

der ser ouvida, sem embargo da ley em contrario, e para defender a honra, e fama de seu marido Paulo Carneiro, e tratar de seu interesse, e se declarando, não merece, a culpa por alegar, que a sentença fora excessiva, prova della, que oytto annos de Brasil. Com a qual sentença conforme a direito o dito Paulo Carneiro ficou restituído, não jò a sua honra, mas a seu interesse; porque sendo a dita restituição de justiça, pois por ella, e em tella de juizõ, foy restituído, deve a restituição ser integral, como com a dita restituição ficou cessando a incapacidade do dito Paulo Carneiro a quem por filho mais velho, e barão do dito seu pay ultimo possuidor do dito morgado, pertencia a successão delle, a qual necessariamente deve a culpa pela prova della tambem perceder ao A. seu filho. Condemno ao R. abra maõ do dito morgado, com todos os bens, e propriedades a elle pertencentes para o A. a quem julgo por legitimo successor delle, e outro sim condemno ao R. nos rendimentos do dito morgado da lide contestada em diante, vista a boa fé, com que entrou na posse delle, pela ausencia, e bazimento do dito Paulo Carneiro, e nos autos. Lisboa 9. de Dezembro de 659.

Manoel de Tavora de Vasconcellos.

Aqua sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatuum ubi fuit confirmata sententia Judices. Doutor Basto Dorta.

Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Indubium verti nequit, bona de quibus agitur fuisse in perpetuum vinculo Capellas annexas per patrem Ludovicum da Veiga anno 1569. ut patet ex documento extracto, & fideliter transumpto per scribam ex libro, ubi scripta sunt bona ad Capellas spectantia ad affectum obligandi administratores, ut

adimpleant onera à testatoribus relicta, prout de facto contingit in redictione rationum onerum hujus Capellæ, & observantia hujus institutionis, satis est, ut ctedatur exemplari, licet originale non appareat. *Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. n. 49. Genoa de privat. script. lib. 1. q. 15. n. 37. Menoch. conf. 924. n. 33. Pareja de univers. instrum. edition. tom. 1. lib. 1. tit. 3. resolut. 3. n. 48.* Præcipue, si exemplar sit extractum ab alio exemplari antiquo, quia præsumitur prius fuisse exemplatum fideliter, & omnibus necessariis solemnitatibus adhibitis. *Menoch. lib. 2. præsumpt. 80. n. 2. Mascard. Concl. 711. n. 81. Castilh. controuv. 1. lib. 2. cap. 16. n. 56.* Plane institutio de qua agitur fuit facta, & approbata anno 1569. ergo exemplar credendum est.

Extra dubium est, etiam ultimum, & immediatum possessorem hujus Capellæ fuisse Emmanuelem Carneiro da Veiga Actoris avum, ita testes fol. 232. 235. 238. 240. & 242. & per consequens non ambigitur, quod secundum formam institutionis, post mortem ultimi possessoris devoluta est successio, & translata in Paulum Carneiro filium suum primogenitum, & derivatam in Actorem possessoris nepotem, cum enim reperiatur vocatus in institutione filius maior, seu primogenitus primæ vocatæ Annæ da Veiga, censentur vocati primogeniti possessorum in perpetuum, & illorum nepotes, & descendentes, ac si expressse de illis mentio facta esset, & non solum censentur vocati ex linea descendentium; sed etiam descendentes ex linea transversali. *Molin. dist. lib. 3. cap. 6. n. 10. & 29. Menoch. conf. 172. n. 34. lib. 2. Peregr. de fideicomiss. art. 27. n. 15. Robles de represent. lib. 2. cap. 3. n. 41. Castilh. lib. 3. controuv.*

trov. cap. 19. n. 167. Cald. conf. 15. n. 16. & 17. nec est. Cur in hoc amplius immoremur. Præcipue, quia dictus Paulus erat in vivis, quando ei delata fuit ſucceſſio, & non ſolum tranſtulit in Actorem ſpem ſucceſſendi, ſed jus radicatum in ſua perſona, cum tamen ſufficiens eſſet ſpes ſucceſſendi in uno quoque deſcendente exiſtens, ſimul atque natus eſt ex qua imaginaria illa leniarum conſideratio, & compoſitio eſtrematur, explicans alleganter Caſtilho quotid. lib. 3. cap. 19. n. 185. vol. 3. Cald. conf. 15. n. 18. Robles dict. lib. 2. cap. 29. n. 28. & cap. 30. n. 18. & 19. Pereir. à Caſtr. deciſ. 116. num. 7. Conſona Ord. lib. 4. tit. 100. n. 1. ibi: Poſto que o dito pay naõ bouveſſe ſuccedido no tal morgado.

Duo Actori obijciuntur defectus, quibus nixus Reus, illum repellere à ſucceſſione intendit; tanquam præcedentem ex radice infecta prior defectus ex illigitimitate arguitur poſterior ex perſona capitali, quod fuit damnatus pater dicti Actoris, ſed neuter obſtare poteſt. Quoad primum, licet non fit conſors noſtrarum placitum, an quis in dubio præſumatur legitimus, vel naturalis, ut videre eſt per citatos à *Mascard. tom. 1. concl. 799. à n. 1.* tamen extra dubium eſt, quod ſi quis, ſit in poſſeſſione, legitimitatis tranſfert onus probandi inadverſarium expellit *Gratian. forenſ. diſcept. cap. 43. à principio.*

Quod autem Actrix legitima uxor extitit. Pauli Carneiro, ſatis liquet ex teſtibus à fol. 218. & 221. & 222. videndus teſtis fol. 264. & magni facio certitudinem fol. 313. recognitam à veris virtute, & ſantimonia præditis, quorum fides ſatis probata eſt ex quo in feſtior, & negari non poteſt, quod adminus, A-

Pars III.

ctor eſt in poſſeſſione legitimitatis, & quod Reo in cumbebat contrarium oſtendere cum exceptione ſubeat Actoris vicem.

Quoad ſecundum dicendum videbatur, quod Paulus pater Actoris per capitalem ſententiam fol. 430. & 433. ſervum pœnæ effectum eſſe ex *Ord. lib. 4. tit. 81. §. 6. Cald. de nomin. q. 5. n. 35.* & per conſequens in capacem ſucceſſionis, & omnium Civilium actionum. *Cap. p. 2. deciſ. 57. maxime n. 8. (non obſtante textus in auth. ſed hodie Cod. de donat. inter virum ſecundum juris diſpoſitionem nullus bene natus ſervus pœnæ efficitur)* cæterum cum ſolum effici ſervum interminis ſanctionis noſtræ, qui invinculis detentus capite damnatur tenet *Cald. ubi proxime n. 21.* Sic intelligens dictam Ordinationem ſed de hoc quidquid ſit, non enim poſtulat præſens inſpectio indaginem altiore, nec examen huius opinionis.

Omitto etiam dubium illud, in quo non parum laboravit, immo validis incubuit remis eruditus Actoris Patronus; an ſcilicet Paulus vere bannitus nuncupari poſſit nec ne? in noſtris terminis enim non eſt opus illam diſſerere quæſtionem, an bannitus ſit incapax ſucceſſionis, & inhabilis ad ſucceſſendum in maioratu, vel capella, de qua per Doctores citatos in perorationibus utriuſque litigantis, ubi valde certatum eſt ſcilicet enim hæc controvertia ex ſequenti in emitabili fundamento.

Secundum juris noſtri normas eſt, quod ſententia nullum poteſt effectum ſortiri, ſed cauſa iudicati, ad non cauſam reducatur. Currunt nanque omnia geſta in executionem ſententiæ, quæ poſtea revocata fuit, vel moderata traddunt Doctores in *L. ſi fullo ff. condition. ſin. cauſ. Surd. conf. 258. n. 14. & 15. & conf.*

Hh 2

435

435. à n. 1. *Valasc. conf. 56. n. 6.*
 6. *Marant. de Ord. judic. 3. p. 6.*
princ. n. 148. Plane dicta sententia,
 condemnatoria adversus Paulum la-
 ta, fuit quo ad pœnam capitalem re-
 vocata per aliam fol. 470. virtute
 Regis diplomatis concessi ad effe-
 ctum remidendi processum, & in
 consequentiam censetur Paulus resti-
 tutus ad omnia jura, & actus Civi-
 les *Gratian. Forens. 2. tom. cap. 309.*
 quod brevissima prout soleo me se-
 quetur meo amantissimo, fastidio-
 sum fiam ostendam.

