: *Eos q̄ delle descenderem, & de sua mulier D. Ioanna de Sousa, &c.* & ibi: *Item ordenamos, que o successor, que pelo tempo for descendente do dito Ioaõ de Teuce, & da dita Ioanna, &c.* qui quidem descendentes utriusque dotati necessario utriusque institutoris consanguinei remanebant; minime verò vocaverunt consanguineos tantum ex parte institutoris Antonij de Teive, & ejus filij dotati Ioannis de Teive, vel ex parte institutoris alterius Hieronymi de Coimbra, & ejus sobrinæ D. Ioannæ de Sousa: constat apertissime ex dicta clausula dictæ institutionis, ibi: *E que vencendo em dias a dita Dona Ioanna sua sobrinha ao dito Ioaõ de Teuce, sem haverem filhos vivos, lhe tornarà o dito dote, &c.* Vnde cum institutor Hieronymus de Coimbra expresse declarasset bona sua consanguineis dotati remansisse in defectum descendendum utriusque, & in proposito ultimus possessor sine descendentibus decessisset, & ad successionem concurrant consanguinei ultimi possessoris ex parte matris, & consanguinei ultimi possessoris ex parte patris, dividi debet inter utriusque institutoris consanguineos, attendente eorum voluntate, quæ satis ex dictis verbis colligitur, juxta quam hanc dispositionem regere debemus, ut in terminis propositis resolvunt Cevalb. dict. q. 265. num. 22. ibi: *Quæ omnia sunt menti tenenda, nisi aliud constiterit de voluntate testantium?* Gusier. dict. cons. 2. num. 5. & 9. Castilb. dict. cap. 67. num. 28. ibi: *At verò in æquali gradu Capellania, collatio est fa-*

*cienda consanguineo mariti, nisi aliter constiterit de voluntate testantis, & nulla est melior interpretatio, quam quæ sumitur ex alijs clausulis institutionis, ut optime in proposito tradunt Castilb. tom. 2. cap. 26. num. 18. & 23. Fusar. de substit. q. 403. num. 60. ibi: Quam toties de eo matrimonio mentionem faciens, ad posteritatem ejus matrimonij maioratum constituere, nisi filij essent ex Maria, & Idelfonso, &c.* Facit illa alia clausula institutionis, ibi: *E os que delle descenderem, & de sua mulier Dona Ioanna de Sousa, traráõ dous apelidos, a saber Foaõ de Teive Coimbra; & ibi: E por nenhun modo se escusará o successor de os trazer, sobpena de perder este morgado.* Vnde credendum non est voluisse institutores, quòd extranea familia potius nomen suum, & arma deferat, quàm sua, & semper interpretari debet dispositio, ut testator velit, ne familia sua, nomen, & arma cum alijs confundantur, ut per Mier. de maiorat. 2. p. q. 4. illat. 8. num. 20. Larrea 2. p. decis. 51. num. 17. Tandem juvant iura in L. cum avus ff. de cõdit. & demonstrat. L. cum actusissimi Cod. de fideicommiss. ex quibus non præsumitur testatores extraneos vocare ad propriam successionem, suis relictis consanguineis: quæ quidem iura, quamvis loquantur de exclusionem descendendum, & admissionem extraneorum, procedunt etiam ex identitate rationis in maioratibus ad favorem transversalium institutis, ut per Cov. pract. c. 38. §. quod si dixeris n. 12. Mantio. de tacitis tom. 2. lib. 3. tit. 49. ad fin. Noguier. dict. alleg. 9. num. 59. Dividatur igitur maioratus, & bona empta ex pecunia dotali tradita ab institutore Hieronymo de Coimbra in testamento nominata, & alia, si quæ fuerint in executione liquidanda, oppositori Hieronymo da Cunha restituantur uti proximiori consanguineo ultimi possessoris legitimo, masculino, & ex masculino descendenti, de sanguine, & progenie tantum institutoris Hieronymi de Coimbra, & sic vocati cum omnibus qualitatibus institutionis, ut illa eodem vinculo, oneribus, & conditionibus possideat, quibus adstricta inveniuntur in dicta institutione, dignissimo Prætoris Curiali in hac parte confirmato.

Quoad aliam verò partem respicientem bona alterius institutoris Antonij de Teive non levis est disceptatio, inter patruum, & sobrinum Antonium de Sousa, & Christophorum de Sousa; siquidem Ferdinandus Martinz de Sousa senior matrimonium contraxit cum D. Maria de Teive filia institutoris Antonij de Teive, ex quo matrimonio nati fuerunt Christophorus de Sousa pater oppo-

oppositoris Antonij de Souſa; & Ferdinandus Martinz de Souſa junior, qui obiit vivente adhuc ultimo poſſeſſore, pater oppositoris Chriſtophori de Souſa, & ſic oſtenditur oppositorem Antonium de Souſa nepotem eſſe dicti Ferdinandi Martinz de Souſa ſenioris, & dictæ Dominæ Mariæ, & pronepotem inſtitutoris Antonij de Teuce, ejuſve uxoris, & proximiorum conſanguineum ultimi poſſeſſoris Antonij de Teuce, quia alter oppositor Chriſtophorus de Souſa, filius Ferdinandi Martinz junioris prædefuncti, & nepos dicti Chriſtophori de Souſa, & pronepos dicti Ferdinandi Martinz de Souſa ſenioris, & Dominæ Mariæ de Teuce, & trinepos dicti inſtitutoris, de quo non dubitatur, & late patet ex teſtibus; unde licet uterque eandem habeant maſculinitatem, & ſint deſcendentes inſtitutoris, cum dictus oppositor Chriſtophorus de Souſa ſit in remotiori gradu cum ultimo poſſeſſore, videbatur præferendum eſſe à patruo ſuo Antonio de Teuce ex dicta *L. cum ita §. in fidei commiſſo ff. de legat. 2. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.*

Verùm pro admiſſione oppositoris Chriſtophori de Souſa multa fortius urgent, quæ illi tribuunt præferentiam in hac ſucceſſione, eſt enim filius dicti Ferdinandi Martinz junioris, & licet obiſſet, vivo adhuc ultimo poſſeſſore, beneficio repræſentationis ejuſ locum, ſeu gradum repræſentat; *Auth. de heredib. ab inteſt. venient. §. ſi igitur o 2. verſ. unde conſequens eſt col. 9.* ut valeat ſuccedere in hoc maioratu, & patruum ſuum excludere, ut pater ſuus illum excluderet, ſi foret in humanis, quia ſummus inter tranſverſales deſcendentes ab inſtitutore Antonio de Teuce, quibus datur repræſentatio in infinitum, juxta *Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. tradunt Molin. lib. 3. cap. 7. num. 9. Gom. L. 8. Taur. num. 20.* explicat optime *Pereir. deciſ. 116. n. 6.*

Hoc huiusmodi beneficium repræſentationis ceſſat in propoſito maioratu, eo quod inſtitutus cernitur per contractum dict. fol. in quibus ſtrictius diſpoſitiones obſervamus, juxta jura in *L. quidquid adſtringendæ ff. de verb. L. veteribus ff. de pact.* quia attentato jure communi, veriſſimum eſt, quod in primogenijs non ſolum per ultimam voluntatem, ſed etiam in contractu inſtitutus admittenda eſt repræſentatio ex rationibus, de quibus *Mier. de maiorat. p. 2. q. 6. num. 33. Molin. lib. 3. cap. 7. num. 14. Caſtilb. lib. 3. cap. 19. num. 257. Robles de repræſentat. lib. 3. cap. 4. num. 14.* & multo magis jure Regio attentato *lib. 4. tit. 100. in princ.* ſecundum quod indiftincte admittitur repræſentatio in

Pars II.

maioratibus quocunque modo inſtitutis, non ſolum inter deſcendentes ultimi poſſeſſoris, ſed etiam inter tranſverſales à primo inſtitutore deſcendentes, ut in propoſito.

Deinde non cernitur prohibita ab inſtitutoribus in hoc maioratu, imò expreſſe admiſſa inter patruum, & nepotem, ut in verſ. *Item ſobrevido queſt. 10.* & in alijs vocationibus huius maioratus, excepto in vocatione fratris poſſeſſoris, & filiorum alterius fratris ipſius, ut in verſ. *Item falecendo o poſſuidor,* qui non eſt casus præſens, quia nec oppositor Antonius de Souſa frater fuit ultimi poſſeſſoris Antonij de Teuce, nec alter oppositor Chriſtophorus de Souſa, eſt ſobrinnus dicti ultimi poſſeſſoris, filius alterius fratris ſui primogeniti defuncti; noſter verò casus eſt, qui continetur in ultima vocatione inſtitutoris in verſ. *Item, que ſuccedendo, que pelo tempo, &c.* ubi exti. cta hac linea fratrum poſſeſſoris, utriuſque ſexus, collaterales vocantur, & ex illis conſanguineus maſculus ex maſculo deſcendens proximior ultimo poſſeſſo i, & cum in hoc neſtro casu expreſſa prohibita non videatur juxta *Ord. dict. lib. 4. tit. 100. §. 3.* admiſſa cenſeri debet, etiam per inſtitutores ex æquiparatione dictæ *Ord. in princ.* ubi quoad repræſentationem in perpetuum exæquavit tranſverſales ipſis deſcendentibus, quando ipſi pariter deſcendant à primo inſtitutore, ut in propoſito, etiam ſi agatur de ſuccedendo tranſverſali, ut optime conſiderat *Pereir. alijs citatis dict. deciſ. 116. num. 6.* & ſufficiebat, quod in eo tantum casu ſucceſſionis fratris poſſeſſoris cum filio alterius fratris, prohibita videatur, ut in cæteris clauſulis admiſſa cenſeatur, ut per *Caſtilb. dict. lib. 3. cap. 19. num. 289. Robles dict. tract. lib. 2. cap. 26. n. 21.*

Tandem nec ex illis verbis noſtræ clauſulæ ibi: *Succederà neſte morgado o parente macho baraõ, & deſcendente de baraõ mais chegado ao ultimo poſſuidor,* ſublata cenſeri debet dicta repræſentatio; nam ante publicationem dictæ *Ord. lib. 4. tit. 100.* longe verior eſt, & receptior opinio, quod prædicta clauſula in nihilo impediabat repræſentationem, & intelligendam eſſe de proximiori, attentato beneficio repræſentationis, ut videre eſt poſt *Gloſſam in L. cum ita §. in fidei comm. verbo proximo, ff. de legat. 2. per Guſierr. prætic. lib. 3. q. 57. à num. 18. Menoch. ſucceſſ. creat. §. 27. num. 8. verſ. & licet Menoch. lib. 4. præf. 5. num. 21. Molin. de juſt. & jur. tom. 3. diſp. 329. num. 3. alter Molin. lib. 3. cap. 7. n. 28. Peregr. de fidei commiſſ. art. 21. num. 12. Fuſar. de ſubſt. q. 445. num. 40. Caſtilb. contr. jur. lib. 3. cap. 19. num. 302. Robles de repræ-*

Bb ij

ſent.

*sent. lib. 3. cap. 11. num. 33. Pereir. decis. 59. n. 7. vers. vel dici potest. Reynof. observ. 25. n. 5. quidquid contrarium existimassent nostri, Gam. decis. 307. n. 4. Valasc. de jur. emphyt. q. 50. num. 34. quorum opiniones exultate asserit Pereir. dict. decis. 59. num. 7. vers. vel dici potest: quibus accessit nostra Ord. dict. tit. 100. ubi in §. 2. vocat proximiorum ultimo possessori non adempta repræsentatione, quam generaliter admittit in princ. ita ut quando repræsentationi non sit locus, proximior admittatur, qui sit de sanguine institutoris; quando verò repræsentatio sit admittenda, proximior sit ille, qui repræsentando sit proximior, aliàs si in his verbis sublata videretur repræsentatio, inutilis maneret, & ferè correctæ dispositio ejusdem Ord. quæ generaliter, hoc non obstante, repræsentationem admittit; sic post supra citatos explicant Reynof. & Pereir. dict. locis: admittitur igitur repræsentatione, tam à lege, quam ab institutoribus, sobrinus ex hoc capite patruo suo præfertur, ut ostendimus.*

<sup>190</sup> Præfertur etiam patruo suo ex capite melioris lineæ; certum enim est, quod omnes descendentes ab institutore suas lineas constituunt inter se, licet successionem non occupassent. *Text. in L. in cap. 1. §. fin. de natur. success. feud. tradunt Cald. forent. conf. 15. num. 17. Pereir. decis. 59. num. 7. & bene deducitur ex dicta Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. ibi: De maneira que sempre o filho, & seus descendentes legitimos por sua ordem, &c. Et inter has lineas, quæ est primogeniti, primum caput, & prælationem occupat sibi, & ejus lineis, ac proinde dum aliquis extat de capite, & radice primogeniti, non vocatur sequens caput secundi geniti, docent uterque *Molin. de just. & jur. tr. 2. disput. 624. à princ. & de primogen. lib. 3. cap. 6. à num. 29. Gutier. canon. lib. 3. q. 66. num. 16. Cald. dict. conf. 15. num. 17. Reynof. observ. 23. num. 6. Unde cum dictus Christophorus de Teuce sit filius primogeniti Ferdinandi Martinz de Soufa, præferri debet etiam ob prærogativam melioris lineæ, & magis prædilectæ, ut per *Larr. p. 2. decis. 54. n. 2. & 16. ubi plures refert.***

<sup>191</sup> Similiter præferri debet alio oppositori Francisci de Barros de Almeida, quia in remotiori gradu longe distat ab ultimo possessore, ut clarè patet ex deductis in 4. articulo usque ad 8. inclusivè oppositionis suæ. Insuper præferri debet uti descendens ab institutore Antonij de Teuce proavi sui, & ejus filix Dominæ Mariæ de Teuce nepotis sui: dictus verò Franciscus de Barros de Almeida aî institutorem filium fuisse de

Catharina Rodriguez Cardosa, & nepotem Guilherme Rodriguez, patris dictæ Catharinæ Rodriguez Cardosa: qui quidem Guilhermus Rodriguez filium habuit Hieronymum Rodriguez, fratrem consanguineum dictæ Catharinæ Rodriguez, ex quo ejus descendencia derivatur modo contento in dictis suis articulis. Plane certum est in jure, quod maioratus successio non ascendit, sed descendit, *L. 1. C. ff. de gradibus cap. 1. de nat. success. feud. resolvunt Mier. p. 2. q. 6. num. 67. & 69. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 29. Castilb. lib. 5. cap. 140. statim in princ. unde quando mater, vel alius ascendens non est positus in linea successibili, ut in proposito, non consideratur ex eo quod sit ascendens; quia ex eo latere non succeditur, notat optime *Pereir. decis. 5. n. 5. vers. in cuius rei confirmationem, sed ex alio dictæ Dominæ Mariæ de Teuce filix institutoris, quorum est descendens dictus Christophorus de Soufa: & succedant jura in dict. L. cum avus ff. de condit. & demonstr. L. cum acutissimi Cod. de fideicom.**

Contendit tamen id non obstante succedere in hoc maioratu ex vocatione facta in ultima clausula institutionis, per hæc verba: *O parente macho barão descendente de barão mais chegado ao ultimo possuidor, asserens in ejus persona verificari hæc qualitas, & descendencia masculinitatis; minime verò in dictis oppositoribus, qui descendant ex femina D. Maria de Teuce filia institutoris Antonij de Teuce: verum hæc sua genealogia mihi legitime non probatur, siquidem testes, qui de ea deponunt, loquuntur de auditu, & alij referuntur ad documenta, & instrumenta, quæ cum facta fuissent absque partis citatione, nihil probant, et am si mille testes fuissent, sicut, quæ in dictis instrumentis continentur, ut per jura in *L. si quando Cod. de testib. auth. si quis ab aliquo Cod. eodem, tradunt Mascard. de probat. concl. 1367. num. 2. Tirag. in L. si unquam verba revertatur num. 99. Cod. de revocand. donat. quod idem procedere in testibus examinatis extraordinarie ad perpetuam rei memoriam tradit idem *Mascard. dict. concl. 1367. n. 3.***

Insuper, & si probaretur, adhuc non obtineret, quia hujusmodi maioratus habuit ingressum in descendentes institutoris, ex quorum linea non est dictus oppositor Franciscus de Barros, sed dictus Christophorus de Soufa, & alij, unde antequam extinguantur, & evacuentur, non potest maioratus ad alias lineas, aliosve successores transitum facere, *Cap. 1. de nat. success. feud. Resolvunt Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. Castilb. lib. 5. cap. 91.*

91. num. 62. *Robles de represent. lib. 3. cap. 4. num. 8. Gam. decis. 354. num. 6. Pereir. decis. 59. à num. 5.* Ac proinde ſufficit, quod dictus Christophorus de Souſa ſit maſculus descendens ex patre, & avo maſculinitatis dos Teuces, & multo magis proximior in gradu ultimo poſſeſſori, ut etiam inſpectis verbis inſtitutionis, dicto Francisco de Barros de Almeyda in hac ſucceſſione preferri valeat, & maxime quando certum non eſt inſtitutorem maioratum agnationis irregularem facere voluiſſe, eo quod filias vocavit in defectum maſculorum, & eorum descenduntium. Tradunt *Surd. conf. 316. num. 13. vol. 3. Mier. p. 2. q. 6. num. 42. Caſſanat. conf. 4. num. 218. Caſtilh. lib. 2. cap. 4. num. 218. & latius lib. 5. cap. 9. num. 49. Fuſar. de ſubſtit. q. 458. num. 15. Larrea p. 1. decis. 54. num. 4. à princ. & in verſ. 3.* in hæc verba ibi: *Cum filias ſuas in defectum filiorum, & maſculorum ex illis vocaſſet, non poteſt agnatio præſumi quantum ijs maſculos ex maſculis ſubſtituiſſet, ſed ſolum maſculorum prælationem fæminis, &c.* Reſtituantur igitur dicto Christophoro de Souſa bona huius maioratus vinculata per dictum inſtitutorem Antonium de Teuce, in executione liquidanda, ut illa ſic vinculata poſſideat, cum eiſdem oneribus, & conditionibus, quibus per dictum inſtitutorem adſtricta inveniuntur in dicta inſtitutione. Sic meritiffimi Præſidis Curialis ſententia in hac parte reformata.

194 Tandem quoad retentionem Rex conceſſam ratione meliorationum per ſententiam, uti uxorem, & hæredem ultimi poſſeſſoris, iudicium, & arbitrium optimi Præſidis iudicum exiſtimo, ea declaratione, quod reſpectu principalis, id eſt, bonorum maioratus, quæ reſtitui jubentur, ſententia hæc præcepti intelligatur; ſecus verò quoad fructus, quorum quantitas pendet à liquidatione, quæ fieri jubetur. Lisboa 16. de Setembro de 1659. Pinheiro de Brito.

195 Petita fuit reſiſſio, & licet fuiſſet conceſſa, fuit poſtea confirmata ſententia in forma ſequenti.

*Acordam em Relaçam, &c. Viſto o Alvará do dito Senhor porque foi ſervido mandar rever eſte feito; Nam foi aggravado o ſupplicante pelos Deſembargadores dos agravos Juizes della, cumpraſe ſua ſentença por ſeus fundamentos, & condenaõ ao ſupplicante nas cuſtas dos autos deſta inſtancia, & no perdimento da cauçaõ depositada, que applicam aos Juizes da cauſa, ou ſeus herdeiros. Lisboa 30. de Março de 1675. Noronha, Lamprea, Marchaõ, Doutor Alvarez Coelho, Quiſel, Oliveira, D. Freyre.*

Pars II,

No feito de appellaçam civil de D. Francisco de Bitancurt, & outros, com Ignacio da Camara Leme, Eſcrivaõ o das Illias, ſe deu a ſentença ſequire.

*Viſtos eſtes autos, libello do A. & ſua mulher Dona Ioanna, artigos de oppoſiçam recebidos, com que os oppoentes vieraõ: Moſtraſe por parte do A. ſer ſua mulher filha de Manoel da Silva, filho mais velho de Dona Felippa ultima nomeada por Dona Maria da Camara ſua mãy; & ſe moſtra, que na diſpoſiçam com que Dona Catharina morreo, como ſe vê do ſeu teſtamento, deu poder à dita Dona Maria de nomear em filho, ou filha, qual quizeſſe, & que o nomeado, ou nomeada por elle morrendo, ficaria a fazenda ao filho mais velho, & diz o A. que Manoel da Silva pay de ſua mulher, era filho mais velho, & que ſenaõ morrera em vida de ſua mãy D. Felippa, ficaria entrando na fazenda da contenda, & que por cabeça de ſeu pay, ficava a mulher do A. ſuccedendo, por quanto ella preferre. Além de que como a fazenda ha de andar nesta linha direita, nam pôde vir ao oppoente Jorge Mialheiro Leme, ainda que filho ſegundo da dita D. Felippa, por quanto a linha do pay da mulher do A. preferia à linha do dito oppoente, & que as outras oppoſiçoens não tinhaõ lugar, por quanto a prohibiçaõ de não entrar nesta fazenda, quem tivesse o morgado dos Moraes, nam comprehendia a primeira parte do teſtamento, quanto aos descendentes de Dona Maria, ſenam na ſegunda parte, quando fallou nos ſucceſſores pela linha de D. Iſabel, faltando a linha, & ſucceſſores de D. Maria, & de ſua nomeada, ou nomeado filho, ou filhas; & nem as clauſulas prohibitivas ſe extendem, antes comprehendem ſomente o caſo, & parte do teſtamento, de que trataõ, & além de tudo iſto a incompatibilidade, que ſe conſidera nos morgados, he nos descendentes, & ſucceſſores da linha de Dona Iſabel; porẽm nos descendentes de Dona Maria, Dona Felippa nam poz tal clauſula, & nem he de preſumir, que tal cauſa quizeſſe; porque ſendo Dona Maria caſada com Fernaõ de Moraes, tendo o morgado dos Moraes, quiz nomealla, ſem encargo ſomente das miſſas; & que ainda que ſe fizeſſe alguma nomeaçam no oppoente Jorge Mialheiro Leme, que era nulla, & aſſim porque D. Felippa não podia nomear, porque a fazenda nam era de nomeaçam, & eſta era ſomente reſervada peſſoalmente, & denominantem a Dona Maria; & por o oppoente conhecer a nullidade, nam tratou da nomeaçam atégora; & moſtra o A. que o R. nam pôde ſucceder nestes bens de morgado, por quanto he filho mais moço do dito Ma-*

Bb iij

not



noel da Silva, & estes bens devem andar em fema sendo mais velha, & que a dita Dona Ioanna mulher do A. he mais velha, approvada pelo testamento da instituidora. O que sendo visto, & como a disposiçã testamentaria declara, que por morte de Dona Felippa ande esta fazenda em filha mais velha, ou filho em falta de fema, quiz fazer morgado na fórma da Ordenaçã, com a qual se presume conforme a testadora, & nestes termos, ainda que Manoel da Silva, pay da mulher do A. morresse em vida da ultima possuidora Dona Felippa, logo tanto que morreo, ficãrão representando seus filhos ao dito Manoel da Silva com todas as qualidades, & privilegios, de sorte que nelles se presume o dito seu pay vivo pela representaçã, & logo o dito pay fez linha, & direitõ, que deixou a seus filhos; por cujo respeito, & da dita representaçã fica excluido Jorge Mialheiro Leme; porque ainda que seja filho segundo, & irmaõ mais moço que o dito Manoel da Silva, com qualidades de vivo, os filhos de seu irmaõ o ficão excluindo pela representaçã, & como sua mãy Dona Felippa nam podia nomear, senam pòde ajudar de nomeaçã nulla, & o que he nullo nam produz effeito, & nem pela incompatibilidade, que considera, fica admitido, nem os demais oppositores; por quanto esta senão considera nos successores de Dona Maria, senam na linha de Dona Isabel, que he a segunda parte do testamento, & nos seus successores, como se vè claramente no testamento, & a clausula onerosa prohibitiva nam se estende de huma parte do testamento a outra, & tanto mais quando as razens, & modo de fallar do testamento, era diverso, & em diversa parte do testamento, & inda que Manoel da Silva tivesse o morgado dos Moraes, que ao R. nam faz incompativel a testadora, por quanto Dona Catherina nam poz a clausula nos successores de Dona Maria, senam em outra successão, como se vè do testamento, & assim o dito Manoel da Silva sogro do A. era babel, & a quem devia vir o morgado, como filho mais velho, por nam haver filha, senam Religiosa Freyra, que era reprezada na successão destes bens da dita ultima possuidora Dona Felippa, & na representaçã dos filhos do dito Manoel da Silva, prefere a mulher do A. filha mais velha, a quem por morte de seu pay devia vir este morgado, como fica dito, se vivo for; pelo que julgo pertencerem os bens, & fazenda da contenda à mulher do A. exclusos os oppositores, & Reo, ao qual abra mãõ da fazenda, de que se trata, com os fructos da lide contestada em diante, visto ser filho, & macho, & ter razãõ de cuidar poder ter direitõ nestes

bens, & os possuir, & por sentenças, & como filho de seu pay, & ter o direitõ desta causa suas difficuldades, & repariadas as custas em quatro partes, pague o R. huma, & os tres oppositores, cada hum a sua parte das custas dos autos. Funchal 10. de Setembro de 1658. Antonio Freyre Cardoso.

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, Iudices, Pinheiro de Britto, Privado, Doutor Basto.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Ex quinque eruditissimis Patronis, satis calidè, ac nervosè pro clientibus suis armatoruscant, restat videre, quis illa justius induat, & omnibus accuratè rimatis, victoriam pro Actoribus jura proclamant, habita pro vera, & legitima hujus maioratus institutione, quæ legitur à fol. 5. de cujus validitate tantum R. dubitat, eo fundamento, quod originalis non præsentatur, sed tantum exemplum exempli, quibus nulla adhibetur fides, juxta jura in L. 2. ff. de fid. instr. L. fin. ff. quemad. test. aperiantur: tradunt Mascard. concl. 711. num. 1. Essecac. de jud. lib. 2. cap. 11. num. 193. & in terminis probatissimis maioratus Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. à num. 44. Larr. 2. tom. decis. 54. à num. 14. Verum hæc regula limitari solet, quando exemplum scriptum cernitur ab eodem notario, qui originale confecit instrumentum, ut per text. in cap. cum publicus tabelio de fid. instr. resolvunt Cov. pract. cap. 2. num. 2. optime Mascard. dict. conclus. 711. num. 9. 35. & 38. Menoch. conf. 175. num. 29. Surd. conf. 137. num. 109. Cyriac. contr. 204. num. 69. Cald. de empt. cap. 35. num. 18. & 20. qui omnes loquuntur in specie exempli institutionis maioratus, ultra Ord. nostram lib. 3. tit. 60. in princ. unde cum exemplum dictæ institutionis transumptum inveniat ab eodem tabellione Antonio Lopes Gibra Leão, ut fol. 6. vers. 8. & 10. vers. bene constat fide non carere.

Iuvat, quod hujusmodi testamentum, seu institutio facta fuit, & approbata anno 1574. ut fol. 3. vers. & codicillus, in quo iterum approbatur, factus, & approbatus cernitur sequenti anno de 1575. ut fol. 7. vers. & eodem anno, etiam dictum exemplum ab eodem tabellione, qui originale approbavit, cernitur, ut fol. 8. vers. elapsis jam octoginta annis, & in antiquis præsumitur exemplificatum fuisse, omni adhibita solemnitate necessaria, ut per Menoch. lib. 2. pres. 80. n. 2. Cov. pract. cap. 21. num. 7. Mascard. dict. concl. 711. num. 41. Castilh. contr. jur. lib. 2. cap. 16.

16. num. 56. *Cyriac. contr.* 204. num. 67. *Valens. conf.* 100. num. 36. deinde facit usus, & observantia dicti exempli, & institutionis ab eo tempore usque in præsens, ut pro vera, & legitima habeatur; prout in eadem specie institutionis maioratus tradunt *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 49.* *Genoa de priv. script. lib. 1. q. 16. num. 37.* *Paz de tenuta part. 1. cap. 26. num. 17.* *Men. conf.* 924. num. 33. *Pareja de univers. instrum. edit. tom. 1. lib. 1. tit. 3. resol. 3. num. 48.* Plane huiusmodi actus, usus, & antiquæ observantiæ dicti exempli, & institutionis late recensentur in doctissimis perorationibus fol. 343. vers. à num. 36. cum seqq. & fol. 403. ex quibus, & ex alijs diligentijs factis à circumspetto Iudice pro dicti exempli justificatione, de quibus fol. 324. vers. 48. & fol. 108. per sententiam Senatus approbatis fol. 124. merito de validitate illius dubitari nequit.

Hoc supposito, verba illius referam, ex quibus hæc regitur dispositio: *E a dita minha irmã em sua vida, logrará, & possuirá a dita minha fazenda com o dito encargo, & poderá nomear em sua vida hum filho, ou filha, qual ella mais quizer, para depois de seu falecimento herdar a dita minha fazenda com o dito encargo para sempre, & por falecimento do filho, ou filha da dita minha irmã, que ella nomear em herdeiro de minha fazenda, ficará à filha mais velha do que ella nomear, & nam tendo filha, ficará ao filho mais velho; com tanto, que nam sejaõ Frades, nem Freyras os herdeiros, & possuidores desta minha fazenda, aqui, & ao diante nomeados, & dahi por linha direita em seus successores sempre, & na filha mais velha, & nam tendo filha, no filho mais velho, sempre com o dito encargo, & condiçoens, &c.* Ex quibus duplex oritur expressa vocatio Actricis: prima, dum ejus pater Emmanuel da Silva, primogenitus Dominæ Philippæ filix nominatæ sororis instituentis, vocatæ ad successione huius maioratus cum facultate illam nominandi, certitur vocatus in illis verbis ibi: *E nam tendo filha, ficará ao filho mais velho;* quia sub hac vocatione filij maioris, seu primogeniti, etiam nepotes comprehenduntur, & omnes filij primogeniti descendentes ab eo expressè vocati intelliguntur, ut per *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 6. num. 10. & 29.* ibi: *Sub vocatione namque primogeniti, non solum filius primogenitus, sed nepos, & omnes primogeniti ex eo descendentes in perpetuum, tam ex linea descendenti, quam ex linea transversalium vocati intelliguntur.* Tradunt *Gutier. pract. q. 67. num. 20.* *Menoch. conf.* 172. num. 34. lib. 2. *Peregrin. de fideicommiss. art. 27.*

num. 11. *Robles de repres. lib. 2. cap. 30. num. 41.* *Castilb. lib. 3. contr. cap. 15. num. 167. cum seqq.* *Cald. conc. 15. num. 10. & 17.* Quin obstet, præmortuum fuisse in vita matris nominatæ Dominæ Philippæ; quia verbum primum natus fuit, statim primogenituram irrevocabiliter acquisivit in succedendo propter illam, ut per eundem *Mol. dict. lib. 3. cap. 6. num. 37.* *Menoch. conf.* 106. à num. 1. cum seqq. *Reynof. obs.* 24. n. 20.

Secunda oritur vocatio A. ex propria persona in illis verbis ibi: *E dahi por linha direita em seus successores, sempre na filha mais velha,* quæ quidem est ipsa Actrix, ut per testes fol. 101. & fol. 105. vers. cum seqq. Plane certissimum est in materia successione maioratum, primum locum obtinere illum, qui pro se habet institutoris vocationem, etiam si ab alijs in gradu proximitatis, sexu, vel ætate præferatur, ut per text. in *L. cum ita §. in fideicommiss. ff. de leg. 2.* resolvunt *Menoch. conf.* 325. num. 3. lib. 2. *Surd. conf.* 125. num. 16. *Mant. de conject. lib. 2. tit. fin. num. 18.* *Molin. lib. 1. cap. 4. num. 33.* *Castilb. lib. 5. contr. cap. 93. num. 17.* *Larr. decis.* 33. num. 42. *Valens. conf.* 23. num. 127. *Val. conf.* 139. num. 9. *Gam. decis.* 160. num. 3. ibi: *Cum enim habemus aliquem de vocatis à testatore, non pervenimus ad alios de familia, nisi in defectum vocatorum, etiam si alij non vocati sint proximiores, &c.*

Præfertur etiam Actrix ob prærogativam melioris lineæ: certissimum etiam est in jure, quod inter quatuor qualitates, quæ præstat jus succedendi in maioratus, linea primum occupat locum, ut per *Marin. in tract. de feud. tit. de feud. hered. antiquo num. 12.* ubi ait ratione præcedentiæ, quam inter se habent hæ qualitates, non attenditur gradus proximitatis, nisi in eadem linea, neque sexus, nisi in eodem gradu, neque ætas, nisi in eodem sexu: prosequuntur *Mol. lib. 3. cap. 4. num. 13. & 14.* *Pont. de potest. proreg. tit. 9. num. 42.* *Giurb. de feud. cap. 118. §. 2. gloss. 6. num. 59.* *Cassan. conf.* 38. num. 114. *Castilb. lib. 7. contr. cap. 93. num. 8.* Deinde certissimum est etiam in jure, quod non solum possessor maioratus suam constituit lineam, quæ vocatur possessoris, in qua includuntur omnes, qui ex ea descendunt, sed quod etiam inter filios ipsius possessoris, quilibet suam lineam constituit, quarum prima est filij primogeniti, secunda filij secundo geniti, & sic de cæteris filijs. Tradunt *Molin. lib. 3. cap. 6. num. 31.* *Mier. de maiorat. p. 2. q. 6. num. 70.* *Larr. decis.* 33. *Valens. conf.* 97. num. 13. *Castilb. dict. lib. 5. cap. 93. n. 8.* *Peregrin. conf.* 1. num. 13. & 15. lib. 1. *Robl.*

de repres. lib. 3. cap. 4. à num. 6. Reynos. observ. 23. à num. 2. cum seqq. qui specialem hanc probant resolutionem per decisionem text. in cap. licet de voto. Unde oritur, quod dum superest aliquis de linea primogeniti, nullus admittitur ex secunda, neque tertiæ, dum aliquis superest ex secunda, ad similitudinem successorij adducti, de quo in L. 1. §. videndum ff. success. adictio. Cum similibus docent Mantio. de conject. lib. 8. tit. 18. num. 19. Alex. Raudens. conf. 26. num. 11. & 16. vol. 1. Mier. p. 2. q. 7. num. 42. Valens. conf. 69. num. 19. Castilb. lib. 3. cap. 19. num. 307. Gam. decis. 355. num. 10. Pereir. decis. 59. n. 5. Ex quibus jam patet Actricem duplicem habere prærogativam melioris lineæ; prima, dum est in linea ultima possessoris Dominæ Philippæ, cujus est neptis; secunda, dum est in linea primogeniti Emmanuelis da Silva, cujus est filia senior, & hæc sufficiebant ad exclusionem oppositoris Georgij Mialheiro, licet sit in eadem linea possessoris, & ejus filius secundus, & proximior in gradu, quia hic non attenditur, nisi in eadem linea, ut ostendimus; deinde sufficiebat ad exclusionem aliorum oppositorum Dominæ Annæ de Aguiar, & Dominæ Ignatiæ de Castello Branco; quia neque sunt in linea ultimorum possessorum, nec ab ea descendunt, & respectu illius sunt transversales, ut fol. 67. vers. & fol. 69. vers. & 70.

203 Præfertur etiam Actrix ob beneficium representationis sibi competens à jure; hoc namque tribuit, ut filius representet patrem quoad gradum, & jura ei competentia, & consequenter præferatur illis, quibus præferendus esset, si viveret; Auth. de hæred. ab test. venient. §. vel si igitur o secundo vers. unde consequitur collatione 9. nam ubi primum filius maior, seu primogenitus natus est, statim posteris suis sibi tam forma, quam certa specie jus primogenituræ occupavit, ut permatura mors ejus filijs non absit, quominus illius locum, & gradum retineat, ut late comprobant Menoch. conf. 221. num. 98. lib. 3. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 6. num. 37. Gam. decis. 306. num. 11. Reyn. observ. 23. à num. 1. & bene colligitur ex Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. per quam apud nos resolutam videmus illam difficilem quæstionem patris, & nepotis, in quo tot erant contrariæ opiniones, licet etiam de jure communi receptor esset, & jure consuetudinario totius fere orbis approbata, quæ nepoti favebat, ut per Cov. pract. cap. 38. num. 6. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 1. Mier. de maiorat. p. 2. q. 4. à n. 1. Surd. conf. 372. num. 12. Peregr. de fideicommiss. art. 21. num. 5. Castilb. contr. lib. 3.

cap. 19. num. 104. Cancer. var. lib. 3. cap. 21. num. 249. Qua attenda veritate, jam non est locus illi quæstioni, an si in institutione maioratus vocetur filius senior possessoris, & ipse decedat in vita patris sui, vel possessoris maioratus, nepos ex illo filio seniori, licet minor ætate, debebat in maioratu succedere, vel à patruo præferri, in quo verè reperiebatur illa qualitas senioris, quia pro nepote deciditur ab ea dicta Ordinatione, & quod prædicta clausula non obstante, sit locus in representatione; quod etiam in specie in simili lege part. probaverunt Cov. pract. q. 38. num. 7. Molin. lib. 3. cap. 8. num. 19. Castilb. lib. 3. cap. 19. num. 344. Pereir. decis. 116. n. 3. in princ. Reyn. observ. 24. num. 15. ac proinde cessant quæ pro patruo oppositore Georgio Mialheiro doctissime adducuntur per bene eruditum ejus Patronum à fol. 337. cum seqq. & maxime; quia in dicta institutione non vocatur filius maior, qui tempore mortis possessoris vivus reperiretur juxta L. cum pater §. hæreditatem ff. de legat. 1. ibi: Qui eo tempore vixerit juxta terminis, de quibus idem Pereir. dict. decis. 116. n. 3. vers. in secundo casu, sed tantum filius senior, ut ibi: E nam tendo filha, ficão ao filho mais velho; & iterum ibi: E nam tendo filha, no filho mais velho, sempre com o dito encargo; & tandem cum Actrix simul vocata fuisset ad hanc successionem, cum ipso primogenito patre suo, & eandem cum eo haberet expressam vocationem, ut supra ostendimus, semper præferri debebat alijs filijs possessoris patris suis; in his enim terminis omnes concludunt indubitabilem esse justitiam nepotis filij, filij senioris præmortui contra patruum, ut per Costam successionem Regni p. 2. num. 20. vers. 40. Gam. decis. 160. num. 3. Reyn. obs. 24. à num. 3. cum seqq.

Deinde, neque etiam obstant cætera ob- 204 jecta ab eodem Georgio Mialheiro; licet enim asserat nominatum fuisse ad successionem hujus maioratus ab ultima possatrice Domina Philippa matre sua, id fecit absque facultate nominandi, sibi ab instituyente concessa, quæ sorori ipsius primo vocatæ, tantum data reperitur in dicta institutione à fol. 5. & juxta plurimum opinionem, talis facultas extinguatur in persona primo nominati, nec ad successores porrigitur, ut per text. in L. bove §. hoc sermone ff. de verbor. significat. tradunt Molin. lib. 2. cap. 2. num. 28. Surd. decis. 226. num. 6. Castilb. tom. 5. cap. 47. num. 11. Pereir. decis. 21. num. 4. & omnes affirmant, quando instituens post dictam nominationem dedit formam succedendi in dicto maioratu, & alias fecit substitutiones,

tionem, ſeu vocationem, ut in propoſito, ut per *Larr. deciſ. 31. num. 19. Caſtilh. lib. 5. cap. 87. n. 31.*

105 Inſuper non obſtat illa alia poſſeſſio ejuſdem oppoſitoris Georgij Mialheiro, nempe ultimam poſſeſſorem Dominam Philippam incapacem fuiſſe ejus maioratus propter incompatibilitatem, quam habebat cum alio maioratu dos Moraes ab ea poſſeſſo, juxta dictam institutionem ibi: *Ao herdeiro mais chegado da dita minha irmã Dona Maria, & nam ſerá o que poſſuir o morgado dos Moraes, &c.* ac per conſequens filium ejus primogenitum Emmanuelem da Silva, & ejus descendentes; ſiquidem excluſa radice, cēſentur excluſi omnes qui ex ea procedunt, ut per *Caſtilh. controu. tom. 6. cap. 187. num. 10. Larr. alleg. 51. à num. 12.* ac proinde diſiſionem horum maioratum fieri debere in filio ſecundo Dominæ Philippæ, non in nepote filio filij primogeniti: hæc tamen aſſertio parvi pendet; quia inſpectis verbis dictæ institutionis ibi: *E faltando herdeiro descendente da dita minha sobrinha Dona Isabel, quero que torne ao herdeiro mais chegado da dita minha irmã Dona Maria, & nam ſerá o que poſſuir o morgado dos Moraes, &c.* clare cernitur clauſulam incompatibilitatis appoſitam tantum fuiſſe hæredi dictæ Dominæ Mariæ in hac ſubſtitutione vocato, & minime extendi debet ad vocationes, & ſubſtitutiones antecedentes, quibus minime appoſita videtur, ex text. in *L. quæ conditio 39. ff. de condit. & demonſtr. reſolvunt Caſtilh. lib. 2. contr. cap. 4. num. 43. & 44. Menoch. lib. 4. præſ. 178. n. 19.* Neque in ultima appoſita præſumi debet: repetita in primis vocationibus. *Ex Leg. quoties Cod. de fideicommiſſ. tradit Maſcard. concl. 1267. num. 27.* Neque gravamen poſitum in primo gradu institutionis repetitum cenſetur in ſecundo gradu ſubſtitutionis, ut per *Mieres de maiorat. p. 2. q. 4. illat. 8. num. 221. Caſtilh. in terminis incompatibilitatis lib. 6. cap. 141. num. 12.* Deinde reſtat, quod ſi clauſula incompatibilitatis appoſita fuiſſet in præſenti vocatione, adhuc non obſtaret Aſtrici; quia dicta Dominæ Philippa quando fuit nominata ad hanc ſucceſſionem, non poſſidebat alium maioratum dos Moraes, in quo erat incompatibilitas, ſed per quadraginta annos elapſos in eo ſucceſſit per obitum fratris ſui Franciſci de Moraes, ut per teſtes fol. 116. & fol. 123. cum ſeqq. unde cum dicta Dominæ Philippa tempore habili legitime ſucceſſiſſet in hoc maioratu, illum perdere non poterat, licet alius de novo ei poſtea ſuper-veniſſet reſolvunt *Molin. lib. 3. cap. 4. n. 14.*

*Valenſ. conſ. 63. num. 112. Caſtilh. lib. 3. contr. cap. 15. num. 52. Gam. deciſ. 27. num. 7. Percir. deciſ. 19. num. 1.* deinde Emmanuel da Silva ejus filius maior, ſeu primogenitus, obiit 13. die menſis Januarij, anno 1634. ut fol. 127. quin adhuc Dominæ Philippa ejus mater poſſediſſet dictam maioratum dos Moraes, quia adhuc erat in humanis dictus Franciſcus de Moraes illius poſſeſſor, ut fol. 127. ac proinde licet pater Aſtriciſ lineam primogeniti conſtituiſſet in ipſius favorem ad ſucceſſionem ejus maioratus, de quo agitur, non verò lineam conſtituit ad ſucceſſionem maioratus dos Moraes, cujus ejus mater tempore, quo ipſe deceſſit, adhuc poſſeſſor non erat, neque reſpectu illius unquam jus primogenituræ occupavit: linea vero, vel conſtituitur actualis per eum, qui ſucceſſionem occupavit, vel habitualis, per eum, qui in ſpe pri-um locum ſucceſſionis occupavit, ut per *Molin. lib. 3. cap. 6. num. 36. & 37. Caſtilh. controu. tom. 6. cap. 178. n. 18. Larr. deciſ. 51. à num. 24.* Tandem ab Aſtriciſ ſucceſſorem non eſſe maioratus dos Moraes, ac proinde nullam habere prohibitionem ſuccedendi in hoc maioratu; nec potentia ſuccedendi in ejus patre, ſi viveret, ei officere poterat, cum in eo ſuccedat ex propria perſona, & ex propria vocatione, ut ostendimus, quo in caſu inhabilitas patris, ſiqua eſſet, ei præjudicare nequibat, ut per *Molin. lib. 3. cap. 5. num. 42. Larr. deciſ. 34. n. 60. Valenſ. conſ. 97. num. 131. Cyriac. controu. 206. num. 42. Caſtilh. lib. 3. cap. 15. num. 20. Percir. deciſ. 8. n. 9.*

Similiter non probant objecta ab oppoſi-  
tore Dominæ Mariæ, filia ejuſdem Georgij  
Mialheiro, nempe præcedere debere Aſtri-  
ci, quia etiam eſt neptis ultimæ poſſeſſoris  
Dominæ Philippæ, & maior ætate, ac pro-  
inde, cum ſint æquales in gradu, & ſexu,  
præferri debere ob qualitatem ſenioris jux-  
ta ſupradicta, & maxime, quia inſtituens vo-  
cavit ad hujusmodi ſucceſſionem filiam ſe-  
niorem, & non eſt novum, quod appellatio-  
ne filiaſ ſenioris, & in ejus defectum veniat  
neptis, in qua verificatur eadem qualitas ſe-  
nioris, ut per *Cyriac. controu. 174. num. 26. Altiograd. conſ. 49. num. 5. tom. 2.* reſtat enim  
Aſtriciſ habere vocationem expreſſam in  
illis clauſulis ibi: *E dahi por linha directa  
em ſeus ſucceſſores, ſempre na filha mais ve-  
lha,* quæ quidem eſt ipſa Aſtrix filia dicti  
Emmanuelis da Silva primogeniti ultimæ  
poſſeſſoris, in quo tantum linea recte conſti-  
tuitur, non verò filij ſecundo geniti, neque  
ejus descendentes, ut eruditè declarant *Mier.  
de maiorat. p. 2. q. 60. num. 69. Menoch. ſucceſſ.  
676. n. 3.*

*creat. lib. 3. p. 1. §. 27. num. 2. Cald. conf. 15. num. 17. ibi: Sed ex ipso primogenito, qui gradatim procreatur, tantummodo constituitur, ut inter filios, nepotes, pronepotes, ac ceteros descendentes primogenitus tantum lineam rectam efficiat, & successivè admittatur; cum igitur vocatio sit filij primogeniti, & ejus filie senioris, parum interest, quod filia dicti Georgij sit senior Actrici, cum nec habeat vocationem, nec sit in eadem linea, ut ostendimus rursus. Non obstant objecta ab alijs oppositoribus Domina Anna de Aguiar, & Domina Ignatia de Castello Branco; quia jus suum omnino nititur in incapacitate, & inhabilitate, quã supponunt habere dictam Dominam Philippam ad hunc maioratum, ob successionem in maioratu dos Moraes, proponitur incompatibilitatem realem, quam inter eos habere existimabant, ac proinde respectu ejus successionis Dominam Philippam non solum se ipsam privare hoc maioratu, sed omnes suos descendentes; verum etiam quam erronea, & incivilis sit hæc suppositio, late supra ostendimus in versicul. insuper non obstat, ubi probavimus dictam incompatibilitatem realem non esse, nec clausulam illius comprehendere vocationes, de quibus agimus; & in vers. deinde, ubi etiam ostendimus Dominam Philippam multo prius successisse in hoc maioratu, & post quadraginta annos possessionis illius, tunc successisse in maioratu dos Moraes; ac proinde illi non obesset dicta successio posterior, nec suis descendentes, cum legitime in hoc jurgio, & in tempore habili successisset, & illis lineam possessoris constituisset, à qua in aliam lineam transitum facere non potest, ut per Mier. de maiorat. p. 2. q. 4. illat. 8. n. 312. cum seqq. Castilb. lib. 3. cap. 15. num. 52.*

207 Tandem non obstant objecta à Reo Ignatio da Camera Leme, qui totus nititur defensus de justitia sua, in enervanda fide dictæ institutionis; verum illam Civilem, & legitimam esse probamus in vers. ex quinque, & illius validitate supposita, clare cernitur, quod licet sit in eadem linea, & gradu cum Actrice sorore sua, tamen ab ea præfertur ob qualitatem sexus, cui instituens in hoc maioratu prælationem tribuit, quod de jure valide fieri poterat, ut per Pereir. discept. 5. à num. 1. & plures refert, & bene colligitur ex Ord. lib. 4. tit. 100. §. 13.

208 Restituat igitur R. AA. bona ejus maioratus cum fructibus à lite contestata tantum; non enim verbo est jus dubium: datur mala fides formalis plane R. ob defectum propriæ institutionis, & præsentationem exempli

transcripti ex alio, & ob qualitatem cum A. in eadem linea, & gradu, ob virilem sexum, qui regulariter solet fæmineum præcedere in maioratibus justo juris onere; poterat credere ad eum hunc maioratum spectare, & is bonæ fidei directe possessor, L. bonæ fidei ff. acquirend. rer. dom. ut per Cov. lib. 1. var. cap. 3. num. 8. Menoch. recup. rem. 15. n. 6. Sord. conf. 115. n. 7. & 8. Refert judicatum Phab. in simili maioratu decis. 133. à num. 37. cum seqq. & ut talis poterat facere fructus suos, sic in omnibus sententia confirmata. Lisboa 28. de Fevereiro de 1660. Pinheiro de Britto.

Supposita institutricis hujus maioratus institutione, quam fideliter transcripsit amantissimus Dominus, in suo admodum docto præcedentis suffragio, in versiculo, hæc supposito, verba illius referam.

Certi juris est, quod factis pluribus gradibus substitutionum, ille primo succedit, quem testator primo loco vocavit, L. cum in §. in fideicommiss. juncta regula verbo nominato ff. de legatis secund. L. cum pater §. a peto eod. tit. Ord. in 4. tit. 100. §. 3. Bart. expresse in dict. §. in fideicommiss. num. 1. & 2. ubi etiam Paul. num. 4. Molin. lib. 1. de primogen. cap. 4. num. 33. Palaes de maioratib. 2. p. in initio num. 4. Cov. pract. cap. 38. n. 6. Fusar. de substitut. q. 359. num. 2. Castilb. lib. 5. contrav. cap. 93. num. 17. Mant. de conjest. lib. 2. tit. fin. num. 18. Valasc. consult. 139. num. 10. Phab. 1. p. decis. 38. num. 5. sed sic est, quod Actrix Ioanna, ut Philippæ neptis, & Emmanuelis filia, habet vocationem primam; ergo ex supra allegato jure ceteris præferenda est, quin obstat, quod Emmanuel Actricis Ioannæ pater nunquam occupavit possessionem maioratus istius, ex eo quod mortuus est, vivente adhuc ipsius matre Philippa, maioratumque possidente, quo casu inquirunt Patroni docti, dictum Emmanuelem non posse transmittere jus succedendi in familiam Actricis; quia responditur cum docto Reynos. observ. 23. num. 3. quod ubi primum filius primogenitus (qualis est Emmanuel) natus est, statim sibi, & posteris jus primogenituræ veluti occupatrice quadam vindicat tam firma, & certa spe, ut permatura mors patris filijs non obstat, quominus illius locum, & gradum retineant. Comprobet Menoch. conf. 211. num. 98. lib. 3. Molin. de primogen lib. 3. cap. 6. num. 37. Senator Gam. decis. 306. n. 11. & seqq.

Confirmetur etiam prædicta resolutio; quoniam, ut tradit Barth. recept. in L. is possit num. 8. ff. de acquirend. hered. in filio ipsa filiatio est quid separatum à jure successionis, quod

quod filio competit in bonis ad patrem per-  
tinentibus: ita ut licet filiatio morte filij ex-  
tinguatur, ſuperest tamen jus, ſive poten-  
tia ſuccedendi gradui, in quo erat pater co-  
hærens, & ob id filius ſuccedendo in gra-  
dum patris, jus in eo inventum occupat,  
idemque privilegium habet, quod patri vi-  
vo competeat, nam notabiliter ait *Bald. in*  
*L. 1. num. 7. Cod. de ſecund. nuptiis*, per mor-  
tem filij non corrumpitur ejus gradus, ſed  
repræſentatur.

Tandem, licet in ſucceſſoribus ordinatio-  
nis aſcendentium omnes filij cenſeantur eſ-  
ſe in primo gradu deſcendentium, *L. 1. §. 1.*  
*gradu ff. de gradibus L. 1. §. legitime ff. de ſuis,*  
*& legis. hæredib.* tamen in bonis maioratus,  
quæ uni tantum applicanda ſunt, non idem  
obſervatur, imo ſi plures ſint fratres, quaſi  
non ſint in eodem gradu, diverſos gradus,  
& lineas ſubalternativas conſtituunt reſpe-  
ctu ſucceſſoris maioratus; nam primogeni-  
tus primam lineam, ſive gradum conſtituit:  
ſecundo genitus, ſecundam, & tertio genitus,  
tertiam, ita ut prædicti fratres quoad ſuc-  
ceſſionem maioratus videantur redacti ad  
tria illa capita, quæ Prætor in ſucceſſioni-  
bus conſtituit ſibi libere agnatoribus, & cog-  
natoribus, *L. 1. ff. ſi tabula teſt. nul. extra.*

Et quemadmodum in prædictis capitibus  
non eſt locus conſtitutioni in ſecundo capi-  
te, quando ſuperest aliquis de primo capi-  
te, neque conſtitutis in tertio capite, quan-  
diu ſuperest aliquis de ſecundo capite, *L. 1.*  
*§. quibus ff. de ſucceſſ. ædit. §. placebat inſt. de*  
*leg. agn. ſucceſſ.* pariter, & in ſucceſſione ma-  
ioratum, quando reperitur aliquis, qui ſit  
de linea primogeniti, non admittuntur qui  
ſint de linea ſecundo geniti. Ita eſt intelli-  
gendus *text. in cap. 1. §. ultim. de natur. ſuc-  
ceſſ. in feud. Paul. Caſtrenſ. conſ. 164. num. 3.*  
*lib. 2. Afflictiſ in cap. 1. num. 27. de ſucceſ-  
ſione feud. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 4. n.*  
*14. & cap. 6. num. 29. Cov. practicar. cap. ul-  
tim. num. 6. & 12. Menoch. conſ. 205. num. 19.*  
*lib. 3. Peregrin. de jur. ſc. lib. 1. cap. 2. n. 52.*  
Ex quibus, & in alijs dictis à ſapientiffimo  
Domino, & in omnibus bonum Judicem cõ-  
firmo. Lisboa 1. de Mayo 1660. Privado.

Post fortunatiſſimam, & omnibus nume-  
ris abſolutam deliberationem primi Domi-  
ni, quam feliciter, ea, qua ſolet, eruditione  
proſequutus fuit ſecundus, quid mihi dicẽ-  
dum ſuperest? Vereor ſane in illud *Virgilia-  
num* incidere:

*Eheu quid volui miſero mihi, floribus Auſtrũ,  
Perditus & liquidis immiſi fontibus apras.*

Ne tamen litigantium querelis aditus pa-  
teat, à quorum mortibus nihil eſt immune,  
ſemper enim ſatagunt nos carpere leviffima  
quandoque occasione inventa, pauca licet in  
medium proferre, ut injuncto muneri, quod  
abjicere nefas eſt, ſatiſfiat.

Maioratus à fideicõmiſſis originem tra-  
xerunt, & eorũ ſucceſſiones debent regulari  
normis [ paucis exceptis] nihil enim eſt ma-  
ioratus, quam fideicõmiſſum relictum ab una  
perſona, ut indiviſibiliter poſſideatur. *Mo-  
lin. de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 7.* Ideo de fi-  
deicõmiſſis ad maioratus recte ſumitur ar-  
gumentum. *Cald. quaſt. forenſ. q. 19. n. 19.*  
ex quibus *Palaeſ 1. p. q. 1. num. 7. Sard. conſ.*  
*403. tit. 3. & 4. Valaſc. de jure emphyt. q. 50.*  
*num. 29.* Cum ergo extra controverſiam ſit,  
quod de jure Civili in fideicõmiſſis quoad  
ſucceſſionem primo inſpiciatur vocatio, &  
poſt illam loquatur cæteræ qualitates lineæ,  
gradus, ſexus, & ætatis ex *text. impreſſ. in L.*  
*cum ita §. in fideicõmiſſ. ff. legat. 2.* & oſten-  
dit ſapientiffimus primus Dominus in §. 4.  
*ſecunda oritur vocatio:* recte ſequitur, quod  
cum Actrix expreſſam pro ſe habeat institu-  
tricis voluntatem, & vocationem, de qua fol.  
5. præferenda eſt, præcipue, quia cum ma-  
ioratus proponatur inſtitutus per ſæminam,  
non cenſebatur Actrix excluſa, imo admis-  
ſa, etiam extantibus masculis, quin daretur  
expreſſa vocatio; *Molin. de primogen. lib. 3.*  
*cap. 5. num. 73. verſ. decima ſexta Tira-  
quel. de primogen. q. 10. num. 27. Reyn. obſerv.*  
*33. num. 15.* ex illa ratione, quia cenſetur  
diligere ſexum ſuum, & non ſpernere qua-  
litatem, quam in ſe habet per *text. in L. in*  
*arenam Cod. de inofficioſ. teſtam.* Tradit *Me-  
noch. lib. 4. præſumpt. 78. num. 34. Menchac.*  
*de ultim. volunt. tom. 1. de ſucceſſ. creat. §. 30.*  
*num. 172. Pereir. à Caſtr. deciſ. 14. præcipue*  
*num. 3. Phæb. 1. p. deciſ. 97. num. 7.* Nec quid-  
quam Actrici officere poteſt allegatio obje-  
cta de facultate nominandi, conceſſa primæ  
vocatæ inſtitutricis ſorori. Nam licet inter  
Noſtrates magna ſit controverſia, & quæ-  
ſtio ſatis agitata, an facultas eligendi conceſ-  
ſa primo vocato extendatur ad ſequentes  
ſucceſſores, & cenſeatur repetita, quod du-  
bium adeo Noſtrates, quorum diu torſit in-  
genia, vexari, ut in contrarias ſententias in  
inclito Senatũ noſtro itum ſit, ut videre eſt  
per noſtros Senatores, *Cabed. 1. p. deciſ. 143.*  
*Pereir. à Caſtr. deciſ. 21. & omiſi,* quæ hinc  
inde dicta ſunt; jam noſtris temporibus in-  
crebuit opinio, ſecundũ quam poteſtas nomi-  
nandi, primo vocato conceſſa, non progredi-  
tur ulterius, neque egreditur perſona, cui  
conceſſa eſt, quamvis contrarium teneat in-  
ſignis

signis *Gam. decis. 206. num. 9.* Quod de plano procedit, si post primam vocationem, facultatem, & concessam primo vocato, factæ reperiantur aliæ vocationes, & dispositiones, quæ liberæ facultati nominandi adversentur, tenent Doctores citati à primo domino in §. *deinde.* Nec etiam me latet posse dari maiorum electionis in perpetuū; *Molin. de just. tom. 3. disput. 592. Phæb. 2. p. dec. 109.* quia non comittitur dispositio testamentaria voluntati alterius de præsentis, quod jura nostra vetant in *L. illa institutio cum similibus ff. de heredibus instituendis;* sed solum electio personæ in futurum. *Castilh. lib. 2. quotid. cap. 6. num. 52. & 53. Pellaes 1. p. q. 48. num. 3. Surd. conf. 380. n. 26. Peregr. de fideicom. art. 33. à num. 52.* In dubio tamen non est intelligenda facultas libera ad omnes successores, sed restricta ad personam illius jure concessa est, ut paucis abhinc mensibus non semel iudicatum vidi in Senatu nostro, & si iudicij mei exigui aliqua habenda est ratio, ita mihi suffragium præstando placuit. Quare Georgium nominatum actione carere autumo.

217 Facit insuper ad favorem Actricis, quod cum sit filia primogeniti Emmanuelis, qui quidem filius erat Philippæ possessoris, ad hoc ut possit excludi à successione [supposito quod per institutorē non excluditur] opus erat expressa dispositione instituentis ex duplici capite; primo, quia cum hoc jus primogenituræ, scilicet privilegiū, & prærogativa, quæ in corpore juris invenitur clausa, opus est contraria voluntate exponentis, ut exclusa censeatur. *Gonsal. regul. 8. cancel. gloss. 36. num. 34. Giurb. decis. 61. n. 3. Phæb. decis. 32. num. 7. Castilh. lib. 3. cap. 17. num. 284.* Secundo, quia cum Actrix habeat regulam, pro se in hac materia dicitur fundatam intentionem habere. *Sanch. in decalog. lib. 1. cap. 10. num. 34. Pinel. L. 3. num. 27. Cod. bon. matern. Guter. pract. lib. 3. q. 4. num. 13. Molin. lib. 4. cap. 11. num. 31.* Ad cætera, quæ adversus Actricem obijciuntur, fit responsio eleganti satis calamo à præcedentibus Dominis meis, quorum placito accedo libenter. Lisboa 14. de Mayo de 1660. Doutor Baſto.

218 No feito de appellação Cível de Dona Ioanna de Brito, & as mais Religiosas do Convento da Conceição da Cidade de Beja, AA. appellantes em primeiro lugar contra Martim Afonso de Sousa, R. appellante em segundo lugar, em que he oppoente Alvaro de Boim Passanha, & sua mulher appellados, Escriptor Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello da A. & contrariedade do R. & opposição dos oppoentes, & os mais artigos, que lhe foram recebidos, & prova a tudo dada, papeis, & documentos: Se mostra pela A. que Francisco Domingues de Beja no anno de 1415. fez além de outros morgados hum, a que vinculou as herdades do Freixo, & Atougua, sitos no termo desta Cidade, & confrontadas nos titulos juntos, & o qual morgado veyo pela geração dos chamados pelo instituidor. Mais se mostra, que pela sentença fol. 30. vers. foi declarado por legitimo successor do dito morgado Martim Afonso de Brito, que o possuio em sua vida, & nelle por sua morte succedeo Francisco de Brito seu filho, & por falecimento deste, seu filho Martim Afonso, & por sua morte veyo à dita successão Francisco de Brito de Andrade seu filho mais velho; & por falecer sem descendentes, veyo a succeder nelle Martim Afonso de Brito, por ser filho de Pero Barreto de Brito, irmão do dito Francisco de Brito de Andrade. Mostraſe outrosim, que o dito Martim Afonso de Brito falecêra sem filhos, nem outros descendentes, com o que conforme a Direito, se difere a dita successão a seu parente mais chegado, que he a A. a Madre, Ioanna de Brito, por ser filha legitima de Pero Barreto de Brito, filho de Alvaro Silveira de Brito, irmão de Martim Afonso de Brito, que ouve a dita sentença fol. 30. todos por linha legitima, & de legitimo matrimonio. Mais se mostra pela A. que Pero Quaresma Barreto dera em dote de casamento com sua filha Britis Barreta a Martim Afonso de Brito a titulo de morgado a herdade chamada da Graciosa, no sitio de Bemraquam, no termo da Villa de Serpa, confrontada na escritura do dote junta, que falecendo succederà na dita herdade Francisco de Brito mais velho, o qual falecêra sem descendentes, com o que viera a successão a Martim Afonso de Brito seu sobrinho, por ser filho de Pero Barreto de Brito, que era irmão do dito Francisco de Brito. Consta outrosim, que o dito Martim Afonso de Brito he falecido sem descendentes, com o que pertende a A. a dita herdade, & successão, por ser a sua herdeira mais chegada, & do sangue do dito Pero Quaresma Barreto; por quanto se mostra, que este teve duas filhas, huma chamada Britis Barreta, que foi a dotada, & a outra Maria Serqueira, que casou com Alvaro Serqueira de Brito, dos quaes nasceo Pero Barreto de Brito, pay da A. & assim lhe pertencem todos os ditos morgados, de que o R. se meteo de posse, nam lhe pertencendo. E o que tudo visto, & o mais dos autos, & como por elles, & pelo articulado pelo R. se mostra, que

que por morte de Martim Afonso, possuidor que foi das herdades da contenda, se unirão por via de transacção feita entre seus filhos, como vinculo de morgado, & que andaria no filho mais velho, & que pelo ser Pero Godins, o possuidor em sua vida, & por sua morte Francisco Domingues seu irmão inteiro; & visto outrossim, como pela sentença fol. 18. consta, que as ditas herdades por serem de morgado de Francisco Domingues de Beja, em cuja pessoa, & linha entrara o dito morgado por morte do dito Pero Godins em sua descendencia, fora sempre continuando, até que Francisco de Brito de Andrade, bisneto do dito Martim Afonso de Brito, o possuidor, & por falecer sem descendentes, entrou a succeder nelle o ultimo possuidor Martim Afonso de Brito, que por falecer, como se prova, sem descendentes, ficou sua linha extinta, com o que de necessidade entra a linha, em que a A. se acha, por ser, como se prova, a parenta em grao mais chegado ao ultimo possuidor, por ser filha de Pero Barreto de Brito, filho de Alvaro da Silveira, o qual era irmão de Martim Afonso de Brito, que houve a sentença fol. 30. de modo, que como por morte do ultimo possuidor, acabou a linha de Martim Afonso de Brito seu avo, & ha de succeder por linha de Alvaro da Silveira seu irmão; por quanto, conforme a Direito, cada hum dos irmãos constitue per sy linha; & ainda que o dito Alvaro da Silveira nam succedesse no dito morgado, por Martim Afonso de Brito seu irmão ter filhos, com tudo, para que a A. sua neta haja de succeder, basta que o dito seu avo tivesse capacidade in potentia, para succeder no dito morgado, quando se offerecesse lugar, & tambem visto como pela dita sentença se determinou, que o dito morgado andasse separado dos mais morgados de Francisco Domingues de Beja; por quanto já naquelle tempo consistiu fora possuido dividido, & separado dos mais, pelos antecessores de Martim Afonso de Brito, & além do julgado, & longo discurso de annos, que tem posse, do que segundo se vé pelos autos, são muito mais de cem annos, & basta para induzir a tal separação, & forma diversa de succeder, & pelo que alfim pela sentença, como pelo discurso dos annos, está o dito morgado perpetuado na geração, de que descende o A. como se prova bastantemente, & della nam pôde sabir, nem fazer salto para a do R. por quanto ainda que constasse ser do sangue do instituidor, & parente do ultimo possuidor, isso lhe nam basta, pois nam mostra, que seja da linha, que está a caber, & succedão, & sem ser della, senam deve atender ao grao em que se acha, como pela sentença fol.

20. vers. & tambem excluido do dito morgado na pessoa de Ioaõ Afonso de Beja, de quem se diz descendente, sem embargo de se defender com os fundamentos do R. & como pela dita sentença ficou Ioaõ Afonso de Beja excluido, tambem o ficou o R. & A. incluida, por ser successora de Martim Afonso de Brito, em cujo favor se deu a dita sentença, ficando por ella habilitado, & toda sua geração, para haver de succeder no dito morgado, em que o R. nam pôde entrar, senam em falta de descendentes do dito Martim Afonso de Brito, ainda que femea seja, & o R. macho, por nam concorrer com ella na mesma linha, & grao, como para a excluir com o dito fundamento, era necessario, mormente constando, que a A. era mais chegada parenta ao ultimo possuidor, que ao R. & nam se mostrando, que as femeas na instituiçam serãõ excluidas, antes no codicillo fol. 15. vers. admitio o instituidor a filha igualmente, como filhos, & sendo bũa vez admitida, o ficou para sempre; & visto outrossim, como a A. he do sangue do instituidor Francisco Domingues de Beja, como se vé pela testemunha Ieronyma da Cruz, que quando jurou tinha oitenta annos, & se confirma pelo theor, & Relatorio da dita sentença fol. 30. pela qual se mostra, que o dito morgado se julgou a Martim Afonso de Brito, pelo direito que lhe dava a mesma instituiçam, o que nam fora, nem sem tal fundamento se tomara, se o dito Martim Afonso não fora descendente do dito instituidor, mormente, dizendo-se na dita sentença, que a herdade da Atouguia, era de morgado de Francisco Domingues, & que pertencia ao A. Martim Afonso de Brito, & outrossim se conjectura, por quanto o instituidor se chama Francisco Domingues, & o pay do A. Martim Afonso se chamava do mesmo nome, & pela semelhança de nome se induz prova neste caso parentesco principalmente, concorrendo o mais provado, & o negocio tam antigo, com o que nam só a A. exclue ao R. de hum, & outro morgado, com maior razão do de Pero Quaresma, de que o R. senam defende, antes se offereceo nestes autos a largalo: mais tambem, exclue a mulher do opoente, porque ainda que seja da mesma linha, & esteja em grao igual com a A. ao ultimo possuidor, & do mesmo sexo; com tudo, a A. exclue, por se provar, como fica visto, que estes morgados estão nos descendentes dos instituidores, & pela representaçam, que tem lugar neste caso, ainda que a A. seja collateral ao ultimo possuidor, pela representaçam o fica excluindo da successão, por representar a seu pay Pero Barreto de Brito, com a qualidade de macho, conforme a mais commua opiniaõ dos



Doutores; porque assim como o dito Pero Barreto pay da A. excluiu a sua irmã Dona Ieronyma, mãy da oppoente, na mesma forma a A. a exclue a ella, ainda que a presira; por quanto esta qualidade se não considera, senão quando ha igualdade na linba, grao, & sexo, & o que aqui não ha, pela A. a preferir no sexo, por representar a seu pay com a dita qualidade de macho; & com o mesmo fundamento a exclue do morgado de Pero Quaresma, & isto sem embargo da A. ser Freyra professa no Convento da Conceição de Beja, por quanto os morgados de que se trata, nam tem qualidade, ou condiçãõ, que delles exclua a A. & a faça incapaz; pelo que condeno ao R. largue à A. as herdades da Atouguia, & do Freixo, do morgado de Francisco Domingues, & o da Graciosa do termo de Serpa do morgado de Pero Quaresma, com os frutos da lide contestada em diante, & pague o R. & oppoente as custas. Beja 1. de Outubro de 1675. Gaspar Correa Tavares.

219 A qua sententia fuit appellatum, & fuit confirmata, Iudices, Doutor Goavea, & Doutor Freyre. Et hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

220 Terribilis est processus iste in facti comprehensione, quod solum per conjecturas percipi potest; quæ in una, & altera parte consideratæ indeliberatam mentem relinquere possunt ad exercendam veritatem, iterum in Senatu causa agitata, admissis licentijis fol. 154. cum seqq. factis novis probationibus, eodem vitio laborare videtur infructuosus labor, plusquam novem annorum, quibus hæc causa ex vi appellationis ad Senatum supremum devoluta, discussa invenitur, ut patet ex distributione fol. 1. facta 26. die Februarij 1667. & extincta domo, processus novus commissus, ut fol. 129. vers. Tertio tandem, extincta secunda domo, ad nostras manus pervenerunt, ut fol. 304. v. documentorum characteres à fol. 4. cum seqq. ob vetustatis, & temporis injuriam, nec legi, nec intelligi poterant: ideo misimus per Senatus decretum dictum fol. 304. vers. in meliorem formam redigere in appendiculis, licet ut ita facillime hic indigestus, ac confusus processus expediri valeat, Spiritus Sanctus illuminet sensus nostros, ut unicuique suum tribuamus.

221 Duo expostulantur per Actricem in libello fol. 1. vers. & seqq. à R. primo loco, usque ad sextum libelli articulum inclusivè: duo terræ jugera do Freixo, & do Alemo de Atouguia, spectantia ad unum ex tribus capellis, sive maioratibus, quos in sua tertia instituit Dominicus Franciscus de Brito, ut

patet ex ejus testamento in appendiculo E; & iterum in his actis fol. 64. vers. fabricato anno 1415. die 9. Aprilis, ut fol. 68. vers. cujus originale reperitur fol. 11. in secunda parte libelli, ab articulo sexto usque ad fin. postulatur à Reo aliud prædium nuncupatum, da Graciosa, pertinens ad dotem, vinculo maioratus, factum à Petro Quaresma, Martino Alfonso de Brito ejus genero, tempore, quo nuptias contraxit cum Beatrice Barreta Petri filia, ut apparet ex instrumento doctali in appendiculo, &c. cujus originale apparet fol. 4. Quod attinet ad primam libelli partem ex testamento fol. 1. in appendiculo E. & ex alijs multis actorum locis ostenditur, Franciscum Domingues de Beja habentem quatuor filios, Ferdinandum, Alfonso, Franciscum, & Leonoram, ex sua tertia, de qua libere disponere poterat, tres instituisse Capellas in formam maioratus, quas incapitavit in personis trium filiorum masculorum, & in suis descendentes, una in Monasterio Divi Francisci hujus Civitatis, altera in Monasterio Sanctæ Claræ Civitatis Iuliæ pacis, tertia tandem, in Sancto Ioanne ejusdem, ut constat in dicto appendiculo E. fol. 1. vers.

Facta bonorum divisione inter quatuor filios, tam suarum legitimarum, quam etiam bonorum tertiæ in tribus Capellis, ut apparet fol. 82. inter bona tertiæ adjudicata, forte venerunt Capellæ duæ Ville, una de Freixo, altera do Alemo de Atouguia, ut patet ex adjudicatione fol. 79. vers. & 80. & 82. vers. petita in libello fol. 2. quas pertinere ad Capellam Sanctæ Claræ, postea declaratum fuit in Senatus sententia fol. 22. vers. in appendiculo F. prolata contra Ioannem Rodriguez de Beja, & Ioannem Alfonso de Beja, tertium, & quartum avum Rei; constat ex eadem sententia prolata anno 1536. fol. 21. vers. & 22. vers. & 24. in appendiculo F. & fatetur Reus fol. 157. in 16. licentia petita.

Quibus suppositis, Actor, & appellatrix, ad obtinendum adversus Reum jus suum, nituntur in memorata sententia in appendiculo F. in qua Actricis descendentes sententiam adversus Rei ascendentes obtinere super eadem materia, de qua agitur, in qua inventuntur exclusi à successione Ioannes Rodriguez de Beja, & Ioannes Alfonso de Beja; à quibus Reus suum jus, & suam descendentiam dirigi ad successorem pertentam, ut ipsemet Reus fatetur in licentia 16. fol. 157.

Plane sententia lata contra possessorem maioratus, cæteris officit ab eo jus habere inten-

intendentibus. *Molin. de primog. p. 2. lib. 4. cap. 8. num. 3. & 4. Fusar. de substitution. q. 622. num. 1. Crespo tom. 1. observ. 22. n. 201. Maldonad. in addictis ad Molin lib. 4. cap. 8. num. 3. fol. mibi 69. Castilb. lib. 5. quotidianarum cap. 157. num. 11. & 12. cum seqq.* maxime, quando sententia est supremi Senatus, & in ea allegatum fuit omne jus, nulla dicta collusione, sive negligentia ex parte Ioannis Rei, & Ioannis Alfonsi, ut ex sententiae serie constat.

124 Nec materia noviter in hac instantia allegata, & recepta in licentijs fol. 154. & insuper sententiae decisioni obstabit; quia Reus allegavit, & nihil probavit, imo contrarium ex actis, & documentis inspicitur, maxime ex sententia, quae jus facit inter partes.

125 Eo, vel maxime, quando sententia prolata fuit transactis iam 140. annis, in quorum spatio successio maioratus continuata fuit in descendantibus Martini Alfonsi, qui eam adeptus fuit in sui, & descendantium favorem, per varios successores, ut latissime probavit Actrix, sive ejus Monasterium fol. 4. vers. usque ad 56. consuetudo succedendi, etiam mutata substitutionis forma, in lucitur ex bono actu, per temporis longissimum, teste *Cabed. 1. p. decis. 121. num. 2. & 3. Valasc. consult. 111. num. 7.* ergo à fortiori per spatium 140. annorum cum sententia; sufficebat namque continua observatio tantorum annorum, etiam absque sententia, ad judicandum jus succedendi. *Surd. conf. 426. num. 44. Cancer. lib. 1. cap. 8. num. 181. Castilb. tom. 5. controuv. cap. 93. §. 7. n. 2. Larr. alleg. fiscal. q. 2. n. 11. & 12.*

126 Nec sententiae vires enervat allegatio R. dicentis, in ea decisum fuisse adversus Ioannem Rodriguez, non in sua persona, sed uxoris Antoniae, descendantis Doctoris Petri Godins, in quo per transactionem inter fratres factam incapitatae fuere Villae contentionis, & maioratus, de quo agitur; modo agit Reus ex persona Ioannis jus successiois dirigi: respondetur namque nihil de jure Ioannis circa hanc Capellam edocuisse Reum, nec est credibile, quod si tunc temporis uxor, & maritus jus succedendi ambo in maioratu habuissent, ex proprijs personis, non deduceretur à Ioanne ratione sui, si stabilis foret, imo ex non allegatione, nec juris praecisa, praesumitur illud non habuisse, quod si haberet, illo uteretur, & sententiae non obediret; cognovit namque jus sibi non esse, ideo solum ex capite uxoris agit, aliter praesumeretur jus suum jactare, quod dicendum non est, juxta *text. in L. cum de in debito 25. vers. qui non solvit ff. de probat.*

Pars II.

*Barb. in L. quae dotis num. 17. ff. solut. marr.* quando praedicto tempore Ioannes Reus poterat facilius de suo jure edocere, & descendantia primi institutoris, & de consanguinitate cum ultimo possessore, quam Reus nunc elapsis postea 140. annis; ideo veritati sententiae adherendo, legitime exclusus fuit Reus à pertensa successione, & condemnatus ad restitutionem praediorum istorum, non solum in prima parte libelli contentorum, sed etiam in secundo, in quo praedio Reus nullum sibi esse jus fatetur, & restituere obtulit fol. 102. nec petitioni contradixit in hac parte in sua contrarietate fol. 29. vers. & fol. 20.