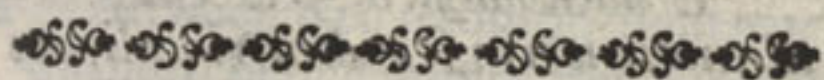
9 Duplex est restitutio quoad in-
 tentum de quo agitur, gratiæ scili-
 cet, & justitiæ; restitutio gratiæ tunc
 dicitur fieri, quando Princeps, non
 ad reperendam in justitiam senten-
 tiæ, quia nulla læsio allegatur, sed
 ex mera gratia, & indulgentia pœ-
 nam juste impositam abrogat resti-
 tutio vero justitiæ, est quæ ad tol-
 lendam justitiam, & læsionem con-
 ceditur, ex eo quia Reus se injuste,
 vel nimis regurose condemnatum
 proponit, prout videre est per Do-
 ctiores infra ciendos, & bene per
 10 *Phæbum 2. p. decis. 123. n. 10. Ge-
 urb. conf. criminal. 44. n. 55.*

11 Inter utranque restitutionem il-
 lud datur discrimen, quod restituti-
 o gratiæ regulatur, non operatur,
 quoad restitutionem bonorum, quæ
 apud tertium reperiuntur (exceptis
 casibus in quibus id à Principe ex-
 primitur de quibus *Cabed. 1. p. decis.*
192. Giurba dict. conf. 44. num. 55.
vers.) ratio est. (*Peregr. de jur. fisc.*
lib. 5. tit. 2. n. 22. & 23.) regulan-
 tur tamen, non operatur cum tertiis
 præjudicio *Giurb. dict. conf. 44. num.*
55. Surd. conf. 209. n. 9. Menoch.
conf. 103. n. 25. & conf. 503. n. 20.
& remed. 1. recup. n. 101. Phæb. dict.
p. 2. decis. 123. Cost. in L. Gallus §.
& quod si tantum 2. p. n. 41. ff. de li-
ber. & posthum.

Restitutio vero justitiæ cum non¹²
 præcedat ex sola Principis indulgentia,
 sed ex obligatione juris operatur
 etiam cum præjudicio tertii, cui me-
 dio tempore jus quæsitum fuit, vel
 possessio acquisita virtute senten-
 tiæ, quæ revocatur, vel moderatur
 reducta judicati causa ad non cau-
 sam *Cost. in dict. §. & qui si tantum*
2. p. n. 49. ibi (ergo si isqui de por-
 tationis pœnam passus est restituat-
 ur quasi injustè condemnatus res-
 pondere, consequens erit ad bona
 in alium translata, esse restituendum
 cum utroque talis restitutio justa sit,
 negratiosa) *Menoch. dict. remedio 10.*
recopil. n. 113. ibi (declaratur secun-
 do, ut non procedat eo casu, cum
 est facta restitutio per viam justitiæ
 non per gratiam, nam cum restitu-¹³
 tio ex justitia, sit cæteris favorabi-
 lior restitutus, eo modo dicitur res-
 titutus ad bona alienata, idem do-
 cuit præceptor meus colendissimus,
 ejus anima feliciter requiescat in
 titulo de bonis vacantibus) ut refer-
 tur à docto Patrono fol. 498. & an-
 te eum cumunis præceptor *Ruy Lo-
 pes da Veiga in dict. §. & quid sit an-
 tum n. mihi 543.* in hæc verba) se-
 cundum quam hos intellige præce-
 dere in teste *Gratiæ, de qua hic juxta*
titulum Cod. d. sent. pass. & rest. secus
 in restitutione justitiæ, quia scilicet,
 quis restituatur, quia perperam fuit,
 dum natus, tunc enim, & si bona
 sint in tertium translata prodest res-
 titutio, juxta restitutionis naturam)
Phæb. dict. decis. 123. n. 10. Giurb.
d. conf. 44. est qui cumune nostra-
 tum placitum.

Nec quidquam obest assertio Rei
 quatenus conqueritur, se non fuis-
 se vocatum, nec auditum ad devi-
 dendum processum criminalem hæc,
 enim gratis dictum puto; fuerunt
 enim vocati hæredes, quos acusatio
 tangebatur, & hoc satis erat, nam ad
 validi-

validitatem iudicis, non est opus vocare illos, quibus in consequentiam damnum emergere potest, sed quos in medietate negotium tangit *L. 1. §. penult. ff. de ventre inspiciend. in vers.* denunciari ibi hærede instituto, non etiam substituto *L. ex contractu ff. de re iudic. Valasc. de de pat. cap. 7. n. 36. Surd. decis. 256. n. 1. & 15. Peregr. de fideicomiss. art. 53. n. 49.* & ex dictis fit responsio ad contraria & sententiam confirmo. Ulyssipone 10. Maij 1666. D. Bafto, quem sequutus fuit. Dorta.



C A P. XXIX.

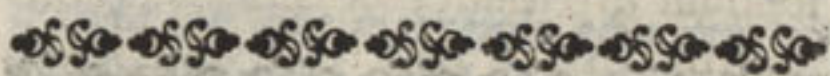
De exclusione furiosi à natura, vel ex accidenti, de mentis, seu mentecapti, muti, & surdi, cæcique, à maioratus successione, & quando possit succedere, vel non, & quid in commendis, bonis coronæ, jurisdictionibus, & dignitatibus?

SUMMARIUM.

Quæstio explanatur. num. 1.

Successio in maioratu, cui dignitas, seu iurisdictionis annexa non est, instituto ab ascendenti, vel à transversali, seu ab extraneo, nisi ab institutore excludatur, prohibita que sit successio, competit furioso à natura, vel ex accidenti, de mente, seu mentecapto, muto, & surdo, vel cæco, & successione est capax in tali maioratu, & ei curator, qui administraret, dandus erit *L. 1. ff. bon. poss. infanti vel furios. comp. L. cum pater §. surd. ff. leg. 2. L. mutum, L. fu-*

riosus ff. acquir. hered. Tiraquel. de primog. q. 23. n. 5. Gom. in L. 40. taur. n. 69. Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. n. 21. 22. 41. & 42. Mier. de maior. 2. p. q. 94. n. 15. & illat. 2. n. 52. Molin. de just. disp. 622. n. 1. Cald. de nom. q. 13. n. 68. Castilh. tom. 5. cap. 164. n. 3. Luca de linea legal. art. 8. n. 72. vers. successio in maioratu Roxas de incomp. maior. p. 2. cap. 6. n. 12. 13. & 14. & n. 15. quod in commendis non succedit; & n. 4. & seqq. an succedat in Regno, in bonis coronæ, in Ducatu, Marchionatu, Comitatu, aut alia in dignitate, aut iurisdictione, & ibi multos refert, & ultra eos Luca d. art. 8. n. 72. & quid in feudis Michalor de cæc. Surd. & muto cap. 66. & multa tradit Doctiff. Aquila ad Roxas loco citato, & diximus in tract. de lege mentali tom. 1. cap. sex tom. 10. comment ad Ord.

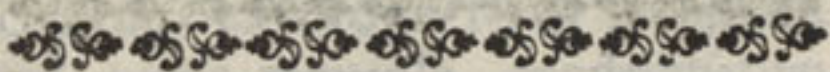


C A P. XXX.

De exclusione gibosi, manci, aut anci, aut capti pedibus, leprosi, aut habentis talem infirmitatem, ex qua Regem non possit committere, aut servire, & quando possit, vel non succedere, vel isti tales, & similes dicantur inclusi, vel exclusi?

DE hac materia, & exclusione, & illius validitate, est videntus quoad in fidelitatem Regis, & incapacitatem serviendi vide Roxas de incomp. maior. 1. p. cap. 2. & p. 2. cap. 6. per tot. & ibi Aquila in add. & sententiam, in qua iudicatum fuit quam allegavimus supra cap. 26. n.

2. & seqq. & infirmitate aliorum, & quæ sit sufficiens ad exclusionem, ad hoc ut ipsamet excludat successorem, sunt videndi *Greg. Lopes per text. ibi in L. 7. tit. 2. partit. 4. glos. 5. verbo gazo, & glos. 8. verbo porque no sean, & Montalv. ibi in glos. fin. Azved. in L. 2. tit. 10. lib. 8. recopil. n. 25. verbo gazo; de quo sunt text. in cap. 1. & 2. de conjugio leproso. ubi DD. glos. in cap. voluissent §. ex iis verbo ut lepra de pœnitentiis dist. 1. totus tit. de corpore vitiatu cap. 1. & 2. de clerico agrotante cap. per venerabilem qui filij sint legit. Cornel. cels. lib. 5. de suas obras medicas ad fin. Fragos. de cirugia 2. p. glos. de las postemas fol. 205. levitic. cap. 13. & 14. L. Cestella 2. tit. 10. lib. 8. recopil. ubi notat Azved. & Greg. Lop. ubi sup d. glos. 5. late explicat, ex quib. resolvere poteris hanc questionem.*



C A P. XXXI.

De exclusionem transversalium quando sunt vocati descendentes, & in eorum defectum causa pia invitatur ad successionem, & fuit substituta, vel quando instituta, & exclusi fuerunt transversales? & quando censeantur inclusi, vel exclusi, & quando maioratus institutus ad favorem piæ causæ secundo loco vocatæ & substitutæ absque juris solemnitate valeat? & sustineatur, vel non? & quid si hæres

institutus dicated antequam testator ultimum diem claudat extremum, an caducet, vel sustineatur in relictis ad pium locum, & circa declarationes?

S U M M A R I U M.

Ultima voluntas spectanda est ante omnia. n. 4.