Excluso Reo, tota lis vertitur inter Actricem appellatricem, & oppositorem appellatam, quia ambae conveniunt in facto, nempe esse in eodem gradu respectu ultimi possessoris, & esse de cognatione institutoris; Actores vero esse illius descendentes propugnant, & uterque à Martino Alfonso, qui sententiam adversus Ioannem Rodriguez fuit consequutus, descendere non dubitatur. Quibus permissis,

Ego adherendo formae sententiae fol. 21. & vers. judico esse descendentes primi institutoris, & ita credendum ex uno de tribus filijs descendisse, cum de alia parentela institutoris, nec in institutione, nec in documentis appareat, nisi de illa, quae oriri poterat ex tribus filijs, quare cum in hoc casu locus fiat repraesentationi ex *Ord. lib. 4. tit. 100. in princip.* Actricem meliorem jus habere ratione repraesentationis judico; quia ut ostenditur ex probatione facta ad contrarietatem ad articulos oppositionis, Martinus Alfonsus de Brito, qui successit Francisco Patruo suo, frater erat ex utroque latere Alvari da Silveira, qui Alvarus pater fuit Petri Barreto, & D. Hieronymae; ex illa descendit oppositrix, ex illo Actrix Ioanna, quae licet aetate junior sit, attamen repraesentando personam patris, qui si vivus foret, non est dubium excludere Hieronymam sororem, ac per consequens oppositricem ejus filiam: quod Actrix sit descendens institutoris, colligitur ex dicta sententia fol. 21. & vers. in appendiculo F. ibi: *E quiz, & ordenou, que fosse administradores das ditas Capellas seus filhos, & filhas: & paulo infra: serem sempre possuidas pelos avós, & antecessores do A. como herdades de morgado, &c.* Cum ergo Actrix sit legitime descendens ab illis fratribus, inter quos transactio, de qua fit mentio in dicta sententia fol. 21. celebrata fuit, ut ex actis apparet, & illi erant institutoris descendentes, ut ex eadem sententia

fol. 210. vers. in dicto appenso F. constat, non est dubium locum esse representationi juxta dictam Ordinationem.

229 Eodem modo dicendum est in prædio dotato per instrumentum in appendiculo D. fol. 1. vers. & 2. ex eo, & ex probationibus factis: ab Actrice constat, ut cum super diximus, illam oppositricem esse dotatoris, & illius uxoris descendente, & ultra, in quibus terminis usque in infinitum representatio est admitenda ex dicta Ord. lib. 4. tit. 100. in princip. qua admissa, cum Actrix à masculino descendat, qui si vivus foret, debebat excludere matrem oppositricem, eodem modo Actrix oppositricem excludere debet: ex quibus sententiam doctissimi Iudicis fol. 107. & seq. confirmarem, Auditore meretissimo fol. 127. revocato. Ulyssipone 6. Septembris 1676. Doutor Gouvea.

Cum eo tem convenit Silva & Sousa.

230 Longa disputatione indigebat processus iste; sed tempus deficit, & primus doctissimus Dominus satis explanavit processus dubium, & dissolvit, cui accedo; nam in negotio antiquo, in omnibus credendum est sententiæ in appendice, per quam Actoris avus iudicatus extitit descendens fundatoris, & in hoc puncto talis sententia jus tribuit contra omnes avi Rei descendentes, ut jam jure est comprobatum; & hoc præcipue, quia Reus clare non dicit, quod Actor à fundatore descendat minime: unde in dubio fortius mihi videtur Actricis jus, quod non infringit Reum possidere aliam fundatoris Capellam, cum Actrix valeat esse alterius lineæ successionis Capellæ contentionis.

Et ad opponentem fortius est jus Actricis, cum sit melioris lineæ, & ita præferenda ex Ord. lib. 4. tit. 100. unde sententiam Iudicis sustinerem. Ulyssipone 10. Septembris 1678. Doutor Freyre.

231 No feito da Madre Priorisa, & mais Discretas do Convento de Santa Cruz em seu nome, & da Madre Soror Luiza da Conceição, com Paulo Cabral de Sande, Escrivão Antonio Soares de Siqueira, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello civil das AA. a Madre Priorisa, & mais Religiosas do Convento de Santa Cruz desta Villa, contrariedade da R. Dona Maria da Guerra, & seu tutor Paulo Cabral, inquirição das AA. mais papeis, & documentos juntos: Provasse por parte das AA. que Margarida de Almeida possuirá humas casas na rua de Santo Antonio, & duas courellas de vinha, & olival no sitio da Ermida de Santo André, & outras duas em o caminho, que vai para a dita Ermida,

como Capella que eraõ, que por falecimento da dita Margarida de Almeida ficara à Madre Soror Luiza da Conceição professa no dito Convento, que era filha legitima de Rodrigo de Sande seu filho mais velho, & Gaspar Reymundo filho mais moço, & que esta se metera de posse dos ditos bens, continuando nella a R. sua filha por sua morte, sem lhe querer largar os sobreditos bens, que ao Convento pertencem na vida da Madre Soror Luiza da Conceição, pelo direito da representação; pela qual fica preferendo ao dito Gaspar Reymundo, por ser este mais moço, & Rodrigo de Sande seu pay mais velho. Por parte da R. senão impugna o facto do referido; defendese por em, allegando, que as ditas Capellas lhe pertencem pela nomeação, que dellas fizera a dita Margarida de Almeida sua avò, & Gaspar Reymundo seu pay, que ainda que faltaõ à dita nomeação, nam havia neste caso seguro direito de representação, por serem instituidas por transversal termos em que cessa o dito beneficio, por este só haver lugar entre os descendentes do instituidor. O que tudo visto, & o mais dos autos, & como senão prova, que as ditas Capellas sejaõ de nomeação, & instituidas por transversal, nem pela R. se auctem as instituiçoens, que se presume ter em seu poder, como possuidora dellas, sendo em sua mão pelas AA. offerecidas antes do testamento da dita Margarida de Almeida, consta declarar vir huma dellas de ascendente, dos quaes se presume virem as mais, não constando o contrario; & assim conforme a Ley do Reyno, fica tendo lugar na successão dellas o beneficio da representação para sempre, maiormente, que assim sendo instituidas por transversal neste caso, em que se trata da successão, em tudo o sobrinho descendente do ultimo possuidor, se admite à representação, conforme a opinião dos Doutores praticada, & seguida neste Reyno; pelo que julgo pertencer ao Convento das AA. as ditas Capellas na vida da dita Madre Soror Luiza da Conceição, que pelo beneficio da representação fica em melhor linha, & referindo a da R. que condeno lhe restitua os bens das ditas Capellas, com os frutos da lide contestada em diante, que se liquidarão, & ras custas dos autos. Villa Viçosa 1. de Janeiro de 1679. Pedro Telles da Silva.

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatium, ubi fuit confirmata, Iudices, Andrade Rua, Basto Pereira, Lopes Oliveira. Et fundata fuit in deliberationibus se quentibus.

De maioratum, seu Capellarum institutione constat à fol. 34. vers. nec de ea partes dubitant; sed cui potius deferenda sit successio

ceſſio diſputatur: Actrici ne ne filia filij ſe-  
nioris poſſeſſoris Margaritæ, an Reæ filie filij  
junioris dictæ Margaritæ? Ego pro Actrice  
ſententiam dicerem; quia patrem fratrem  
ſeniorẽ repræſentat quamvis inſtitutoris  
transverſalis ſit; ſufficit namque ad hoc ut  
detur repræſentatio, quod deſcendat à poſ-  
ſeſſore Margarita *Pereir. de Caſtr. dec. 116.*  
*num. 10. ibi: Vel dici poteſt, quod in trans-*  
*verſalibus à primo, qui ab ultimo deſcendunt,*  
*quando ſcilicet ejus pater poſſedit maioratum,*  
*tunc ejus primogenitus perpetuam habeat re-*  
*præſentationem; tunc, & quia ſufficit, quod à*  
*primo acquirente maioratus deſcendat, ut in-*  
*ſtitutionis deſcendens reputetur ad effectum*  
*repræſentationis conſiderandæ. Caſtilh. lib. 5.*  
*contr. cap. 93. n. 21. & 25.*

Sed quando adhuc in terminis noſtræ  
*Ordinationis lib. 4. tit. 100. in princ. verſ. fin.*  
*ibi: E ſe os tranſverſaes, &c. eſſemus,*  
quod ſecundum jus commune repræſen-  
tatio ſit judicanda in maioratibus, da-  
tur repræſentatio in infinitum, ut in li-  
nea tranſverſali. *Roxas de incompatibi-*  
*litate maiorat. p. 8. cap. 5. num. 41. verſ. licet,*  
*& num. 42. Souſ. de Maced. deciſ. 16. n. 23,*  
*& num. 27. Caſtilh. contr. lib. 3. cap. 19. num.*  
*88. Additionatores ad Molin. de primogen.*  
*lib. 3. cap. 6. num. 23. & de fideicommiſſ. fami-*  
*lia (quæ in effectum ſunt noſtri maioratus*  
*ſecundum Valaſc. de jure emphyt. 9. 50. n. 29.)*  
Agendo *Accurſ. in L. cum ita §. in fideicom-*  
*miſſ. ff. legatis ſecund. verbo primo,* hanc opi-  
nionem originaliter tenuit, quam nos ſequi  
tenemur *ex Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1.*

Sententiæ igitur Auditoris, & Judicis cõ-  
firmentur. *Vlyſſipone 22. Decembris 1679.*  
*Silva & Souſa.*

<sup>234</sup> Duobus argumentis repræſentationis pri-  
vilegium, quo Actrix nititur, Rea oppug-  
nare intendit. Primum eſt, quod maioratus,  
de quibus agitur, non ſunt ſucceſſionis re-  
gularis, ſed electionis: ſecundum, quod in  
iſis, ut pote à tranſverſali inſtitutis, ceſſat re-  
præſentatio; utrumque tamen facile cor-  
ruit.

<sup>235</sup> Nam quoad primum, ſi ad teſtes Blaſij  
reſpiciamus *fol. 34. verſ. fatetur ipſe, ſe que-*  
*dam vinearum jugera à parentibus acceſſiſſe,*  
cum onere pio ibidem expreſſo, quod qui-  
dem per ſe ſolum maioratum non efficit.  
*Text. in L. nihil proponi 120. ff. legatis primo,*  
*Caſtilh. contr. lib. 5. cap. 93. §. 11. Reynof.*  
*obſerv. 68. Vela diſſert. 35. n. 152. Peg. forenſ.*  
*cap. 4. n. 225.*

<sup>236</sup> Idem autem teſtator, licet maioratum in  
iſdem jugeribus inſtituiſſet, à perſona Soror-  
is Franciſcæ incipiendum cõ ſubſtitutioni-  
Pars II.

bus, & vocationibus *fol. 35. ei tamen facultatem eligendi numero conſeſſo, poſtmo-*  
dum autem alium maioratum quatuor juge-  
rum in perſona fratris Roderici inſtituit,  
cui etiam ſuas adjecit vocationes, & ſubſti-  
tutiones. Denique alium, & tertium condi-  
dit in perſona fratris Joannis *fol. 35. verſ.*  
*ſingulorumque deſcendentes ordine ibi de-*  
*clarato ſubſtituit, in fine neceſſario genera-*  
*lem clauſulam ita ſcripſit fol. 36. E toda eſta*  
*fazenda, ſenam ouver herdeiros dos meus ir-*  
*maõs, o derradeiro nomeará hum parente*  
*mais chegado, ou parenta, com o meſmo en-*  
*cargo acima dito.*

Cum autem conditio illa, *ſi ſine hærede* <sup>237</sup>  
*deceſſerit,* de liberis tamen hæredibus intel-  
ligatur; *text. in L. ex facto 17. §. ult. ff. ad Tre-*  
*bellian. Mant. de conſect. lib. 8. tit. 14. Pe-*  
*regr. de fideicommiſſ. art. 32. à num. 26. Gal-*  
*ganet. de condit. & demonſtrat. p. 1. cap. 30.*  
*Amaya in L. unic. Cod. ſi liberal. Imper. ſo-*  
*cius ſine hærede, &c.* recte ſequitur, quod  
dum extiterint cujuſcunque fratris, vel ſor-  
roris filij, aut deſcendentes, conditio deficit,  
ſub qua electionis facultas conſeſſa fuit;  
proindeque maioratus cenſeri debet regula-  
ris ſucceſſionis juxta formam à teſtatore or-  
dinatam.

Tollitur autem omnis dubitandi occasio, <sup>238</sup>  
ex quo teſtator ipſe *fol. 36. in fin. & verſ.*  
Franciſcam ſororem, fratribus abſque libe-  
ris decedentibus ſubſtituit, nulla facta  
electionis mentione, ſed tamen onere bonis  
adjecto.

Igitur, quo ad ſecundum argumentum, <sup>239</sup>  
ego equidem circa maioratus in perſonis  
Roderici, atque Ioannis inſtitutos, indubie  
repræſentationi aſſentio, cum non eorum  
poſſedrix facta fuiſſet Margarita Franciſ-  
cæ filia, & Actricis, atque Reæ avia, ejuſque  
morte remanſiſſet filius junior Gaſpar, &  
neptis Actrix ex filio ſeniorẽ Roderico, hæc  
locum, & perſonam patris repræſentans, pa-  
trium excludit; licet non cum illum, quo  
deſcendentes ab ultimo poſſeſſore, tranſver-  
ſalis verò ab inſtitutore concurrunt, omiſ-  
ſum fuiſſe à *Lege Regia lib. 4. tit. 100. in prin-*  
*cip. cenſeat Pereir. deciſ. 116. num. 8. ipſe ta-*  
men repræſentationem admittit uſque ad ſe-  
cundum gradum *num. 10. & quamvis gra-*  
dus à perſona inſtituentis, non verò poſſeſ-  
ſoris computandos defendat *Reynof. obſer-*  
*vat. 26. ex num. 8. cujuſ opinionem fatetur*  
probabilem *Pinheir. de emphyt. diſp. 5. n. 98.*  
probabiliorem tamen judicat contrariam, ut  
ſcilicet ab ultimo poſſeſſore gradus compu-  
tentur.

Quid quid tamen ſit de hac controverſia, <sup>240</sup>  
Ec ii) quam

quam modo definire opus non est, illud tamē ut mihi certissimum videtur; quod scilicet *Pereira* vir alioquin doctissimus fallitur omnino, dum putat casum hunc descendendum ultimi possessoris, quamvis collateralium respectu instituentis, omissum fuisse in Lege Regia verissimum non est ab eadem lege decisum, ita ut inter eos, non solum in secundo gradu, sed indefinite repræsentatio sit admittenda, prout jam olim censuerunt ij, quos tacitis nominibus refert *Pereira. ipse dict. num. 8. in fin.* idque aperte ex eadem Lege colligitur, si recte intueatur; ne aliàs asseveremus constitutionem optimam, quæ pro sedandis gravissimis controversijs lata fuit, casum tamen frequentissimum omisisse, unde juxta *Pereira. aperte tenent Pinheir. de emphyt. dict. disp. 5. n. 99.* qui ita iudicatum testatur *Cardos. post tractat. de jur. acrescend. respons. 2. num. 59. 65. & 68.* Et ego ita in nostro Senatu, non semel tamen, à gravissimis patribus decisum testor etiam.

Quo verò ad maioratum, quem testator in persona Franciscæ sororis ex duabus iugeribus instituit, res equidem non transit sine difficultate, ipse namque testator ejus filiam fæminam vocavit: quæ quidem vocatio, licet in prima Franciscæ institutione facta sit, repetita protinus censetur in omnibus sequentibus; quoniam regula est in maioratum successionibus notissima, ordinem datum in primis vocationibus, in omnibus sequentibus intelligi repetitum. *Menoch. lib. 4. præsumpt. 178. num. 24. & consult. 926. n. 20. & 21. & 35.* Neque novum est, licet rarum, maioratum institutum, & quod fæminæ masculis præferantur, ita non se semel vidisse in quadam institutione testatur *Roxas de incompatibilitat. maiorat. p. 1. cap. 6. n. 354.* Non potest ergo repræsentationis beneficium Actrici optulari, quippe per id patris personam masculi, & exclusi induit.

<sup>241</sup> Qua tamen difficultate non obstante, maioratus successionem ad eam pertinere statuo, si non ex jure repræsentationis, saltem ex jure propriæ personæ; quippe appellationes filiarum, quas institutor vocavit, neptes etiam comprehendi certum est, ut post *Innocent. & Bald.* tradit *Anton. Gabriel commun. lib. 6. concl. 1. Menoch. conf. 215. n. 2. & 13. & 80.*

<sup>242</sup> Recte igitur Auditor se habuit, dum rejecta exceptione fol. 32. vers. successionem maioratum Actrici pertinere declarat; solum namque emendandus venit, dum articulum ultimum fol. 33. non recepit, quem proinde recipiendum iudico, quippe mihi

non satis demonstratur ædes, de quibus agitur, maioratum esse subjectas; neque mihi sufficit instrumentum fol. 20. vers. in fin. ita ut ex eo solo causam definire debeamus, quæ maiori quoad hoc indiget examine. *Vlyssipone 27. Decembris 1679. Lopes Oliveyra.*

Auditorem etiam confirmo, dum maioratum Actrici iudicat cum doctissimis, & amantissimis Collegis, exerudite ab illis in aureis decisionibus, & cum primo Domino revoco, dum ultimum articulum impedimentorum fol. 33. etiam rejecit, quem recipere debebat; materia namque illius receptibilis est, & si demonstraretur domus, de quibus in consilio fit mentio, non esse vinculatas. *Vlyssipone 7. Martij 1680. Basto Pereira.*

Ultimus articulus, super quo tantum dicere possum; recipiendus venit. *Vlyssipone 12. Martij 1680. Andrade Rua.*

No feito de Antonio de Lemos com D. Jorge de Castro, Escrivão Antonio de Aguiar Villalobos, se deu a sentença seguinte.

*Vistos estes autos, libello do A. Balthezar de Lemos, em cujo lugar se habilitou seu filho Antonio de Lemos, contrariedade do R. Gaspar da Moita, em cujo lugar outrossim se habilitou seu filho Gaspar de Lemos, mais artigos recebidos, instituiçam, & instrumentos juntos: Mostrase por parte dos AA. instituir Ioaõ de Lemos o morgado de que se trata, para cuja successão, & administração chamou primeiro a Gaspar de Lemos seu sobrinho, & continuando mais algumas vocaçoes, passou as clausulas da successão em as vocaçoes geraes, com as quaes exprimio, que no dito morgado succederia sempre o filho mais velho, & na falta delle a femea, & de hum, & outro, até o fim do mundo, com condiçãõ, que estes taes não casariaõ com casta de Margarida de Sande, nem com mulher da casta, & geraçãõ de Sebastiaõ Valejo: mais se mostra, que o dito Gaspar de Lemos primeiro chamado, succedeo no dito morgado, por cuja morte ficou Ioaõ de Lemos seu filho segundo na posse do dito morgado, por quanto Ioaõ de Lemos seu irmão mais velho havia falecido em vida de seu pay o dito Gaspar de Lemos, & supposto que ao depois contendendo na successão contra o dito Ioaõ de Lemos seu sobrinho Gaspar de Lemos, filho do dito Ioaõ de Lemos, & neto do dito Gaspar de Lemos, primeiro chamado, alcançasse sentença o dito Gaspar de Lemos a seu favor, pela qual lhe julgaraõ a successão do dito morgado pela representaçãõ: com tudo a dita sentença fora alcançada por negligencia do R. & colusaõ do A. o que nam podia pre-*

prejudicar ao A. em ſeu direito, por quanto a ſucceſſão do dito morgado não ſe pode deferir por representação, ſenão ao filho mais velho, & que inda caſo que aſſim fora, o dito Gaspar de Lemos ſe achava prohibido à dita ſucceſſão, por eſtar caſado com hũa parenta de Margarida de Sande, cuja caſta eſtava vedada por condiçãõ no dito teſtamento para a ſucceſſão do dito morgado, pelo que fora mal julgada a ſucceſſão ao dito Gaspar de Lemos, & a excluſão ao dito Leão de Lemos. Moſtrãſe outroſim ſer morto o dito Leão de Lemos, irmão inteiro do A. originario Baltheſar de Lemos, por cuja morte ſe lhe deferio o direito, & ſucceſſão do dito morgado, cuja reſtituição com os frutos pede ao dito Gaspar da Motta R. originario, que havia ſucedido nelle a ſeu pay o dito Gaspar de Lemos, a quem injuſtamente ſe havia a dita ſucceſſão julgado, tanto aſſim, que embargando o R. com eſſa ſentença, lhe nam foi recebida a dita excepção vindicada, & o mandãõ contrariar o dito libello, reconhecendo nella a muita juſtiça do A. Por parte do R. originario ſe moſtra, que elle ſucedera em o dito morgado a ſeu pay Gaspar da Motta, por ſe haver julgado, que a ſeu avo Gaspar de Lemos pertencia, excluindo a ſeu tio Leão de Lemos pela representação que fazia de ſeu pay Ioão de Lemos, a qual ſenam na inſtituição do dito morgado; nem menos lhe podia obſtar a condiçãõ prohibitiua de caſar com caſta de Margarida de Sande, porque eſta condiçãõ por ſer em materia odioſa, ſenam podia entender, ſenam de caſta effectiva, & deſcendente da dita Margarida de Sande, & nam da contentiva, & tranſverſal; quanto mais que a dita prohibiçãõ nam foi abſoluta, mas reſtricta a outros expreſſamente chamados, cujos direitos ſe tranſmetirão no R. habilitado com a ſucceſſam do dito morgado, que tem adquirido. O que viſto, & o mais dos autos, & diſpoſiçãõ da inſtituição, & direito neste caſo, & como pela vocaçãõ de filho mais velho, nam he juſto querer o inſtituidor prohibir a representação nos caſos, que o Direito admite, conforme a melhor opinião dos Doutores, em cujos termos devia entrar pela dita representação na ſucceſſão deſte morgado o dito Gaspar de Lemos ſeu pay do R. originario, & nam ſeu tio Leão de Lemos, como ſe tinha julgado, por morte do qual Gaspar de Lemos ſe devolveo a ſucceſſam ao R. originario, & delle em ſeu filho R. habilitado, ao qual nam obſtava a condiçãõ prohibitiua da dita ſucceſſam, porque além de que eſta ſenam ache pela dita inſtituição abſoluta, & generica, mas antes reſtricta aos tres primeiros nomeados, que ſe achão com vocaçãõ

expreſſa, nem a cauſa da dita prohibiçãõ ſe acha expreſſa, nem preſumpçãõ alguma porque ſe induza, que o animo do teſtador ſeria que a dita condiçãõ foſſe generica, & paſſaſſe a todos os ſucceſſores, ainda aſſim como a dita condiçãõ cahia ſobre materia odioſa, que reſtringe a liberdade do matrimonio, ſendo de mais toda a excluſãõ por Direito odioſa, ſenam podia nunca entender a geraçãõ contentiva, mas ſomente a effectiva, & deſcendente da dita Margarida de Sande, principalmente achandoſe já o dito Gaspar de Lemos caſado no tempo da dilaçãõ deſte morgado, & não ſe aver viſto contrariar a vontade do inſtituidor, pelo que abſolvo aos R.R. do pedido pelos AA. em ſeu libello, & julgo lhe pertence ao R. habilitado o dito morgado, & condeno ao A. habilitado nas caſtas dos autos. Eſtremo, 12. de Março de 1676. Ioão Pacheco Fabião.

A qua ſententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberatione ſequenti.

Reus non ſolum à primo vocato, ſed etiam ab ejuſ primogenito rectè deſcendit, & quavis primogenitus vivente patre decederet, decedentis primogenitus meliori eſt in cauſa, cum meliori etiam ſit in linea; unusquique enim poſſeſſoris filius ſibi, & ſuis unam lineam conſtituit; primogeniti tamen, ut prior, etiam potior, & præſtantior eſt, nec reliquæ ſuo ordine ſucceſſibiles ſunt, quando hæc perennat; non potuit ergo poſſeſſoris patris machinatio ſecundo geniti lineam lineæ primogeniti antepone. Author eſt Paul Caſtr. conf. 164. num. 5. p. 2. Fontanel. qui noſtros, & alienigenas refert, ſequiturque 1. p. deciſ. 34. ex num. 12. cum ſeqq. Hinc jura patruſ abolita, nepotiſ, uſitata, & culto dita. Fachin. contr. lib. 6. cap. 2.

Præceptum tribus impoſitum, quo Margaritæ, & Sebastiani ſoboles teſtatori valde inviſa eſt, perſonas non egreditur. Valenſ. conf. 23. num. 126. Nec pæna a deſt, & ego mitior, & non ſeverior teſtatore haberi velim, nec de cauſa nos certiores teſtator fecit, & ſi levis iræ calor illum non movit, altera latet, cum nec genus, nec generiſ, vel morum commendatio eiſ deficeret. Que ergo in exceptione Reo victoria arridebat, nunc etiam poſt maiorem ordinarij judicij laborem magis arrideat. Vlyſſipone Januarij 15. 1677. Vellez.

Conveniunt, Cerqueira, Doutor Alvarez Coelho.

No feito de appellação de Dona Maria Anna Bezerra, com Antonio Iacome Bezerra, Eſcrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, ſe

deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. Antonio Iacome Bezerra, contrariedade, & reconvenção da R. Dona Marianna Bezerra desta Villa, provas com os mais termos, & documentos juntos: Mostra-se por parte do A. que Antonio Iacome Bezerra com sua legitima mulher Susana Bezerra administrárao em quanto foraõ vivos o morgado de Paredes, & quinta de Geras, & que do dito matrimonio nasceraõ Ioaõ Bezerra Iacome, & Francisca de Barros, & a R. Dona Marianna, & por morte de Antonio Iacome Bezerra succedera no dito morgado, & quinta de Geras seu filho Ioaõ Bezerra Iacome, & o possuirá muitos annos com a dita quinta de Geras, em quanto foi vivo: Mais mostra, que Amaro Bezerra Iacome he filho da dita Francisca de Barros, irmãa mais velha do dito Ioaõ Bezerra, que por morrer sem filhos, possuirá o dito Amaro Bezerra o dito morgado, & quinta por espaço de dez, & mais annos: Mais mostra, que o A. he filho mais velho do dito Amaro Bezerra, & lhe pertence o dito morgado, & quinta de Geras pelo beneficio da representação, & que a R. por meyo de seu procurador, & genro Amaro de Azevedo, & Vasconcellos no dia da morte do pay do A. se metéra de posse da dita quinta, & a está possuindo, & desfrutando, & que a dita quinta sempre foi possuida pelos administradores do morgado, & pertencente a elle por vinculo. E por parte da R. se mostra a ascendencia mais antiga; convem a saber, que sendo Fernão Gonsalves Bezerra administrador do morgado de Paredes, instituiu da quinta de Geras morgado unido ao de Paredes, & nelle succedeo seu filho Gonfalo Bezerra, & por morrer sem descendentes, lhe succedeo sua irmãa Beatriz Bezerra; & a esta seu filho Diogo Iacome Bezerra, marido de Susana Bezerra, que he aonde o A. começou sua linha em seu libello, o qual era bisneto do dito Fernão Gonsalves Bezerra, & que como a dita Francisca de Barros nam chegasse a herdar, nam constituiu linha, & nam pode haver lugar o beneficio da representação; & por a R. se achar em grao mais chegado ao ultimo administrador, lhe pertence, nam somente a quinta de Geras, mas o morgado de Paredes, que lhe pede por reconvenção. O que tudo visto, & o que mais dos autos consta, & disposição de Direito em semelhante caso, & como o A. & R. nam nequem o facto desta causa articulado, por donde se mostra, que Antonio Iacome Bezerra, & sua mulher Susana Bezerra possuísem o morgado de Paredes, & quinta de Geras, até o tempo de sua morte, em que se constituiu linha; & por lhe

ficarem hum filho, & duas filhas, a saber Ioaõ Iacome Bezerra, que entrou no dito morgado de Paredes, & quinta de Geras, & Francisca de Barros mais velha que a R. Dona Marianna Bezerra; & como o dito Ioaõ Iacome Bezerra falecesse sem descendentes, entrou o pay do A. filho da dita Francisca de Barros, irmãa mais velha que a dita Dona Marianna Bezerra, por se achar em grao, que conforme a Direito tem lugar nos transverfaes o beneficio da representação, por ser entre irmãos, & filhos de irmãos pela Authent. post fratres Cod. eod. & se constituir linha na mãy da dita Francisca de Barros, & por se achar vivo Amaro Bezerra, pay do A. representando a sua mãy Francisca de Barros, por ser mais velha que a R. Dona Marianna descendente por linha direita de Antonio Iacome Bezerra seu pay administrador, & possuidor, que foi do dito morgado de Paredes, & quinta de Geras, & irmão do ultimo possuidor; & como Francisca de Barros, se fora viva, havia de preferir, & excluir a R. Dona Marianna, por se achar em melhor grao com a primogenitura, & prerogativa da idade, por ser mais velha que a R. Dona Marianna, & irmãa do ultimo possuidor, havia de succeder no dito morgado de Paredes, & quinta de Geras; & como Amaro Bezerra, por ser filho da dita Francisca de Barros, irmãa mais velha do ultimo possuidor, se achasse vivo no tempo que vagou o dito morgado, & quinta de Geras, & pelo beneficio da representação de sua mãy, achandose em o mesmo grao de prerogativa de idade, exclue, & prefere a R. Dona Marianna; assim o A. por ser filho mais velho de Amaro de Bezerra, representando a pessoa de seu pay possuidor que foi do dito morgado, & quinta de Geras, exclue a R. pelo beneficio da representação, por ser descendente por linha direita de Antonio Iacome Bezerra, & como a quinta de Geras fosse vinculada, & unida ao dito morgado de Paredes por Fernão Gonsalves Bezerra, como de seu testamento consta, sendo sempre possuida pelos possuidores do dito morgado, sem nunca haver separação, & ser o A. descendente do instituidor, aonde conforme a disposiçam de Direito se dá o beneficio da representação in infinitum; & assim julgo ao A. por legitimo successor, & administrador do morgado de Paredes, & quinta de Geras, & condenaõ a R. a que restitua a dita quinta de Geras ao A. por ser aviculada, & unida ao dito morgado de Paredes com os frutos da indevida occupaçam até real entrega, que se liquidarã na execuçam; & assim nam tem lugar sua reconvenção, & pague as custas dos autos, em que entrosim a

condeno. Vianna 22. de Iulio de 1677. Pedro Madeira de Abreu.

A qua ſententia fuit appellatum ad Senatum Portueuſem, ubi fuit iacta ſententia ſequens.

*Acordamos do Deſembargo, &c. Bem julgado foi pelo Iuiz de Fora da Villa de Vianna em condenar a R. reſtitua ao A. a poſſe do morgado, de que ſe trata, & em julgar ao A. por legitimo ſucceſſor, & administrador do dito morgado; & outrosim em abſolver ao A. da reconvençam contra elle intentada; porèm foi por elle menos bem julgado, em condenar a R. nos frutos da indevida occupaçam, devendo ſõmente ſer condenada nos frutos da lide conteſtada; revogando neſta parte ſua ſentença, cumpraſe o confirmado por alguns de ſeus fundamentos, & o mais dos autos, os quaes viſtos, & como a R. ſeja poſſuidora de boa fé, por ſer juſta a razão que teve para poder entender, que o morgado, de que ſe trata, lhe podia pertencer, por ſer parenta mais cõegada do ultimo poſſuidor, & ſe achar no teſtamento vocaçam do parente mais chegado, em cujos termos he o Direito duvidoso ſobre a representaçam, & todas as vezes, que ha juſta razão de duvidar, & cuida o poſſuidor de qualquer cauſa, que a cauſa, que poſſue, lhe pertence, ſe ha por poſſuidor de boa fé, & como tal, faz os frutos ſeus: por tanto condenão ſõmente a R. nos frutos da lide conteſtada em diante, & condenão a R. nas cuſtas dos autos de ambas as iſtancias. Porto 2. de Agoſto de 1678. Baſto, Mendonça, Borges.*

247 Hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

248 Maioratum Ville de Iaras inſtituit Ferdinandus Gonſalves Bezerra, quem maioratum de Paredes, cujus ipſe poſſeſſor, & administrator erat, vinculavit cum clauſula, & conditione expreſſa præferendi maiculum ſeniorẽ cæteris deſcendentibus, vocans feminam in ejus defectum, & primo loco filium Gondifalum Bezerra, ejusque deſcendentes vocavit, cui ſucceſſit quia abſque liberis deceſſit ejus ſoror Beatris Bezerra, per cujus obitum ejus filius Didacus Iacome intravit, & poſtea Antonius Iacome, ex quo procreata fuit Francisca de Barros ſenior, & appellans D. Marianna Bezerra junior, & Ioannes Bezerra, qui ejus parenti ſucceſſens, maioratus poſſeſſionem per omne tempus vitæ ſuæ occupavit, & tandem per ejus mortem pater appellati Maurus Bezerra matris ſuæ Francisca ſenioris, tunc temporis in humanis non exiſtentis, perſonam repræſentans, admiſtrationem uſque ad ultimum vitæ ſpiritum occupavit, ejus filius

appellatus natus maior Antonius Iacome poſſeſſionem Villæ de Paredes, appellans autem D. Marianna poſſeſſionem Villæ de Geras occupavere; nunc contenditur, cui eorum melius jus aſſiſtat ad utriuſque bona maioratus poſſidenda.

Pro cujus reſolutione duo principaliora 249 conſideranda veniunt, prærogativa ſcilicet lineæ, & repræſentationis beneficium, de quibus, ut ſingilatum agamus, dicendum eſt, potiorem qualitatem in ſucceſſione maioratus, in linea conſiſtere, plures laudans Molin. de primog. lib. 9. cap. 4. num. 13. ita ut, qui in potiori linea exiſtit, cæteris omnibus conſtitutis cum omnibus qualitatibus gradus, ſexus, & ætatis præferatur. Molin. dicto num. 13. Solom. conſ. 24. num. 49. Alvarad. de conjectur. ment. deſunct. lib. 2. cap. 3. §. 3. n. 44. Marin. in tract. de feud. hered. antiq. n. 12. ubi ait non attendi ad gradum conſanguinitatis, & parentelæ, niſi in eadem linea, neque ſexus, niſi in eodem gradu, neque ætatis, niſi in eodem ſexu. Gregor. Lop. in L. 3. q. 6. gloſſ. verbo mugeres q. 2. Abſurdum enim foret admitti conſtitutum in ſecunda linea, contra poſitos in prima, licet abſurdum eſt dicere ſecundum, vel tertium gradum excludere poſitos in prima, contra regulas L. poteſt ff. vulgar. & L. Iureconſultus § gradus ff. de gradib. Cov. pract. cap. 38. num. 6. & 12. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 31. & 32. Caſtilh. contr. lib. 3. cap. 19. num. 307. cap. 15. num. 52. & 53. Mantio. de tacitis lib. 5. tit. 18. num. 19. Gam. deciſ. 356. á num. 10. Pelæes de maiorat. 2. p. q. 7. n. 42. Valenſ. conſ. 69 num. 19. Gutier. conſ. 12. n. 12. Souſu in L. ſæminæ 1. p. art. 5. num. 283. ff. eg. jur.

Linea autem, aut eſt effectiva, aut contentiva: effectiva dicitur, cujus origo, & cauſa efficiens eſt pater ipſe teſtator, quæ ſolummodo comprehendit deſcendentes ab ipſo patre; contentiva autem ſumitur linea patris, ſub qua pater ipſe continetur, & hæc comprehendit non ſolum ipſum patrem, & deſcendentes, ſed etiam tranſverſales. Ita Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 88. n. 11. & conſ. 233. num. 18. conſ. 926. num. 19. melior omnibus explicat Giurb. ad ſtat. meſſan. cap. 12. gloſſ. 3. n. 4.

251 Vitra ſuprapoſitam lineam, & lineam poſſeſſoris, & primogeniti, non defecere quam plurimi Doctores, non infimæ notæ, aſſerentes, non dari in ſequentibus fratribus filijs poſſeſſoris ſpeciales lineas ad ſimilitudinem primogeniti, quos refert Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 34. alios laudat Pereir. deciſ. 59. num. 1. Valaſco. de Gonvea de ſucceſſ. Regn.



*Regn. 2. p. punct. 1. §. 1. à num. 3. cum seqq.* quia qui nunquam possedit, lineam constituere non potest, ex eodem *Valasc. proxime*, qui multos refert. *Cevalh. tom. 3. q. 767. sub num. 191.* Tamen totum contrarium asserendum est, scilicet præter lineas possessoris, & primogeniti, sequentes fratres speciales lineas constituere; ita ut secundo genitus eam constituat, per quam indefectum lineæ primogeniti, se, suosque descendentes includit, ad cæterorum exclusionem, ut ex doctrina *Paul. conf. 164. num. 4. & 5.* & aliorum resoluit idem *Valasc. dict. punct. 1. §. 1. num. 8.* & plures, de quibus *Gabriel Pereir. 59. n. 6. vers. verum*, & hanc opinionem ait ille *n. 7.* amplexam fuisse *Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 31.* ibi: *Secundogenitus autem secundum caput constituit, ut eo ordine ad instar edicti prætorij de bonorum successione ad maioratus successiones filij admittendi sint. Valens. conf. 59. n. 10. Castilh. contr. lib. 3. cap. 19. num. 307. & lib. 5. cap. 93. num. 8. Sous. in L. femina 1. p. art. 9. num. 283 ff. regul. jur. optime Sousa de Maced. decis. 16. num. 9.* Ex quibus negari non potest Franciscam appellati aviam, & sororem ultimi possessoris seniore, meliorem lineam constituere, licet possessionem non caperet, & in vita ultimi possessoris decesserit, & appellans adhuc in humanis existit, quæ etiam suam lineam constituit.

252 Absoluta prima parte nostri instituti, examinandum restat, an supposito, quod Franciscam meliorem lineam constituit, filius ejus appellati pater, per beneficium repræsentationis præferendus sit appellati in gradu proximiori existenti, & constanter tenendam esse partem affirmativam, est sanior, & melior opinio Doctorum, non solum attento jure communi, secundum quod referuntur quamplurimi pro ea pugnantes, quos ex *Menoch. Covas, Tiraquel. Valasc. Molin. Caballo*, & alijs refert præceptor *Valasc. de Gouvea de justa acclamat. 2. præsumpt. punct. 1. §. 4. num. 19.* quam nostra *Ordinat.* amplexa fuit *lib. 4. tit. 100.* præcipue, quia licet appellans, & pater appellati sint collaterales, à primo institutore descendunt, ut est in confesso ex testibus fol. 67. cum seqq. & in hoc conveniunt nostri litigantes descendentiæ deducentes à Ferdinando Gonsalves, in quo *Ord.* nullam patitur controversiam. *Reynof. observ. 26. num. 6. cum seqq. Pereir. decis. 59. num. 7. in fin. Sousa de Maced. decis. 16. n. 17.* Si tamen à transversalibus fuerit institutus ultra secundum gradum, non est quærenda repræsentatio ex *Authent. post frat. Cod. de suis, & legit. hered. Pereir. supra n. 8.*

Supposito quòd admittamus in successione, de qua agitur, repræsentationem ex *dict. Ord.* oportet satisfacere impugnationi appellantis, deductæ ex §. 3. *dictæ Ord.* & ex verbis institutionis, dum ait *Ord.* tunc ceteri repræsentationem exclusam, si ita institutor declaraverit, & disposuerit; & videtur ab eo exclusam per vocationem transversalis proximioris ultimo possessori in illis verbis, ibi: *E quando sahir da linba direita, herdará o parente mais chegado*, fol. 56. ex quibus ceterum testatorem repræsentationem excludere, & per eademmet verba videtur *Ord. in §. 2.* eam excludisse, præcipiens proximioris ultimo possessori succedere; quia respondetur, quod tunc ceterum exclusam repræsentatio, quando verbis expressis testatoris excluditur, non autem ex verbis ambiguis, quæ aliud suadere possint; ex *Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 1.* nisi adsint conjecturæ urgentissimæ, ex quibus repræsentatio excludi prætenditur, ejus conditionis, & qualitatis sint, ut nil aliud ex eis deduci valeat, ut explicat *Molin. supra num. 5. in fin.* nam illa verba: *Succederá o parente mais chegado*, sunt frequentiora, quibus instituentes utuntur, quando consanguineum proximioris vocant, & in illum sensum excludendi repræsentationem non sunt accipienda, sed secundum modum frequentioris loquendi. *Phab. 1. p. decis. 22. n. 17.*

Neque etiam similiter officit incertitudo institutionis maioratus de Paredes, an sit ascendens, ibi: *Collaterales*, ad effectum excludendi beneficium repræsentationi; quia respondetur, quod appellanti, qui in reconventionem vicem habet Actoris, illud incumbit onus probandi, aliàs deficiens in suo salutaris, venit appellatus absolvendus ex vulgaribus: vel secundo respondetur, quod licet probaretur institutorem esse transversalem, nunquam repræsentatio excluditur ex secundo gradu, ex *Authent. post fratres Cod. de suis, & legit. heredib.* Restituatur igitur Villa de Geras appellato, & à petitione Villæ de Paredes absolvatur in confirmationem judicati. Portu 29. mensis Decembris 1677. Borges.