Diferentia inter vinculum maioratus & fideicomissi. n. 5. & 10.

Alienationem in fraudem vinculi, non obstante quod successor sit hæres præstare non compellitur. n. 9.

Relictum scribenti in testamento pro non scripto habetur, gravamen tamen subsistit. n. 13.

Sufficit ut testamentum dicatur ad pias causas quando ipsa fuit instituta aut substituta in aliquo gradu. n. 14.

Legata pia in testamento nullo, non corrivint n. 18.

In dubio pro validitate testamenti pronunciandum est. n. 15.

Testamentum ex defectu signi in approbatione corrui. 16.

Testamentaria dispositio dicitur ad pias causas quando fuit primo loco instituta pia causa. n. 19.

Institutus in recerta, nullo dato coherede totam hereditatem consequitur. n. 21.

Intitutio hæredis, non datur in persona legatarii. n. 23.

Licet quando institutor facit de bonis suis maioratum, & vocat descendentes, in eorum defectum censeatur etiam vocari transversales, licet de illis non fiat mentio, ut tenent *Burg. de Paz q. civil. q. 2. n. 121. Mier. de maior. p. 1. q. 48. n. 22. in prim. impress. Garcia*

cia de nobil. glos. 31. n. 6. spin. in specul. testam. glos. 19. n. 83. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. n. 38. & ibi Add. Alter. de just. & jur. disp. 588. n. 2. Castil. lib. 2. contr. cap. 22. per tot. & n. 31. & 57. & tom. 5. cap. 106. n. 26. & seqq. Fusar de subst. q. 359. Nogueral. alleg. 9. n. 59. & alleg. 25. n. 104. & iudicatum fuit in una causa da Covilham fratris Collegæ Valerij de Aforcequa Pinto apud Notarium Emmanuelem Soares Ribeiro de qua re multa diximus tom. 1. cap. n. & seqq.

2 *Atamen hæc resolutio limitatur, quando deficientibus descendenti- bus substituta, vocataque fuit cau- sa pia, quia tunc excluduntur trans- versales, & finitur maioratus non vero si non sit substituta, & voca- ta sit persona degenere quia tunc non excluduntur, ut decisum fuit in causa, de qua tom. 1. de exclusio- ne, vel inclusione cap. 2. n. 22. & seqq.*

3 *Et etiam manent exclusi, si voca- tur extraneus prout tenet Nogue- rol. d. alleg. 9. n. 59. & quando inf- ritutor transversales expresse exclu- dit, & vocavit in descendenti- um defectum causam piam, ut vidi iudi- catum, & in causa gravi in qua in prima sententia fuit contrarium de- cisum, sed lis pendet per grava- men apud Notarium Antonium Ta- vares inter partes Comes de Soure qui in pace requiescat, & Domus S. Misericordiæ hujus Civitatis.*

Et de maioratu erecto, ad certos casus, & descendentes, & illis de- ficientibus, ad loci pij, & confrat- ernitatis favorem, & an cesset vel non, vel ad transversales extenda- tur, iudicatum fuit in caus. seq.

No Feito de Manoel Ribeito, com João de Tavora de Faria, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello dos AA. contrariedade dos RR. replica, e tre- plica provas por huma, e outra par- te dadas: pela dos AA. se mostra, que pelo testamento junto de Anna Simoa, consta deixar a sua sobrinha Isabel Vicente Lobata duas mora- das de casas com seus quintaes, que a testadora possuía na Villa de Pu- nhete, citas na traveça que vay da Misericordia para a Igreja Matriz, com o movel, e dinheiro, que resta do comprimento d'alma, e que toda a mais fazenda, que se achasse por sua morte pertencesse a sua herdeira, e irmãa Leonor Vicente mulher de Pedro Vicente, e que os fructus co- meria em sua vida por morte da qual o dito seu marido teria sómente ame- tade, dos usos fructos em quanto se não caça-se; porque fazendo-o se- ria o uso fructo in solidum de sua so- brinha Isabel Vicente com a dita fa- zenda, e que morrendo esta em vi- da de sua may, ou depois della, sem filhos, ou descendentes as casas so- breditas com o movel, e dinheiro que pertencia a sua mãy Leonor Vi- cente, e não havendo os sobreditos des- cendentes, deixava o usu fructu dos sobreditos bens ao dito Pedro Vicen- te seu cunhado sómente em sua vida, e que por sua morte seriaõ os ditos bens da Misericordia da Villa de Pu- nhete, correriaõ a descendencia da dita sua sobrinha como bens livres, e [de]zobrigados, e que na falta de todos substituya a Santa Casa da Mi- sericordia com a obrigaçãõ declarada no dito testamento com clausula de não alhear os ditos bens, e de todos esteve de posse, desfructou em quan- to foy viva a sobrinha da dita tes- tadora, chamada no dito testamen- to. Mostra-se, que a dita Isabel Vi- cente, não podia vender as ditas ca- sas, nem bens alguns nomeados no di- to testamento por lhe serem deixados só.

sómente em sua vida com a nomeação dos descendentes, e da casa da dita Misericordia em falta delle. Mostra-se que os AA. são filhos legítimos da dita Isabel Vicente, e descendentes da dita testadora, e occupão os mais bens deixados no dito testamento sem contradicção alguma, e sómente das casas sobreditas estão os RR. de posse sem titulo, pelo que devem ser condemnados na restituicção dellas com os rendimentos da individua occupação até real entrega. Por parte dos RR. se mostra, serem possuidores das ditas casas polo titulo de compra, que ajuntão, cuja venda os AA. não podem impugnar por serem herdeiros da dita vendedora, e porque as ditas casas não são de Capella, nem morgado pela falta da prohibicção de alhear, e conservacção da familia, requisitos necessarios para a institucção sobredita, o que não precedeo na disposicção testamentaria da dita Anna Simoa, e por serem deixados os bens della a dita sobrinha, com condiçãõ, que tendo filhos, andariaõ na descendencia delles, em cujos termos, se não dá morgado, nem Capella, e porque com effeito a dita Isabel Vicente teve filhos, ficaraõ os bens livres, e desembargados: mostra-se que das casas de que se trata se faz mençãõ na escritura fol. 61. que sómente, eraõ da dita testadora, por quanto as contheudas na escritura fol. 65. e no asinado fol. 63. eraõ proprias da dita Isabel Vicente, e nellas não tem os AA. direito algum, e por estarem as ditas casas, e quintais juntos os antecessores dos RR. as derrubaraõ, e ajuntaraõ todas, e as possuem os ditos RR. ha mais de quarenta annos a vista dos AA. sem contradicção de pessoa alguma, e tem prescripto qualquer direito, que os AA. tivessem sendo lhe sufficiente dez annos com titulo, e

boa fé, pelo que devem ser absolutos do pedido. O que tudo visto, com o mais dos autos, disposicção de direito neste caso, em o qual consta, que as casas de que se trata, são pertença dos bens da testadora Anna Simoa, pelo testamento fol. 47. consta serem deixadas à dita Isabel Vicente Lobata, sua sobrinha, e seus filhos, e descendentes para que os lograssem como livres em sua vida, e na falta delles substituindo por successora a Casa da Misericordia expressando antecedentemente as clausulas, e vocaçoes nas pessoas sobreditas, o que tudo em direito indubitavel, e opiniaõ dos DD. constitue fideicommissõ nos bens sobreditos, ficando estes impartiveis, e inalienaveis, como de morgado verdadeiro, principalmente precedendo a vocaçãõ da Misericordia na falta dos sobreditos descendentes, em cujos termos, para implemento da vontade da testadora, devem ficar os bens em fideicommissõ perpetuo com encargo das missas, especificadas no dito testamento, o que se não pode praticar nos estranhos possuidores, por não serem descendentes da primeira chamada do dito testamento, e em consequencia, não tem lugar a prescripção, de que os RR. pretendem valer-se, porque esta não corre contra os bens de morgado, e de fideicommissõ, como he commua resoluçãõ dos DD. e como de fideicommissõ. Julgo se não podiaõ vender as ditas casas porque era em prejuizo dos successores seguintes em o qual se não podem alhear os ditos bens, nem vender, pelo que, condemno aos RR. na restituicção das ditas casas com os rendimentos da individua occupação, por serem estranhos possuidores injustos, e intrusos das ditas casas de fideicommissõ: e deixo aos RR. o direito reservado contra os herdeiros da dita vendedora

dedora para uſarem da evicão ; que de direito lhe compete , e paguem os RR. as cuſtas , em que tambem ſão condemnados. Abrantes 16. de Junho de 684.

Manoel Henriques Sacoto.

Aqua ſententia fuit appellatum ad ſupplicationis Senatū ubi fuit lata ſententia ſequens.

Acordaõ os do Dezeburgo, &c. Bem julgado foy pelo Juiç confirmaõ ſua ſentença por alguns de ſeus fundamentos , e o mais dos autos , com declaraçaõ , que condemnaõ ao R. nos fructos da lide conteſtada em diante , e nas cuſtas dos autos. Lisboa 9. de Julho de 685.

Freire. Baracho. Pereira.