Tota difficultas hujus processus in eo consistit, an mortuo sine liberis Ioanne Bezerra ultimo, & legitimo horum maioratum possessore, ei debuisset succedere Rea ejus soror, an Maurus Bezerra ejus sobrinus, & Actoris pater, ex eo quod esset filius senior Franciscæ de Barros sororis senioris dicti ultimi possessoris? Et quia contenditur super duobus maioratibus, altero de Villa nūcupata de Geras, altero de Villa de Paredes, super unoquo-

unoquoque ſigillatim diſcurram.

256 Et quoad primum de Villa de Geras, quem Actor à Reo vindicare pertendit, cōvenio cum primo Domino ex fundamentis ab eo, & doctis Actoris Patronis allegatis, præcipue ex illo, quia cum tam Actor Reus ſint deſcendentes ab inſtitutore iſtius maioratus Ferdinando Gonſalves Bezerra, quamvis Francisca Actoris avia, prius deſceſſiſſet, quàm ultimus poſſeſſor Ioannes ejus frater, & nunquam ſucceſſionem occuparet, attamen competebat ejus filio Mauro Bezerra beneficium repræſentationis ex *Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. ibi: Poſto que o filho mais velho morra em vida de ſeu pay, ou do poſſuidor*, ubi facit diverſitatem inter patrem, & poſſeſſorem, ut in ſimili conſiderat *Pereir. deciſ. 59. num. 6. & deciſ. 116. num. 7.* Unde colligitur non eſſe præciſum, quod pater occuparet ſucceſſionem, ad hoc ut detur repræſentatio: quæ diſpoſitio etiam habet locum in tranſverſalibus ab inſtitutore deſcendentibus, ex dicta *Ord.* quæ continuat ibi: *O que nam ſómente haverá lugar, &c.* ut utrumque conſiderat *Pereir. dictis locis citatis.*

257 Neque obſtant verba inſtitutionis fol. 56. ibi: *Andará ſempre no filho mais velho*, & ibi: *Porque eu o deixo, como dito tenho, ao filho mais velho*, per quæ R. contendit excluſam fuiſſe ab inſtitutore repræſentationem, & ſic eam tanquam proximiorē in gradu ſucceſſiſſe ex diſpoſitione *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. & 3.*

258 Quippe reſpondetur tunc vocationem ſenioris impedire repræſentationem, quando inſtitutor, non reſpectu certi gradus, ſed ſimpliciter vocavit maiorem natu ex omnibus deſcendentibus de familia, ſeu aliquo genere; ſecus cum vocatur maior natu ex unoquoque gradu; quia tunc cenſetur cōſtitutum jus primogenituræ, & non reſpe-xiſſe inſtitutorem principaliter ad ætatem, conſequenterque admiſiſſe repræſentationem, ex his quæ diſtinguendo tradit *Cancer. lib. 3. var. cap. 21. à num. 292. præcipue 300. 303. & 305. in ſecunda editione.* Cum ergo inſtitutor in præſenti non generaliter vocaſſet ſeniorē de familia, ſed filium ſeniorē, reſtringens ſe ad gradum filiorum, neceſſario dicendum eſt repræſentationem non excluſiſſe; & ita tenent etiam *Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 19. Cov. præct. cap. 38. num. 7. verſ. 3. Reynof. obſerv. 25. n. 10.* Et maiori ratione; quia inſtitutor fol. 56. verſ. in princ. in vocatione filij Gondifali Bezerra expreſſit vocationem illius deſcendentium, ex quo colligitur, non negaſſe re-

præſentationem, ſi enim eam negaviſſet in verbis, ſenior, non vocaret illius filij deſcendentes, qui aliquibus caſibus poterant juniores eſſe, & alios in familia ſeniores exiſtere.

Sic etiam non obſtant alia verba dictæ inſtitutionis fol. 56. ibi: *O parente mais chegado.* Quoniam ex hac vocatione non exclu-ditur repræſentatio ex *text. in L. cum ita §. in fideicommiſſo verbo proximo ff. legat. 2.* quem ad hoc conſiderat *Reynof. obſerv. 25. num. 5. & num. 4. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. ubi n. 3. & 4.* multos laudat cum multis etiam *Pereir. deciſ. 59. num. 7. verſ. vel dici poteſt.* ubi ait jam exulſe opinionem illorum, qui ſentie-bant, vocato proximiori agnato, ceſſare re-præſentationem.

260 Non tamen convenio cum prædicto Do-mino in condemnatione fructuum ab indebita occupatione, ſed tantummodo à tempo-re litis conteſtatione; quia cum Rea ſit poſſeſſor bonæ fidei, fecit fructus ſuos, & eos reſtituere non tenetur, ex *text. in L. 4. §. 1. ff. fin. regund. L. bonæ fidei ff. acquirend. rer. domin. Phæb. 2. p. deciſ. 133. n. 42.* Et quòd fuiſſet poſſeſſor bonæ fidei, probatur ex eo, quod cum eſſet proximior ultimo poſſeſſori, & in teſtamento ad eſſet vocatio ſenioris, & proximioris, & quamplurimi Doctores in hoc caſu putent repræſentationem exclu-di, habuit Rea juſtam cauſam credēdi ſibi hunc maioratum competere, & ſic licere ſibi vacuam poſſeſſionem illius capere; nam ille, qui juſto errore ductus, putat rem ſuam eſſe, dicitur habere bonam fidem, & facit fructus ſuos per *text.* quos reſert, & ſequitur *Phæb.* ubi proxime *num. 39. 40. & 41.* fructus enim acquiruntur etiam ſine titulo data quali occasione poſſidendi, ex *Bald. in L. irritum col. 2. verſ. ſi modo quaeritur C. pro donat. Surd. conſ. 115. num. 4. Cenſus de cenſib. deciſ. 293. à num. 2. Phæb. dict. 2. p. deciſ. 133. num. 46. ubi num. 48.* quod ubi eſt jus dubium, non dicitur mala fides, & *num. 49. & 50.* quod ſufficit, malam fidem non ad-eſſe, quamvis bona non dentur, & quod bona fides cauſatur, non minus ex injuſtis, quàm ex juſtis cauſis, ex quibus exiſtimo Ream ſolum condemnari debere in fructibus à tempo-re litis conteſtationis, & in hoc reforman-dam ſententiam.

261 Circa autem alium maioratum de Villa de Paredes à Rea per reconventionem pe-titum, maius dubium ſe offert, quia non cō-ſtat de ejus inſtitutore, an fuiſſet aſcendens litigantium, vel tranſverſalis, & Rea non competit id probare, quamvis Actrix repu-tetur; ſufficit enim probare, ſe proximiorē eſſe

esse ultimo possessori, tanquam sororem, ex *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.* & ex his, quæ *Cancer. in prima edictione cap. 5. num. 50.* Actori verò incumbit onus probandi, patrem suum Maurum Bezerra, qui erat in remotiori gradu cum dicto ultimo possessore, esse intra gradus repræsentationis, nam sine illa non poterat præferri Reæ, & sic tenebatur probare, vel quando institutor istius maioratus fuisset ascendens, vel dato, quòd transversalis fuisset, locum habebat repræsentatio.

262 Et supposito, quod non probavit dictum institutorem fuisse ascendentem, restat disputandum, an dato, quod transversalis fuisset, posset dictus Maurus Bezerra uti beneficio repræsentationis contra Ream amitam suam?

Et videbatur dicendum, quod non; quia licet *Ord. lib. 4. tit. 100. in fin. princip.* in transversalibus ab institutore non descendenti- bus jubeat observare jus commune, & sic secundum meliorem opinionem, & communio- rem admisisset in illis repræsentationem usque ad secundum gradum, quæ de jure communitantum modo admittitur in transversalibus ex *Auth. post fratres à secunda Cod. de legitim. heredib.* attamen ista repræsentatio metiri debet non respectu ultimi possessoris, sed respectu institutoris, ut in terminis tenent *Cardoso post tract. de jur. accrescend. respons. 2. num. 61. latius Reynof. observ. 26. à num. 9. cum seqq.* Et sic dictum Maurum beneficio repræsentationis non gaudere, cum notorium sit esse extra secundum gradum cum institutore hujus maioratus, qui ignoratur, & valdè antiquus est.

263 Verùm tamen, verius puto ad repræsentationem considerandam esse in hoc casu personam ultimi possessoris, & non institutoris; namque contra *Reynof. stant Pereir. decis. 59. sub num. 7. vers. satisfit, & dec. 116. num. 8. & 9. Sous. de Maced. decis. 16. n. 26. praeceptor Carvalho in relect. ad Clem. plures de jur. patronat. vers. tertius casus est* (quem licet non viderem, citatum inveni) & omnes illi, quos ipse fatetur, & refert dicta *observat. 26. num. 17.* & illi, quos refert *additio ad dictam decisionem 26. num. 15. usque ad finem, cui etiam non assentitur additio ibi, & viva ratio Ord. dict. lib. 4. tit. 100. §. 2.* dum in eo jubet succedere proximiorum ultimo possessori, & sic ab eo debet metiri repræsentatio ex ipsamet *Reynofi* ratione, quæ est, quòd debet metiri ab institutore; quia illi isti transversales succedunt ex *text. in L. coheredi §. feminae ff. vulgar. L. unum ex familia §. 1. ff. legat. 2.* ut declarat dicta *observ.*

26. num. 13. namque cum dicta *Ord.* declaret succedendum proximiorum ultimo possessori, bene infertur illi succedere, & ab illo cui succeditur, debet regulari repræsentatio, ut optime considerat *Cov. 2. pract. cap. 38. num. 10. vers. sed ubi, ibi: Quia si persona ultimi possessoris est attendenda: cur obsecro filius fratris non repræsentabit personam patris ad succedendum patruo ultimo maioratus possessori? Mantica. de conjectur. lib. 8. tit. 9. num. 4. vers. sed si sequamur, Fusar. de substit. q. 485. sub num. 23. §. ego vers. quod si volumus.* Namque quamvis bona fuissent institutoris, jam non succeditur ei immediate, imò potius mediate, & succeditur ultimo possessori ex dispositione institutoris, ut optime considerant, & respondet *Molin. de primog. lib. 3. cap. 9. num. 16. Gam. decis. 206. sub num. 4. vers. quod etiam, & vers. & quamquam.*

Et ratio est; quia in successione maioratus, quando non constat de dispositione testatoris, defertur successio eo modo, quo succeditur ab intestato. *L. fin. Cod. de verbor. signif. gloss. in L. cum ita §. in fideicommissio, verbo moreretur,* ubi communiter scribentes id notant *Menoch. lib. 4. præsumpt. 94. num. 19. Peregrin. de fideicom. art. 21. num. 5. & art. 30. num. 20. cum seqq. Crassus in §. fideicommissum q. 15. num. 2. in fin. Fusar. de substit. q. 481. à num. 1. Ceval. communium tom. 2. q. 778. à num. 38. Castilh. tom. 5. cap. 67. num. 29. vers. nec obstat Clarin. forens. cap. 84. num. 6. & 7. Far. 2. p. decis. 206. n. 25. & 26. optime Molin. de primog. lib. 3. cap. 9. num. 11.* Cum ergo in successione ab intestato consideretur proximitas morientis, tam ad successionem, quam ad repræsentationem, eo modo dicendum est in successione maioratus, ad quod faciunt ea, quæ *Castilh. lib. 3. cap. 19. à num. 140. cum seqq.* ubi asserit in successione maioratus non primi instituentis, sed ultimi morientis possessoris proximitatem considerandam esse, allegans dict. *L. cum ita in §. in fideicommissio, & glossam Accurs. ad dictum §.* quod prosequitur à n. 141. cum seqq.

Et confirmatur; quia juxta eam communem opinionem, secundum quam omnes filij, & fratres possessoris maioratus constituunt suam lineam, & acquirunt jus succedendi suo tempore, & successivè, de qua *Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. à num. 29. & 30. & 31. & seqq. Tiraquel. de primog. q. 11. num. 7. & q. 43. num. 14. & q. 20. numer. 76. Avendank. L. 40. Tauri gloss. 17. n. 26. Castilh. 3. quotid. cap. 15. num. 2. Gutierr. pract. q. 76. num. 16. Sous. de Maced. dict. decis. 16.*

*Reynof. obf. 24. num. 25. & 28.* Potest dici matrem dicti Mauri suam lineam constituisse ad se, & suos descendentes, saltem ad illos gradus, in quibus possent per repræsentationem succedere dicto ultimo possessori, ut cum *Bart. & alijs tradit Valasc. de just. acclamat. 2. p. punct. 1. §. 1. num. 28.* & sic ratione melioris lineæ videtur præferri dictus Maurus Reæ tertiam lineam constituenti.

266 Ex quibus sequitur, quod dictus Maurus Actoris pater cum respectu ultimi possessoris esset intra gradus repræsentationis concessæ à jure communi, tanquam ejus sobrinus filius sororis maioris, habuit idem privilegium, & jus, quod mater Francisca, quam repræsentabat, habebat, & sicut illa tanquam senior, Ream juniorem exclusura erat; ita etiam dictus Maurus, saltem virtute repræsentationis, quando linea negetur; & sic etiam in hoc maioratu non possum discedere à confirmatione sententiæ, quam, exceptis fructibus ab indebita occupatione, sed solum à lite contestata, ut supra dixi, in reliquo confirmandam existimo. Portu 25. Januarij anni 1678. Mendonça.

267 Evicta est contentio præsentis hypothetis per superiores deliberationes doctissimorum Patrum in confirmationem sententiæ Iudicis, unde in principali puncto, quod jam decisum nobis non licet disputare, & solum dicere debemus circa fructus Villæ nuncupatæ de Geras, an debeant à Rea restitui Actori, à tempore indebitæ occupationis, vel tantummodo à tempore litis contestatæ, in quo puncto præcedentes Domini contraria sequuntur: primus namque Dominus doctissimus sane sententiam Iudicis absolutè, & in totum confirmat; secundus verò Dominus colendissimus, ea addita declaratione, judicatum amplectitur, ut fructus solum à tempore litis contestatæ restituantur, & ni tenerer, judicium meum mancipare, tacerem potius, me enim hortatur illud *Senecæ* unde clamat, *Quis es tu, qui de factis patrum sententiam feras?* Iterum, cum injuncto mihi muneri satisfacere necessarium sit, quod censeam breviter dicam: & investigandum est, an Rea possessor esset bonæ, vel malæ fidei, si enim bonæ fidei possessorem Ream consideremus, solum à tempore litis contestatæ fructus restituere debet; possessor namque bonæ fidei, ut in jure notum est, suos fructus facit, neque eos restituit. *L. 4. §. 1. ff. in regund. L. bonæ fidei emptor ff. acquirend. rer. dom. §. si quis à non domino inst. de rer. divis. etiam si invalido titulo possideat. L. quæsitum in fin. ff. acquirend. rer. dom. L. sequitur §. lana ff. de usucap. Menoch.*

Pars II.

*remed. 15. recuperand. num. 582.* si autem illam existimemus malæ fidei possessorem, tunc non solum à tempore litis motæ, sed, etiam ab injusta occupatione, illos restituere tenetur, ex *L. certum Cod. de reivindicat. L. 1. §. ex die ff. de vi, & vi armat.* Doctores in *cap. gravi de restit. spoliat.* quæ mala fides, etiam si de illa expressè non constet, per conjecturas, & indicia probari potest. *Bartol. in L. celsus num. 37. ff. de usucap. Bald. in L. si paterna Cod. de repud. hæred. & in L. 1. & ibi Angelus Cod. usucap. transform. late Mascard. de probat. concl. 10001. volum. 2.*

Et quod Rea bonæ fidei possessor sit, meo 268 videri est indubitatum, credidit enim Rea bona ad se pertinere, & maioratum, cum esset proximior ultimo possessori, & in testamento inveniretur vocata, ut pote senior, & proximior, in quibus terminis aliqui putarunt repræsentationem fuisse exclusam, & quoties quis justè credit rem ad se pertinere, bonæ fidei possessor dicitur. *L. bona fides ff. de verbor signif. qui enim iusto juris errore possidet, & putat rem ad se pertinere, dicitur habere bonam fidem. L. sed & si §. scire ff. per. hæred. L. bonæ fidei esse in princ. ff. de acquirend. rerum domin. text. optimus in L. 2. Cod. si quis ignorans, cap. pervenit de empt. & vendit. neque in hoc casu ad restitutionem fructuum tenetur. Bald. in L. celsus num. 19. de præscript. Menoch. remed. 15. recuperand. & alij relati à Phæb. 2. p. dec. 133. num. 41. Surd. cons. 215.* quod præcipue procedit in fructuum acquisitione, ad quod titulus non requiritur, sed quælibet occasio possidendi sufficit. *Bald. in L. irritam col. 2. vers. si modo quæritur, Cod. pro donato; & quoad fructus, quos bona fide possidet, pro domino habetur. L. qui scit ff. de usur. Bald. ubi proxime Surd. dict. cons. 115. n. 4.*

269 Ex quibus cum præcedenti Domino doctissimo in illis, in quibus dicturus eram, convenio. Portu 31. Februarij 1678. Baſto.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata, Iudices, Doutor Freyre, Quifel.

Et hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

270 In Rea fortius litigandi desiderium agnosco, quam aliquod juris fomentum, quonitar ad tertiæ instantiæ prosecutionem; fat enim erat declinatio clari juris Actoris in Senatu inferiori, ut expensas, & tertiæ instantiæ labores non ambiret, sibi, & Iudicibus parcendo, sed quia noluit, breviter me expediam; & quoad maioratum de Paredes, cum ejus institutio non appareat, sine dubio judicanda est successio, secundum juris cõ-

Dd

mu nis

munis regulas ex *Castilb. lib. 2. cap. 22. à n. 33.* & cum in præfenti per obitum ultimi possessoris concurrat Actoris pater, filius sororis senioris ultimi possessoris, cum Rea matertera, sine dubio præferendus erat Actoris pater juxta *Ord. lib. 4. tit. 100.* quæ nostrum jus commune est, & antea melior pro nepote opinio erat in quæstione illa ardua de patruo, & nepote, ut nostrates multoties disputarunt, & ita, quoad hunc maioratum expeditissimi num est Actoris jus, sive vinculum fundatum fuisset ab ascendente, sive à transversali; cum in utroque casu repræsentationis beneficium à legislatore elargiatur, in *dict. tit. 100.* quæ dum jubet inter transversales observari jus commune in vinculo à laterali fundato ex *Auth. post fratres Cod. de legitim. hered.* interpretanda est, ut proximitas non fundatoris tantum, sed ultimi possessoris ostendatur, prout expressit *Legislator in §. 2.* ut tenet *Castilb. lib. 3. cap. 19. num. 140. Fusar. q. 485. num. 23. Peregr. de fideicommiss. art. 20. à num. 2.* & ita inter patruum, & sobrinum, non solum fundatoris, sed ultimi possessoris dari repræsentationem defendunt contra *Reynof. & alios antiquiores Cardos. ad calcem juris accresc. respons. 2. num. 62. Pereir. decis. 116. num. 10.* & latius, & melius præceptor *Carvalh. in clement. si plures de jur. patron.* ut jam judicavimus.

271 Quoad aliud vinculum de Villa de Geras; hæc enim annexata, & unita legitur fol. 56. antiquiori vinculo de Paredes, & ita secundum dispositionem juris communis est deferenda successio, cum annexatum sortiatur naturam annexati, præcipue, si contrariæ non sint clausulæ. *Castilb. lib. 3. cap. 10. à n. 12. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 1. tom. 4.* Unde sicut de jure communi Actoris pater successit in vinculo de Paredes, utique, & in hoc de Geras, cum inseparabilis sit utriusque successio ex juris, & testatoris dispositione.

272 Contra quod parum facit vocatio filij senioris, & proximioris agnati fol. 56. quæ est unicum aggravantis fundamentum, sed leve, & fragile, cum neque vocatio filij senioris, neque proximioris agnati repræsentationem excludant, ut longe, & eleganter ponderavit doctissimus aggravati Patronus, & quotidie, sine obstaculo similis vocationis repræsentationem admittimus ex vulgaribus nostrorum sententijs, sicque vocatio illa non est judicanda tanquam clausula contraria alteri vinculo, cum de jure communi, quo defertur successio vinculi de Paredes, etiam vocatio filij maioris, & proximioris lateralis non excludat repræsentationem,

unde sine dubio sententias probo. Ulyssipone 6. Julij 1678. Doctor Freyre.

Ego etiam in eadem sum sententia, quia in maioratu de Paredes, cum ejus institutio non appareat, succedendum est eo ordine, atque succedendi forma, qua succedi solet regulariter in maioratibus perpetuis secundum jus commune, ut docent *Mier. de maiorat. p. 1. q. 64. num. 24. Castilb. quotid. lib. 2. cap. 22. num. 34.* & cum fundator maioratus Ferdinandus ejus maioratum condidisset secundum dispositionem juris communis, ut ex institutione patescit, & cum in præfenti quæstio sit de patruo, & de nepote, quis dubitabit, quod pro nepote judicandum est, stante declaratione *Ord. lib. 4. tit. 100. in princip. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. à num. 2.* cum multis *Castilb. lib. 3. quotid. cap. 19. à num. 104. Pheb. 1. p. decis. 22. num. 1. & 2. p. dec. 192. à num. 11. Reynof. observ. 23. 24. 25. 26. per totas,* unde cum in præfenti per obitum ultimi possessoris concurrat Actoris pater, filius sororis senioris ultimi possessoris, cum Rea matertera, absque dubio præferendus erat Actoris pater, cum sit descendens ab institutore, cui *Ord. dict. tit. 100. in princip.* concedit repræsentationem in infinitum, & licet Actor, & Rea essent omnino transversales institutoris, & ultimi possessoris, adhuc Actor erat præferendus beneficio repræsentationis ex *Auth. post fratres Cod. de legitim. hered.* & etiam in hoc casu *Ord. dict. tit. 100. in fin. princip.* admittit repræsentationem, dum jubet observari jus commune, & proximitas non fundatoris tantum, sed ultimi possessoris est attendenda, prout expressit *Ord. dict. tit. 100. §. 2.* & ita inter patruum, & sobrinum non solum fundatoris, sed ultimi possessoris dari repræsentationem defendunt *Cardos. Pereir. & præceptor Carvalh.* locis citatis à doctissimo Domino.

Nec contra nostram sententiam obstat vocatio filij senioris, & proximioris agnati, cum per eam non excludatur repræsentatio, ut eleganter ponderavit sapientissimus Patronus Actoris aggravati; quare indubius judicatum libenter amplector. Ulyssipone 14. Julij 1678. Quifel.

Ego vero puto, non solum in descendentibus institutoris, licet sint transversales ultimo possessori, sed & etiam in transversalibus morienti, & etiam instituenti habere locum beneficium repræsentationis in infinitum, & in omnibus casibus, attenda dispositione nostræ *Ord. lib. 4. tit. 100.* secundum quam sunt distinguendi plures casus.

Primus est, quando contentio est inter descendentes ultimi possessoris, & conjuncti

inſtitutoris. Secundus caſus eſt, quando pertendentes ſunt tranſverſales ultimo poſſeſſori: ſed ſunt deſcendentes inſtitutoris. Tertius caſus eſt inter tranſverſales inſtitutori, & ultimo poſſeſſori, de quibus *Pereir. dec. 116. per totam.* Quartus caſus eſt, quando ſunt deſcendentes ab ultimo poſſeſſore, & tranſverſales inſtitutori, in cujus deciſione datur arbitrium Iudicis, ex *Pereir.* ſed ejus reſolutio optime conſtat ex doctiſſima deliberatione, de qua n. & ſeqq.

In primo, & ſecundo caſu, datur repræſentatio in infinitum, quia in utroque caſu invenitur æqualitas ſucceſſionis, lineæ, & repræſentationis, quia cum deſcendant à primo inſtitutore, juvabuntur ex prærogativa lineæ, & perpetuæ repræſentationis in infinitum, etiam ſi agant de ſuccedendo tranſverſalibus, ut inter alios advertit *Pereir. dec. 116. num. 6.* & alij infra citandi.

Et mihi probatur hæc reſolutio triplici fundamento deducto ex ipſa lege, & *Ordinatione d. tit. 100.* Primo probatur; quia *Ordinatio noſtra eſt ſimilis Legi 40. Tauri,* & ferè iſdem verbis diſponit, & cum ſecundum eandem legem admittatur repræſentatio in infinitum inter tranſverſales, ut tenet *Molin de primogen. lib. 3. cap. 7. num. 12. & 13. & ibi Addentes alter Molin. diſp. 627. num. 6. Covas practicar. cap. 38. num. 10. Cevalb commun. q. 762. num. 17.* ſic etiam debet admitti, attenda diſpoſitione noſtræ *Ordinationis* ex regula æquiparatorum.

Secundo probatur ex verbis noſtræ *Ordinationis* ibi: *O que não ſómente haverá lugar na ſucceſſão do morgado a respeito dos deſcendentes, mas tambem a respeito dos tranſverſaes, ſendo deſcendentes do inſtituidor.* Atque ita cum *Ordinatio* exequavit iſtum caſum, eadem diſpoſitio debet obſervari, quæ in primo obſervatur. *Pereir. d. dec. 116. num. 6.* quia cum contententes ſint deſcendentes poſſeſſoris, datur repræſentatio in infinitum, & filij, aut filiæ, aut alij deſcendentes in loco parentis ſuccedunt, ut ſunt verba *text. in authentic. de hæredib. ab inſteſtat. §. ſiquis agitur Valaſc. de jur. emphyt. q. 50. num. 30. Cald. conſ. 5. num. 120. Molin. d. cap. 7. n. 6. & 10.*

Quod etiam probatur ex verbis *Ordinationis*: *O que não ſómente haverá lugar; quæ verba ſunt relativa caſus antecedentis, atque ita in ſecundo admittitur repræſentatio ſicut in primo, ut tenet *Pereir. d. num. 6. Molin. d. cap. 7. num. 10. verſ. nec obſtat Caſtilb. lib. 3. cap. 19. num. 11.* maxime ſubſequentibus verbis *Ordinationis*: *De maneira, que**

Pars II.

*ſempre o filho, ſeus deſcendentes por ſua ordem representem a peſſoa de ſeu pay; quæ verba, ſempre, denotant perpetuitatem ad omnes caſus, & gradus, abſque limitatione, & termino. Molin. d. cap. 7. num. 11. verſ. ſecundo Caſtilb. d. cap. 19. n. 22.*

Probatum tertio ex verbis *Ordinationis* ibi: *E ſe os tranſverſaes não forem deſcendentes do inſtituidor, ſe guardarão que he diſpoſto por Direitio commun; ex quibus verbis illa exceptio regulam contrariam confirmat, & in alijs caſibus antea exemplificatis admittit repræſentationem in infinitum, & linearum conſiderationem, & ita fuit intellecta noſtra *Ordinatio* à ſapientiſſimis Magiſtris noſtræ Univerſitatis, & ita reſolutum extat à Doctore Antonio da Cunha in privatis ſcholis in L. unum ex familia §. ſed & ſi fundum, ubi ſic ſcripſit; ſed non eſt recedendum à priori ſententia, quam hodie expreſſe probat *Ordinatio lib. 4. tit. 100. in princip.* in qua in collateralibus, qui ſunt de linea inſtitutoris, hoc beneficiū diſtinctè cõcedit. Et paulo infra *verſic. quoad collaterales* ibi: *Quoad collaterales diſtinguit *Ordinatio* inter deſcendentes ex primo inſtitutore, & non deſcendentes, prioribus concedit repræſentationem ſimpliciter, & indiſtinctè, & ita debet intelligi quoad omnes gradus, ut patet, & ibi multis confirmat. Idem etiam docuit Ioannes de Carvalho in relectione ad textum in Clementin. ſi plures de jur. patronat. §. ſit primus caſus ibi: Sit primus caſus quando agitur de ſucceſſione deſcendentium ex linea primogeniti, tunc repræſentatio extenditur in infinitum, iſdeſt, ad omnes deſcendentes, prout in ſucceſſionibus ordinarijs diximus, & ſatis deducitur ex *Ord. lib. 4. tit. 100. ibi: De maneira que ſempre o filho, ou ſeus deſcendentes representem a peſſoa de ſeu pay, & in L. 40. Tauri, ibi: De maneira, que ſempre el hijo, y ſus deſcendentes representen la peſſona de ſu padre: in quo ſequuntur deciſionem Cap. 1. de natura ſucceſſion. feud. ubi omnes per masculos deſcendentes uſque in infinitum, tenent in terminis Legis Caſtellæ *Peralt. in L. 3. §. per fideicommiſſam ff. de hæredib. inſtituend. num. 22. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 7. Covas practicar. cap. 28. num. 8. Avendanb. gloſſ. 1. num. 37. Robles de repræſentatione lib. 3. cap. 4. num. 9. ex noſtris *Pereir. dec. 116. num. 5. Reynof. obſ. 24. & in hoc nulla eſt inter ſcribentes dubitatio. Secundus caſus eſt, quando non agitur de ſucceſſione deſcendentium, quia ſcilicet linea extincta eſt, ſed agitur de ſucceſſione inter tranſverſales, in qua quæſtione diſtinguit *Ordinatio* inter tranſverſales*****

Dd ij

deſcen-

descendentes à primo maioratus institutore, & inter illos qui ab ipso non descendunt in primo membro distinctionis quando transversales descendunt à primo institutore, etiam admittit repræsentationem in infinitum, in qua etiam sequitur *Legem 40. Tauri*, quæ similiter admittit inter transversales repræsentationem in infinitam, ut per *Covas d. cap. 38. num. 9. Molin. d. cap. 7. num. 9. Cost. d. 2. p. à num. 29. Mattens. L. 5. tit. 7. lib. 5. gloss. 4. ad fin. Gut. 3. p. præcticar. q. 67. num. 33.* quidquid repugnet *Avendan. d. L. 40. gloss. 14. à num. 25. Pelles p. 2. q. 6. num. 31.* ubi refert *Greg.* quorum opinio facile evitatur, si considerentur verba dictæ legis, quæ etiam hunc casum aperte decidunt, ut cum multis ostendit *Castilh. d. cap. 19. num. 91. Molin. disp. 627. num. 1.* & apud nos est indubitabile prope *Ord. dicto loco*, quæ utrumque casum determinat, ut bene considerat *Pereir. d. decis. 116. num. 6. Reynos. observ. 26. num. 6. Præceptor Cunha ad Legem unum ex familia de leg. 2.* Alter ad caput grande, ubi ponderatur verbum, *sempre*, quod perpetuitatem importat juxta *Legem primam ff. solut. matrim. Leg. ultim. ff. ad Legem Pompeiam de parricid. Molin. d. cap. 7. num. 11. Pereg. art. 27. num. 2. Castilh. supra num. 93.* Circa quod advertit hanc Ordinationem esse quamplurimum odiosam, ex eo quia plura contra regulas juris communis adducit. Primo admittit repræsentationem, deinde illam extendit ultra filios fratrum contra utramque *Authenticam post fratres Cod. legitimis hæredibus.* Ultimo, quia quando admittit repræsentationem, illam admittit indistincte, etiam si concurrant duo transversales in æquali gradu sine patruo. Potest tamen ejus dispositio justificari ex eo, quia principale intentum legislatoris fuit evitare intricatas lites, quæ quotidie super prædicta successione oriebantur, & quemadmodum in linea primogeniti perpetuitatem repræsentationis consideravit in linea transversalis, ad quam fit regressus ad exemplum successorij ædicti contra *L. 1. ff. eodem considerat Avendan. d. gloss. 14. n. 23.*

282 Hactenus *Præceptor Carvalho*; & hanc resolutionem in repræsentationis favorem in infinitum in supradictis casibus sine dubio amplectuntur noviter *Vrseol. consult. forens. 12. num. 9. & seqq. & in appendice ad cap. 12. num. 9.* cum multis *Roxas de incompatibilit. maiorat. p. 8. cap. 5. num. 39. & seqq.* cum multis etiam doctissimus *Feloaga enchirion. jur. cap. 20. per tot. & ex nostra Ord. lib. 4. tit. 100.* eam citando tradit *Luca de*

*linea legali, art. 9. num. 40. & seqq. Additio ad Reynos. obs. 26. ad num. 6. pag. 162. Phab. 1. p. dec. 44. num. 8. Pereir. dec. 59. num. 3. 5. & 6. Pinheir. de censu, & emphyteusi 2. p. disp. 5. sect. 4. §. 3. num. 93. & 96. Cardos. post tractat. de jure accrescendi respons. 6. 2. p. pag. 299. num. 58. 59. & 60. Valasc. de justa acclamat. p. 2. punct. 1. §. 4. num. 69. & in lib. intitulo, Perfidea de Alemania, lib. 2. tit. 1. art. 3. pag. 175. column. 2.* Atque ita optimo jure judicatum fuit in casibus antecedentibus pro linea, & repræsentatione.

Unde si duo filij duorum patruelium, apud nos *dous primos com irmãos, ou segundados*, de successione maioratus filij alterius patruelis contendunt, & alter ex his junior sit, ex patre tamen seniori, alter senior ex patre tamen juniore, quamvis attento jure communi, senior ille præferri debere, quia in pari gradu, & sexu potior est ætate, *L. fin. ff. si de instrumentor. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 3. num. 7. & lib. 3. cap. 4. num. 1.* attamen jure Regio, si sint descendentes à primo institutore, junior præferendus est, quia per repræsentationem succedit in locum patris, & ita præfertur eis, quibus pater si viveret præferretur, & sic deinceps, & ulterioribus, & collateralibus, ac subinde hujusmodi collaterales respectu ultimi possessoris, attento tamen stipite, descendentes sunt, & eo respectu in linea descendentium constituti, proinde non minus illorum quo loco, quam eorum, qui vere descendentes sunt, ratio haberi debet in successione, ut per hæc verba resolvit *Præceptor Cunha*, ubi supra, & judicatum etiam fuit in casu, de quo *Fonseca in lib. intitulo, Comento dos quatro livros da Instituta, tit. 10. da posse dos bens que dá o Pretor pag. 332. num. 12. & seqq.* & idem probat *Roxas de incompatibilit. maiorat. p. 8. cap. 5. num. 41. vers. & licet.* De qua re vide sententiam sequentem.

No feito de agravo de Domingos de Sã Tinoco, & outros, em que he parte Antonio de Queirõs Monteiro, Escrivãõ Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

287 *Acordão os do Desembargo, &c. Nam he bem julgado pelo Juiz, em mandar dividir, & partir igualmente entre os appellantes, & appellados os bens da herança, que ficou de seotio Pedro Monteiro de Queirõs falecido abintestado, negando por este modo aos appellantes o beneficio da representaçãõ, revogando sua sentença, vistos os autos, & como na melhor, & mais cõmua opiniaõ dos Doutores, & porque mais se julga na pratica compete aos appellantes o beneficio da representaçãõ, sem em.*

embarço de não haver tio vivo com quem concorriaõ, com o mais dos autos, julgaõ, & declaraõ competir aos appellantes na partilha da dita herança a dita representaçõ, para terem, & haverem sua ametade: & aos appellados julgaõ a outra ametade da dita herança, & paguem os appellados as custas dos autos, em que outrosim os condenaõ. Porto 29. de Agosto de 1679. Lemos. Velloso.

285 Et hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

286 Casus huius processus fideliter refertur fol. 34. & ideo in id magis non immoror, & deveniendo ad merita causæ, quæstio est, an hæreditas ista dividenda sit per stirpes, aut per capita, attento quòd cohæredes isti, omnes sunt consobrini defuncti, filij ex duobus fratribus, jam permortuis tempore mortis ipsius defuncti, de cujus hæreditate agitur? Quæ quæstio quamvis valdè cõtro-versa sit inter Doctores, de quibus *Gabr. Per. decis. 3. per totam*; ego censeo talem hæreditatem in hoc casu dividi debere inter hos cohæredes, in stirpes, & non in capita, quia succedunt repræsentando personas patrum, & non per se, ex *Authent. de hæredib. ab intestato venient. collat. 9. in §. si igitur 2.* & sic refert iudicatum *Gabr. Pereir. sup. dicta decis. 3. in fin.* & tenet *Valasc. de jur. emphyt. 9. 50.* & est *Accursij* opinio, de qua *gloss. in authent. cessante Cod. de legit. hæred. quam Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1.* jubet observari; maxime etiam attento quòd cohæredes isti jam hanc ipsam hæreditatem ceperunt dividere inter se voluntarie in stirpes, ut cernitur fol. 30. vers. in fin. & sequenti; & in his terminis non debebant appellati hanc actionem intentare, nec admitti debebant; quia nemo potest contra factum proprium venire, nec illud impugnare. *L. post mortem 25. ff. de adoption. Val. cons. 69. num. 1. L. cum profitearis Cod. de revoc.* quare ex his, & ex dictis dicto fol. 34. & 35. juberem divisionem istam in stirpem fieri, & non in capita; sic dicerem, condemnaremque appellatos in expensis utriusque instantiæ, sic revocato Iudice. Porto 12. Augusti 1679. Velloso.

287 Agitur in hoc processu de illa satis supra dicta altercata quæstione: utrum fratrum filij sint admittendi ad patrum hæreditatem in stirpes, vel in capita? In qua quæstione intrepidè sequor sententiam eorum, qui sentiunt, consobrinos succedere in stirpes ex beneficio repræsentationis, quamvis non concurrant cum patruo, sed solus concursus versatur inter ipsos consobrinos. Hæc sententia in nostro Regno longe verior est,

Pars II.

& sequenda, prout testatur doctissimus, & nunquam satis laudatus Senator *Pereir. in sua decis. 3. num. 15. ibi: Quare licet in alijs orbis partibus liberum sit hanc, vel illam sequi opinionem, tamen in hoc Regno necessario tenendum est consobrini repræsentationis beneficium competere etiam inter se, cum hæc opinio fuerit Accursij, & Bart. & durum erit contra dictam dispositionem judicare, cum ipse Senator in fine decisionis testatur ita sæpè Senatum judicasse.*

288 Neque quidquam pendent fundamenta contrariæ sententiæ negantis repræsentationem dictis consobrini, quia plene, & ad saturitatem noviter satis facit *Valasc. de Gouvea C. qui videatur quæso de justa acclamat. 2. p. 1. puncto §. 5. per totum*; sic placet, Iudice revocato. Porto 28. de Agosto de 1679. Lemos.