Hæc ſententia fundata fuit in deliberationibus ſequentibus.

4 In fideicommiſſis , & generaliter in ultimis voluntatibus præcipue ſpectandam, ſervandamque eſſe teſtatoris voluntatem , fatiſ eſt in jure vulgare ad *text. in L. fideicommiſſa §. item ſiquis L. quisquis ff. legat. 3. L. penult. ff. legat. 1. L. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. late Perigr. de fideicom. art. 11. ex n. 1. cum ſeqq.* quare teſtatricis voluntatem in præſentiarum inquirere faſ eſt ut juſta illam præſens reguletur ſucceſſio, & viſo teſtamento a fol. 11. omnibus fiet planum teſtatoreſ Elifebethæ filios , ac deſcendentes ad bonorum ſucceſſionem per fideicommiſſum invitaffe , id enim præſpicue ejus verba ſonant , junctis hiſ , quæ *Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. ex n. 23. cum ſeqq.* quæ voluntatem clariffime demonſtrant , ut conſiderat *Fuſar conſ. 10. n. 13. & conſ. 75. n. 16. & 28. alias 18. text. in L. ordinata §. ſed ſiquis ff. liber. cauſ. eo vel maxime, quia deſcendentibus deficientibus ſubſtitutum nominavit ad fideicommiſſi ſucceſſionem Sanctæ Miſericordiæ confraternita-*

Pars III.

tem evocavit , quibus in terminis inter deſcendentes fideicommiſſum inductum fuiſſe dubitari nequit ad *text. in L. Titia ſuo §. ſua libertis ff. legat. 2. L. Titia cum teſtamento §. Titia ff. eodem titul. plures refert. & rationem præſtat. Perigr. de fid. art. 11. n. 25. & 29.* Tandem quia etiam ſi liberi non ita expreſſe in diſpoſitione poſiti invenirentur , ſed tantum in conditione , ad huc aſſeverare licebat , eos à teſtatrice vocatos fuiſſe ad *text. in L. Lucius 2. ff. hæred. inſt. late Fachin. lib. 4. contr. cap. 51. Mantie. de conjectur. lib. 11. tit. 2. & 3. Oldrad. conſ. 22. Menoch. conſ. 129. & 293. & lib. 4. præſumt. 76.* licet contrarium graviffimi teneant DD. quorum fundamenta pro nunc expendere neceſſum non eſt.

Poſito igitur fideicommiſſo , indubium fit primam nominatam ejus bona alienare non poſſe in ſucceſſorum præjudicium , quibus reivendicationis actio competit ad bona à poſſeſſore alienata reivendicanda , late *Peregrin. de fideicom. art. 40. ex n. 1. cum ſeqq. Molin. de primog. lib. 4. cap. 1. n. 30. Grat. forenſ. tom. 5. cap. 853. n. 24. & 25. Senat. Gam. deciſ. 8. n. 3. Valaſc. conſ. 69. n. 19.* quamquidem actionem in libello propoſitam fuiſſe non dubitatur , & ejus extrema comprobata extare non amigitur, conſtat enim expoſtulata bona in patrimonio teſtatricis fideicommittentis fuiſſe, Reosque ea poſſidere , quæ requiſita in præſenti diſceptatione deſideratur *Late Peregr. de fideicom. art. 44. & 45.* Ulterius extra controvertiam eſt Actores ab Elifebetha primo loco nominata deſcendere , eiſque ut pote nominatis à teſtatrice , intentatam actionem competere Reos igitur ad reſtitutionem condemnandos eſſe fit conſequens.

li

Neque

Neque contrarium evincit allegata præſcriptionis præſidium, nam in primis de jure verum eſt, quod hæres gravatus, ſive tertius poſſeſſor, qui ab eo cauſam habuit adverſus fideicommiſſarium præſcribere nequit ante caſum fideicommiſſi, eo quia non valenti agere, nullo poſſeſt currere præſcriptio *L. 1. §. fin. Cod. annal. except. L. 1. Cod. bon. matern. L. in rebus §. omnis Cod. jur. dot. & fideicommiſſarius ante eventum dici agere nequit ad Text. in L. non quemadmodum ff. jud. quia non eſt nata actio nec obligatio ad text. in L. cedere diem ff. verb. ſignif. L. item quia in princip. ff. pact. fuſe Pegr. de fideicom. art. 41. n. 4. 8. & 15. quamobrem deſideratæ præſcriptionis tempus numerandum eſt à die, quo Elifabetha ad ſuperos evolavit, eo quod ex tunc actio orta fuit. Deinde etiam notiſſimum eſt, quod poſſeſſor habens cauſam ab hærede gravato poſt caſum fideicommiſſi non præſcribit ſpatio longi temporis adverſum fideicommiſſarium ad text. in *L. fin. §. ſed quia noſtra & §. ſequenti Cod. comm. delegat.* quia titulus in validatur ex legis authoritate, & poſſeſſor ſine titulo longo tempore non præſcribit *text. in L. nullo Cod. præſcript. longi tempor.* Sed longiſſimo tamen tempore triginta vel quadraginta annorum præſcribit, hæc nanque præſcriptio titulum non deſiderat et *text. in L. cum notiſſimi L. omnes cum aliis Cod. præſcript. long. tempor. Peregr. ſupr. art. 42. n. 14.* in præſenti autem habitatione ad tempus fideicommiſſi, ſpatium hoc longiſſimæ præſcriptionis tranſactum non eſt, quare inutiliter à Reis allegatur, & licet Reos conſideremus tanquam tertios poſſeſſores non habentes cauſam ab hærede gravato, qui longi temporis præſcriptione regulariter juvantur,*

ut ex pungit *Peregr. dict. art. 42. n. 15.* ad huc tempus hoc non probatur ut proceſſum intuenti fiet palam, abſit igitur allegata præſcriptio.

Obſtat tamen adhuc Actoribus, quod alienantis hæredes fuerunt, quibus interminis ejus factum impugnare nequiunt alienationem revocare, vel adminus evictionem ſuſtinere tenentur prout latiſſime *Peregr. de fideicom. art. 33. per totum Pinel. in L. 1. p. 3. n. 80. Cod. bon. mater. Senat. Gam. deciſ. 8. n. 4. Valaſc. conſ. 69. n. 20. §. 22. text. in L. fin. Cod. evict.* Verum ecs hæredes fuiſſe legitime mihi non probatur, quæ de cauſa hoc in puncto non immotor, nec Doctorum limitationes hac in re perpendo.

Tandem quoad fructus data bona fide ex parte emptorum quæ præſumitur dum mala non probatur, ſolum reſtituendos dicerem à tempore litis conteſtationis *L. 2. p. 2. cap. 4. n. 31. Reinos. obſ. 16. n. 7. & 19. juvat. Ord. in 4. tit. 48. §. 5.* nec eſt ferendum, ut emptor ſeducus à venditore, qui dixit rem liberam, & allodialeſſe cogatur reſtituere fructus ab occupatione non eſt reputandus poſſeſſor malæ fidei *Mench. lib. 3. præſump. 130. n. 18. & 40.* & hanc eſſe magis receptam opinionem reſolvunt poſt *Acurt. in L. ſi fur §. 1. ff. uſu capionib. Menoch. recuper. remed. 15. n. 69. Cov. 1. var. cap. 3. n. 8. Pinel. in auth. niſi trecennali n. 11. Cod. bon. mater.*

Quin obſtet reſolutio multorum, qui tenent annullato titulo fructus ab occupatione indebita reſtituendos per *text. in L. ſi prædium L. non ſolum Cod. prædiis minor.* Quia reſpondetur ſecundum multorum non infimæ notæ opinionem fructus conſumptos non venire in reſtitutionem in judicio particulari, licet titulus ſic

ſit nullus, & protali inducitur *Surd. decis. 45. à n. 5. Reinos. ob. 16. n. 9.* Secundo reſponderetur, quod qui contrarium tenent non loquuntur in noſtris terminis, data bona fide ex parte emptoris, & dolo ex parte venditoris, qui aſſeveravit rem eſſe liberam, & ita quotidie in Senatu iudicari dixit *Reinos. ſupra n. 7. & 8. Phab. 2. p. decis. 133. à n. 3.* ex quibus iudicem confirmarem & infirmarem. Ulyſſipone 16. Maij 1685.

Baſto.