289 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit confirmata, Iudices *Pereyra, Almeyda.*

Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

290 Satis controversa est quæstio inter patruales concurrentes ad hæreditatem patrum ab intestato defuncti, an in capita, vel in stirpes succedere debeant; & quamvis ex utraque parte, neque deficiant jura, nec Doctores, attamen in nostro Regno, & secundum Legem nostram, tenere debemus opinionem, quod in stirpes, & non in capita consobrini succedant patrum suo, namque repræsentatio inter ipsosmet admittitur, sicut inter patrum, & patruales *Auth. de hæredib. ab intestat. §. si autem vers. unde sequens col. 9. Auth. post fratres Cod. de legit. hæred. §. si plures de agn. success. & hæc est opinio Accursij in dict. §. si autem verbo fratres, & in L. lege 12. tabular. Cod. de legit. hæred. & in L. 1. §. ult. verbo ut puta, ff. si pars hæred. & etiam fuit *Bart. in L. 2. §. hæreditas ff. de suis, & legit. & in L. liberor. n. 15. ff. de verb. sign. & cons. 171. lib. 1. communemque dicunt esse Mantic. de tacitis, & ambiguis lib. 23. tit. 32. num. 4. Iulius Clarus in §. feudum 9. 75. num. 2. Gom. in L. 8. Tauri num. 12. Molin. de primog. lib. 3. cap. 7. num. 21. Valasc. de jur. emph. 9. 50. num. 3. & secundum istam judicare debemus ex *Ord. lib. 3. tit. 64. Gabr. Pereir. dec. 3. num. 15.* quapropter sententiam inferioris Senatus statuere est in votis. Ulyssipone 22. Aprilis 1680. Almeyda.**

291 Præcedente voto indubitanter accedo, & ne eleganter dicta, tum ab amplissimis inferioris aulæ patribus, tum à doctissimo viro, qui aggravatorum causam defendendam



suscepit, repetam, omnia enim in medium prolata sunt; unum tantum advertam *text. in Auth. de hæredib. ab intest. §. sed & ipsis*, non absolute, sed cum relatione ad præcedentem esse accipiendum in præcedenti *versiculo, hujusmodi, fratrum filijs*, juxta dispositum *in Auth. post fratres Cod. de legit. hæredib.* repræsentatio conceditur; subdit ergo extensive Imperator illud id accipiendum, quando sobrini cum patruo concurrant, quasi in præfato *§. sed & ipsis*, duxerit (*sed etiam ipsis fratrum filijs hoc beneficium concedam, &c.*) hujus decisionis ratio dubitandi: hæreditas ab intestato, ad agnatum proximiorē defertur, *princ. inst. de legit. agnator. success.* sed frater sobrinus proximior est; *text. in §. 2. & in §. 3. inst. de gradib.* ergo ratio decidendi repræsentationis beneficium, personam referentem, in relati locum sufficit, ac substituit *§. cum filius inst. de hered. qui ab intest. def.* sed repræsentatio conceditur fratri in filijs *dict. auth. post fratres*: ergo non ex dispari, sed juris censura ex æquali gradu, fratris filij cum defuncti fratre concurrunt. Et si hæc, ita ubi arctior proximitas à successione in stirpes, repræsentationis beneficio, fratris filios non excludit, cur quando sine repræsentationis necessitate ad gradus æqualitatem assequendam, sunt enim in equali gradu consobrini, eodem jure, & modo non succedent: at vero, quando fratres filij cum patruo concurrunt, in stirpes succedunt, ut est in confesso; ergo qui nullo jure communi præcedunt, eodem modo succedere necesse est; nisi velimus remotiores gradu, scilicet consobrinos, proximiorē scilicet patrum potiori prerogativa donare. *Vlyssipone 24. Maij 1680. Pereyra. De qua re diximus in comment. ad Ord. tom. 7. ad tit. 87. lib. 1. §. 4. n. 69. & 70.*

292 Contrariam tamen sententiam, & opinionem, & quod nec linea, nec repræsentatio haberet locum in successione transversalium, ultra fratres, fratrumque filios, & licet contententes fuissent descendentes à primo institutore, neque etiam quod darentur tot lineæ, quot fuerunt filij, sed tantummodo lineæ possessoris, & primogeniti, considerata foret, judicatum fuit in casibus seqq. & fortiter sequutus fuit Senator *Portugal in deliberatione seq. de qua num. 393. & seqq.* facta in causa de Gonfalo da Costa de Meneses, contra Antonio Correa Barem, oppoente Joseph de Lima, & outros, Escrivão Domingos Luis de Oliveira.

293 No feito de Ioaõ de Valadares de Valcon-

cellos, & appellante Manoel de Valadares, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. Manoel de Valadares Vieira, contrariedade, & reconvenção da R. defunta Marianna de Valadares, artigos de habilitação, porque foram habilitados os RR. seus filhos, por seus herdeiros, testamento, certidoens, sentenças, mais papéis, & documentos juntos, prova a tudo dada; por parte do A. se mostra, que sendo vivos o Doutor Ioaõ de Valadares, & sua mulher Brites Lopes de Carvalho, apartaram em seus terços a quinta do Passo, sita na Freguesia de Santa Maria do Souto, o Casal de Quinchães, sito no Conselho de Monte Longo, a quinta de Novegilde, & as casas desta Villa, em que a R. vivia, & vincularam para sempre as sobreditas fazendas, com prohibição de nam serem alheadas, & com encargo de huma missa cada dia, & nomeando se no dito vinculo por administradora delle a dita Brites Lopes de Carvalho, & por seu falecimento, a seu filho de ambos Martim Lopes de Valadares, determinando que dahi em diante andaria sempre no filho mais velho, & por falta delle na filha mais velha, que mais proxima fosse à successam, como tudo bem consta da instituição, & testamento junto do dito Doutor Ioaõ de Valadares, & sua mulher, & se mostra, que o dito seu filho Martim Lopes foi possuidor do dito vinculo, & por sua morte, por nam lhe ficarem filhos, nelle succedera Sebastião de Valadares seu irmão, pay da R. & avo do A. & por sua morte o ficara possuidor Manoel de Valadares, irmão da R. que se ausentou para as partes da India, para onde partio ha mais de quarenta annos, ficando na posse delle a R. depois de sua partida, colhendo, & desfrutando os frutos, como cousa sua, ella, & seu marido: mostrase, que sendo vivo outro Manoel de Valadares, primo do pay da R. instituiu huma Capella, sita no Claustro da Real Collegiada de Nossa Senhora da Oliveira desta Villa, à qual annexou quarenta mil reis de juro no Almojarifado della, de que a R. esteve de posse, por morte do dito seu irmão Manoel de Valadares Vieira, como consta da certidam junta folh. 92. que he a da sentença do Juizo das justificaçoens, porque lhe foram julgados vinte mil duzentos setenta & quatro reis do dito juro, que o marido da R. como procurador do dito Manoel de Valadares, tirou por demanda às Religiosas de Santa Clara da Cidade do Porto. Mostrase que o A. he filho legitimo de Ioanna de Valadares, irmã mais velha da R. & de seu marido Ioaõ Vieira, & irmã inteira do dito Manoel de

de Valadares, que se ausentou para as partes da India; mais se prova, que a mãy do A. fora assistente, & moradora na Cidade de Lisboa, que nella falecêra habem annos, & que o A. viera a esta Villa para casa da R. sua tia, donde se partira para a Fronteira do Minho, & nella, & em outras servira de soldado, & occupára os postos de Alferex, & Capitam, Sargento Mor, Governador de Praças, & Mestre de Campo, nos quaes postos servio a S. A. mais de vinte annos, com o que se entendia, que neste tempo, & nas occupaçoens dos sobreditos cargos, mal podia tratar demandas, & que no tempo que o A. assistio na praça do Minho, por algumas vezes, que a R. lhe enviava alguma coisa de sua casa, logo assentava tudo em Rol, dizendo, que assim o fazia se em algum tempo ouvesse algũa volta, soubesse o que lhe tinha dado, por quanto o morgado de que se trata, pertencia ao A. Por parte dos RR. habilitados se mostra, que no tempo que o A. servio a S. A. nas praças do Minho, & traz dos Montes, que distaõ sòmente desta Villa treze, & quatorze legoas, vinha a ella algumas vezes, assistindo em casa da R. sua tia, sem que nunca neste tempo tratasse de intetar lhe demanda sobre a dita Capella, & morgado, & desde q os caseiros assistem nos Casaes do vinculo de quarenta annos a esta parte, sempre pagâram suas pensoens à R. & a seu marido, de quem recebiaõ pagas, & quitaçoens, nam conhecendo outro Senbriomais que a R. & ao dito seu marido Bartholomeu Mendes de Vasconcellos, & se allega, que dado caso pertence sem ao A. os ditos vinculos, era já prescrita a acção, por ser sua mãy falecida ha mais de trinta annos, sem que o A. em todo este tempo tratasse deste litigio, alem de que tambem carecia da dita acçam, por se presumir vivo, & nam consta ser morto o dito Manoel de Valadares ausente, por ser ainda muito menos de cem annos, em cujos termos, conforme a Direito, se presume a vida, & que nem ainda sendo morto, pertenciaõ ao A. os ditos vinculos, por ser sua mãy falecida primeiro que o dito seu irmão Manoel de Valadares, dado caso, que nam fosse vivo, por cuja causa pertenciaõ à R. por ser a irmã viva, que mais proxima estava à successão, por nam haver mais irmãos vivos do dito Manoel de Valadares, como tambem por estar de posse das ditas fazendas, em virtude da doaçam junta de dote, que o dito seu irmão lhe fizera. Em quanto á reconvenção se mostra, que o A. viera de Lisboa para casa da R. & seu marido, & que elles por espacio de alguns annos o sustentáraõ nella de cama, & mesa, vestir, & calçar, limpa, & honradamente, com todo o

Pars II.

bom trato, como faziam a seus filhos, & tendo o A. hum crime, por o prenderem com hũa pistola, estivera preso na Cadeya desta Villa, & a R. & seu marido o livrârão, & sustentârão na prisão com todo o aparato necessario, como tambem assistindo no Minho, em quanto nam foi Capitão, o soccorrião, & aparelhavaõ honradamente, com o que assim tudo, fizeram com elle grandes gastos, & dispendios. O que tudo visto, com o mais dos autos, disposiçãõ de Direito neste caso, & como se prova, que os bens declarados no primeiro artigo do libello, são de vinculo, como consta do testamento junto, em que se declara, que a fazenda das terças dos testadores ande sempre vinculada, & nunca seja vendida, nem alheada, & de muitas conjecturas que dos autos se colhem, como são o costume de succeder nestes bens jure progenerituræ, confessando o dito Manoel de Valadares, quando no usufruto delles nomeou a R. sua irmã, que erão bens de Capella, como tambem serem na instituiçam, & testamento do Doutor Ioão de Valadares instituidor, chamados para a successam o filho mais velho, & em sua falta a filha mais velha, usando da palavra ( sempre ) que são todas conjecturas forçosas para senam duvidar que os ditos bens sejaõ de vinculo, & nam desfazendo esta opiniaõ: o que se allega por parte da R. sobre a verba da instituiçãõ, que diz ( que hão de ser vinculados para sempre ) porque essa se refere à primeira da dita instituiçãõ, que diz: Queremos, & nos praz, que nossa fazenda, a saber de nossas terças, ande sempre vinculada, & como outrosim se mostre, que a R. estava de posse do dito vinculo, por morte de seu irmão Manoel de Valadares, ultimo possuidor delle, sendo sua irmã mais nova, & o A. filho de Ioanna de Valadares, irmã mais velha, a quem pertencia, se fora viva, o dito morgado, & assim, conforme a Direito, o A. seu filho pelo beneficio da representaçãõ, que neste caso lhe toca, sendo assim estãõ neste Reyno, nos bens de morgado, em ar a ptraõ os descendentes do instituidor, como se A. o que não encontra o que se allega pela R. em quanto faz seu fundamento nas palavras da instituiçãõ, que dizem: A filha mais velha, que mais proxima for à successão, por quanto nestes termos não fica perecendo o beneficio da representaçãõ, que conforme a Direito, para que não succeda he necessario que conste, ou por palavras claras, ou por conjecturas evidentes, o que tudo da instituiçãõ se não verifica, & por se mostrar que a R. haverã quarenta annos, pouco mais, ou menos, possuia a dita Capella, & morgado, como usufructuraria até sua morte,

Dd iij

sendo

sendo irmãa mais nova do ultimo possuidor Manoel de Valadares, & o A. ser filho de Ioanna de Valadares, irmãa mais velha delle A. em que não se pode valer da prescripção que allega, por possuir como usufructuaria, & melhor, por não serem passados os annos necessarios para a prescripção, depois que a R. possuiu por morte de Manoel de Valadares seu irmão, que foy do anno de mil seiscientos sincoenta & sete por diante, como consta da certidão da sentença do Juizo das justificaçoens fol. 92. em que por razão de ser falecido o ultimo possuidor, se lhe deu posse do juro da Capella, sita no Claustro da Real Collegiada de Nossa Senhora da Oliveira desta Villa, com o que fica satisfeito ao que se allega sobre ser vivo, ou não o dito Manoel de Valadares, pois assim está julgado pela dita sentença do Juizo das justificaçoens, em que se devia provar, por cuja causa da dita posse por diante se entende, que a R. per sy só possuiria os bens da dita Capella, & os do morgado, contheudos no primeiro artigo do libello, que até esse tempo não lograva senão pelo titulo de usufructuaria, em que se não dá prescripção mais, que em outros termos, em quanto ao usufructo, sendo que tambem para este effeito de não valer a dita prescripção, se devia ter respeito ao A. assistir tantos annos no serviço de S. A. com a occupação de cargos grandes, que dependião da assistencia do A. com o que mal podia assistir a demandas, pelo que assim tudo visto, julgo, & declaro pertencerem ao A. os bens do vinculo declarados no primeiro artigo do libello, como filho da irmãa mais velha do ultimo possuidor delles, & condeno aos RR. habilitados, que delles abraão mão, & os entreguem ao A. com os frutos da indevida occupação até real entrega, computando nelles os gastos, que a R. fez com o A. pedidos em sua reconvenção, que elle confessou, & na execução deste se liquidarem; & no que toca ao vinculo, & Capella sita no Claustro da insigne Collegiada desta Villa, instituido por outro Manue fili Valadares, primo do pay da R. com a qual se mostra a instituiçãõ porque se colhe a forma, & disposiçãõ delle sobre o modo de succeder, nẽa se prove por justas conjeturas, & como o A. nam he descendente deste instituidor, sendo certo, que conforme a melhor opiniaõ, nos transversaes cessa o beneficio da representaçãõ: Julgo não pertencer ao A. & nesta parte absolvo aos RR. habilitados do pedido por elle, & pague assim o A. como os RR. as custas destes autos de permeyo, em que os condeno. Guimaraens de Novembro 13. de 1672. Antonio Coelho de Carvalho.

A qua sententia fuit appellatum ad Senatium Portuensem, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordão os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz de Fora em absolver ao Reo da aução intentada pelo A. sobre a Capella instituida por Manoel de Valadares, pela qual tentou revendicala, & serlhe julgada, & outrosim em condenar o A. na revendiçãõ, cuja aução pela R. originaria se acha ser intentada; mas em condenar ao R. a que largasse ao A. os bens do morgado instituido pelo Doutor João de Valadares, & sua mulher Brites Lopes de Carvalho, foy por elle menos bem julgado; cumprase o confirmado de sua sentença, por alguns de seus fundamentos, & o mais dos autos, os quaes vistos, & como delles conste, que em virtude da instituiçãõ deste morgado o lograva em sua vida a dita Brites Lopes, & por seu falecimento seu filho Martim Lopes de Carvalho, chamado em segundo lugar a elle, que falecendo sem filhos, entrou em sua administração seu irmão Sebastião de Valadares, por cuja morte succedeo em ella seu filho Manoel de Valadares, que se ausentou para a India, onde se acha provado, que falecera, sem que deixasse descendentes, & em tempo que a mãy do A. era já falecida, por cuja razão a mãy do R. sua irmãa mais moça, foy como successora nelle continuando na posse em que se achava em virtude da doaçãõ, que o dito seu irmão lhe havia de seus frutos feita, para poder casar, quando se ausentou, & lhe deixara procuraçãõ, a quem o R. seu filho succedera, & de Direito lhe pertence o dito morgado, porque como ao tempo da morte do dito Manoel de Valadares ausente, fosse já a mãy do A. falecida, pertencia a successãõ à mãy do R. como parenta mais chegada ao ultimo possuidor, & do sangue, & linha dos instituidores, segundo a melhor opiniaõ, que se justifica com a decisaõ da Ordenaçãõ, mayormente que com as palavras expressas com a dita instituiçãõ, porque os instituidores declarãõ, quererem succeda nelle em falta de filho a filha mais velha, & mais chegada à successãõ, com as quaes parece quizeraõ excluir o beneficio da representaçãõ, que podião bem fazer; Absolvem ao Reo da aução pelo A. intentada, & declarãõ pertencerlhe a dita administração do dito morgado, & Capella; & condeno ao mesmo A. nas custas de ambas as instancias. Porto 15. de Junho de 1673. Pinheiro. Monteiro.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Duplicatos proponit Actor libellos in 295  
prz:

præſenti. Primus continet viginti & quatuor articulos ſatis confuſos: ſecundus decem, ſed magis clariffimos, & digeſtos; de hoc ſolum uti voluit Actor, ut inſpicitur ex termino fol. 12. in fin. Duplicatos etiam petit maioratus: primus conſtitutus in Villa do Paço, ſita in Parochia Sanctę Marię de Souto, & in prælio de Quintaes, ſito in conſilio de Monte Longo: & in domibus, in quibus Rea habitat: & in Villa de Novilde, ſita in Parochia Divi Chriſtophori de Riba de Sello, cum omnibus alijs rebus pertinentibus, cum onere unius Miſſę quotidianę in perpetuum. Secundus maioratus, qui petitur, ſitus dicitur in Claſtro Regalis Collegiætę oppidi Vimarenſis cum onere Miſſarum, cui annexę fuerunt quadraginta mil. regal. quę in quęſtura dicti oppidi ſolvuntur.

296 His ſic poſitis, inſpicere debemus, quiſnam fuiſſet, qui dicta bona in perpetuum vinculavit, cum quibus verbis, & oneribus, & quas vocationes feciſſet, & quibus circumſtantijs, ad hoc ut intelligi poſſit, ſi dicta bona ſint libera, aut ſint aliquo vinculo in perpetuum alligata, & ei obligata?

Et cum maioratus non præſignatur niſi probetur, juxta ea, quę *Gam. dec. 224. n. 7.* occurrere in primis oportet ad veram inſtitutionis, quę ſemper attendenda ſunt, ut per *Gabr. Pereir. deciſ. 8. n. 1.*

297 Et viſo teſtimonio fol. 7. conſtat, quod Doctor Ioannes de Valadares, & ejus uxor Breatis Lopes de Carvalho inſtitutionem diſpoſuerunt in forma ibi: *Primeiramente queremos, & nos praz, que noſſa fazenda de noſſos terços aude ſempre vinculada, & nunca já mais poſſa ſer vendida, nem obrigada a peſſoa algũa, porque atęgora he livre, &c.*

Et ſtatim per teſtatores ſeparata fuerunt bona ſupra declarata in principio, cum onere unius Miſſę quotidianę, celebratę per Capellanum ad id electum, & ulterius accumulavit teſtator verba ibi: *E admiſtrarã eſta Capella a dita Brites Lopes de Carvalho, em quanto viver, & depois de ſeu falecimento noſſo filho Martin Lopes de Valadares, & dabi em diante andarã ſempre no filho mais velho, & falecendo filho, na filha mais velha, que mais proxima for à ſucceſſãõ, &c.*

298 Ex quibus verbis expreſſa intelligitur voluntas teſtatorum, & maioratus inſtitutus; iſte namque conſtituitur ex onere miſſarum impoſito, ſi modo adjecta ſit clauſula, ut ſucceſſio ad proximiores deferatur, & ſi teſtator ad diverſos ſubſtitutionum gradus procedat: & per verba prohibitiva

alienationis in perpetuum, quę omnia in præſenti inſtitutione inveniuntur, & eam ſequuntur *Cabed. 1. p. deciſ. 143. Gam. deciſ. 286. num. 2. & deciſ. 48. num. 1. & deciſ. 215. num. 1. Gabr. deciſ. 5. num. 3. Reynof. obſerv. 68. num. 28. Gam. deciſ. 218. Phab. deciſ. 120. num. 9. & 10.* ubi dicit, quod vocatio perpetua deſcendentium ſufficit ad inducendum maioratum, *num. 11. 12. 13. 14. & 17. Cabed. 1. p. dec. 95. num. 1.* ſuper clauſula prohibitiva alienationis. *Valaſc. conſ. 82. n. 2. 3. & 11. & 47.* & melius *Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. per totum. Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53.* de qua *DD.* proximè relati. Cum ergo non ſolum per conjecturas, quas *DD.* addunt, ſed per formalia verba inſtitutionis conſtet de maioratu conſtituto, quod ut maioratus judicari debeat.

Nunc videndum eſt quis ex contendentiſ ſit legitimus ſucceſſor in hiſ vincula- 299 tis bonis, in qua ſpecie breviter dicendum arbitror, quod cum in maioratibus ſuccedat conſanguineus magis immediatus ultimo poſſeſſori ex *Ord. lib. 4. conſ. 100. §. 2.* de qua *Gam. deciſ. 17. & 354. num. 9. Valaſc. conſ. 121. à num. 2. Cabed. 2. p. deciſ. 51. num. 6.* & probetur Ream immediatam ſucceſſorem ejus fratris Emmanuelis de Valadares Vieira abſentis, & mortui in partibus noſtri Orientis, ut conſtat ex juſtificatione fol. 72. & veri. & ex ſententia in appenſo B. qui fuit ultimus poſſeſſor hujus vineuli, & per ejus obitum ejus ſoror inæquali gradu ſuccedere debebat, cum vir, & maſculus non exiſteret, qui de ultimo poſſeſſore ſuccedere poſſit, & mater Actoris quamvis fuiſſet ſenior, jam erat mortua ante obitum dicti Emmanuelis de Valadares, & remanſit Rea originaria ejus ſoror ſuperſtes, & proximior ultimo poſſeſſori; quę juxta verba inſtitutionis excludere debet re- præſentationem, in qua fundatur A. ex doctiſſimis allegationibus, pro parte R. habitati ex illa clauſula ibi: *Que mais proxima for à ſucceſſãõ,* & *DD.* qui pro hac opinione adducuntur, in hac parte Judicium revocarem.

Sed quoad alia ſuper Capella in Claſtro Regalis Collegiætę, cum non conſtet de inſtitutione, neque maioratus præſumatur, niſi probetur: & ſuper reconventionem, quam A. confitetur, Judicem confirmarem ex ſuis relatis fundamentis. Portu 17. Aprilis 1673. Gouvea.

De duobus agitur maioratum inſtitu- 300 tionibus, & circa utriuſque ſucceſſionem dicere oportet; primo de inſtitutione à dicto Ioanne de Valadares non eſt hæſitandum, cum

cum non solum per conjecturas, quæ in illa institutione non parvæ concurrunt, ut inspicere potest cum plurimis quos refert *Peg. resol. forens. cap. 4. à num. 165. cum pluribus sequentibus*, qui ad hunc maioratum adaptantur; sed & per verba clara, & expressa constet de tali institutione.

Hoc supposito, & concurrente amitta cum filio sororis senioris ultimi possessoris Emmanuelis de Valadares, præscrutari convenit; in quo, licet aliqui DD. non negligendæ opinionis teneant, quod hoc in casu non datur repræsentatio, & succedat amitta, non autem nepos in sorore; verior tamen opinio est, quod quando concurrunt transversales descendentes ab institutore, admittatur repræsentatio, & præferatur nepos, filij, aut filix senioris, licet pater, aut mater, jam sit mortuus; & ita disponit *Ord. lib. 4. tit. 100. in princip. Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 11. Ruin. conf. 8. num. 79. Surd. conf. 325. num. 14. Avend. in L. 40. Tauri num. 20. & 21. Castilh. tom. 2. cap. 2. à num. 5. Menoch. præf. 95. à num. 21. & conf. 357. à num. 27. Reynos. obser. 25. ubi n. 9. increpat Valasc. de jure emphyt. q. 50. num. 34. in fin. & Gam. decis. 307. num. 4. & decis. 385. num. 2. qui omnes tenent, & affirmat etiam *Pereir. decis. 116. num. 6. & 7. & decis. 59. num. 7. vers. & ibi dici*. Unde cum A. & R. sint transversales respectu ultimi possessoris, sint tamen descendentes primi instituentis, dum enim quod inter eos datur repræsentatio, ac per consequens A. esse præferendum. Nec obstat clausula illa posita in institutione ibi: *Andarà sempre no filho mais velho, & faltando filho, na filha mais velha, que mais proxima for à successam*. Respondetur non parum referre, quod testator hanc clausulam expresse adjiceret, cum de natura maioratus sit, quod semper in eo succedat senior, & proximior ultimo possessori. *L. 3. ff. leg. 1.**

301 Nec similiter obstat, quod æqualitas illa proximitatis debeat concurrere tempore mortis ultimi possessoris naturaliter, non fictæ. *Argum. in L. fideicommissum ff. condit. & demonstrat. L. Statius florus §. Corneleo felici ff. 1. fisci*. Respondetur namque, quod verbum *proximior*, licet attenda naturali significatione verificetur in proximiori sententia juxta Iuristas, tamen secundum interpretationem Legis nostræ regalis, *lib. 4. tit. 100. in princip.* quæ repræsentationem admittit, verificatur etiam in nepote, qui attenda *d. Ord.* repræsentando matrem proximior fit. Simili modo R. ad difficultatem quæ oritur ex ea circa nepotem, repræsentando

matrem tanquam si viva existeret tempore ultimi possessoris, eadem persona consideratur, ut tenet *Giurb. Molin. & Avend. dictis locis*.

Cum ergo dicta clausula nil aliud importet, nec respiciat proximitatem gradus, & sexus, ac ætatis, nil mirum si detur repræsentatio, ac per consequens Actor illius virtute debeat succedere in hoc primo maioratu, cum sit descendens institutoris.

Quoad secundum maioratum institutum ab Emmanuele de Valadares, maior difficultas potest considerari; nam cum nec A. nec Reus ab eo descendant, sed sint omnino transversales, tam respectu instituentis, quam ultimi possessoris, in quo casu *Ord. d. lib. 4. tit. 100. in princip.* jubet, ut jus commune observetur, videbatur non dari repræsentationem, supposito tantum, quod Censuræ Regiæ, de quo agitur, sit vinculatorum Capelle Conceptionis Immaculatae Virginis in Claustro Ecclesiæ Collegiatae, in oppido Vimarenti sitæ, nam quidem nihil dubitationis adest, naturam maioratus sequi; constat namque Ream originariam, ejusque virum, procuratores fratris sui Emmanuelis de Valadares junioris, illum abstulisse hac de causa à Monialibus Divæ Claræ Portuensis, & post mortem ipsius Emmanuelis eum possedisse tanquam maioratum, ut apparet ex sententia in hac materia prolata, in appenso B. ut impleretur, an in eo detur repræsentatio, recurrendum est ad ultimum casum *d. Ord. in princip.* quæ disponit, quod concurrentibus transversalibus, qui non descendant ab institutore, jubet observari dispositum à jure communi, à qua duplex recipitur sensus. Primus enim, quod Lex Regia in hoc casu non induxit repræsentationem, & remisit casum decidendum à jure communi, secundum quod in maioratibus nulla datur repræsentatio, ex eo que in eis succeditur jure sanguinis, non autem hereditario, ut tenent *Oldrados conf. 94. col. 3. Bart. in Auth. post fratres à num. 1. Cod. leg. hered. Valasc. de jur. emphyt. q. 50. num. 3. Gam. decis. 174. à num. 15. Cald. de nom. q. 7. num. 24. Cov. pract. cap. 28. num. 4. Surd. conf. 403. à n. 8. & 54. & plures alij, Castilh. tom. 3. cap. 19. num. 101*. Unde hunc sensum maior natu obtinebit, maioratus exclusa repræsentatione.

Alium sensum patitur, videlicet quod in dicto casu admittatur repræsentatio restricta ad secundum gradum tantum, secundum regulam juris communis, solum usque ad fratrum filios, juxta *Auth. post fratres Cod. de leg. bar.* & hunc sensum tanquam verissi-

veriffimum ſequuti ſunt Senatores Regij, ut teſtatur *Pereyr. deciſ. 116. num. 8. Caſtilib. contr. lib. 3. cap. 19. à num. 90. Guzierr. lib. 3. pract. quaſt. 66. num. 32. Cov. cap. 38. num. 10. Reynof. obſerv. 26. num. 3.* Dicendum eſt admitti repræſentationem limitatam tantum uſque ad ſecundum gradum; unde convincitur, quòd licet A. & Rea originaria ſint tranſverſales, tam reſpectu inſtitutoris, quàm ultimi poſſeſſoris, ut jam dictum eſt, & eſſent in diſpari gradu, tantum A. pro repræſentatione debeat admitti ad ſucceſſionem huius maioratus, excluſa Rea amitta, quia ſenior erat mater ſua.

304 Nec obſtat, quòd ex adverſo dicitur, matrem A. licet ſeniorē, mortuam fuiſſe jam in eo tempore, quo ultimus poſſeſſor obiit. Reſpondetur tantum, quòd hæc eſt vis; & virtus repræſentationis, quòd qui vivus invenitur, licet ſit remotior, ponatur in locum patris ſui deſuncti, vel matris, ut deducitur ex diſſinitione repræſentationis, quòd ſit fictio à Lege Civili introducta, per quam deſcendens remotior ponitur in locum proximioris ad ſuccedendum aſcendentibus uſque infinitum, tranſverſalibus vero uſque ad ſecundum gradum, de qua diſſinitione agunt *Cov. pract. cap. 38. num. 4. Cald. de nom. q. 17. num. 14. Pich. in princip. inſt. de hered. quæ ab inſteſt. deſer. n. 11. & probatur in Ord. dict. tit. 100. in princip. ibi: Poſto que oſ filho mais velho morra em vida do ſeu pay, ou do poſſuidor do morgado.*

305 Minus etiam urget quòd allegatur de præſcriptione, nam cum hæc debeat ſolum currere à tempore mortis ultimi poſſeſſoris, & ipſe deſunctus obiit anno 1657. aut ſaltem ejus notitia advenerit, ut Rea originaria confeſſa eſt in ſupplicatione facta Sereniſſimo Regi, ut ſenſus huius maioratus ei adjudicaretur: & talis confeſſio ſuperat omnes alias probationes. *Reynof. obſer. 22. num. 4. & tantum operatum quantum publicum inſtrumentum id. obſer. 44. num. 26.* Nec obſtat ſi replices, quòd confeſſio facta in uno Iudicio, non præjudicat in altero. Reſpondetur namque, quòd hoc procedit, quando dicta confeſſio non fuit facta principaliter, ſed incidenter, ut *Farinac. in prax. tom. 3. tit. de Reo convicto quaſt. 81. n. 109.* vel quando non fuit in actis redacta, ut tenet *Noguerol. alleg. 29. num. 50.* vel eſt quando pars conſitens docet de errore talis confeſſionis, ut cum pluribus reſolvit *Gratian. tom. 5. cap. 869. num. 7.* atqui in caſu præſenti Rea originaria non ſolum confeſſa eſt principaliter, & in actis mortem fratris ſui, ut apparet; ſed & virtute talis con-

feſſionis conſequuta poſſeſſione dicti ſenſus, in qua perſiſtit. Et tantum abeſt, quòd de errore ejus doceat, quòd imò contendit ſibi pertinere nõ tantum maioratum inſtitutum à dicto Ioanne de Valadares, ſed & inſtitutum ab Emmanuele de Valadares; unde certum eſt, quòd nulla præſcriptio præjudicet A. maxime cum A. in ſervitio Principis detineretur. Eodem modo reſpondetur ad negationem mortis fratris Emmanuel de Valadares ad Indos proficiſcentis, quæ legitime probatur per dictam confeſſionem, quæ R. tanquam hæres matris ſuæ non poteſt recuſare. *Pereyr. dec. 68. num. 5. Fuſar. conf. 39. num. 4. & conf. 41. num. 14. & 29. Surd. conf. 151. n. 37. & 38.*

Ex quibus R. condemnanda venit, ut dimittat utriuſque maioratus bona Actori cum fructibus à lite conteſtata, tamen deductis oneribus. Sic confirmato, & revocato Iudice. Portu 26. Aprilis 1673. Ribeyro.

Circa recõventione de qua obliſcebatuſ A. condemnare juxta confeſſionem ipſius fol. 18. verſ. & quòd expenſæ factæ à Rei matre in alendo liquidentur. Portu ut ſupra. Ribeyro,

Omnia, quæ ad præſentem inſpectionem concernunt, eleganter, & ſtudioſo calamo dicta ſunt à ſapientiffimis patribus, quorum dictis aliquid addere infructuoſum putarem, ſi ab illis in idẽ deliberatum non venirem, ſed cum ſuis doctiffimis deliberationibus proximum, & ſecundum vinculum diverſi modo judicent, quòd in noſtro jurgio cenſeo explanabo.

307 Quòd inſtituens bona, quæ cuilibet ex tertia jure competeabant, in vinculum maioratus relinquiffent, non eſt dubitandum: ſic agnoſcitur, & deciditur à præcedentibus Dominis, & allegantibus negari non poterit, cum ex teſtimonio illorum ita pateat, & ex ſola temporis antiquitate maioratus conſervetur ex *Molin. lib. 3. cap. 11. n. 40. verſ. ſed controverti etiam ſolet, & latiffimè probat Lara de anniverſ. lib. 1. cap. 5. num. 46. Gam. dec. 215. num. 1. Surd. conf. 240. ex num. 43. Gratian. dec. 24. num. 8. Cabed. dec. 221. late Fontanel. tom. 2. clauſ. 6. p. 2. gloſſ. 3. num. 41.* qui omnes affirmant ſufficere decem ann. ut vinculum inducatur cum aliquibus actibus, & quòd ubi de tali conſuetudine, ſeu interpretativa obſervantia conſtiterit, præſcriptio neceſſaria non ſit, dixit *Burgos de Paz in L. 1. Tauri aliàs 7. n. 181. Grat. for. cap. 278. num. 27. & cap. 892. numer. 17.*

Utique etiam non poteſt dubitari de

Capella facta ab Emmanuele de Valadares, qui ad illius administrationem primo loco vocavit dictum Ioannem de Valadares supra dictum maioratum instituentem, cuius patruelis frater erat dictæ Capellæ instituens, cum nec A.A. nec R.R. de eius factione dubitent, & confessio, & recognitio possessoris cum spatio longissimi temporis sufficit, ut res maioratui, seu Capellæ subjecta censeatur, licet scriptura non appareat, ut in nostro casu, si quidem ex actis de illa non constat. *Reynos. observ. 22. num. 20. Ramon. conf. 61. num. 15. & 16. Gam. dec. 215. num. 1. & in puncto Valasc. conf. 111. num. 8. & 9. vers. & propterea non puto.*

309 Solùm enim sciendum erit, an dominium maioratus, & utique etiam dicta Capella, dicto Actori pertineat morte dicti Emmanuelis de Valadares fratris R. originalis, & A. matris, quæ ætate maior erat, quam dicta R. mater, quæ cum jam in vita emergisset, antequam absens ab illa exiret, beneficio repræsentationis quærit A. ut maioratus iste, & Capella, quorum ultimus possessor absens ille fuit, sibi adjudicetur.

310 Et quamvis dicti absentis mors non probetur aliquo ex illis modis, de quibus *Mascard. concl. 1074. & tribus sequentibus*, asserit posse, & debeat probari, tantum ex R. originalis confessione mihi probata extat, qua præcedentes Collegæ nituntur ad illam pro probata iudicandam, quod corroborari potest *ex text. in L. generaliter Cod. de numer. pecun. & ex L. iubemus C. de liber. caus. ad fin. & fortius, cum talis mortis confessio sit à R. facta ad bona absentis cõsequenda, quæ non consequeretur, si in justificationis Iudicio in absentis mortis probatione deficeret, & sic quasi inter eas dictas personas facta reputatur, & tanta est confessionis vis, quod etiam facta inter alias personas sufficiens est. Cap. per inquisitionem de confess. speculator in titul. de confessis §. nunc videndum juxta principium.*

311 Primus Dominus suo in docto suffragio tenet, quod talis maioratus, & Capella ad A. non pertinent, & illum in reconventionis actione condemnat. Secundus solidis, & nervosis fundamentis contrarium iudicat, & in revocatione cum primo venit, & sic in illa evictum est.

312 Restat mihi tantummodo dicere super decisione maioratus, & Capellæ, in qua cum primo, & amantissimo Collega convenio, & moveor non solùm ex suis doctissimis fundamentis, sed etiam ex rationibus sequentibus.

313 In testamento, quo Doctor Ioannes de

Valadares, & ejus mulier Beatris Lopes de Carvalho de bonis suis disposuerunt, Capellam maioratus institutionem, & ejus administrationem, sequentia verba inveniuntur ibi: *E. administrará esta Capella a dita Brises Lopes de Carvalho em quanto viver, & depois de seu falecimento nosso filho Martin Lopes de Carvalho. & dabi em diante andará sempre no filho mais velho, & falhando filho na filha mais velha, que mais proxima for à successão.*

Mortuo dicto Ioanne de Valadares, in dicta administratione successit ejus mulier primo vocata, & per ejus mortem ejus filius secundo loco vocatus, & quia iste absque filiis decessit, ejus frater Sebastianus de Valadares hujus maioratus tertius administrator fuit, qui è vita emigrando, dictum absentem Emmanuelem de Valadares filium, & A. matrem, & R. originalem filias relinquit, in dicta administratione dictus filius intravit, ut masculus virtute institutionis formæ, cuius morte, cum filiis careret, si Actoris mater existeret, ut ætate maior, in tali maioratu succederet absque aliqua juris dubitatione, & cum tunc temporis mortem obiret, subintravit originalis R. à qua A. repræsentationis beneficio bona maioratus revindicare contendit, & sic præsens questio venit disputanda.