Quanvis jure ff. attento rei fidei-
commiſſo ſubjectæ valide fieri poſ-
ſet aggravato alienatio, quin tacita
alienationis prohibitio ex ipſo fidei-
commiſſo iuducta domini impediret
translationem ex *text. in L. 3. §. reſ-
quæ L. ſolares 70. §. 1. ff. ad S. C.
Tribell. revocari*, que ideo à fidei-
commiſſario non poſſit, ſed tantum
ex teſtamento perſonalis actio ei
competeret; quam poſſit fideicom-
miſſum ab hærede patere. & præſium
rei alienatæ conſuevi ex *Scavola in
L. ult. §. ult. ff. legat. 2.* ideoque in
hac ſpecie recte procederet uſuca-
pio ex *L. ſiſco 38. ff. uſufr. legat.*
Tamen hac cuncta à Juſtin. Imper.
legitimam recepere correctionem in
*text. in L. ſi duobus 3. §. ſed quia noſ-
tra 2. Cod. comm. de legat.* ubi ſignan-
ter, omnium rerum cujuſlibet gene-
ris legato, ſeu fideicommiſſo ſup-
poſiturum, alienationem que prohi-
bit, in validamque redidit, adeo
ut in omnibus hiſ legatario, ſeu fi-
deicommiſſario rem vendicandi om-
nem libertatem concederet, ſibi que
rem ad ſignandi, nullo præſcriptio-
nis, ſeu alio obſtaculo ei à detenta-
toribus opponerendo, maxime data
mala fide in ipſo gravato alienante,
ut in præſenti quibus interminis
etiam de jure ff. in valida dicebatur
alienatio ex *text. in dict. L. ult. §.
ult. ff. legat. 2. text. optimus in L.*

Pars III.

*quidam 25. §. ſi quis filium ff. ad Tre-
bell.* ubi ſolum favore libertatis ſuſti-
netur manumiffio aggravaminis cõ-
ſcio facta, & hæc eſt communis Bart.
& aliorum interpetrum aſſertio, ut
teſtatur, & eleganter demore expli-
cat *Valens. illuſtr. ad tit. de legat.
lib. 3. tract. 6. cap. 2. à n. 10.* quid-
quid alias in puncto juris non in fi-
liciter ſequeretur, non inferioris au-
læ præceptor *Caldeiraõ in relation.
manuſcripta ad text. in L. 3. §. reſ-
quæ ff. ad Tribell.* quibus ita de jure
poſitis A. ſi cum fideicommiſſarium
demonſtremus, reivendicationem
competere ex dictis indubium ſit; ab
illa *Elisabetha legataria A.* per fidei-
commiſſum domus contentionis fuiſ-
ſe relictas exiſtimo, de jure, allega-
tario fideicommiſſum relinquere poſſe,
certum eſt ex *text. in L. 3. in prin-
cip. & §. 1. cum ſeqq. L. ſi legatarius
8. ff. legat. 3. cum ſimilib.* videamus
modo, an de facto fideicommiſſum
fuiſſet relictum per illa verba teſta-
menti fol. 11. ibi: *Correrãõ pela deſ-
cendencia de ſeus filhos, e netos, & reſ-
pectu A.* fideicommiſſum induci
exiſtimo. Nam fideicommiſſa ver-
bis obliquis nudaque voluntate con-
tenta ſunt ad ſui validitatem *L. pe-
nult. ff. legat. 1.* in illis etenim, ut
cumque præcaria voluntas quaſſere-
tur, conjectura poſſit admitti *L.
cum proponebatur 64. ff. legat. 2. L.
natu 21. ff. legat. 3. L. pater Seve-
rina 101. ff. condit. & demonſtr. cum
ſimilib.* DD. communiter in dictis ju-
ribus optime ad intentum *text. in L.
fideicommiſſa 11. §. hæc verba 9. ff.
legat. 3.* igitur quanvis illa verba *Cor-
rerãõ* fideicommiſſum non ſatis ex-
primant, fideicommiſſum tamen in-
duci teneo argumento dicto *§. hæc
verba*; nec me terrent illa verba ibi:
Correrãõ como livres, e deſobrigados
dicto fol. 11. hæc quippe verba,
quanvis meo videri, familiae conſer-

li 2

vationem

vationem non attendat, immo in ipsi filiis nepotibus, & descendantibus fideicommissi perpetuitatem excludant ad quod ut patet dicta verba expressissima sunt, tamen antequam ad filios primò vocatos prædictæ domus prævenissent, libertate prædicta donatæ non apparent, immo prædicta Elisabetha ex dictis simpliciter gravata apparet dictas domos descendantibus filiis relinquere, ut ex illis verbis, *Correraõ*, supra resolvit, qua propter gravatæ vita durante prædicta bona fideicommissi filiis relicto supposita permanere, ut talia ea possidet, quanvis A. utpote filius ea tanquam libera possidere incipiat, hancque esse testamenti dicto fol. 11. genuinam intelligentiam testatricisque mentem, si mea me non fallit existimatio, firmiter teneo, sic defensatam Actricis actionem R. illam deviare intendi ex *Regul. L. cum à matre* 14. *Cod. reivend.* Sed an rectè modo videndum de jure, utique certum est rectè se defendere, hæres quippe alienantis alienationem revocare nequit, neque factum defuncti impugnare *dict. L. cum à matre cum*
 7 *similibus* quæ quidem utique in fideicommissario alienanti gravato hærede existente procedit non potest enim ista rem alienatam vindicare ex *L. unum ex familia* 67. §. *sed & si uno* 3. & *seqq. ff. legat. 2. L. filius familias* 114. §. *cum pater ff. legat. 1. optime cum pluribus Fusar. de subst. q. 557. per totam*, maxime, cum in nostro casu domus non fuisset expresse prohibita alienari *Fusar. proxime a n. 8. cum seqq. Barbosa. in collect. text. in dict. L. cum à matre plures citans n. 6.* solumque de facto superest indagandum; an legitimè probetur, Actorem filium esse alienantium, in confesso est, & quanvis post abstentionis beneficium, illa

propositio filius ergo hæres, concludens esse de fineret ex *text. in §. sui, vers. sed his permittit. inst. de hæredum qualitate L. necessariis ff. acquir. hæred.* nec hodie hæres præsumatur, nisi probetur *Mantic. de conjectur. lib. 12. tit. 10. à n. 3. Mascard. de prob. concl. 804. n. 2. Accurt. Bart. & alij in dict. L. necessariis*, tamen certum est facilius in filiis prædictam immixtionem probare, debiliores admitti, magis in dubio se immixtionem intelligatur *Mantic. proxime n. 6.* & sufficit, immixtionem ostendi per aliquam conjecturam, ut ex *Mascard. tenet nostra praxis Lusitana prima p. lib. 1. cap. 3. n. ult.* plane dum ad RR. testes à fol. 127. oculos verto, non conjecturis, sed clare, & aperte A. extitisse alienantis hæredem; probatum existimo; Unde quanvis de hæreditate materna addeunda agatur, legitime permanet probata additio, & quanvis nullamodiam suæ assertionis rationem testes adducerent, illa filiationis sufficeret, quanvis enim filia-
 8 tionis probatio additionem, seu immixtionem non concludat, additionis tamen, seu immixtionis à testibus factam asseverationem mihi valde credibilem reddit, maxime cum ex parte A. nihil in hac materia concludenter probetur, immo, & non esse hæredem facile probare non posset, tanquam quid negativum: quare RR. absolverem à charissimoque Sodali discederem. Ulyssipone 25. Maij 1685.

Doutor Vieira.

Ei cui fideicommissum restituendum sit, advindicando bona, quæ hæres alienavit, vindicationem competere, præcedens sapientissimus Dominus luculenter demonstravit: ergo cum constet AA. fideicommissarios esse, domosque de quibus agitur ad fideicommissum pertinere, fluit

fuit eos recte petere, ſed quia dictæ Elizabethæ matris ac ſocrus hæredes ſunt, & ita ſi dictas domos evidant, teneantur, eos à petitione regiſſit præſtantiffimus dominus juxta regul. text. in *L. cum a matre Cod. de reivend.*

Suppoſito Prætoris beneficio de quo in §. *Jui autem verſ. ſed his Prætor inſt. de hæredum qualitate*, quæſtio eſt, an abſtentio, vel immixtio in hærede ſuo præſumatur? deſtingunt *Faber. & Menoch. relati ab Uſuald. ad Donel. lib. 7. comint. cap. 2. liter. T.* ita ut ſi filius agat immixtio præſumatur, ſi vero conveniatur, ab agente probanda ſit, idem, quoad ſecundam partem tenet *Valaſc. de part. cap. 15. n. 44.* immixtio, quoad utrumque Actorem, in præſenti non probatur, reorum enim teſtes, generium tantum aſſerunt, actoris bona quæ parentum fuerant, poſſidere: aut hercule, penes parentes, tam propria, quam fideicommiſſi fuere bona, ergo an tantum fideicommiſſi an etiam propria parentum bona, actores poſſideant in incerto eſt, cum igitur ex Actoribus Antonius fol. 98. ſolus confiteatur, ſe ad inventarii beneficium adiſſe, & alius neget, quin ut dixi, à reis, ejus immixtio plene dilucide que probetur; ſequitur quoad hunc dictæ legis, cum à matre, diſpoſitionem præſticare non poſſe. Quoad Antonium vero notandum beneficium inventarii tantum præſtare, quantum abſtentio *Merlin. forenſ. 1. cap. 35. n. 9.* ergo ſuæ illi ſabux ſunt actionis ex *L. fin. §. in computatione verſ. ſi vero Cod. de jur. de liber.* Sed intra vires inventarii tantum tenebatur, & quia non conſtat, quanta dictæ Elizabethæ bona reliquit, reis juſſuum reſervo, ut agere poſſint. *Ulyſſipone 27. Maij 1686. Pereira.*

Agitur de vendicandis ædibus fi-

deicommiſſo annexis, & tota quæſtio verſatur in eo ſcilicet, an admittendi debuiffent ad revocandam alienationem ex vi fideicommiſſi hæredes matris fideicommiſſariæ, qui factum illius præſtare tenentur, quam quæſtionem facilime ſuperaveram, ſi diſpoſitio teſtatricis maioratum ſeu capellam inſtituant, niſi in defectu filiorum Elizabethæ ut oſtendit doctus appellantium patronus in ſuis perorationibus, tunc nanque ocioſa foret diſceptatio inter ſapientiffimos PP. nec diſpoſitio *Legis cum à matre Cod. de reivendic.* & aliorum jurium caterva aliquid operantur in ſucceſſore vinculi, qui licet hæres alienantis proponatur in ſimulque alienantis ſucceſſor eſt in eadem perſona repræſentantur diverſæ qualitates ænigmaticè ideoque alienationem in fraudem vinculi, non obſtante, quod ſucceſſor ſit hæres præſtare non compellitur, ut eleganter admiſſa diſſentia inter vinculum maioratus, & fideicommiſſi advertit *Valeron de Tranſact. tit. 4. q. 2. ex n. 47. præſertim n. 49. & ſeqq.* ubi bene ratiotinetur.

Aſt in præſenti fratris uterini in ſimul revocare intendunt ædes, ut partes fideicommiſſi & fortatius ad maioratum in ſimul non erant admittendi propter individuitatem in illis frequenter conſideratam.

Quarè ſivè unus fideicommiſſariæ matris, hæres inficiat, ejus hæreditatem addere, ſive alius eam acceptaſſe beneficium inventarii, cum conſeſſio iſta opperetur, ut hæres iſte in eo ſtatu ſit, in quo eſſet, ſi non adduciſſet hæreditatem, ideo intra jures hæreditatis ad præſtium juſ appellantis reſervarem, & quoad fructus? an ab indebita occupatione, analitis conteſtatione ipſi, appellatis teneantur conferam. *Ulyſſipone 2. Junij 685. Baracho.*

Super

Super quo dicturus Reum condemnarem in fructibus tantum à litis contestatione.

Freire.

No Feito de Thomaz Ximenes de Aragaõ, com Sebastião da Gama Lobo, Escrivão do Conselho geral do Santo Officio, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, &c. Mostra-se que para effeito de haver de cazar Dona Thereza Ximenes da Veiga filha de Catherina da Veiga, e de Duarte Ximenes de Aragraõ, com Dom Joaõ de Almada lhe fez a dita sua mãy dote de sessenta mil cruzados em juro asentados nos almoxarifados do Reyno, e na Alfandega instituindo delles vinculo, e morgado com as condiçoens, e substituiçoens declaradas na escritura preferindo sempre a dotada, e a seus descendentes legitimos, que daquelle matrimonio ouvesse, e que acabando se a linha, e descendencia da dita Dona Thereza Ximenes sua filha viesse a successão do dito morgado a Rodrigo Ximenes de Aragaõ filho unico da instituidora, e Irmaõ inteiro da dita Dona Thereza, ou a qualquer descendente seu, pelo modo, condiçoens, e precedencias declaradas na dita instituição. Mostra-se que o dito matrimonio chegou a ter effeito, e dos ditos dotados Dom Joaõ de Almada, e sua mulher Dona Thereza Ximenes da Veiga ouve hum filho unico chamado Dom Joseph de Almada que succedeo no dito morgado, e o possuiu até o tempo de seu falecimento, e por este falecer sem filhos, ou outros alguns descendentes, succedeo nos bens do dito morgado o Author Thomaz Ximenes de Aragaõ por ser filho legitimo, e unico de Rodrigo Ximenes de Aragaõ, filho da instituidora, e chamado expressamente na instituição, e como tal esta

possuindo os bens do dito morgado como legitimo successor delle. Mostra-se que vindo a falecer a dita Dona Thereza Ximenes tia do Author fez seu solemne testamento, e nelle instituiu, e fez morgado de sua terça, e legitima que por sua morte della avia de herdar seu filho o dito Dom Joseph de Almada, instituindo-o a seu favor, e de todos seus descendentes com as mesmas condiçoens do dito morgado, que instituiu a dita sua mãy, como se mostrava do dito testamento de que vay o treslado, e como legitimo descendente do primeiro morgado instituido por sua avò Catherina da Veiga, lhe pertenciaõ tambem os bens do segundo instituido pela dita sua tia por ser chamado como legitimo successor do primeiro feito a favor da dita Dona Thereza, e como tal lhe competia reivindicar os bens delle. Mostra-se que as casas da Barroca em que o Reo hoje vive foram dadas, e adjudicadas em preço de doze mil cruzados no pagamento do dito Dom Joseph de Almada, e nellas se fizera tambem pagamento da terça da defunta, ficando o vinculo firme, por quanto tratando se no Juizo dos Residuos de se vincularem os bens da legitima, que o dito Dom Joseph de Almada herdou de sua mãy na forma de sua disposiçãõ, e da terça viera elle a consentir por termo feito nos autos que se julgou por sentença, e foy confirmada na Rellação, que os bens da dita legitima, e terça ficassem vinculados, e annexos com que o Provedor dos Residuos ouve por cumprido o dito testamento, e que pertenciaõ ao dito morgado as casas de que se trata como melhor consta da certidaõ, das quais o Reo estava de posse sem titulo valido, e as devia largar com os fructos do tempo da morte do dito Dom Joseph de Almada a esta parte. Q Reo cha-

mou para a autoria desta causa, ao
 Ministro da Veneravel Ordem Ter-
 ceira de São Francisco desta Cidade,
 que aceitando a autoria se defende
 com o deduzido em sua contrariedade,
 e acrescentamento della. O que tudo
 visto, e o mais dos autos, disposição
 de direito, e como no caso presente
 se considera diversa fôrma nas insti-
 tuições, e successoens dos dous mor-
 gados de que se trata porque no pri-
 meiro instituido por Catherina da
 Veiga chamada na falta de Dona
 Thereza Ximenes sua filha os des-
 cendentes legitimos de Rodrigo Xi-
 menes seu filho unico, e na falta da
 descendencia deste, chama a outros
 collaterais na fôrma que se vê da insti-
 tuição, e no testamento da dita D.
 Thereza se acha diversa fôrma na
 successão, porque sómente chama a
 descendencia do dito Dom Joseph de
 Almada seu filho, e na falta deste
 substitue a Irmandade Terceira como
 se mostra do testamento, excluindo
 totalmente aos collaterais, e suposto
 que a dita D. Thereza declarasse, que
 da sua terça, e legitima do dito seu
 filho se comprasse renda, seja não es-
 tivesse comprada, para que com vin-
 culo de morgado andasse no dito seu
 filho, e nos successores do morgado
 que instituir a sua mãy, com as mes-
 mas condiçoens do dito morgado foy
 com a restrictiva (em quanto duras-
 se a descendencia do dito seu filho)
 limitando, e pondo condição que no
 dito morgado que de novo institubia,
 não succederiaõ os successores de sua
 mãy, se não fossem descendentes de
 seu filho, porque em falta delles sub-
 stituia a Ordem Terceira com o en-
 cargo que declarou no dito testamento.
 E como na materia das instituições,
 é vocoçoens nos devemos sempre re-
 gular pela vontade dos instituidores,
 conforme a direito commum, e do
 Reyno; e estando tão manifesta a

vontade da instituidora, chaman-
 do sempre a descendencia do dito seu
 filho, e limitando a disposição para
 o caso expresso de que se trata, e ex-
 cluindo toda a extençaõ, e o Author
 não seja descendente, se não pôde di-
 zer foy chamado para a successão des-
 te morgado de que se trata, antes
 expressamente excluido pela insti-
 tuidora por faltar nelle a qualidade de
 descendente. O que se confirma por-
 que fazendo a instituidora exclusão
 até dos filhos, e filhas bastardos em
 falta de legitimos só permitio às filhas
 o que lhe fosse necessario para dotes
 de freiras, tornando a especificar
 que os mais bens que sobejassem ibi
 sejaõ para sempre da nossa Irman-
 dade Terceira, o que tambem se con-
 firma com as palavras geminadas, e
 tantas vezes repetidas, com que a
 testadora sempre fallou na sua des-
 cendencia, e de seu filho ibi em quan-
 to durar a descendencia de meu fi-
 lho & ibi e declaro que em caso que
 faltem legitimos descendentes & ibi
 faltando legitimos descendentes &
 ibi de meu marido, e senhor, e de
 nossos descendentes, das quais se
 colhe melhor que a vontade da insti-
 tuidora com plenissima deliberação,
 fey sómente chamar os seus descen-
 dentes, e não aos transversais, qual
 he o Author, e não obsta o unico, e
 total fundamento em que se funda o
 libello do Author, allegando que co-
 mo legitimo descendente do possuidor
 do primeiro morgado de sua avò Ca-
 terina da Veiga lhe pertencem os
 bens do segundo instituido pela dita
 sua tia por ser chamado como suc-
 cessor, e possuidor do primeiro pelas
 palavras da dita segunda instituição
 ibi se compre renda, se ja não es-
 tiver comprada, que ande nelle, e
 nos successores do morgado que em
 mim minha mãy instituiu, com as
 mesmas condiçoens do dito morga-
 do,