An quando testator semper substituit primogenitum superstitem, ibi: *Em falta de filho, na filha mais velha, que mais proxima for à successão*, intelligatur tantum vocatus, qui reperitur tempore mortis ultimi possessoris primogenitus, ita ut voluerit testator omnem transmissionem, & repræsentationem excludere. Partem affirmativam de jure Regni defendunt *Gam. dec. 7. & 354. num. 9. Menoch. conf. 30. num. 13. & conf. 106. num. 309. plures citat Cald. de renovatione 9. 9. num. 36. Valasc. conf. 121. num. 2. quorum, & aliorum opinio defenditur decisione §. 2. Ord. lib. 4. tit. 100. in verbis ibi: Succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor sendo do sangue do instituidor.*

De jure etiam communi dicunt receptissimam in omnibus Regnis *Molin. lib. 3. cap. 9. num. 11. Cov. pract. cap. 38. num. 6. 8. & 12. Menoch. de success. creat. §. 29. num. 10. Avend. L. 40. Taur. gloss. 2. num. 22. Matienç. L. 8. tit. 11 gloss. 3. num. 2. lib. 5. recopil. Peregr. de fideicommiss. art. 20. num. 2. Cancer. cap. 1. num. 59. Cevalh. communiunus 9 398. Molin. de just. tom. 3. disp. 628. Cald. de nomin. 9. 24. num. 9. Gam. dec. 354. & 256. num. 27. Floren. ad Gam. in add. ad dec. 7. vers. quintus casus, qui in principio, & quasi*

& quaſi per totam difficilimam recognoſcit præſentem quaëſtionem, *Gratian. forenſ. cap. 446. num. 82. Valenſ. conſ. 95. num. 17. & 19. optime Caſtil. lib. 3. cap. 19. n. 135. & 145. & lib. 5. cap. 93. §. 13. n. 4.*

317 Etenim cum teſtatores vocent ſemper ſuperſtitem deſcendentium ſuorum, cenſetur voluiſſe, quod in bonis ſuis ſuccederetur, ſalva gradus prærogativa ad text. in *L. peto §. fratre de leg. 2. L. cum pater §. hæreditatem eodem tit. L. ſin. Cod. de verb. ſignif.*

318 Et quando vocantur deſcendentes, & alij de familia cum clauſula, ſalva gradus prærogativa, ſemper admittitur proximior in gradu, & eſto nõ datur repræſentatio, & ſic filij permortuorum non poſſunt cum ſuperſtitibus ſuccedere, ut eſt textus expreſſus in *Auth. d. functo, & ibi id notat Paul. de Caſtr. Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 17. late Petra de fideicom. q. 11. num. 126. agit expreſſe materiam Cancer. 3. var. cap. 21. de tranſmiſſione num. 204. & tribus ſequentibus; & tandem adduco textum optimum in dicta *L. cum pater §. hæreditatem de leg. 2.* ubi I. C. dicit viriles partes inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, & ſtatim, cum de alijs eligendis poteſtas non fuerit, ex quo text. juncta *Acurtij, & Albericy*, expoſitionem manifeſte colligitur in diſpoſitione, in qua vocantur ſupervenientes eos duntaxat cenſeri vocatos, qui eo tempore ſuperſſent excluſi per deſunctos, & eorum filios, & iſtum intellectum ad textum probant ibi *Albericy, & Imol. & poſt hæc Pinel. in L. 1. p. 1. num. 6. Cod. de bonis mater- nis, Valaſc. de jure emphyteutico q. 50 n. 16.* ubi infinitos citat.*

319 Quod poteſt corroborari ex text. in *L. generali §. filios ex ſua ff. de uſufruct.* nec mirum poteſt videri, cum proviſio hominis faciat ceſſare proviſionem legis; certum eſt ut poſſit teſtator efficere, ut adſit repræſentatio, ubi de jure non eſt, ut notat *Socin. conſ. 140. vol. 1. Paris. conſ. 37. & 38. vol. 1. num. 13.* & è contrario poterit facere ceſſare repræſentationem in deſcendentibus, & tranſverſalibus, ut notant *Paris. conſ. 8. num. 13. Lup. in L. 47. Tauri num. 21. & 29. & re- lati per Molin. d. lib. 3. cap. 8. n. 5.*

320 Quibus non obſtant ea, quæ *Valaſc. de jure Regn. p. 2. num. 76.* quibus probare intendit *d. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.* factam non fuiſſe ad deciſionem repræſentationis quaëſtionis, ſed ſolummodo ad decidendum, quomodo deberet intelligi clauſula maioratus, & bonorum vinculis ſubjectorum, quorum institutione diſpoſitum foret, quod proximior conſanguineus in eis ſuccederet,  
Pars II.

ad quod adducit primum *d. Ord. in princip. ibi: Que havendo respeito às duvidas, &c.* Quia R. quidquid hæc *Valaſc.* opinio ſic dicta deſtrueret, quod ſupra relati fateri repugnant, etiam debebant limitari, quando ex iſtituentis diſpoſitione, verba, vel conjecturæ extarent, quibus repræſentationis beneficium denegat in cenſetur, ut in noſtro; cum ex verbis iſtituentium, ibi: *E dahi em dianto andou ſempre no filho mais velho, & faltando filho, na filhz mais velha, que mais chegada for à ſucceſſão, &c.* *Molin. d. lib. 3. cap. 3. num. 2. & 5* & in terminis ſupradictorum verborum (*mais chegado*) docent *Flor. de Menais in add. ad Gam. dec. 308. Caſtil. lib. 3. cap. 19. num. 335.* quod ipſemet *Valaſc. ubi ſup. n. 81.* fateretur.

De ſucceſſione Capellæ à dicto *Emma- nuele de Valadares* iſtitutæ minus poteſt dubitari: primo, quia, ſi in ſucceſſione prædicti maioratus repræſentationem denegamus ex præallegatis juribus, & rationibus, & fortius virtute illorum verborum ibi: *Que mais chegado for à ſucceſſão,* mulco magis erit deneganda talis repræſentatio ad conſequendam dictam Capellam à tranſverſalibus iſtitutam, cum dicta *Ord. in maioratus ſucceſſione* proximitatem ultimi poſſeſſoris ſolum attendat, dummodo proximior de ſanguine iſtitutoris ſit, nec requirat ut ab eo deſcendat, & cum *d. Ord.* proximior vocet, fortiori, & indubitabili ratione poteſt intelligi inter tranſverſales non deſcendentes à primogenito, inter quos qualitas aliqua non attenditur niſi prius proximitas (non aliud ex iſtitutione colligatur): latiffime diſputat *Flor. in add. ad Gam. dec. 93. verſ. 7. conſuſ.*

Proximior abſentis hujus Capellæ poſſeſſoris originalis R. erat, cum jam A. mater, quæ etiam illius ſoror erat, tempore abſentis mortis non exiſteret; & tandem de diſpoſitione dictæ Capellæ iſtituentis non conſtat, & ſic formaliter non poſſumus ſcire, qua forma, conditionibus, & declarationibus Capella illius ſucceſſionem, & ſucceſſorum vocationem diſpoſuiſſet illam iſtituens, quæ etiam repræſentationem excludere poterat, morte ejus patris in illa d. abſentis ſucceſſit, R. originalis ejus morte in tali adminiſtratione intravit, in illa ejus filius habitatus hæres remaneat, ſic confirmato, & revocato iudice, &c. *Portu 4. Junij ann. 1673. Monteyro.*

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit la-  
ta ſententia ſequens.

*Acordaõ os do Defembargo, &c. Nam he Ec aggra.*



aggravado o agravante pelos Desembargadores da Casa do Porto; cumprase a sua sentença por seus fundamentos, & o mais dos autos, com declaração que o agravante pagará os frutos da lide contestada em diante, até real entrega, ao qual condenão nas quatro partes das custas dos autos, & ao agravado em hũa parte. Lisboa, & de Março o primeiro. Vellez, Cardoso, Doutor Tavares.

323 Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Ex dispositione testamentaria fol. 91. vers. *Declaramos*, constat ex verbis infra positis, que hæc de ser vinculadas, non dari maioratus institutionem: quæ cum sint narrativa, non inducunt dispositionem, ut est vulgaria proxima, non dato maioratus vinculo, non est locus, ut aggravans subintret successionem prætextu vocationis inculcæ.

324 Et licet bona petita essent vinculo maioratus obnoxia, adhuc aggravans non poterat obtinere, cum illius successor Emmanuel, in Orientali plaga absens, juxta communem opinionem vivere præsumatur, ipse autem reperiretur Reæ originariæ fecisse donationem fol. 16. vers. unde intempestive (esto quòd bona vinculo maioratus adstringerentur) agit aggravans ad eorum restitutionem.

325 Maxime, quia licet absens successor vita functus sit, attamen constat tempore delatæ successionis, cum mater aggravantium tunc temporis meliori ævo frueretur, Ream originariam proximiorē extitisse, & ita maioratus subintrasse ex dispositione testamentaria fol. 91. vers. *E dabi em diante*. Quo fit, quo ad ulterius maioratus successionem legitime administrandam, cum sit à transversali institutus, & ita exclusa repræsentatione, ipsa proximior reperiretur.

326 Reconventioni non defero, non enim video, quòd Rea originaria interposuerit gravamen; ideoque de reconventionis assumpto Ord. Regia prohibet notionem; sicque confirmato judicato, aggravantem provisione destituerem. Ulyssipone 2. Februarij 1674. Cardoso.

327 Duos intendit A. revindicare maioratus in libello fol. primus institutus à Doctore Ioanne de Valadares, à quo A. & R. legitime descendunt, secundus institutus ab Emmanuele, respectu cuius sunt transversales, de cuius maioratus institutione, & succedendi forma non constat, nec A. probavit, ideo in dubio pro possessore est judicandum; §. *retinendæ inst. de interdict. Pereir. de Castro dgc. 116. num. 3. vers. in 3. in medio*, ibi:

*Solitus sum pro possessore judicare*; quare ego in successione hujus maioratus, sive Capellæ, & Iudicum inferioris Senatus sententiam confirmarem, absoluto Reo habitato.

Tota controversia est de maioratu instituto à dicto Ioanne, & ejus uxore, à quibus A. & R. legitime descendunt, licet respectu possessoris ultimi Emmanuelis de Valadares, de cuius vita dubitatur, sint transversales, Emmanuel eorum avunculus, quia A. & R. matres Ioanna senior, & Marianna junior, erant Emmanuelis sorores Ioanna mater A. Marianna mater R. Ioanna mortua fuit adhuc vivo fratre Emmanuele, Marianna supervixit, repræsentationis in hoc casu admisionem dubitat: ita generaliter, & pro regula decrevit *Ordinat. lib. 4. tit. 100. in princip. ibi: Sendo descendentes do instituidor*, quapropter casu quo admittamus Emmanuelem mortuum esse, certissimum est (si aliud non obstat) successionem prædicti maioratus ad A. pertinere.

Duplici fundamento ultra alia, quæ connumerare non est necesse, intendit R. illud A. destruere, dicendo repræsentationem fuisse ab Actoribus exclusam, in quo consistit totus cardo rei. Secundo loco, Emmanuelem ultimum possessorem vivum esse, quo dato, intempestive egit A. postulando maioratum adhuc vivente illius possessore, à quo poterunt existere descendentes in Oriente, ubi comoratur plusquam quadraginta annis.

Supposita morte Emmanuelis, Reus intendit elidere repræsentationem in illis verbis sine dispositione fol. 7. *E faltando filho, na filha mais velha, que mais proxima for à successão*.

Sine controversia transit, quòd licet Lex Regia in casu præsentis admittat repræsentationem, hæc regula limitatur, quando institutor repræsentationem includit. *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.* Verùm hæc exclusio debet esse verbis clavis facta, nec sufficiunt conjecturæ, nisi tales sint, quòd alium sensum habere non possint. *Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 2. & 8. Valasc. de success. Regni 2. p. puncto 1. §. 3. num. 78. vers. quia ad illam, Reynos. observ. 25. n. 11.*

Videamus ergo, an dispositio supra relata illam excludat? Et in primis non excluditur per verba ibi: *Filha mais velha*; quia certa, & concors opinio est, quòd appellatione filij maioris non censetur exclusæ repræsentatio. *Ord. in 4. dicto vers. in princip. ibi: Posto que o filho mais velho morra; & ibi: Se o filho mais velho deixar filho, Mo-*

*Molin. lib. 3. de primogenit. cap. 8. num. 19. Covas, & alij relati à Reynof. obſervat. 25. num. 10. Pereyr. de Caſtro dec. 59. n. 2. verſ. qui hanc opinionem, Alter Molin. de juſt. tom. 3. diſp. 629. num. 5. in fin. multos refert Caſtilh. contrav. lib. 3. cap. 19. num. 124. uſque ad 126.*

333 Quod adeo verum eſt, etiam data vocatione filij maioris, qui talis reperiatur mortis tempore, teſte *Caſtilh. quam plurimos allegat diſt. lib. 3. cap. 19. num. 340. cum ſeqq. Mor. dicto lib. 3. cap. 8. num. 19.* quos, & alios citat *Pereyr. de Caſtro dec. 11. num. 3. in fin.* quod eſt ſine dubio, ſuppoſita diſpoſitione noſtræ Legis Regiæ admittente repræſentationem, cum qua inſtitutores ſe conformare cenſentur; filius namque ſubintrat patrem repræſentando cum omnibus qualitatibus, ut ſi vivus foret. *Mol. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 1.* innumerabiles refert, & ſequitur *Valaſc. de Regni ſucceſſ. 2. p. punct. 1. & 6. n. 10. & 14 & 16.*

334 Nec iterum repræſentationem exclu-  
dit verba illa ſequentia, ibi: *Que mais proxima for à ſucceſſão;* nam vocato proximiori etiam non cenſetur incluſa repræſentatio. *Caſtilh. contrav. lib. 2. cap. 20. num. 5. & lib. 3. cap. 19. num. 5.* multos alios refert; ex ſequitur *Valaſc. de ſucceſſ. Regn. 2. p. punct. 1. n. 78.* ſic intellecta ab illo *Ordinat. lib. 4. verſ. 100. §. 2.* dum proximiorē vocat. *Reynof. obſerv. 24. num. 3. 4 & 5.* cum multis ibi, dicens hanc eſſe cōmuniffimam opinionem, *Fuſar. q. 485. n. 33.* ultra innumeratos, quos refert doctiffimus aggravantis patronus, *Pereyr. de Caſt. dec. 59. n. 7.*

335 Igitur virtute repræſentationis A. admitterem ad hunc maioratum ſuppoſita mente Emmanuelis, confirmata in hac parte, & Iudicis, & inferioris Senatus ſententia; fructus tamen A. non adjudicarem, niſi à tempore litis conteſtatae, uſque ad realem traditionem: ratio eſt; quia R. originaria eo titulo dotis percipiebat virtute donationis fol. 15. verſ. & 16. facta ab Emmanuele, & licet mortem ſupponamus, de tempore non conſtat niſi divinando, nec A. potuit probare legitime mortem, & illius diem, quare favore dotis maxime; quia donatio fuit etiam remuneratoria, meum arbitrium eſt, ut fructuum condemnatio à tempore litis conteſtatae fiat. *L. 2. ff. ſolut. mat. ubi inſignis Barb. in hac parte ſententia revocata.*

336 Circa aliud fundamentum mortis Emmanuelis, in quo ſolum procedens ſapientiffimus Dominus ſe fundavit ad abſolvendum Reum habilitatum; rejecto funda-

mento Senatorum inferioris aulae, denegando A. actionem, quia intempertive egit. Sive, inquam, non probavit ſuam intentionem, ideo non deliberavit in hoc caſu repræſentatio admitti debeat.

337 Quod fundamentum amplecterem cum formidine partis oppoſitæ, & contra juris præſumptionem in *L. ſenatorum Cod. ſacroſanct. Eccleſ.* maxime, quia nihil proteſtes circa hoc edocuit A. imò omnes deponunt nescire de morte Emmanuelis, ſolum inſtat confeſſio petitionis fol. 72. in diverſa cauſa, & ad diverſum effectum, qua confeſſio nō invenitur ſubſcripta per Reum, nec per ejus matrem Mariannam; confeſſio præjudicialis, ut noceat confitenti, debet eſſe judicialiter facta, & ſubſcribi à partibus, aliter poſſunt contravenire confeſſioni, cui fides adhibenda non eſt, ex *Ord. lib. 1. tit. 24. §. 20. & 21. ubi Doctiff. Peg. in comment. tom. 3.*

338 Maxime, quia illa confeſſio fieri debebat à marito R. originariæ, illa inſtituente, ut illamet deponit fol. 32. dicens ignorare mortem Emmanuelis ejus fratris: favet ſententia Iudicis juſtificationum fol. 72. verſ. ibi: *Sem prejuizo de terceiro;* quapropter in his, & illis, quæ Domini doctus R. patronus fol. 105. & verſ. dixerunt, dubia redditur mors Emmanuelis, ex quo capite confirmandum eſſe ſententiam, non ex fundamento in eo deducto incluſionis repræſentationis, ſed quia A. non probavit mortem ultimi poſſeſſoris, exiſtimarem, & conferam cum ſequentē ſapientiffimo Domino. Vlyſſipone 16. Februarij 1674. Doctor Gouvea.

339 No feito do Deſembargador Sebaſtião Pereira Barboſa contra Francisco Barboſa Aranha, Eſcrivão Manoel de Goes Pinheiro, ſe deu a ſentença ſe seguinte.

*Vistos eſtes autos, libello do A. originario o Doutor Sebaſtião Pereira Barboſa, contrariedade do R. originario Francisco Barboſa Aranha, artigos da oppoente Dona Iſabel Barboſa, Religioſa no Convento de Vairão, & os mais recebidos, prova por hũa, & outra parte dada, papeis, & mais documentos juntos: Moſtraſe pelo traslado da inſtituição fol. 89. que tendo Antonio Barboſa Aranha, & ſua mulher Anna Baldaya de legitimo matrimonio hum filho Gonçalo Barboſa, & hũa filha Ines Barboſa, depois chamada D. Ines Barboſa, inſtituirão o morgado, & Capella, de que ſe trata, no anno de mil & quinhentos & ſeſſenta & cinco, no qual fizeram ſuas vocações, chamando primeiro os ditos ſeus filhos igualmente, & que por morte de cada hum delles o ouveſſe, & ſucedeffe na*

administração, o que vivo ficasse, & por morte do derradeiro succederia na dita administração o seu filho mais velho, & em defeito delle a filha mais velha, & em defeito destes o neto varão mais velho, & em defeito delle sua neta mais velha, & que dahi em diante andaria a dita administração em seus descendentes, precedendo sempre o varão à femêa, & que vindo a faltar os descendentes, succederia o parente mais chegado de sua geração, & dahi em diante seus descendentes pela maneira atraz declarada; & outrossim, que o administrador seria obrigado a deixar unido à dita Capella o terço do terço de seus bens, que ficassem por sua morte, os quaes logoficarião obrigados à dita administração, desde o primeiro dia que a aceitasse, & que aquelle, que não dêsse comprimento a esta annexação, não faria os frutos seus, porque em tal caso, nam nomeava, nem havia por nomeado nella, com outras mais clausulas, & condiçoens, que não fazem a bem desta causa: Mostrase outrossim succederem neste morgado os filhos do instituidor Antonio Barbosa Aranha com sua mulher Anna Baldaya, & seus descendentes até Dona Anna Baldaya, & seus descendentes até Dona Anna Pinheiro de Lacerda, que era tereira neta do instituidor, a qual ultima administradora faleceo sem filhos, nem outros descendentes, pelo que se oppoz ao dito morgado Dona Isabel Barbosa de Ataide, bisneta dos instituidores, Religiosa professa no Convento de Vairão, para haver de excluir ao A. originario o Doutor Sebastião Pereira Barbosa, hoje seu filho mais velho, habilitado para esta causa, & outrossim ao R. originario Francisco Barbosa Aranha, & de presente os RR. habilitados, huns, & outros collateraes descendentes de irmãos do instituidor, que somente litigaõ sobre a successão deste morgado à falta de descendentes dos instituidores, porque supposto que havia a oppoente Dona Isabel descendente delles, em seu falecimento tem cessado a opposição. Mostrase outrossim mais a respeito do A. & RR. que o A. originario Sebastião Pereira Barbosa, descendente de hũa irmã do instituidor; porque fora filho legitimo de Anna Barbosa Aranha, a qual fora filha de Branca Barbosa Aranha, pelo que fica sendo neto de huma irmã do instituidor, & o R. originario se mostra ser filho de Francisco Barbosa, filho de outro Francisco Barbosa, filho de Fernão Barbosa, irmão do instituidor, pelo que fica sendo bisneto do dito Fernão Barbosa irmão do instituidor. O que tudo visto, & o mais dos autos, disposiçam de Direito em tal caso, conforme ao qual se ha de deferir à successão do

morgado pela disposição dos instituidores, que se ha de observar como Ley, a qual quando não exclue totalmente a femêa, antes a preferre ao neto varão, como se vê da instituiçam deste morgado nas palavras a principio referidas: & por morte do derradeiro, succederà seu filho mais velho, & em defeito de filho sua filha, & em defeito destes o neto varão, &c. & visto o instituidor nam respeitar a conservação de agnação, pois preferio a femêa ao varão na disparidade do grau, & só esse deu prelação pelo sexo, & nam a respeito da agnação, & nestes termos he certo em Direito, que se nam pôde considerar, que quizessem os instituidores fazer morgado de agnação, com que se destroe a doutrina allegada em contrario, que procede em diversa disposição, & com mais forçosa razão nesta de que se trata, não milita a regra da raiz infecta, & do principio incapaz, por nam ser totalmente excluida a femêa, mas antes preferida pelo grau, que sempre se considerava habil para succeder no morgado, posto que existindo macho, & se proceda, & como outrossim neste caso se nam achem litigando descendentes do instituidor, ou possuidor, mas dous descendentes de dous irmãos do instituidor, que nenhum delles podia constituir linha, por nam terem entrado na successão deste morgado, para haver de ter lugar a allegação de Direito de melhor linha, & como outrossim nam estamos em termos de representaçam, pelo morgado ser instituido por transversal, & a questão da successão ser entre transversaes, & em tal caso se devia guardar o disposto pelo Direito commum, na forma da Ordenação, que por esta disposição excluiu a representaçam além do grau de irmãos, & seus filhos, em que o A. & R. se nam achão, por se provar concludentemente ser o A. originario neto de hũa irmã do instituidor, & o R. bisneto de hum irmão do mesmo, & por via de regra em todo o morgado succede o parente mais chegado do ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor, conforme a disposição da mesma Ley, com a qual se conformou o instituidor em quanto diz, que à falta de seus descendentes haja este a administração, o parente mais chegado de sua geração; & como finalmente senam conceda instituiçam, que o R. possa ser preferido por algũa razão, contra as regras de Direito, conforme ao qual se defere a successão ao parente mais chegado, que o A. originario provou ser assim do instituidor, como da ultima possuidora; Condene aos RR. abirão mão do dito morgado, com os bens incorporados nelle, na forma da instituição, & o larguem, & restituão ao filho mais velho do A. originario;

com

com os frutos desde o tempo em que se ouve a lide por contestada em diante, que se liquidarão na execução desta sentença, & entrosim os condeno nas custas destes autos. Porto 2. de Janeiro de 1673. João de Carvalho Henriques.

340 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Senatum Portuensem, ubi fuit lata sententia sequens.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não he aggravado o aggravante pelo Corregedor do Crime Conservador dos Privilegiados, confirmação sua sentença por alguns de seus fundamentos, com declaração, que os frutos do dito morgado, ou Capella os julgão ao Convento de Vairão desde o principio, que esta causa foi havida por contestada fol. 561. até o apenso, em que faleceo a oppoente Dona Isabel, Freyra no dito Convento, & pague o appellante as custas dos autos de ambas as instancias. Porto 23. de Novembro de 1671. Doutor Francisco de Azevedo, Casado.*

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

341 Multis, cautissimisque clausulis utuntur illi, qui agnationis familie, nominisque gentilitij causa, maioratus, & primogenia instituire decreverint, quo ullo usquam tempore inter eorum posteros de ea re minima controversi possit: id tamen negotij, vel modo gravati, vel peritorum consilio destituti, aut tandem præ nimia festinatione impediti, & quia humana judicia non omnibus futuris casibus consulere valeant, non ita cautè possunt expedire, quin super primogeniorum eorundem successione, non raro mille patet locus quæstionibus, & his frequentissime maxima ex parte difficilibus.

342 Idcirco hunc progressum inverso jure implicitum certantes contra institutorum dispositionem fecere, quam conspicuam perturbatione immunem, & liberam optavere, & quamvis institutionis tenor sit multoties repetitus, & illius clausulæ, seu conditiones attentè animadvertæ, nulla me impominandi purgatio causari possit, etiam diligenter versatis omnibus hujus processus articulis, doctissimis, & exaggeratis patronorum allegationibus, serio, ingeniosoque Prætoris dignissimi decreto, quia obedientiæ officium imitationis timori præcisè, non voluntarie præfertur, & ita mihi fas erit de istius vinculi institutione, quæ legi potest fol. 180. necessaria tantum ad veram resolutionem annotare.

343 Doctor Sebastianus (evenit casus) Pereira Barbosa, tunc in hoc Portuensi Senatu Senator eximius, qui jam felici vita ( tan-

quam suæ rectitudinis præmio ] frui non hæsitarem, quia de Milericordia Dei maiora beneficia considerem, Senatoris Privilegio Reum Franciscum Barbosa Aranha ad privilegiorum iudicium vocavit, qui nervosè in iudicio, vulgo, *das accoens novas*, contendebat cum Domina Elisabeth Barbosa de Attaide, in Monasterio de Vairão Moniali professa, tanquam proximiori ultimæ possessori D. Anna Pinheiro de Lacerda cognata. De cuius successione nihil est agendum viso desistentiæ termino fol. 509. ex quo aperte constat ad gloriosum, & sempiternum maioratum, seu sacellum virginis Corona ademptum, hujus vinculi institutores dicuntur Antonius Barbosa Aranha, & ejus uxor Anna Baldaya, & ad illius administrationem, seu successione suos filios Gonçalo Barbosa, & Ighes Barbosa, quæ olim ita appellabatur, hodie verò Domina Ighes, vocavere, & post eorum obitum, filium suum seniore, & in ejus defectum fæminam ad successione venire.

Deficiente autem masculino, successit in hoc vinculo Domina Ighes Barbosa, & post 344 ejus mortem in suos descendentes transivit per lineam directam, qua penitus extincta in vita Domina Anna Pinheiro tertix nepotis dicti Antonij Barbosa Aranha sine liberis decedentis, insurgit hæc disceptatio via collateralis inter Actorem, & Reum erga illum successione.

Præfertur Actorem esse filium, ex legitimo matrimonio procreatum, de Anna Barbosa Aranha filia Branca Barbosa Aranha institutoris soror, & ultimæ gubernatricis Dona Anna Pinheiro jam mortuæ, de cuius descendentiæ non dubitatur, visa probatione, & Reum Franciscum Barbosa Aranha dicti vinculi possessorem, seu ejus administratoris esse filium Balthasar Barbosa Aranha, cujus pater vocabatur Francisco Barbosa Aranha institutoris Antonij Barbosa frater, qui Actoris Sebastiani Pereira Barbosa avus erat Vnde palam ostenditur Reum esse in uno gradu remotiorem, quàm Actorem respectu institutoris, quorum distantia ab utroque non inficiatur, sed tota controversia consistit, si Actor, tanquam institutori proximior, Reo præferri debeat, qui representationis jure, seu illius clipeo se obtegere intendit, & ut breviter, & conspicue meum suffragium interponam, ut hoc iurgium partibus defessum suum occasum habeat.

346 Sciendum est, quòd in maioratus successione necessario illius qualitatibus attendi debet, scilicet lineæ, gradus, sexus, & ætatis, quas suo ordine amplecti solemus, ne

perturbetur succedendi ordo.

347 Impræsentiarum deficit prima per obitum dictę Domine Annę Pinheiro : quomodo ergo fieri possit, ut eo contempto gradu, quę est qualitas superior, possit intelligi Reus, quando est in gradu remotiori?

348 Et maioratus successio statim post mortem ultimi possessoris ad consanguineum devolvitur. *L. si cognatis ff. de rebus dubijs, L. intervenit, L. oportet ff. legat. præst. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 11. ad fin.* Quia quamvis linea in institutione præcedat, ita etiam gradus apud transversales magis acceptus reputatur. *Cap. 1. de natur. seu inst. feudi, & per Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.* semper proximior ultimo possessori præfertur, quando est de sanguine insti utoris, & juris capacitatem præoccupat ; & talis proximitas consideranda venit, non solum respectu ultimi possessoris, sed institutoris, tenent *Molin. de primogenit. lib. 3. cap. 9. alter Molin. tom. 3. disput. 628. Guierr. prædicar. lib. 3. q. 66. num. 7. & 8. Cevalh. commun. contra comm. q. 398. n. 8. in fin.*

349 Quę omnia sunt notanda in fideicommissis, legatis, & alijs vocationibus, maxime in foundationibus capellaniarum, in quibus foundationibus vocantur consanguinei propinquiore, &c. Et cum Actor sit in proximiori gradu, ille præferendus est. *L. peto §. fratre ff. legat. 2.*

350 De proximitate vero Actoris, ut est in confesso, non hæsitatur, quia ex actis clare constat, ut supra adscriptum manet, Reum in uno gradu esse devictum ; eam bene agnovit R. originarius, quando repræsentationis jure, seu ejus præsidio, non solum se tuetur, sed juris muros acriter decertatur ; sed frustra recurrit, quia repræsentationis refugium, seu asylum non habet locum in transversalibus, & tantum admittitur in successionebus ascendentiũ, §. *cum filius inst. de hæred. quę ab intest. deferuntur*, & in successione transversalium, repræsentatio solum extenditur ad filios fratrum, *Auth. post fratres Cod. de legitim. hæredib.* & non ad ulteriora, propter perturbationem, & impossibilitatem, quę ex consanguinitatis probatione oriri solet, & necessarium esset multoties mille annorum circulos evolve-re, de quibus nullo pacto testimonia certa haberi possunt, propter antiquitatem institutionis maioratus, ut constat ex traditis per *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 46. vers. hæc autem*, & melius declarat *lib. 3. cap. 9. num. 13.* asserens hujusmodi rationem non solum comprehendere antiquissima primogenia, verum etiam ea, quę hisce

temporibus instituuntur, quamvis enim proximitas hodie respectu institutionis probari possit, futuris tamen temporibus, ipsamet probationis difficultas in eorum successione necessariè continget.

Quia e lineę in transversalibus non firmantur, nec firmantur, ut tenet *Molin. dict. lib. 3. cap. 9. num. 13.* nam cum lineę non deducuntur, nisi ab institutore, vel à possessore, ut Doctores loquuntur, nec in illo prærogativa, seu præcedentia animadverti possit, nisi in gradu, & hunc jubet lex ultimi possessoris respectu computari. *Sonsa de Maced. decis. 16. num. 12. in fin.* & poterat esse hujus resolutionis archetypus illud decretum à *Phœb. 2. p. decis. 104. n. 25.* transcriptum, seu translatum.

Etiam Actori favet nostri *Cald. auctoritas de renovat. emphyt. lib. 1. q. 9. à num. 35. usque 37.* asserentis proximitatem esse attendendam respectu ultimi possessoris, *Socin. cons. 47. lib. 3. num. 6. & Novella nostra constitutio fol. 423. in extravag. citantis*, cui resolutioni non obstat *text. in L. cum ita in §. in fideicommissio ff. legat. 2.* quoniam ille text. procedit secundum voluntatem defuncti, qui post nominatos propriam vocavit familiam, non eorum, quos nominavit, ideo non est mirum, si proximiores primo testatori tanquam vocati præferantur.

Deinde, nec facit dicere *Pinheir. de emphyt. 2. p. disput. 5. sect. 4. §. 3. num. 93.* quod in dictis maioratibus, tam in Hispania, quam in nostro invictissimo Lusitanie Regno, certis, & indubitatis eventibus, felici, ac stabili Imperio, succedere possint per repræsentationem, tam ascendentes, quam collaterales, per *Legem 40. Tauri*, & per nostram *Ord. lib. 4. tit. 100. in princ.* sed paulo infra ante *numerum 94.* discrimine utitur ; si autem transversales non fuerint descendentes institutoris, tunc servetur, quod jure communi est dispositum.

Sed sic est, quod repræsentatio de jure communi non extenditur ultra filios fratrum, nihilominus tamen Reus à jure successione istius vinculi conjiciendus. Hanc rationem præsumitur Reum subjicere, quando in hac superiori instãtia Principis opem, seu diploma, de quo fit mentio fol. 529. vers. adeo censuratum video ad maioratum reivindicandum.

Quia quamvis dispensationes tanquam odiosæ, sunt strictè interpretandæ, *Cap. 1. de filiis præbiter. lib. 6.* maxime quando vertitur in præjudicium alterius. *Gam. decis. 345. n. 2.*

Tamen in nostro casu solum prædiorum com-

commutatio continentium in instrumento fol. 131. vers. invenitur, ex qua maioratus evidens utilitas resultavit, ut constat ex dicti diplomatis tenore, quare nullum nullitatis detrimentum patui censerem, non obstante clausula institutionis prohibente omnem alienationis, seu permutationis speciem. *Molin. lib. 4. cap. 4.* ubi in favorem Actoris alias rationes adducit *de primog. extra citatas à Mend. 2. p. lib. 1. cap. 2. à n. 11. usque 16.*

357 Ex ponderatis sententiam dignissimi, & nobilissimi Præsidis confirmarem, revocata tantum usufructuum reservatione Monasterio de Vairaõ. Portu 26. Augusti 1673. Andrade Rua.

358 Cum mors omnia solvat, post solutos de vita Actorem Ream, & opponentem, in discursu processus non potuit solvere nodum Gordianum ab eis nexum, & contextum, quia mortalium avaritia ultra mortem procedit, & omnium malorum radix, & mater esse dicitur ex *D. Paulo ad Timot. cap. 6. & ad Ephes. cap. 5. avaritia 10. de præbend. & dignit. cap. cum omnis 20. q. 1. cum alijs, de quibus late Fragos. de reg. Reipubl. p. 1. lib. 1. disput. 1. § 2. n. 116.*

359 Inter hos igitur contendentes discussum est jus doctissime, & magna cum eruditione per circumspectos, & peritos advocatos, in doctis allegationibus à fol. 469. & latissime à fol. 488. ac iterum fol. 520. & eo usque disseruit doctissimus, & colendissimus Collega in eleganti deliberatione, ut jam amplius nihil restet dicendum.

360 Vtrum tamen excitat scrupulum reservatio juris super fructibus relicta à meritisimo, & doctissimo Præsidi, in aurea, & elucidata sententia fol. 512. quem diluere placuit, ob partium quietudinem, & ne alijs iurgijs molestantur; cum ergo Monasterium de Vairaõ jus suum proponeret respectu Dominæ Elisabeth opponentis, licet illa sit vitâ functa, attamen, ne ratione fructuum iterum contendatur, dicendum arbitror de hoc jure Monasterij.

361 Et quidem inter colligantes sententiam ego proferrem pro opponente, quia proximior consobrinæ ultimæ possidenti ex dicto sanguine instituentis, & cum ei fuerit proximior ex institutionis forma, admittendam, si viveret, esse, ad hanc successione non dubitarem, tam ex vocatione, & forma prædictæ institutionis, quàm ex dispositione juris, de qua *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 50. ex cap. 9. num. 1. & seqq.* non enim de proximitate opponentis dubitatur, ex qua resolutio

Pars II.

magis sine dubio procedit. *Cov. 2. var. cap. 6. num. 6. Ceval. com. 9. 398.* & dixerat *Bart. per text. in L. hoc jure ff. de verbor. Gam. decis. 9. Valasc. consult. 121. Cabed. 1. p. decis. 51. num. 6. Tiraq. de retract. §. 1. gloss. 1. num. 5.* Erat enim opponens de linea institutoris, & ejus primogenita, quæ dum superest, alia non potuit admitti, & positi in altera censentur exclusi. *Reynof. obs. 23. n. 8. Phab. decis. 171. num. 22. Gam. decis. 93. num. 1. & decis. 354. num. 6. Souf. decis. 16. num. 5.* & tempus delatæ successione attendi debuit ad opponentem admittendum, licet fæmina esset, ex *Gam. proxime n. 8.*

Nec hoc jus evertere potuit status opponentis, & conditiones institutionis, quibus illam excludere matri debebant Actor, & Reus. Non, inquam, status Religionis, quia cum maioratus deferatur jure sanguinis, illius Monachus, aut Monialis, non est in eo pars, imo succedere potest, quia inseparabilia sunt jura sanguinis. *L. jura sanguinis ff. reg. jur. L. jus agnationis ff. de pact. & durante vita Monialis, potitur Monasterium commodo maioratus; Gam. decis. 6 num. 4. & 5. Reynof. obs. 12. num. 12. & 22. etiam si maioratus institutus sit in familiæ, & memoriæ conservationem, prout contra multos, de communi testatur *Salicet. in auth. ingressi Cod. sacros. Eccles. Afflict. decis. 320. num. 2. & 3. Alex. conf. 10. num. 8. volum. 5. & conf. 98. vol. 6. Mol. lib. 1. de primog. cap. 13. num. 77. & seqq. cum alijs, de quibus Cabed. 1. p. decis. 133. num. 7. præcipue dum Monasterium non excluditur à successione, secundum doctrinam Bart. ibi adductam num. 10. & ea, quæ tradit novissimè Portugal de donat. lib. 1. prælud. 2. §. 2. n. 91.**

363 Alia clausula imposita in institutione fol. 95. ut successor maioratus in oppido de Ponte de Lima, vel intra tres leucas habitet, non potest dici proprie dispositio conditionalis, quia causam finalem non importat, imo potius impulsivam, juxta ea, quæ resolvit *Valasc. consult. 60. num. 8. Phab. 2. p. decis. 153. num. 22.* & ita rejicitur ab institutione, secundum doctrinam *Bart. in L. demonstratio, §. quod autem num. 13. ff. condit. & demonstr. Tiraq. in tract. cessante caus. limitat. 1. num. 60. Surd. decis. 232. numer. 7. Fontanel. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 1. num. 13. & 25.* eo maxime, quia certum est, quod legatum alicui relictum sub conditione commorandi in aliquo loco, quaeritur legatario, etiam si conditioni non pareat, excluditur namque talis conditio, quia per illam jus libertatis infringitur. *L. Titio cen-*

Ec iij

tum

tum 70. §. Titio centum o 2. ff. de condit. & demonstrat. L. nihil ff. de liber. hom. exhibend. Cov. de spons. 2. p. cap. 7. in initio n. 5. Gom. var. 2. cap. 10 num. 24. Sanch. de matr. lib. 1. disput. 40. num. 1. Cancer. lib. 3. var. cap. 7. num. 2. & 4. Vana enim dicitur hæc conditio, cum in nullius utilitatem cedat, ex resolut. per eundem Portug. dict. lib. 1. præ-lud. 2. §. 2. num. 100. & seqq. præcipue, cum casu fortuito, & ex accidenti impediretur opponens extra clausuram degere, ut bene distinguit Gabr. Pereir. decis. 1. num. 16. conducunt quæ docte tradit Cald. forens. conf. 53. n. 8.

364 Minus officit alia conditio tertiæ partis tertij vinculandi, quia quælibet obligatio, & dispositio intelligenda est de possibili, & rebus sic stantibus. L. quod servus ff. de cōdit. ob caus. Tiraq. in L. si unquam, in præfation. num. 166. & seqq. Gratian. forens. cap. 96. num. 23. Valenc. conf. 16. num. 39. Cyrac. contr. 378. num. 44. & contr. 481. n. 39. Mutato namque rerum statu, ipsa quoque dispositio mutatur. L. fin ff. ad municip. L. quod servus ff. de condit. ob caus. & quælibet iusta causa excusat à culpa. L. igitur ff. liberal. caus. Cald. de emps. cap. 29. num. 19. Larrea allegat. 31. n. 20.