do, fazendo-se deste segundo morgado rellação ao primeiro instituido pela dita Catherina da Veiga, porque se responde que quando a disposição da dita Dona Theresza fora simplesmente feita, verbi gratia: deixo a meu filho, e seus descendentes os meus bens em morgado, entam entrara a questam controversa em direito, se quiz a instituidora admitir os transversaes; porém no caso presente se dá razão diferente, pois a testadora limitou logo esta disposição, declarando expressamente a sua vontade com a restituição em quanto querendo, e tratando sómente de stabalecer a successão nos seus descendentes, e não nos collaterais como ja fica dito, e substituindo logo, e na mesma oração à Ordem Terceira. Pelo que julgo não ter o Author aução para pedir as casas de que se trata, pois não são de vinculo do morgado, e absolvo ao Reo, e a Irmandade da Ordem Terceira, do pedido, e condemno ao Author nas custas dos autos. Lisboa 31. de Julho de 1688.

Ignacio de Magalhaens.

Aqua sententia fuit appellatum ad Supremum Tribunal Sancti Officij, in quo lata fuit sententia sequens.

Foram vistos, na Mesa do Conselho geral, estes autos, que vieram por appellação do Juizo do Fisco desta Cidade entre partes appellantes Thomaz Ximenes de Aragoão Author, e Reos appellados o Ministro, e mais Irmãos da Veneravel Ordem de São Francisco, chamados por auctoridade por Sebastião da Gama Lobo Reo originario; e assentou-se que foy bem julgado pelo Juizo do Fisco em detreminar que o Author não tinha aução para pedir as casas da contenda, e absolver os Reos do pedido pelo Author em seu libello: conformaõ sua sentença por seus fundamentos, e o

mais dos autos, e condemnaõ ao Appellante nas custas de ambas as instancias dos autos. Lisboa 27. de Janeiro de 1690.

Joaõ da Costa Pimenta. Bento de Beja de Noronha. Fr. Vicente de Santo Thomaz. Estevão de Brito Foyos. Joaõ de Azevedo.

No Feito de Maria Simoens, com a Misericordia da Villa de Terena, e Irmandade das Almas, Escrivão Antonio Soares de Siqueira se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos testamento commum do Reverendo Vigario da Villa, que foy desta Villa de Terena o Padre Salvador Luiz, e sua irmãa Beatris Fernandes embargos das AA. Maria Simoens, e Ilena da Cruz, que lhe forão recebidos, contrarietade dos RR. prova dos Irmãos da Misericordia e Juiz, e mordomos da Confraria das Almas desta Villa, e mais artigos recebidos documentos, e testemunhas por huma, e outra parte perguntadas. Mostra-se por parte das AA. embargantes serem irmãas inteiras dos ditos Padre Salvador Luiz, e Beatris Fernandes, e parentes mais chegados filhos legitimos dos mesmos pays, e como tais forão sempre conhecidos, e tratados de todos nesta Villa; e por assim o serem eraõ seus herdeiros legitimos abintestados como os ditos seus irmãos Salvador Luiz, e Beatriz Fernandes falecerão, por quanto. Mostra-se, que o testamento commum; que se diz haverem os ditos defuntos feito, em que declara instituirem duas Capellas com encargo de Missas chamando as AA. para administradoras dellas, e por suas mortes a Santa Casa da Misericordia, e Confraria das Almas desta Villa, he nullo por não assignarem na approvação, nem outrem por elles como por direito era necessario para sua validade, por onde

dê sendo a dita disposiçãõ nulla por tal se devia julgar, e que os bens, que ficaraõ dos ditos defuntos de que os AA. estaõ de posse lhes pertencem como a herdeiros abintestado por serem seus parentes mais chegados com direito pleno, e sem em cargo algum de Capella para delles disporem como de bens livres, como lhes parecer: por parte porẽm dos RR. se mostra ser o dito testamento commum com clausula codicilar, que conforme a direito basta para se suprir a falta da solemnidade que ha de se naõ assignar pelos ditos testadores approvaçãõ, e que ainda, que este defeito, se naõ poderá suprir. Mostra se que no que toca a disposiçãõ do dito Padre Salvador Luiz por ser Clerigo podia testar na fôrma de direito casu iniquo mormente sendo instituida a causa pia, qual he a Santa Casa da Misericordia, e dita Confraria das Almas, o que bastava para que naõ fosse necessario observar-lhe toda a solemnidade constando das vontades dos testadores, como se mostra da dita disposiçãõ commua, que he para se despendarem os rendimentos das ditas Capellas em Missas pelas Almas do fogo do Purgatorio, e obras pias da dita Santa Casa, para o que. Mostra-se dizer muitas vezes o dito testador em sua vida, que seus parentes naõ haviaõ de herdar delle cousa alguma por lhe haver custado muito a ganhar, mas que havia de deixar as Confrarias, e Irmandades, que lhes parecesse, e em sua vida começou a mostrar por obra esta sua tençãõ comprando a quinta parte de huma herdade para o Santissimo Sacramento da Matris da dita Villa, por onde sendo assim a sua vontade, tem manifesta a disposiçãõ causa pia a ella somenee se devia attender, e naõ a solemnidade da approvaçãõ para se haver por valido o dito testa-

Pars III.

mento commum. O que tudo visto, e como se prova, que a disposiçãõ do dito testamento em que o dito Padre ordenava que acabadas as vidas das AA. que chama, ou em primeiro, lugar por admenistradores da Capella de que se trata com encargo das Missas, e trintarios que nella declarará viesse a dita Capella a Confraria das Almas recomendando repetidas vezes, que os sufragios, que por ellas se fizessem fossem logo que se cobrassem os rendimentos dos bens, que a ella para o dito effeito anexava sem dilaçãõ do alivio, que por elles lhe resultava em suas penas como consta a fol. 182. he disposiçãõ muito pia, e nella com piadoso effeito, e devoçãõ declarara inteiramente ser assim sua vontade, e ficou o dito testamento por elle feito da sua mesma letra, e assignado por elle, e depois de nelle ter assignado o Tabaliaõ Francisco Coelho do Rego a rogo da testadora Britris Fernandes, que presente estava com o dito Tabaliaõ nelle continua, e depoem a testemunha, que tambem estava presente o Padre Antonio Dias, dizendo, que os testadores declararaõ ser aquelle seu testamento o dito Tabaliaõ no auto de approvaçãõ com as testemunhas, que assignaraõ, com o que posto que nelle naõ assignasse o dito testador consta contudo manifestamente por duas testemunhas, que saõ o dito Padre, e o dito Tabaliaõ, que viraõ assignar ao dito testador ser verdadeira, e sua aquella disposiçãõ, e o naõ negaõ as AA. embarçantes em cujos termos, e porvar-se juntamente por parte dos RR. dizer o testador muitas vezes em sua vida, que naõ havia de deixar nada a seus parentes, senaõ as Confrarias, e Irmandades obras pias, e a Misericordia, que lhe parecesse, como depoem o dito Padre Antonio Dias, e as testemunhas

Kk

temunhas

temunhas Manoel Fernandes Profeta, e Antonio Peres, e haveria em sua vida mostrado ser esta sua tenção na compra que fez da quinta parte de huma herdade para o Santissimo Sacramento se fica provando concludentemente quanto basta, e se requiere de direito ser a dita disposição verdadeira do dito testador, e valida, e que a sua vontade, e tenção fora sempre deixar seus bens em causas pias, e se acha na dita disposição fazello, como em vida declarara, sem embargo, que primeiro chamou as AA. suas irmãs que a dita Confraria por onde parecia, que no dito testamento se requeriaõ todas as solemnidades, que nos mais aponta a ley por quanto, como delle, e de humas, e outras testemunhas escolhe além do dito testador as nomear com encargo de Missas, e trintarios dellas em cada hum anno, que he causa pia as AA. erãõ suas irmãs, e nestes termos o disposto a favor de parentes tão conjunctos em sangue, se diz causa pia conforme a direito, e para sua validade basta constar da vontade do testador por qualquer maneira sem ser necessário concorrerem na tal disposição as solemnidades extrinsecas, que sómente se requerem nos que não são ad pias causas, e quanto a disposição da testadora Beatris Fernandes contheuda no dito testamento de mão commua feito com seu irmão o dito Padre Salvador Luiz, visto se provar que a seu rogo assignara o dito Tabaliaõ Francisco Coelho por ella o não saber fazer, e declarar o dito Padre Antonio Dias em seu juramento, com o que pelos mesmos fundamentos referidos, e de ser a dita disposição a favor da Misericordia da dita Villa, que he causa pia depois de falecidas as AA. suas irmãs, e pobres se não mostrar juridicamente haver mudado

a dita disposição, e feito outra em contrario, como era necessario, para esta que he commum ficar por sua parte revogada, nem valer a que se apresenta na certidão tirada do Tombo da Igreja, que por defeito da justificação, e prova concludente, não tem vigor algum he valida. O que tudo visto sem embargo dos embargos recebidos das AA. embargantes, q̄ julgo por não provados julgo o dito testamento de mão commum dos ditos defuntos o Padre Salvador Luiz, e sua irmã Beatris Fernandes por valioso, e deixo aos RR. seu direito reservado contra as AA. se lhe parecer que o tem para impugnaem o mesmo testamento em que são chamados, e de que lhe vinha utilidade, e paguem as embargantes as custas em que as condemnno. Terena 26. de Outubro de 683.