365 Cum autem nova causa supervenerit opponenti, & impedita proponeretur, tempore delatæ successionis, commorandi in loco destinato, & tertium tertij vinculandi, ratione status, professionis, ac clausuræ, illam non arctavit conditio, neque pæna. Tiraq. in L. 1. connub. gloss. 1. p. 3. num. 39. Lara de anniversar. lib. 2. cap. 8. num. 71. Mieres de maiorat. 1. p. 9. 57. num. 7. Portugal supra n. 105. non enim stetit per opponentem impleri conditionem, ex quo habetur pro impleta, ejus respectu. L. iure Civili ff. de condit. & demonstr. L. inter cum L. sequenti ff. eod. Cardos. verbo conditio n. 11. Surd. conf. 374. num. 7. Valasc. ad loc. communia jur. luser. C. num. 113. Conditio enim potestativa, deficiens per casum, quo honoratus impeditur, habetur pro impleta ad commodum gravati, si non fuit in mora implendi. L. 1. ff. de inst. & subst. L. turpia §. 1. & §. pen. ff. legat. 3. Portug. proxime num. 67. & minor causa excusat opponentem à pæna amissionis maioratus, ut expendit Gam. decis. 292. n. 1.

366 Juxta hucusque discussa mihi certum est maioratum, de quo agitur, pertinuisse ad opponentem, & suum Monasterium, ac insimul fructus, & ei sunt adjudicandi, dum vixit prædicta Domina Elisabeth opponens, in actione namque veniunt, & petun-

tur fol. 171. ac proinde vacuum est aliud jus reservare, & novum jurgium suscitare.

Quod vero attinet ad Actorem, & Reū, 367 placet sequi judicatum, & confirmatam per eximios, & doctissimos Collegas, licet enim agnoscam elaboratum, eruditum, & subtilissimum discursum circumspecti, & eximij patroni à fol. 488. ei non possum acquiescere, nec admittere Reum aliquo ex capitibus, quibus intendit Actorem repellere, proximitatis scilicet, repræsentationis, & transmissionis, quibus nodum hunc religavit, quamvis namque funiculus triplex difficile rumpatur, ut dicebat Pontifex in cap. 1. de treug. & pace, attamen jam ruptum non possumus resarcire.

De proximitate igitur parum est hæsitandū, vel enim eam consideremus respectu institutoris, vel respectu ultimæ possidētis, juxta doctrinam de qua Mol. de prim. lib. 3. c. 9. num. 6. & num. 11. & lib. 1. cap. 6. num. 46. vers. hæc autem, proximior gradu invenitur absque dubio Actor originarius, & ejus filius, ut est in confesso apud partes, & earum testes, præcipue Actoris, ex fol. 397. qui deponunt nepotem fuisse Actorem Blaneæ Barbosa sororis instituentis maioratum, & Reum Franciscum Barbosa, pronepotem alterius fratris.

Nec Actoris jus vertit ejus processio ex 369 fæmina, quam radicem infectam appellat doctus ejus advocatus, licet namque fæminas non admiserit institutor, nisi masculis deficientibus, ut fol. 94. sicut est de natura maioratum, & masculus fæminæ præferatur ex Palat. in rubr. §. 69. num. 4. Paul. conf. 72. num. 8. lib. 4. Cov. lib. 3. resolut. cap. 15. Tiraq. de primog. 9. 10. num. 16. Gom. L. 4. Taur. num. 6. Gam. decis. 59. num. 7. & ex hoc intendat Reus excludere Actorem à fæmina profectum juxta text. in L. si viva matre, Cod. de bon. mater. & doct. Gabr. Pereir. decis. 59. num. 1. Attamen cum fæmina simul cum marito maioratum instituisset, & ad successionem filiam æqualiter cum filio vocassent, ut fol. 91 & in defectum masculorum fæminas admittant, eas non abhorruisse censentur, Gam. decis. 51. num. 2. Tiraq. de primog. 9. 10. num. 27. Reynos. obs. 33. n. 15. Sousa decis. 19. num. 12. Gabr. Pereir. decis. 59. num. 2. & 3. Non enim ad agnationem attenderunt fæminas vocando, nec ad eorum perpetuitatem, sed ad cognationem, generationem, & memorię conservationem. Molin. lib. 3. de primog. cap. 5. num. 50. cum alijs, de quibus Pheb. decis. 44. num. 10. ad quod conducit Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. Nec

Nec etiam agnationem prætulert, ex clauſula deferendi arma, & nomen inſtitutoris, ex *Molin. de primog. lib. 2. cap. 14. numer. 9. Souſa deciſ. 19. num. 1. & melius num. 9. & 11.* & ſic corruiſt alia particula, cui maxime immititur doctus patronus fol. 489. & cum Actor, & Reus ejuſdem ſexus invenirentur tempore delatæ ſucceſſionis, quod eſt attendendum ex *Gabr. Pereir. deciſ. 116. n. 2. Phæb. deciſ. 44. num. 12.* maior equidem ætate eſt præferendus omnino, *L. ſin. ff. de ſid. inſtr. L. cum pater §. pater ff. legat. 2. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 1. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 1.* multi per *Phæb. proxime num. 5.*

370 Ex cap. repræſentationis minus jus fa-  
vet Reo ſecundum ſupradicta, quibus ex-  
cluſus reperitur ratione proximitatis. Sup-  
poſito enim, quod repræſentatio eſt fictio,  
ut ex alijs tradit *Gam. deciſ. 59. num. 4. Va-  
laſc. conſ. 122. num. 8. Phæb. deciſ. 192. n. 5.*  
certum eſt, quod hæc fictio non admittitur  
niſi in caſibus à jure expreſſis. *Gabr. Pereir.  
deciſ. 59. num. 4.* ſiquidem ſola Lex poteſt  
fingere, ex *Valaſc. conſ. 148. num. 8.* & cum  
præſentantes tranſverſales, & nullus de-  
ſcendat ab inſtitutore, non datur inter illos  
repræſentatio per ea, quæ *Reynof. obſ. 26.  
num. 6.* ad illam namque inducendam, ne-  
ceſſario habendus eſt reſpectus ad deſcen-  
dentiam, ex *Phæb. 1. p. deciſ. 44. num. 8. &  
9. Auth. de hæred. abinteſt. venient. §. ſi igitur,  
& §. ſi vero §. ſin. §. cum filius inſt. eodem  
auth. poſt fratres Cod. de ſuis, & legitim. hæ-  
red. Cov. pract. cap. 38. num. 5. Molin. de  
primog. lib. 3. cap. 7. num. ultim. Valaſc. de  
jur. emphyt. q. 50. num. 3.* & ſuppoſito quod  
ſumus in caſu tranſverſalium ulteriorum,  
qui non deſcendunt ab inſtitutore, non eſt  
ullo modo admittenda repræſentatio, quid-  
quid involvat doctus Reorum patronus,  
per ea, quæ *Gom. in L. 8. Taur. num. 8. Gu-  
tier. Canon. lib. 2. cap. 14. num. 54. Tiraq.  
de primog. q. 41. num. 1. Ord. lib. 4. tit. 100. in  
princip. Phæb. ſupra num. 9.* Nec in præ-  
ſenti detur concursus inter filios fratrum,  
quorum tantum reſpectu admittitur fictio  
repræſentationis. *Robl. de repræſent. lib. 2.  
cap. 24. à num. 4. Souſ. deciſ. 1. num. 6. & de-  
ciſ. 16. num. 23. & 36.* Actor, nec & Reus,  
qui non deſcendunt ab inſtitutore, lineam  
conſtituere poſſunt, ut inter illos admitta-  
tur repræſentatio. *Flor. ad Gam. deciſ. 93.  
verſ. 7. regula Souſ. deciſ. 16. n. 12.*

Remoto igitur repræſentationis benefi-  
cio, admittendus eſt in hoc maioratu Actor,  
nunc ejus filius tanquam vere proximior  
in gradu. *Principium inſt. de leg. agnat. ſus-*

*ceſſ. Gam. deciſ. 174. num. 5. tenet Phæb.  
deciſ. 143. num. 16. Gabr. Pereir. deciſ. 5. n.  
4.* ad gradum namque habendus eſt reſpe-  
ctus juxta ſupra reſoluta, nulla lineæ facta  
conſideratione, ex traditis ad *Legem cum ita  
§. in fideicommiſſo ff. de legat. 2. & docto-  
ribus, de quibus Phæb. 1. p. dict. deciſ. 44. n.  
9. & ſeqq.* ſecundum quæ corruiſt hoc fun-  
damentum.

Super eſt diſcutere jus tranſmiſſionis, & 371  
quidem ex hoc capite minus admittendus  
eſt Reus, licet enim ejus pater haberet ſpem  
ſuccedendi, illam tranſmittere non potuit,  
quia conditionalis erat, ſi vivus ſcilicet eſ-  
ſet tempore delatæ ſucceſſionis; pendente  
verò conditione, jus ſpei tranſmittere non  
potuit Reo. *L. 1. §. ſi autem aliquid Cod.  
caduc. tolend. L. 1. L. dies ff. condit. & de-  
monſtr. cum alijs, quæ in fortioribus termi-  
nis adducit Gam. deciſ. 93. num. 10. & deciſ.  
158. num. 5. & 174. num. 8. Valaſc. de jur.  
emph. q. 50. num. 44. Souſ. deciſ. 16. num. 33.*  
Cum enim jus radicatum pater non habe-  
ret, illud non potuit tranſmittere, quia  
ſemper à deſcendentibus præferebatur. *Ca-  
bed. 2. p. deciſ. 61. num. 2. & 4. Phæb. deciſ.  
11. num. 1. & 2.* & cum prius prædictus Rei  
pater moreretur, nihil potuit tranſmittere,  
quaſi deſecta conditione. *Valaſc. conſ. 122.  
num. 3.* ſolum namque jus delatum trans-  
fertur, ex *text. in L. hæres meus in 2. reſ-  
ponſo ff. de condit. & demonſtr. Valaſc. ſupra  
num. 9.* nec antequam ſit formatum, trans-  
mitti poteſt. *Phæb. deciſ. 59. n. 9.*

Deinde hoc jus tranſmiſſionis alicujus  
momenti potuit eſſe tantum in linea deſcen-  
dentium ab inſtitutore; idem *Phæb. 2. p. de-  
ciſ. 192. num. 12.* non verò ulteriorum ex ſu-  
pra dictis, præcipue cum maioratus fuerit  
inſtitutus, non in contractu, ſed in ultima  
voluntate, ut patet juxta diſtinctionem,  
quam cum alijs facit *Souſa deciſ. 16. n. 21.  
& num. 27.*

372 Ex quibus, & alijs, quæ omitto, ne ul-  
tra ſatiſdium introductum procedat, &  
quia ſatis ſuperque in proceſſu omnia diſ-  
cutiuntur; ſic ſententiam meritiſſimi Præ-  
ſidis confirmandam, extendendam, & decla-  
randam teneo. Portu 10. Octobris 1673.  
Caſado.

Quatenus ad reſervationem fructuum  
mihi ſolum reſtat dicendum, quæ reſerva-  
tio Monafterio fuit relicta, ut ex ſententia  
patet, & dominus ſupra ſapientiſſimus, qui  
pleno, & aureo calamo hanc laborioſam, &  
difficilem materiam tam benè explanavit, &  
reſolvit, dictam reſervationem admittere  
noluiffe videtur, & velit, quod ſolvantur  
illi-



illico fructus debiti Monasterio dum vixit Domina Elisabeth Monialis, & opponens.

Ego tamen in eadem sum sententia, quatenus ad solutionem fructuum, ex tempore scilicet, quo lis pro contestata habita fuit, ut patet ex sententia Senatus fol. 261. vers. usque ad tempus, quo dicta Monialis vixit, nam cum Actor, & Reus litigandi habuissent cum dicta opponente propter rationes allegatas in suis juris allegationibus, & articulis, non sicut A. & R. constituti in mala fide secundum juris regulas, ut fructus solvantur, nisi post litem contestatam. *L. litigator, ubi DD. Cod. de fruct. & litis expens. L. cum fundum, ubi las. num. 1. ff. de reb. credit. L. certum Cod. de reivindicat.*

373 Nam post litem contestatam veniunt fructus propter malam fidem ex dict. *L. inductam, L. sed & si Lege §. etiam ff. de petition. hæredit. L. nemo Cod. de acquirend. possess. Cab. 1. p. decis. 281. alias 155. num. 1. & alios refert Reynos. observ. 63. num. 5. & 6. Portu 22. Novembris 1673. D. Francisco de Azevedo.*

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationem Senatui, ubi fuit confirmata, Iudices, Vellez, Doutor Portugal, Doutor Gouvea.

Et hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

374 Satis abunde ex actis apparet, tam ex testium dictis, quam etiam ex partium confessione, Actorem originarium Sebastianum nepotem esse per legitimam prolem ex Branca Barbosa, quæ erat Antonij Barbosa institutoris soror; Reus vero originarius Franciscus, pronepos fuit Ferdinandi ejusdem institutoris fratris per descendentiâ etiam legitimam, & masculinam. Anna, quæ ultimo loco maioratus successione occupavit, & sine descendentiis obiit, institutoris Antonij abnepos erat per lineam directam fæmininam, excepto Roderico ejus patre, qui tum masculus in prædicta descendentiâ extitit, ut decantatur in oppositione fol. 170. & ex tota Actorum serie colligitur.

Quo supposito, attento Iure Civili, secundum quod regulari debent successiones bonorum temporalium, *Ord. lib. 3. tit. 64. in princ. facta graduum computatione juxta formam datam à Iustiniano in principio, & per totum inst. de gradib. ubi Pich. & omnes Doctores, invenimus Sebastianum A. originarium esse proximiorum cognatum, tam respectu primi institutoris Antonij, quam prædictæ Annæ ejusdem institutoris abnepotis, ejus morte hæc causa mota fuit*

super maioratus jure, Reus quidem in remotiori gradu reperitur, tam respectu Annæ ultimæ possidentis, quam etiam institutoris. His tamen duobus præferuntur in utraque cognatione Moniales Maria, & Elisabeth, quæ ultimo oppositionem fecit in hac causa dicto fol. 170. & erant ultimæ possidentis Annæ amitæ, & institutoris pronepotes, cum quo erant in tertio gradu, Actor in 4. & Reus in 5. deinde existebant in linea contetiva possessorum, in qua non erant Actor, nec Reus.

375 Quapropter, si institutionis clausulæ eas non repellabant, ratione proximitatis nemo eas præferbat, cum tamen mortuæ erant, antequam sententia in prima instantia proferretur, ut constat ex documentis fol. 507. ex sententia doctissimi Curialis Præsidis causarum civilium fol. 112. de quarum jure ideo nobis inhabita est cognitio, etiam quoad fructus usque ad tempus mortis Monialium, quia ex parte Monasterij, nec habitatio requisita fuit, nec gravamen à sententia interpositum, ut ex actis apparet, gravamen est stricti juris, ultra personam aggravantis non extenditur, licet contrarium sit in appellatione, quæ communis est utrique litiganti. *Ord. lib. 4. tit. 84. §. 12. Pegas forens. cap. 13. n. 26. Valasco. consult. 51. n. 25. & 26.*

Verum solum de illarum jure disputare liceret, si testis fuisset ad decisionem causæ, nunc, ubi lis controvertitur inter filios A. & R. originarij; nam si successio ad Moniales pertineret à tempore mortis Elisabethæ, de qua constat fol. 507. regulari debebat jus prædictarum partium, quia cum Monialis Elisabeth A. & R. originarijs supervixit, ut constat ex habilitatione fol. 308. prolata 19. die Decembris 1669. & fol. 318. apparet A. originarium Sebastianum postea decessisse, & ex sententia habilitationis suorum hæredum fol. 323. quæ publicata invenitur 5. die Mensis Decembris 1670. adhuc vivente oppositrice Elisabethæ, quæ obiit Mense Aprilis 1672. ut fol. 507. si Sebastianus originarius A. mortuus fuisset vivo Reo, & supervixisset Elisabethæ, tunc filius A. Sebastiani inveniebatur in eodem gradu cum Reo Francisco, tam respectu institutoris, quam ultimæ possidentis, & Franciscus saltem ex qualitate senioris debebat præferri ex vulgari regula text. in *L. fin. ff. de fide instr.* & ea, quæ observantur in maioratus successione, nempe ut suo ordine diriveretur successio secundum lineam, gradum, sexum, & ætatem. *Sous. de Maced. decis. 16. n. 5. & 6.*

376 Attamen extra hoc dubium sumus in presenti, ubi Actor Sebastianus Reo supervixit, & unum, & alterum mori, adhuc viva Elisabetha, constat, ut supra ostendimus, quare, sive reguletur successio per mortem Annæ, quæ ultimo loco obtinuit successione, sive Elisabethæ, semper Sebastianus Actor originarius, & modo ejus filius habilitatus debebant præferri ratione proximitatis, quia semper Reum originarium, & nunc ejus filium præcedunt in gradu, pugnando A. & R. simul, & nunc eorum filij, nullo habito respectu ad parentes.

375 Quibus præhabitis, inquirendum est ex institutione fol. 137. cum seqq. & ex clausulis, & conditionibus in ea insertis, an AA. proximitas excludatur propter illas, ut RR. intendebant dicendo esse maioratum agnationis, in qua linea erant, & in meliori, quam A. qui est conjunctus per fæminam, & cum institutore cognatus; Reus vero, & ejus pater agnatus semper per lineam masculinam, ideo ad legem institutionis, secundam quam præsens jurgium est regulandum, recurrere debemus, ex Ord. l. 4. tit. 100. §. 3. *Sousa de Miced. decis. 16. num. 1. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. in fin.* & est vulgare. In illa fol. 181. invenitur primo loco institutorum filius Gondifalus, & filia Ignis vocata, & postea cæteri eorum, & institutorum descendentes cum præcedentia sexus in eodem gradu solum, ut satis clare patet ex institutionis dispositione dicto fol. 181. ibi: *Os ditos nossos filhos Gonçalo Barbosa, & Ines Barbosa, & fol. 181. in princ. ibi: Iguamente, & por morte de cada hum delles, os ditos bens, & administração os haja, & succeda nelles o que vivo ficar, & por morte do derradeiro succederá nos ditos bens, & nesta administração seu filho mais velho, & em defeito de filho será a filha mais velha, & ibi: E em defeito delles o neto varão mais velho, & em defeito delle sua neta mais velha, & dali em diante andarà a dita administração em seus descendentes, precedendo sempre o varão à femea.*

377 Ex qua dispositione circa descendentes, inveniuntur primo loco invitati ad successionem, masculus unà cum fæmina, semper duo filij institutoris Gondifalus, & Ignis, deinde filij illius, qui ultimo loco decesserint cum prælatione masculi fæminæ, in eodem gradu, quod aperte colligitur ex eadem dispositione ibi: *E em defeito de filho será a filha mais velha, & em defeito delles, o neto varão mais velho, ut tenet Pereir. de Castro decis. 59. n. 3. vers. & ratio.*

Ex quibus bene colligitur institutores solum fæminas exclusisse concurrente cum masculis eodem gradu; in diverso verò fæminam proximiorum masculum remotiorum excludere, ut supra ostenditur in filia, quæ vocatur, excluso nepote masculino inferiori gradu, & meo judicio per illam dispositionem sublata fuit repræsentatio etiam inter descendentes institutorum, quod in presentibus disputare non est necesse, ut ex infra dicendis apparebit: [ hæc sunt, quæ respiciunt descendentium vocationem ] de qua non agitur, quia morte Annæ extincta fuit, sed quia per illam regulari debet collateralium, ut infra dicemus, illam primo loco exposui.

378 Secundo loco deveniendo ad transversalium vocationem, circa quos est præsens disceptatio, quæ reperitur fol. 181. vers. ibi: *E sendo caso, que elles Gonçalo Barbosa, & Ines Barbosa se faleçã depois de nós sermos falecidos, sem de nós ficarem filhos, nem outros descendentes lidimos, em tal caso haja, & succeda nesta administração o parente mais chegado da minha geração, & dali em diante seus descendentes pela maneira atrás declarada, & paulo infra ibi:*

*E sendo caso, que em algum tempo os successores desta administração faleçã sem delles ficarem filhos varoens lidimos, em tal caso succederá nella sua filha mais velha, & por sua morte seu filho lidimo varão, pela maneira atrás declarada, precedendo sempre o macho à femea, como fica dito.*

379 Quod dixerat in prima vocatione super emphyteuticationes supra cum præcedentia masculorum fæminis in eodem gradu, ut declarat institutio, quando filias admittit excluso nepote masculino, & ita de jure erat præsumendum, quando institutoris lex non exprimeret (ut diximus) ex memorata dispositione, ut patet ex Ord. l. 4. tit. 100. §. 1. ibi: *E o mesmo será nos outros parentes, em igual grao: late Castilh. quotid. lib. 2. cap. 4. de faminar. exclusione num. 159. Gom. L. 40. Tauri num. 8. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. à princip.*

Igitur non solum ex vocatione institutoris, de qua supra ibi: *O parente mais chegado da minha geração, sed etiam ex Legis dispositione, Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. ibi: O parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor, debebat Sebastianus Actor originarius, si viveret, & nunc ejus filius habilitatus, præcedere in successione, de qua agitur, Reum originarium Franciscum, & ejus filium loco patris habilitatum, quia AA. Sebastianus, & filius, RR;*

RR. in gradu præcedebant, non solum respectu institutoris, sed etiam Annæ, quæ ultimo loco possedit maioratum, & eodem modo erat proximior respectu Elisabethæ oppositricis, si eam ultimam possidentem dicere debebamus.

Fundamentum agnationis, in quo RR. nitebantur, meo iudicio est ridiculum, quia maioratus de quo controversatur est regularis, ut ostendimus, in eo vocantur fæminæ, imo fæmina primo loco vocata fuit cum masculo, ut manet dictum supra, solumque fæminæ excluduntur concurrente cum masculis in eodem gradu; igitur nullo modo agnationis fieri debet consideratio, cum maioratus agnationis dicatur ille, qui non admittit fæminas, imo illas semper excludit, admittendo solos masculos per virilis sexus personas cum institutore conjunctos, etiam in remotiori gradu existentes, quàm fæminæ. Ita est communissima resolutio Doctorum, & juris agnationis. *Pereir. de Castr. dict. decis. 59. num. 3. vers. ratio est, conducit Ord. lib. 2. tit. 35. §. 4. eleganter Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 50. Guierr. conf. 13. num. 23. & 24. Menoch. conf. 95. num. 98. lib. 1. alios quam plurimos refert, & sequitur Castilb. quotidian. lib. 2. cap. 4. de fæminar. exclus. n. 178.*

Maxime quando maioratus institutores fuerunt masculus, & fæmina, nempe etiam dato quòd vocarentur masculi, nunquam fæminas in dubio censendas esse exclusas propter masculos remotiores, ut affirmat *Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 73. & 74. defendit Castilb. lib. 2. quotidian. dict. cap. 4. n. 145. & 147. vers. contrarium.*

380 Tandem, quia in nostra Lusitania, nec in Hispania non solent fieri maioratus agnationis, & raro reperiuntur, ut iudicatum refert in domo Mafræ Senator *Sousa*, licet contrarium deliberasset, sed victus *decision. 16. num. 9. usque ad 12.* quare incivile est in præsentem ad agnationem recurrere, cum maioratus agnationis non sit, nec etiam masculinitatis in isto, masculi etiam ex fæminis præferuntur fæminis proximioribus, quod non admittit institutorum dispositio.

Secundum fundamentum linearum, est error peior priori, nam linearum constitutio, & consideratio non habet locum nisi in descendentes institutorum, ut decernit *Lex Regia lib. 4. tit. 100. in princip. ibi: Nos transversais sendo descendentes do instituidor; & infra ibi: O filho, & seus descendentes legitimis por sua ordem, idest, servato ordine linearum primogeniti, & secundogeniti,*

ti, &c. & dato quòd linearum haberetur consideratio inter collaterales, ut ostendit Senator *Sous. dict. decis. 16. per totam*, attamen hæc linearum constitutio non potest dari nisi ratione primogenituræ, vel descendens possessoris, quia sine possessione linearum constitui non possunt, ut resolvit idem Senator *Maced. dict. decis. 16. num. 10. & 18. & 37. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 34. Pereir. de Castr. decis. 59. num. 5. & 6.* linearum sine trunco possessoris à quo diriventur non possunt admitti, solum hoc privilegium, & primogenituræ, quod jus transmittitur in sequentes, licet primogenitus non ingrediat maioratus possessionem, ut affirmat idem *Pereir. dict. num. 6. Ord. lib. 4. tit. 100. in princip.*

Cum ergo Reus, nec ex linea primogeniti descendens institutorum sit, nec ex linea possessorum, quia transversalis est, in qua linea nunquam successio maioratus transitum fecit, nisi nunc, igitur nulla consideratio ad lineas habenda est, nec etiam ad representationem, quæ in transversalibus usque ad fratrum filios non extenditur. *Auth. post fratres Cod. suis, & legit. hæredib. Pereir. de Castr. dict. decis. 59. num. 7. vers. satisfit, cui dispositioni adheret Ord. lib. 4. tit. 100. in fin. princip.* Ex his ergo inferioris Senatus sententiam confirmandam iudico. Vlyssipone 15. Septembris 1674. Doctor Gouvea.

Hujus processus quæstio adeo eleganter invenitur enucleata, & optimis juris fundamentis resoluta, tam per circumspectum Præsidentem, & doctissimos Senatores inferioris Senatus, ac per superiorem Magistrum, quod circa præcipuam litigandi causam aliquid dicere otiosum reputamus.

Verum, quia præcedens Dominus in doctissima deliberatione fol. 619. fructus hujus maioratus denegat Monasterio de Vairão, à tempore, quo lis pro contestata iudicata fuit, usque ad ultimum vitæ spiritum Elisabethæ, in quo sententiam Portuensis Senatus corrigi, & ego contrariam amplector opinionem, opus est mihi stricta manu fundamenta mei iudicii præferre.

In tota hujus processus serie passim fatentur A. & R. Moniam Elisabetham institutoris fuisse pronepotem, & amitam ultimæ administratricis Annæ, quo supposito negari non potest, quòd per obitum istius Elisabethæ delata fuit successio maioratus, neque clausulæ institutionis fol. 94. in fin. commorandi intra tres leucas juxta opidum de Ponte de Lima, & vinculandi tertiam partem tertij suorum bonorum, illam repellere

lere valebant: non prima, quia ultra quam-  
quod iſta clauſula vana reputari debebat, eo  
quod in nullius utilitatem cedit juxta ele-  
ganter tradita, & reſoluta per amantiffi-  
mum *parentem meum vol. 1. de donat. Regijs*  
*lib. 1. pralud. 2. §. 2. à num. 100.* fortuito, &  
per accidens impediabatur Elifabetha habi-  
tare ubi inſtitutor diſpoſuerat, & tunc ei  
diſta clauſula nocere non poterat. Non ſe-  
cunda, quia de poſſibili debet intelligi, mu-  
tato enim rerum ſtatu, ipſa diſpoſitio cen-  
teri debet mutata. Idem collendiſſimus pater  
ubi ſupra *num. 106. & 107.* latius, & opti-  
me iſtam exornat ſententiam Portuenſis  
aulæ graviffimus Senator in eleganti ſuffra-  
gio fol. 543. & ſeqq.

His præhabitis, licet Elifabetha ſato  
ceſſiſſet priuſquam ſententia Præſidis Cu-  
rialis prolata fuiſſet, dubitandum non eſt,  
quod nec vixit, nec jus optimum habuit ad  
fructus maioratus, eo quod illud Monaste-  
rio reliquit. De his non dubitavit ſuperior  
doctiſſimus Collega, ſed ait, quod Monaste-  
rio non iudicat fructus, quia ex parte illius  
habilitatio requiſita non fuit, nec à ſenten-  
tia gravamen interpoſitum, quod cum ſit  
ſtricti juris, ſolum conquærentibus pro-  
deſt.

Verum in ſalva pace tanti Senatoris ha-  
bilitatio Monasterij non ab ipſo requiri de-  
bebat, ſed ab Actore, vel & Reo, & grava-  
men per Monasterium non erat interpo-  
nendum, cum ſententia inferioris aulæ in  
ejus favorem pronuntiata invenitur, & ita  
de fructibus prædicti temporis cognoſcere  
valemus, & debemus; atque ex ſupra con-  
ſideratis ſententiam inferioris Senatus etiã  
quoad fructus confirmarem. Vlyſſipone 6.  
Decembris 1674. Doutor Portugal.

Clauſulæ, ſive conditiones habitandi cer-  
to in loco, vel annexandi certam patrimo-  
nij partem, poteſtatem ea obeundi requi-  
runt, quia impoſſibile nulla eſt obliga-  
tio; *Menoch. conſ. 132. num. 22.* cum verò  
Monialis tempore delatæ ſucceſſionis om-  
ni parendi poteſtate eſſet orbata propter  
votum Deo, & Religioni conſecratum, eam  
nulla conditio obligavit; quod ſecus eſſet, ſi  
delatæ ſucceſſionis tempore pleniffimam  
poteſtatem haberet, quia conditiones, de  
quibus ſermo eſt, non ſunt bonis moribus  
inviſæ: & ita, licet contrariam ſententiam  
modo incurriſſem, quia non eſt opus de hoc  
diſſerere, eam nihilominus non probo; quia  
multis juris principijs, & graviffimorum  
Doctorum placitis adverſatur: quare in-  
terim in hoc ſuperſedendum eſt.

Quod ſi conditiones juri Monialis non  
Pars II.

nocuerunt, & ſi viveret, & primogenium,  
& fructus à lite conteſtata ſibi merito ven-  
dicatura erat, cur eos Monasterium, cui  
cedunt, uſque ad illius mortis terminum  
non vendicabit? Quid obest? Quid tantum  
diſcrimen inducit? Actio hoc importat, hoc  
diſtat jus: habitus ficti corporis non de-  
eſt, quia per adverſarium ſtetit civiliter  
non adeſſe, nec hujus gravaminis natura  
adſtricta eſt, ut hæc poteſtas ſupremis Iu-  
dicibus adimatur, quibus hoc ob commune  
bonum indultum eſt. *Ord. lib. 3. tit. 72.* jun-  
cta *Ord. lib. 3. tit. 63.* quare fructus Mona-  
ſterio deberi tutius duco. Vlyſſipone De-  
cembris 16. 1674. Vellez.

No feito do Reverendo Fernando de  
Freitas de Meſquita com Antonio de Frey-  
tas, & o Padre Ieronymo do Amaral, Es-  
crivão Manoel de Goes Pinheiro, ſe deu a  
ſentença ſe seguinte. 383

*Acordaõ os do Deſembargo, & c. Aggra-  
vado he o aggravante Fernão de Frey-  
tas de Meſquita por o Juiz das auçoens  
novas da Relação, & Casa do Porto, em jul-  
gar pertencer o morgado da Casa Nova do  
Baſto, inſtituido por Martim Lourenço ao  
oppoente aggravado Antonio de Freytas do  
Amaral, & o morgado da quinta de Sezim,  
fundado por Affonſo Vasques Peixoto, ao A-  
outroſim aggravado o Padre Ieronymo de A-  
maral, como filho legitimado do ultimo poſ-  
ſuidor Ioaõ de Amaral, revogando ſua ſen-  
tença, viſtos os autos, & como o beneficio da  
representação de que o dito oppoente ſe per-  
tende ajudar entre os tranſverſaes, que nam  
forem deſcendentes dos inſtituidores ( quæſ  
ſão eſtas partes ) onde a Ley do Reyno man-  
da guardar o que he diſpoſto por Direito cõ-  
mum, conforme a elle não tem lugar, & af-  
ſim conſecutivamente nam fica pertencendo  
a ſucceſſão do dito morgado da Casa Nova  
ao aggravado Antonio de Freytas, por quan-  
to ceſſando a representação, nam ſe admite a  
conſideração de melhor linha; nem tambem  
ſe deve deferir à ſucceſſão do outro vinculo,  
& morgado da quinta de Sezim ao aggra-  
vado o Padre Ieronymo de Amaral, filho  
diſpenſado do ſobredito Ioaõ de Amaral ul-  
timo poſſuidor, por ſer mais commum, & ver-  
dadeira reſolução praticada na occurrencia  
de caſos ſemelhantes, que os filhos naturaes  
regularmente nam ſucedem nos morgados,  
nam tendo vocação dos fundadores, quando  
ha parentes legitimos, aos quaes pertença a  
ſucceſſão, como neſtes termos he o aggravan-  
te, mormente ſendo os inſtituidores nobres, &  
nam ſe provar em forma concludente, que  
Affonſo Vasques Peixoto foſſe illegitimo; o  
Ff que*

que visto, & concordarem os pretendentes na forma de se deferir á successão destes morgados simultaneamente, & concorrerem na pessoa do dito aggravante as qualidades de legitimo, & parente mais chegado ao ultimo possuidor, requeridas pela Ley do Reyno, julção, & declaração pertencerem lhe os ditos morgados, & paguem os aggravados as custas dos autos. Lisboa 14. de Março de 1660. Leyte Homem, Cabral, Basto.

384 Hæc sententia fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

Maioratus, seu Capella da Casa Nova, anno 1429. à Martino Laurentio instituta fol. 14. & maioratus, seu Capella de Cezim anno 1451. ab Alphonso Vasques Peixoto ordinata fol. 15. primo vocato successore Alphonso Martins de Freytas, pervenerunt tandem ad Ferdinandum de Freytas, qui filios quinque reliquit, Antonium, Franciscum, Ioannem, Ferdinandum, & Gregorium; & sine descendentibus legitimis tribus prioribus decedentibus, cum tempore successionis quartus vita functus esset, & quintus adhuc superstes existeret, nunc ad successionem concurrunt aggravatus Hieronymus illegitimus, Ioannis ultimi possessoris filius, aggravatus Antonius, filius Ferdinandi, qui in vita fratris possessoris decesserat, & aggravans Ferdinandus filius Gregorij, qui tempore delatæ successionis vivebat.

In hac facti serie, antiqua familiarum nobilitate, & præscripta utriusque maioratus successionem, contendentes omnino conveniunt, quibus sic in facto suppositis, controversiam resolute decidens, aggravatum Antonium beneficio repræsentationis ingressum procurantem non admitterem, & aggravantem Ferdinandum consanguineum proximiorum præferendum censerem.

385 Quoad exclusionem illegitimi; quia ad successionem maioratus à nobilibus instituti non admittuntur naturales, nisi expresse ab institutoribus vocentur; communis enim resolutio est, quæ in iudicando, & consulendo observari debet ad primogenij successionem, in quo simpliciter filij vocati sunt, nunquam filios naturales admittendos esse, & hanc resolutionem deducunt DD. ex text. in Lege ex facto §. si quis rogat. ff. ad Trebel. Azp. Odofr. Accurs. Butrig. Cyn. Alber. Fabr. Bart. Corras. Cost. & Gabri. quos refert, & sequitur Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 43. & præstiteratione ibi num. 45. ubicunque namque agitur de honore filiorum, nunquam filiorum appellatione filij naturales comprehendun-

tur, & ibi cum Bald. Tirag. & Gregor. Lop. Addentes ad Molin. d. lib. 3. cap. 3. num. 43. vers. & adversus naturales dicunt in Hispan. primogenijs naturales exclusos censerem, nisi hi expresse vocentur, vel saltem ex conjecturis indubitatis admissi censeantur; & ibi Avedan. Azeved. Alvar. Mier. Flor. Gam. P. Molin. Garc. Castilb. & Fusar. Mier. de maiorat. p. 2. q. 2. num. 1. ubi resolvit, quod si filij vocentur ad successionem absque adjectione verbi legitimi, naturales non comprehenduntur, & hoc ex propria maioratus natura, quæ est exclusiva naturalium. Fusar. de substit. q. 3. 14. num. 1. ubi ponit pro regula, quod si testator filios vocavit, non censetur vocasse naturales, & ubique plures refert, ut q. 104. num. 63. cum seqq. Castilb. contr. lib. 5. cap. 82. num. 14. 41. & 47. ubi per plura iura, rationes, & auctoritates, & etiam de jure divino conveniens dicit Larrea videndus dec. 32. num. 1. 42. & 55. Noguero. alleg. 9. num. 24. & 25. ubi plures refert, & dicit sic determinasse Senatam in omnibus causis, quæ se se obtulerunt. Ex nostris Gam. dec. 167. num. 7. Egyp. de privil. honest. art. 16. num. 17. Reynos. obser. 33. num. 4. cum seqq. Phæb. 1. p. dec. 52. num. 12. & dec. 171. num. 28. Pereir. dec. 14. n. 4. cum seqq. ubi alios refert, Aug. Barb. appell. 99. num. 14. cum seqq. Quorum dictis abundantissime satisfit levi præsumptioni, quæ de illegimitate institutoris præfertur; potius enim familiarum nobilitas, & agnationis decus præponderari debet, ut quotidie dicunt iudicatum, & in appendicibus etiam ostenditur decisum; & solum prædicta levis præsumptio nullis extantibus consanguineis locum obtinebit, ne maioratus ad extraneos successores deferatur secundum resolutiones, de quibus Larrea d. dec. 32. per totam.

Quoad rejectionem repræsentationis, cuius beneficio Antonius adjuvatur; quia repræsentatio ( ut in proposita specie ) non habet locum, quando institutor est transversalis, & contentio in successionem maioratus, est etiam inter successores transversales, ex doctrina Anton. de Butr. cons. 47. n. 4. quem sequuntur Afflict. in cap. omnes filij num. 12. si de feud. fuerit controv. Ifern. in const. Neapol. tit. 24. lib. 3. Gutierr. pract. lib. 5. cap. 66. num. 4. Mantie. de conjectur. lib. 8. tit. 9. num. 4. Valens. cons. 23. num. 59. & 60. Giurb. de success. feud. §. 2. gloss. 10. n. 51. Fusar. qui multos refert de subst. q. 485. num. 106. ex nostris, qui sic intelligunt Ord. lib. 4. tit. 100. in fin. princip. Reynos. obser. 26. num. 17. Cardos. post tract. de jure accrescend. resp.

reſp. 2. num. 61. Valaſc. de ſucceſſ. Regn. p. 2. punct. 1. §. 1. num. 28. Pereir. dec. 116. num. 8. latius Phæb. 2. p. dec. 104. num. 16. 17. cum ſeqq. ubi iudicatum oſtendit. Et ſi aliqua dubitatio ſubefſet, in dubio contra re- præſentationem iudicandum dicunt Larrea dec. 35. num. 7. Caſſanat. conf. 59. num. 17. Fuſar. d. 9. 485. num. 131. ex quibus adducta in contrarium convincuntur ſecundum Ord. intellectum, & Regni praxim, de quibus noſtri ſupra citati latius atteſtantur, quorum indubius ſententiam amplector; quia aggravatus Antonius ab hac ſucceſſione excluſus, ſententiæ Senatus inferioris acquievit, at ſuper maioratu de Cezi nullo modo contendit.

Quoad præferentiam Ferdinandi (cuius pater Gregorius tempore delatæ ſucceſſionis adhuc ſuperſtes exiſtebat) quia cum re- præſentatio non detur in tranſverſalibus ultra tertium gradum (ut oſtendimus late) qui prior eſt in gradu potior eſt in ſucceſſione. Auth. poſt fratres a 2. Cod. leg. hæred. Auth. de hæred. abinteſt. ven. §. ſi vero neque fratres, Ord. lib. 4. tit. 100. in ſin. princip. quæ juris communis diſpoſitioni relinquit. Mātic. de conjectur. lib. 8. tit. 9. num. 4. Roxas de ſucceſſ. abinteſt. cap. 22. num. 22. Valenſ. conf. 23. num. 43. Souſa in repet. leg. fæmina p. 1. num. 205. ff. reg. jur. Pereir. dec. 59. num. 7. vel dici poteſt, Larrea dec. 35. num. 7. Giurb. de ſucceſſ. feud. §. 2. gloſſ. 10. num. 51. Altoprad. conf. 67. num. 5. Et ubi repræſentatio ceſſat, prioritas lineæ non attenditur, nec ad aliquid conducunt conſiderationes huius prioritatis, quæ pro Antonio adducuntur. Giurb. d. gloſſ. 10. num. 46. ante verſ. cæterum, Pereir. dec. 59. num. 7. Phæb. dec. 104. num. 16. Valaſc. d. p. 2. punct. 1. §. 1. n. 28. ad ſin. Ex quibus cum utriusque maioratus præſcripta ſit individua ſucceſſio, ut eſt in conſeſſo, illegitimo excluſo, beneficio repræſentationis non admilſo ad ſucceſſionē utriusque maioratus, aggravans proximior conſanguineus præferendus venit, ſententia Senatus inferioris revocata. Liſboa 2. de Março de 1660. Cabral.

86 Tres ſunt in hoc iudiciali bello litigantes, Hieronymus, Antonius, & Ferdinandus, videamus quis melius induat arma. Facti ſeries fideliter figuratur à ſapientilſſimo domino meo, & habetur in peroratione à fol. 426. illamque fatetur collitigantium commune votum; agnoſco omnia, tam de factō, quàm de iure, quæ ad præſens concernunt, & quæ à doctoribus ſparſim ad nauſeam uſque ſcripta ſunt, ſub laconilmo feliciter à ſapientilſſimo domino præcedente

Pars II.

comprehenſa eſſe, brevi quidem, ſed compendioſo calamo, ex quo non parum ſibi laudis capit, non enim omnibus, ſed paucis invida fortuna ita proſpere flavit, ita affluenter indulſit, ut illis multa ſub exiguo comprehendere conſeſſum ſit, liceat ergo mihi decantare, ut modicæ ſuperant ingentia pōdera gemmæ, ſic habet hic laudem ſub brevitate ſuam.

Præſcriptum ordinem à ſapientilſſimo primo domino proſequendo, illiusque adhærendo doctrinæ, quoad Hieronymum, qui natalium patitur defectum, aliquantulum vacillavit animus in indaganda veritate, cuius accerrimi ſectatores eſſe debemus, ſed quievit in favorem aggravantis Ferdinandi, illegitimo excluſo ex ſequentibus. Regula admittenda eſt, quòd ſemotis urgentibus conjecturis, in dubio filius naturalis ad maioratum ab antecelſoribus inſtitutum non admittitur. Plures relati à Pereir. à Caſtr. dec. 14. num. 2. Flores var. quæſt. 9. 16. §. 1. num. 6. Peregrin. de fideicom. art. 28. num. 4. Cevalb. com. 9. 164. Molin. lib. 3. cap. 3. num. 41. Cald. conf. 9. numer. 40. Anton. Theſaur. forenſ. 95. num. 4 & 9. 117. num. 17. lib. 3. Fachin. lib. 4. contrav. cap. 102.

Fateor quòd in re obſcura, & ambigua multum operantur voluntatis conjecturæ, ut docuit Ulpian in L. ex factō §. ſiquis rogatus ff. ad Trebell. quibus tantum detulerunt DD. ut non firmo pede contrarias ex illo textu conſuſiones deduxerint, parum conſtantes quid in dubio dicendum ſit. Inter conjecturas autem illa prævaluit, ſi teſtator, quamvis aliàs in dignitate conſtitutus, naturalium filiorum meminit, & de illis in aliqua teſtamenti parte mentionem fecit. Ita Bart. in d. §. ſiquis rogatus Peregrin. conf. 54. num. 9. & conf. 72. lib. 2. Menoch. lib. 4. præf. 78. num. 31. ſunt per contrarium quādo teſtator legitimorum filiorum meminit, naturales excludere videtur. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 34. Surd. dec. 291. num. 19. & conf. 89. num. 38. eandem ſententiam ſequitur unus pro multis Barboſ. in privat. ſchol. ad d. §. ſiquis rogatus. num. mihi 306. cum Bald. Rip. Iaſon, & alijs, reſpondens eleganter ad textum in L. generaliter §. cum au. em Cod. de inſtit. & ſubſt. quod procedat quando teſtator naturalem legitimo prætulit, ſubſtituit, inquam, quaſi eo caſu ceſſet conjectura, quæ naturales admittat.

Quare cum impræſentiarū deſiderentur prædictæ conjecturæ, regulæ generali ſtandum eſt, ſecundum quam filius naturalis

Ff ij

de

de jure non contrahit jus agnationis cum patre, & agnatis paternis. *Mant. de conjectur. ultim. volunt. lib. 8. tit. 12. Molin. lib. 2. cap. 11. num. 46.* & non succedit in his, quæ sunt primogenituræ.

Non me latet quòd si Hieronymus veram, & propriam legitimationem ostenderet, ex cuius forma, & modo expresse colligeretur, illum quoad personam habitatum, & legitimum fuisse à Principe, & ad omnia jura natalium reductum, tunc legitimitas, quæ integritatem personæ respexit, non potest limitari, nec restringi, & habilem reddit filium ad succedendum in bonis maioratus, & primogenituræ, non enim tunc inducitur particularis indulgentia, sed propria, & vera legitimitas, ita quoad legitimationes nostri Regni in individuo, declaratis *Gam. dec. Valas. Cald. & Cabed. dec. & authorit.* & aliorum, quos sedulo congescit pulchre *Castilb. lib. 4. quotid. cap. 22. num. 148. cum Menoch. Molin. Peregrin. Gratian.* notat noster *Cabed. 2. p. dec. 69. num. 8.*

Sed de hac legitimatione non constat, illas autem, quæ in nostro Regno concedi solent, strictè interpretantur, & non sunt vere, & proprie legitimationes, sed tantummodo dispensationes. *Cabed. d. dec. 69 n. 9. Phæb. 1. p. dec. 97.* ubi ita à Senatu decretum esse testatur, nam apud nos legitimitati, ut nostrates communiter docent, illo amplo legitimatorum privilegio non decorantur. *Gam. dec. 11. num. 2. Valasc. de part. cap. 12. num. 41. Cald. L. si curatorem verbo sine curatore num. 56. Cod. de in integr. rest.* ideoque solum reddunt legitimationes legitimos habiles ad succedendum in maioratibus, ad quos invitati, & vocati fuerint, nec est cur amplius in hoc immoremur.

Conjecturam autem deductam ex illegitimitate institutoris parvi facio, tum quia de illa liquido non constat, & contrarium est præsumendum. *Peregrin. de fideicom. art. 22. num. 90. Menoch. lib. 6. præsum. 54. Mascard. conol. 799. Gratian. 1. tom. forens. cap. 83. & 3. forens. cap. 468.* Cum vel maxime per ea, quæ eleganter præcedens dominus in prima parte deliberationis, & si ex abundanti placuerit sequentibus dominis, ut concedantur licentiæ petitiæ in perorationibus fol. 428. & 429. ad probandam legitimationem personæ instituentis non discedam ab illorum placito.

Quoad Antonium filium Ferdinandi, qui se repræsentationis beneficio munitum proponit, pauca liceat in medium proferre; volendum sane est, quod *sanctio nostra lib. 4.*

*tit. 100.* quæ ad tollendas dubietates promulgata est, & à *Lege 40. Taur.* transscripta dignoscitur, circa transversalium successionem tot dubia reliquisse. Duos casus proponit Lex nostra in transversalibus, primum ut descendentes ab instituyente perpetua fruantur repræsentatione; secundum, ut non descendentes succedant secundum jus commune. Rursus hic secundus casus duos etiam amplectitur, alterum si transversalis, nec ab instituyente, nec ab ultimo possessore descendat, alterum si à possessore tantum descendat. Relicta secunda parte, scilicet descendendum à solo possessore, in qua DD. nihil scitum, nihilque stabile definiunt, sed devenitur ad quæstionem patruum, & nepotis, quæ adeo perplexa, & difusa est per doctissimorum virorum scripta, ut jam judicantis arbitrio commissum sit utramvis partem eligere, vel pessundare, in qua quæstione dicendum videtur concedendam esse repræsentationem transversalibus à possessore descendentibus juxta terminos *Auth. post fratres Cod. de legitim. hered. Auth. cessante cod. tit. Auth. de hered. ab intest. venient. §. si agitur, & §. si autem defunct. collat. 9. Pereir. à Castr. dec. 116. num. 9. & 10.* Quia hic casus videtur comprehensus in d. *Ordin. vers. E se os transversales:* & etiam, quia nepotem patruo præferendum esse beneficio repræsentationis, receptior tenet opinio, de qua *Cov. pract. cap. 38. num. 6. Robles de represent. lib. 2. cap. 29. n. fin. Castilb. quoad lib. 5. cap. 93. §. 13. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 2.* Sed de hoc quidquid sit, sumus enim extra hos terminos.

Contentio est inter transversales, tam respectu instituentis, quam respectu ultimi, & immediati possessoris, & non est contentio modo inter fratres, fratrumque filios, sed inter patruales, id est filios ex diversis fratribus. Plane attento jure communi, repræsentatio ultra secundum gradum in transversalibus non progreditur juxta jura supra proximè citata. *Castilb. quotid. lib. 3. cap. 19. num. 71. relatis ibidem plusquam 30. Doctoribus, Borrel. conf. 92 num. 4. Azeved. conf. 2. num. 40. & 42. Cald. conf. 35. num. 35.* Agnosco quòd secundum aliquorum opinionem in concurrentia transversalium ultimo possessori, & non descendenti à primo, admitti debet repræsentatio intra terminos secundi gradus. *Gutierr. lib. 2. pract. 9. 66. num. 32. Castilb. cap. 19. n. 90. de maiorat.*

Communiori tamen doctrina tentum est à nostris Regnicolis sic intelligentibus Legem nostram, quod in his terminis exulat repræ-

repræſentatio. *Gam. dec. 346. num. 2. Valasc. de jure emphyt. 9. 50. num. 33. Reynof. obſer. 26. num. 17. & 18. Pereir. Phæb. & præceptor Valasc.* citati à ſapientiffimo Domino, à quibus recedere non audeo: idem etiam de jure communi tenent *Mantic. de conjeſt. lib. 8. tit. 9. num. 4. Menoch. conf. 124. num. 88.* plures laudat doctiffima præcedens deliberatio.

Quoad præſens alia urgentiffima viget ratio ad excludendum Antonium à repræſentatione; nam tempore delatæ ſucceſſionis hujus maioratus ejus pater Ferdinandus in vivis non erat, deceſſit enim in vita poſſeſſoris, ut eſt in conſeſſo, ac proinde nullum habuit jus in perſona ſua radicatum, per quod Antonius patrem repræſentando maioratum conſequi valeat; at vero Gregorius pater Ferdinandi tempore quo deceſſit, poſſeſſor in humanis extabat, & ſucceſſit doctrina, de qua *Avendan. L. 40. Tauzigloſſ. 7. Flores in addit. ad Gam. 348. & de cif. 93. verſ. 7. conſeſſ.* fateor quod hoc non tranſit ſine dubio, multi enim contrarium tenent afferentes ſatis eſſe ſpem illam ſucceſſendi in ſucceſſores tranſmiſſam, ut poſt *Molin. Azeved. Guter. & alios tenet Pereir. à Caſtr. dec. 5. num. 6. Cald. conſ. 5. n. 18.* & huic opinioni conſonare videtur *Ord. d. tit. 100. ibi: Poſto que o dito pay naõ ouveſſe ſucceſſido.*

Memoro etiam, quòd per geminatam vocationem conſanguinei proximioris, de qua inſtitutor, ſecundum graviffimorum viro- rum placitum cenſetur excluſa repræſentatio, quos refert *Caſtilh. quotid. lib. 2. cap. 20. ex num. 5. & lib. 3. cap. 19. num. 300. Cald. de nomin. 9. 17. num. 24. & recept. cap. 19. Menoch. lib. 4. præſum. 95. num. 21.* quam plurimos late refert *Caſtilh.* ubi proxime; alij aliter ſentiunt, ut per *Molin. lib. 3. cap. 8. num. 11. Alter Molin. de juſt. diſp. 629.* plures refert *Caſtilh. d. cap. 20. num. 7. & lib. 3. cap. 19. num. 302. Pereir. dec. 116. num. 3.*

Et excluſa repræſentatione, exulat quoque linearum conſideratio, qua Antonius ſe juvare intendit. *Pereir. à Caſtr. dec. 59. num. 7. Phæb. dec. 104. num. 13. 16. & 17. Tirag. de primogen. 9. 41. num. 21. Caſtilh. d. lib. 3. contrav. cap. 19. num. 87. verſ. præterea, Robles de repræſent. cap. 29. num. 34.* & debet præferri proximior ultimo poſſeſſori, ſiquidem repræſentatio in hoc caſu remotiorem non poteſt efficere proximio- rem.

Quoad Ferdinandum unico verbo dico, quòd cum reponatur proximior ultimo poſſeſſori excluſo repræſentationis benefi-

Pars II.

cio, ad ipſum ſpectat ſucceſſio maioratum, de quibus agitur, ad hoc enim ut excluſi poſſet, opus erat expreſſa teſtatoris vocatione in contrarium, *Surd. conſ. 325. num. 8.* idque ex duplici ratione; prima, quia cum privilegium, & prærogativa à jure conceſſa conſanguineo proximiori ſit clauſum in corpore juris, opus eſt aperta, & expreſſa voluntate inſtitutoris in contrarium, ut tolli poſſit. *Gonſal. regul. 8. gloſſ. 36. num. 34. Giurb. dec. 61. num. 3. Caſtilh. lib. 3. cap. 17. num. 284.* Secunda, quia habens regulam juris pro ſe, dicitur habere intentionem ſuam fundatam. *Sanch. in decalog. lib. 1. cap. 10. num. 34. Pinel. L. 3. num. 27. Cod. bon. mat. Valasc. de jure emphyt. 9. 7. num. 4. Molin. lib. 4. cap. 11. num. 31. Guter. præct. lib. 3. q. 4. n. 13.*

Quòd autem ſucceſſio horum maioratum, qui ſimul, & ab eadem perſona poſſeſſi fuerunt, ſit plusquam præſcripta quoad hanc formam ſucceſſendi, non dubitatur, & eſt in conſeſſo, quare in hoc non immoror; ex quibus, & alijs feliciori ſtillo, & elegantiori calamo à ſapientiffimo præcedente domino dictis Ferdinandum melioribus extare auſpicijs arbitror, & ſententiam inferioris Senatus revocandam eſſe ſentio. *Lisboa 9. de Março de 1660. Baſto.*

Primum eruditiffimum dominum in prævio concurſu multa paucis dicentem video, quod pauci, quos æquus amavit Iupiter, aſſequi potuerunt, ideoque merito, & optimo jure extollitur, atque laudibus effertur à digno ejus Homero ſecundo domino cuncta exhauriente; quid igitur mihi in medium proferendum ſuper eſt in re ſubjecta? Nihil proſecto; unde ſilentij præmium tutius videbatur, niſi animadverterem præſentem materiam, & ſi paſſim à Doctoribus pertractatam, ſophocleo tamen eſſe dignam cothurno. Pro deciſione ergo ſequentia occurrebant primo limine in favorem A. Hieronymi, quòd ſi illegitimitas inſtitutoris Alphonſi adſtrueretur legitime, minime videbatur ſpernenda conjectura ex conditione ejus pro d. A. accipienda cum *Vlpiano in L. ex factis 17. §. ſiquis rogatus o i. in finalibus verbis ff. ad Trebell.* utique reſpectu nobilis inſtitutoris admittenda, non obſtantibus alijs verbis antecedentibus ibi [ ſed hoc ex dignitate ] quaſi talis inſtitutor de ſibi ſimilibus cogitaſſe debeat cenſeri, uti ſignanter tenent *Dec. originaliter in C. in præſentia num. 43. verſ. ultim. de probat. Paleor. de nothiſ cap. 27. num. 7. ad fin. Mantic. de conjeſtur. tit. 9. num. 15. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 73. Menoch. plu-*

Ff iij

res



res referens de *presumpt.* 4. *presum.* 78. n. 32. recte exornans Reynos. *observ.* 33. num. *ultim.* & cum hoc desideretur, consequenter supervacua redduntur licentiae ex parte aggravantis Ferdinandi postulatae in allegationibus fol. 428. sic illegitimo excluso.

Porro quod attinet ad opponentem Antonium ex Ferdinando susceptum, pariter excludendum à successione maioratus nuncupati da Casa Nova instituti per Martinum, satis sit praenotare beneficium representationis, cui ipse potissimum inicitur, plane cessare in hac specie, attentata juris Civilis disciplina, quam Lex nostra praecipit observari, ac per consequens linearum consideratio cessat, uti bene viderunt praecedentes doctissimi domini, cum quibus aggravantem Ferdinandum, lentè festinantem in praescripta simultanea horum maioratum successione, crederem preferendum, revocato inferioris Curiae placito. Vlyssipone Martij 13. de 1660. Leyte Homem.

No feito de Domingos Rodriguez com Balthesar da Costa, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

*Acordam os do Desembargo, &c.* Nam he bem julgado pelo Juiz de Fora, & Ouvidor da Villa de Barcellos, em julgarem a successão do morgado, de que se trata, ao A. & condemnão os RR. a brão mão delle, & o larguem ao A. revogando sua sentença, vistos os autos, & como se mostra, que ao tempo, que faleceo Isabel de Pontes ultima possuidora do dito morgado, ser a R. a sua parenta mais chegada, & do sangue do instituidor, por ser filha de Gracia de Ponte, que foy filha de Isabel Gomes, & prima direita da dita Isabel de Ponte ultima possuidora, a qual era filha de Sebastião de Ponte, successor que foy do dito morgado, & irmão da dita Isabel Gomes, mãy da dita Gracia de Ponte, & posto que o A. estivesse no mesmo grau com a ultima possuidora, por ser filho de Ioão Martinz de Belinbo, que foy filho de Catherina Francisca tambem irmã do dito Sebastião de Ponte, & primo direito da ultima possuidora, & elle macho, & dizer, que a dita Catherina Francisca sua avó era mais velha, que a dita Isabel Gomes avó da R. com tudo se provão, que no tempo que faleceo a dita Isabel de Ponte ultima possuidora, era viva a dita Gracia de Ponte mãy da R. a quem se devolveo a successam do dito morgado, por ser a mais chegada à ultima no tempo que faleceo, & pelo contrario no dito tempo ser falecido o dito Ioão Martinz pay do A. & não tem neste caso lugar a linha, nem o sexo, senam a proxi-

midade do ultimo possuidor, quando a successão nam entrou na linha, nem tem lugar a representaçam; absolvem os RR. do contra elles pedido pelo A. ao qual condemnão nas custas dos autos de ambas as instancias. Porto 6. de Novembro de 1670. Leytão, Correa.

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Ex duobus praecipue pendet praesens disceptatio. Primum respicit factum: hoc est, probationem parentelæ, & descendentiæ. Secundum versatur circa jus, & iustitiam causæ.

Et quoad primum valde me torfit, & perplexum reddidit probatio A. & R. super sorore Sebastiani, in cuius linea intravit maioratus; testes enim A. fol. 37. aperte deponunt alteram sororem dicti Sebastiani fuisse, non Elisabetham (ut R. asserit) sed Brigitam matrem diætæ Elisabethæ, quo dato, remanet R. remotior in gradu.

Contra tamen probat R. fuisse Elisabetham sororem dicti Sebastiani per testes fol. 60. quo casu in æquali gradu RR. & AA. existunt, & æqualiter proximi ultimo possessori, & licet de jure ad probandam consanguinitatem, ad effectum successionis, testes debeant specificare gradus, *Farin.* apud *Barbos.* in *collect.* ad *text.* in *cap.* licet ex quadam 47. de *testib.* num. 6. & melius num. 7. ubi plures; & cognoscere lineas, & personas, de quarum gradibus testimonium ferretur praedictum *text.* *Escob.* à *Corr.* de *pur.* & *nobil.* *prob.* 1. p. 9. §. 3. num. 71. ubi num. 72. quod praestantior fides adhibenda sit testibus distiauentibus qualitates, & cognomina, de quo etiam 2. p. 9. §. 2. n. 27.

Ad cuius articuli probationem, etiam consanguinei admittuntur, maxime dictum certum commodum, & interesse non habent. *Escob.* 1. p. 9. §. 2. num. 23. & 29. quæ omnia pro, & contra has probationes ab utraque parte allegari possunt; attamen non video, respectu testium, quæ legalitas praevaleat in probatione R. & AA. æqualiter enim sunt consanguinei AA. ipsorum testes, prout etiam sunt R. testes ad hunc articulum ab ipsidem producti. Neque etiam in dictorum ratione reperio praerelationem, unde cum RR. testes testificentur concludenter, & sint numero plures, eis potius credendum puto.

Quibus de facto suppositis, prima de jure, secunda vero praerelationem annuntiat Reis, ex eo quia ultima persona lineæ Sebastiani, quæ ultimo loco habuit maioratum, decessit vivente adhuc matre R. defuncto tamen patre A. unde quia tunc

temporis potior erat in gradu dicta mater R. & legitime eidem ſucceſſio pertinebat, ſive proximitatem attendamus inſtitutoris reſpectu, ſive reſpectu ultimi poſſeſſoris. *Ord. lib. 4. tit. 100 §. 2.* Ratio eſt; quia habitas, & proximitas inſpicitur tempore delatæ ſucceſſionis, hoc eſt, tempore mortis ultimi poſſeſſoris. *Reynof. obſ. 22. num. 11. Olea de ceſſ. jur. & act. tit. 3. q. 4. num. 1.* plures referit *Amat. var. reſol. 1. n. 16.*

Vnde qui habiles, & capaces non fuerunt tunc, neutiquam poterunt ſemel admiſſum ſucceſſorem excludere. *Solorz. de jur. Indiar. lib. 2. p. 2. cap. 18. num. 60. Barboſ. de jur. Eccleſ. lib. 1. cap. 8. num. 137. ad fin. Olea de ceſſ. dict. cap. 4. num. 1. optime Caſtilh. lib. 5. cap. 90. à num. 5. & à num. 16. & 21. & cap. 91. num. 1. & ſeqq. Reynof. ſupra num. 8.* quæ abſque dubio, ni fallor, tranſeunt, ideo ulterius non confirmo.

Obſtat tamen, quod A. contendit alteram ſororem dicti Sebastiani, à qua deſcendit, ſeniorẽ eſſe ex teſtibus fol. 37. ac perconſequens finita linea dicti Sebastiani, intrare debet linea ſororis ſenioris, unde gradus proximior non obſtat alterius lineæ, quæ adhuc non intravit; quia gradus non conſideratur, niſi in linea, ut apud omnes notiſſimum eſt, teſte *Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 14. Valenſ. conſ. 97. num. 13. Gut. præct. lib. 5. q. 67. à num. 45. Phæb. de ciſ. 22. num. 12. Caſtilh. lib. 5. cap. 93. Souſ. deciſ. 16. à num. 6. optime Fontanel. 1. p. deciſ. 34. per tot. Pereir. deciſ. 59. num. 7. prope fin.*

Nam reſpondetur dupliciter, & primo, non ſatis conſtare de ætate per dictos teſtes, ut legenti patebit; ſecundo, quod etiam caſu, quo ſenior fuiſſet, adhuc mater R. tanquam proximior admittenda erat ex *Ord. dict. lib. 4. tit. 100. §. 2.* non attenda linea dictæ primæ ſororis Sebastiani, ut A. putat, quia linea non cõſideratur, nec deducitur niſi ab inſtitutore, vel poſſeſſore, ſed imo inter collaterales aſpirantes ad maioratũ nulla poteſt præcedentia conſiderari niſi in gradu ultimi poſſeſſoris. *Souſ. deciſ. 16. num. 12. & 38. Pereir. deciſ. 59. num. 7. verſ. ſatisfit in fin. Phæb. 2. p. deciſ. 134. à num. 18. Molin. de juſt. tract. 2. diſput. 628. num. 1. verſ. hæc ſententia Amat. var. reſol. 1. à num. 34. & 52. latiffime Caſtilh. lib. 5. cap. 93. à num. 6.* cum multis ſequentibus, ex quibus licet res intricata, & ſatis dubia ſit, ſententiam appellatam revocandam ſentio. *Portu 23. Iunij 1670. Correa.*

Idem cenſeo Leytaõ.

A qua ſententia fuit gravamen interpo-

Pars II.

ſitum ad Supplicationis Senatũ, ubi fuit confirmata, Iudices, Doutor Carvalho Cardõſo. Et fundata fuit in deliberatione ſequenti.

Deneganda eſt aggravantibus proviſio, nam probatur ex parte Reæ illius aviam Elifabetham Sebastiani fuiſſe ſororem, & cujus matrem Gratiã patruelem ſororem Elifabethæ, quæ ultimo loco maioratum poſſeſſa eſt; cum ergo proximitas, & habitas ſit attendenda tempore mortis ultimi ſucceſſoris, *Olea de ceſſ. jur. tit. 3. q. 4. n. & Gratia R. mater eo tempore, & habitas, & proximior exiſteret ultimæ adminiſtratrici, ſine dubio ad illam ſucceſſio pertinebat. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. Souſ. in L. feminae 1. p. num. 282. ff. regul. jur. Caſtilh. quotid. lib. 3. cap. 90. num. 137. Cald. de nominat. q. 24. num. 90.*

Supradicta ſine dubio procedunt, quando gradus proximitas tempore delatæ ſucceſſionis ( ut eſt in præſenti ) ſpecificè probatur. *Mascard. concl. 4. 10. à num. 20. Cabed. deciſ. 37. num. 13. p. 2.* Actoris parens habitas ad ſucceſſionem non erat tempore delatæ adminiſtrationis, cum jam ab hac luce ſubtractus eſſet; nec ad ſucceſſionem proximior dici poteſt, nam quæſtio verſatur inter collaterales, in quibus conſideratur proximitas reſpectu ultimi poſſeſſoris, & cum illam habuiſſet Gratiã, donec ejus linea ſupereſt, ad alium non debet admitti tranſitus. *Vlyſſipone 23. Octobris 1671. Cardõſo.*

Idem iudico Doutor Carvalho.

*Deliberatio Doctõris Dominici Antunez Portugal.*

**A**ctor, & oppoſitores in eodem, & pari gradu eſſe demonſtrantur, & proximiores ſunt Antonio ultimo poſſeſſori, tanquam illius fratres patrueles, & omnes deſcendentes à primo inſtitutore, de quo non dubitatur; unde pro ſaciliori quæſtionis deciſione placet primo loco diſceptare de jure Rei, ſi enim firmum apparuerit, ceſſant A. & oppoſitorum prætentiones, ſin minus, neceſſario deferenda erit ſucceſſio, vel actori, vel uno ex oppoſitoribus, qui in proximiori ſunt gradu, quatuor namque in maioratum ſucceſſionibus dantur qualitates, ſecundum quas dubia ſucceſſionum decidi ſolent, linea ſcilicet, gradus, ſexu, ætas, quæ inter ſe prælationem habent juxta ordinem, quo poſitæ ſunt, ita ut dum aliquis ſupereſt ex linea, nullus alius admittatur, licet in alijs qualitatibus præcedat. *Tiraq. de primog. q. 40. num. 156. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 13. &*

14. & cap. 6. num. 32. Gam. dec. 93. num. 1. Sous. in repetit. L. feminae 1. p. num. 16. ff. regul. jur. Castilb. lib. 5. contr. cap. 92. n. 35. & cap. 93. num. 3. & seqq. Valenz. conf. 97. num. 13. & post plures Amat. resolut. 1. n. 32. atque ita si R. pro se habet lineae praerogativam, neque A. neque oppositores admitti valent, ideoque licet de jure possessoris quaerendum non sit si non constat de jure petitoris; L. fin. ubi Bald. Cod. reivend. Surd. cons. 12. num. 1. Cyriac. contr. 426. n. 64. & 65. Noguero. alleg. 12. num. 134. tamen cum de proximitate gradus appareat, Reusque gradum excludere intendat ob praerogativam lineae, de ea ante omnia dispendiendum est.

394 Ait igitur R. quod cum Maria, quae extincta linea primogeniti institutoris in maioratu successit, quatuor procreasset liberos, quilibet eorum sibi, & descendens suam constituit lineam, primogenitus scilicet primam, secundogenitus secundam, & sic in caeteris, ita ut dum aliquis superest ex linea primogeniti, non admittatur linea secundogeniti, extincta vero linea primogeniti, fiat transitus ad lineam secundogeniti, & excluditur linea tertio geniti ad similitudinem successoris edicti Praetoris, quod loquitur de bonorum possessionibus; nam dum aliquis ex primo capite superest, nullus qui ex secundo capite provenit admitti valet. L. 1. §. intra ff. success. edicto L. si filius qui patri §. cum filius ff. bon. libert. quae sententia fuit originalis Paul. de Castr. cons. 64. num. 5. vol. 2. ibi: Si ergo decedat talis relictis tribus filiis, censentur esse tria capita successive, unum facit primogenitus, alterum secundogenitus, alterum tertio genitus, &c. Paulum sequuntur Roland. cons. 39. à n. 47. vol. 4. Covar. practica. cap. 38. num. 5. 6. & 12. Tirrag. de primog. 9. 21. num. 7. & 9. 43. n. 14. Castilb. lib. 3. cap. 15. num. 52. & 53. & lib. 5. cap. 93. num. 8. vers. 5. conclusion. & vers. 7. Menoch. cons. 926. numer. 12. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 6. numer. 31. Robles de represent. lib. 2. cap. 29. num. 28. & 29. & cap. 30. num. 18. & 40. & lib. 3. cap. 6. num. 15. Valasc. de justa acclam. 2. p. §. 1. punct. 1. num. 11. Giurb. de feud. §. 2. gloss. 6. num. 13. & post plures Amat. resolut. 1. num. 29. Fusar. q. 397. num. 9. & 10. Pereir. decis. 59. num. 7. Gutierr. canon. q. 14. n. 51. Mier. de maiorat. 2. p. q. 6. num. 70. Valenz. conf. 97. num. 9. & 12. & novissime Maced. d. c. 16. à num. 10. qui, & plures alij ab eis laudati suam adstruunt opinionem ex textu in cap. 1. de natura success. feudi, in illis verbis ibi: Ad solos, & ad omnes qui ex ea linea

sunt, ex qua iste fuit, sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes aliae lineae, & caetera. Quibus verbis probari videtur alias considerari lineas praeter lineam possessoris, & primogeniti, & ex textu in cap. fin. de consang. & affin. ibi: Per aliam lineam descendens ex eodem gloss. in cap. quod dilectio eod. tit. ibi: Hic ergo habes duas lineas descendens, quare dicendum videtur Emmanuelem secundogenitum suam constituisse lineam, ut ipse, & ejus descendens extincta linea primogeniti praeserantur Aetori, & oppositoribus, qui ex tertia, & quarta linea proveniunt.

Confirmatur; quia secundogenitus etiam dicitur primogenitus si solus superest, vel primus decessit, juxta doctrinam Baldi in L. 2. num. 5. Cod. jur. emph. quem sequitur Alex. in L. ex facto §. si quis autem num. 3. ff. ad Treb. Alciat. cons. 101. num. 31. lib. 9. Mantica. de conject. ultim. lib. 8. tit. 10. num. 6. & 7. Cumias. ad cap. si aliquem verbi francorum jure num. 2. Carol. Tapea dec. 2. num. 41. & 42. Ergo deficiente linea primogeniti intrare debet linea secundogeniti, qui primogenitus diceretur, si frater maior deficeret; faciunt quae Amat. resolut. 1. numer. 30.

Præterea confirmatur ex doctrina Fusar. q. 346. num. 23. ubi tradit, quod in maioratu successione tres considerantur lineae, videlicet possessoris, primogeniti, & cujuslibet alterius successoris remoti. Larrea decis. 8. num. 50. Sous. in d. L. feminae num. 280. p. 1. quam tertiam lineam dari in his successioneibus, docent in terminis Giurb. de feud. §. 2. gloss. 10. à num. 48. Castilb. lib. 3. cap. 19. num. 185. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 30. Pereir. decis. 59. num. 5. Maced. decis. 16. à n. 1. prout etiam dari triplicem lineam descendens scilicet, ascendens, & transversalium tradunt Sous. in d. L. feminae 1. p. n. 108. Castilb. lib. 5. cap. 93. n. 34. Menoch. cons. 205. n. 8. & cons. 234. n. 7.

Facit pro hac linearum constitutione, quod maioratus natura, & institutoris mens in eo versatur, ut successio deferatur recto ordine successivo per suos descendens de primogenito in secundogenitum. Molin. lib. 1. cap. 1. num. 20. & lib. 3. cap. 6. num. 29. Covar. practica. cap. 38. num. 12. Sous. supra num. 281. Giurb. d. §. 2. gloss. 10. num. 49. & bene adaptari potest regula textus in L. cum avas ff. condit. & dem. cum similibus.

Denique hanc linearum considerationem deducunt Hispani ex L. 40. Tauri cui similis est Ordinatio lib. 4. tit. 100. in princip. in quibus legibus circa maioratum successio-

nem conceditur repræſentatio in infinitum, non tam deſcendentibus per lineam rectam primogeniti, ſed etiam reſpectu tranſverſalium, ſi ſint deſcendentes à primo inſtitutore, quod nihil aliud eſt, quàm lineas conſtituere inter tranſverſales à primo deſcendentes, ut aiunt *Pereir. deciſ. 59. num. 7. Maced. deciſ. 16. num. 17.* & hanc ſententiam tanquam veram tuentur *Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 6. num. 31. Gutierr. conſ. 13. num. 11. Valenz. conſ. 97. num. 9. 10. & 11. D. Ioseph Vela diſſert. 49. n. 38. Amat. reſolut. 1. à num. 33. Caſtilb. lib. 3. cap. 19. num. 184.* juxta quam reſolutionem de proximitate gradus concurrentium non eſt, ſed extincta linea primogeniti quærenda eſt linea ſecundogeniti, & qui in ea reperiatur excludet eos, qui ſunt de linea tertio- geniti, quamvis proximiores ſint gradu, quòd ex prærogativa primogenituræ, & illius ordine procedere pungit cum pluribus *Amat. d. reſolut. 1. n. 29. Robles de repræſent. lib. 2. cap. 30. n. 27.*

399  
Cæterum his in omnibus non moventibus dicendum arbitror, Reum non eſſe præferendum ex capite melioris lineæ, quævis enim linea nihil aliud ſit quàm collectio perſonarum ab eodem ſtipite deſcendentium, gradus continens, & numeros diſtinguens, ut per *Ioan. Andr. in titulo de arbitore conſang. & affin. in princ. num. 7. Simon de præſ. de interpret. ultim. lib. 3. interpret. 3. dub. 1. ſolut. 11. num. 42. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 37. & cum Menoch. & alijs, Robles lib. 3. cap. 4. num. 16. Souf. in L. femine 1. p. n. 10. Caſtilb. lib. 5. cap. 93. num. 35. & 41. Valenz. conſ. 113. num. 92. Peregrin. de fideicom. art. 22. num. 24. Surd. conſ. 341. num. 14. Cyriac. contr. 522.* Tamen linea dupliciter conſideratur, effectivè ſcilicet, & contentivè, & effectiva dicitur, quæ à patre ſumit initium, in quo comprehendantur omnes à patre deſcendentes per lineam rectam primogeniti; contentiva vero illa, in qua pater continetur, & habet originem à ſuperiore faciente agnationem, & generationem patris. Ita *Bald. conſ. 448. lib. 3. Bera conſ. 77. num. 15. lib. 2. Menoch. conſ. 233. n. 18. & lib. 4. præſumpt. 88. num. 12. Peregr. d. art. 22. num. 26. Robles lib. 2. cap. 30. num. 42. Menoch. conſ. 1280. num. 23. ubi n. 24.* quòd hæc linea dicitur tranſverſalis, plane neque R. neque A. & oppoſitores ſunt de linea effectiva, ſed in contentiva reperiuntur, & tranſverſali, licet à communi ſtipite deſcendant, & ſic R. non eſt de linea primogeniti, neque etiam de linea poſſeſſoris, quæ proponitur extincta, unde ceſſat pri-

mogenitiva lineæ; Doctores namque illas duas poſſeſſoris ſcilicet, & primogeniti unanimiter admittunt, ut alios excludant, & lineam poſſeſſoris omnibus præferant. *Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. Caſtilb. lib. 5. cap. 67 à num. 24. & cap. 91. num. 62. & cap. 92. num. 50. Souf. d. L. femine num. 281. & 282.* Primogeniti autem lineam etiam admittunt, ut alios fratres excludat ex ea ratione, quia primogenitus ſtatim ac naſcitur acquirit illam primogenituræ qualitatem; *Cap. Iosephus de verbor. ſignific. quod jus ſuis deſcendentibus communicat, licet ſit in ſuſpenſo donec prædeceſſor vivit, & hoc præter ſpem certam, & invariabilem, quam habet habitu, licet non habeat actu.* Ita *Souf. in d. L. femine num. 283. & ſeqq. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 6. num. 37. Menoch. conſ. 442. ſub num. 98. & conſ. 808. n. 30. & 31. Papen conſ. 17. num. 13. Cyriac. contr. 543. num. 14. Giurb. d. §. 2. gloſſ. 10. n. 45. & 46. Caſtilb. dict. cap. 93. à num. 7. quæ lineæ juribus, & Doctores comprobantur.*

Non ſic tertia linea, in qua R. reperi- 400  
tur, quam alij Doctores inducere volunt in filio ſecundogenito, hæc enim imaginaria eſt, & quamvis eam inducere tentarent ad exemplum ſucceſſoris edicti, ut ſupertus manet oſtenſum, tamen verior eſt ſententia, quod hujus lineæ conſideratio non ſit habenda, ut ex ſequentibus probatur primo; quia hujus lineæ conſtitutio nulla lege probatur. Secundo, quia regulariter in ſucceſſione maioratus, extincta linea poſſeſſoris, & primogeniti, proximior admittitur. *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. Molin. lib. 3. cap. 9. Gam. dec. 7. ubi Flor. de Men. & dec. 354. num. 9. Pereir. deciſ. 5. num. 4. Valaſc. conſ. 121. n. 7. Larrea deciſ. 54. num. 2. Caſtilb. lib. 3. cap. 15. num. 51. Cyriac. contr. 414. num. 7. Gutierr. præſ. lib. 3. q. 66. num. 7. & ſeqq. Amat. reſolut. 1. 10. num. 21. & ſeqq.* Unde ſi hujus lineæ conſideratio foret habenda, raro, aut nunquam habere poterit locum prælatio ratione proximitatis, & ſic diſpoſitio *Ord. dicto tit. 100. §. 2.* ſine aliquo operationis manebit effectum, quod erit contra leges, & receptas ſententias in hac materia.

Tertio, quia lineæ poſſeſſoris, & primo- 401  
genitæ fuerunt inductæ ob præſumptionem, de qua in *L. cum avus ff. cond. & dem.* & propter maioratus naturam, & mentem inſtitutoris, quæ rationes non æque militent reſpectu hujus tertiæ lineæ, & aliarum de quibus ſupra, neque illa verifimilitudo, quam inſtitutor viſus eſt vocaſſe, & prætuliffe primogenitum, & ejus lineam, ita viger