Domingos Lourenço Cabeçudo.

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

Clerici cujusdam, ejusque fororis, testamenti comuni voluntate confecti, impugnatur validitas, tamen quia in ejus approbatione fol. 13. eorum non apparet subscriptio, similesque solemnitates de quibus Sanelio Regia in 4. tit. 80. §. 1. omissa videtur, tum etiam quia tale ultimum, & commune elogium manu clerici exaratum proponitur, ipseque primus ad successionem vocatus detegitur contra Liboniani probationem de qua in L. si quis 6. L. filius 14. §. fin. ff. ad L. Cornelianam de fals. & ad S. C. Libon. totus titulus Cod. de his qui sibi ad scribunt in testamento L. 1. ff. his que pro non scriptis habentur communiter DD. in dictis juribus Pereir. decis. 32. a n. 14. cum seqq. Cuj. ad tit. Cod. de his qui sibi ad scribunt: Quid ergo

in hac re ſententiam pauvi expediam itaque exiſtimo teſtamentum contentionis nullitatem laborare, quia ordinat formam in eo obſervatam non inuenio, cujus teſtamentum nullum reddit, ut ipſa *Sanctio Regia clare demonſtrat. dict. tit. 80.* quod in dubium teneo, tam teſtatricis, quam teſtatoris voluntatem conſiderans: nam licet iſte clericali dignitate fulgeat, hæc prerogativa ſuum titulum, in quo laicos vocat à noſtra lege non eximit *Valaſc. allegat. 30. n. 1.* immo licet clericalis teſtamenti canonicam ſolemnitatem attendamus de qua in *cap. cum eſſes de teſtam.* etiam ultra quamquod *textus ille leges civiles non improbat*, ultraquam Pontificalis patrimonij metas non excedat juxta communem *Barb. in dict. cap. cum eſſes n. 2.* dato tamen, quod in teſtamento clerici ubicunque ſit, obſervanda veniant in dicto *text. notata*, hoc tamen procedit in ſuo foro, ut inquit *Barboſ. in proxime ac ita* Si Judicis Eccleſiaſtici in hac re munere fungeretur, dictis regulis judicarem, modo vero non ita, cum noſtri invicti Regis legibus uti teneatur, igitur formam civilem non canonicam amplector, & licet contrarium ſequi videatur *Valaſc. conſ. 74. per totam* ubi in foro civili canonicam formam obſervandam proſupponit, tanto tamen viro mea mens acquieſcere renuit, moveor ex eo, quia aut Judices ſæculares in capaces ſunt ſimili teſtamenti cognitionis, aut formam canonicam obſervare non tenentur: primum non dicit *Valaſc.* immo contrarium aperte ſupponit, ſecundum evidenter colligit, quia Judices Seculares à Principe formam judicandi datam habent in *Ord. in 3. tit. 64.* ubi in materiis non peccaminofis à nobis obſervari jubetur omni alio jure poſt habito, etiam canonico, Unde cum in præſenti

Pars III.

materiam peccati non detegam *Ord.* formam etiam non juris Canonici obſervare teneor reddenda enim ſunt, quæ ſunt Dei, Deo, & quæ ſunt Cæſaris Cæſari, & hæc eſt, & non alia noſtri Pontificis voluntas, ut triſtum, & vulgare eſt, conſiderata que ſic tali Ordinatione, nescio fanè, quo jure *Valaſc.* mihi alias maxima authoritas, queat ſubſiſtere in noſtro foro, certe non ſubſiſtere teneo, immo dato, quod *Valaſc.* differentiam admittamus adhuc teſtamentum nullum dicerem, quia juxta *Valaſc.* dum habet clericum non teneri noſtræ legis ſolemnitates obſervare, ſequitur, quod ſi juxta illas teſtamentarii intendant, cum voluntarie agat, ſi ita non perficiat, tale teſtamentum imperfectum permanet, non ratione ſolemnitatis cum illam obſervare non teneretur juxta *Valaſc.* ſed voluntatis ratione, teſtamentum tamen imperfectum ratione voluntatis, quantumvis valde privilegiatum ſit, nunquam ſubſiſtit ex *regul. L. ſi is qui 25. ff. teſtamenti fatetur ipſe Valaſc. ſupra n. ult.* Nec hoc effugiet, ſiquis dixerit, quod licet in præſenti jure patrio clericus teſtari deſtinaret, ſuo tamen privilegio renunciare non ſenceri ad intentum ex *text. in L. 3. ff. teſtam. milit. Rex quippe hunc text. in dubio procedere*, ſecus vero ſi incontra- rium conjecturæ adſint, ut miles non jure ſingulari ſed communi teſtari velle inducatur ex vera intelligentia *text. in L. 3. Cod. teſtam. milit.* plane cum noſter cæleſtis militia miles manu communi cum foro teſtamentum condidiſſet indubium mihi eſt jure noſtro communi teſtari uti velle aliunde quippe tale teſtamentum favore uxoris validum permaneret, illius verò favore nullum tanquam imperfectum, fororis nanque teſtamentum *Ordinat. ſolemn-*

Kk 2

lemnitatem effugere non poterat Unde etiam in ſuppoſitione *Valaſc.* ab hoc ultimo elogio validitatem excluderem: Dices prædicta convincere, ut teſtamentum corruat reſpectu primarum vocationum, non autem reſpectu Miſericordiæ ſodalitatis, quæ cum locus pius dicatur ex his, quæ *Barth. in collectan. text. in cap. 1. de in integr. reſtit.* cum pluribus ab eo laudatis, illique relictum pium ſit, & ad opus pium deſtinatum: Unde in noſtro caſu annullatis juris vocationibus, cum illarum reſpectu teſtamentum nullum ſit, ut dixit, videbatur dicendum à tertio gradus hoc eſt ab ipſius confraternitatis vocatione teſtamentum incipere ex *regul. text. optimi in L. 3. §. ſin. ff. liber. & poſth. ex factō 43. §. Lucius ff. vulgari L. ſi filius 75. ff. hæredib. inſtit. de quib. Fab. lib. 8. conjeſt. cap. 20. & 20. tom. de errorib. diſt. 30. error. 2. n. 14. Cuj. innot. ad dictum §. ſin. Prehand. in prælud. ad L. Galus cap. 3. n. 215. uſque 218.* Non inquam effugiet, quia in præſenti non ſumus in ſubſtitutione directa, & univerſali de qua dicta jura agunt. Sed de ſingulari fideicommiſſaria, cum non ad hæreditatem, ſed ad Capellam tertio loco Miſericordia vocetur in legatis, tamen & fideicommiſſis ſingularibus utique ſubſtitutiones juſ nos agnoſcit ut videre eſt ex *text. in L. 6. Cod. legati C. cum proponabatur 64. L. cum pater 77. §. pen. L. Titia 8. §. 2. de legat. 2. L. hæredes mei 57. §. 1. & 2. ff. ad Tribell.* plane inter ſubſtitutionem hæreditatis, & fideicommiſſi illa cernitur differentiam quod in hæreditatem, ſi prima inſtitutio corruit ſubintrat ſecunda, teſtamentiſque validitatem per ſe præbet dict. *L. 3. §. ſin. deliberi & poſtum.* cum ſimilibus ſupra adductis, ſecus vero in fideicommiſſis nam ſi

ingravato relictum non ſubſiſtit, utique nec gravamen, ſeu fideicommiſſum, cum principalis quippe cauſa non conſiſtit, utique necque ſequuntur locum habent regula cum principalis *ff. regulatur regul. L. unica §. & cum triplici Cod. tollend.* plane ſumus in fideicommiſſo ſingulari, igitur ſi in primo vocato, illius, ſubſiſtentiam non agnoſcimus, quomodo in aliis agnoſcimus? Dices non poſſe in primo vocato verificari ſingulare fideicommiſſum in præſenti, quia cum ſolum ad rem certam nempe vinculum vocatus proponatur nullo dato ſimul cohærede in totum inſtitutus proponitur, talis vinculi de tracta mentione ex *regul. L. 1. §. Si ex fundo ff. hæredib. inſtit. L. quoties 13. Cod. eod.* quo poſito, utique & ſequentes vocationes ad intellectum univerſalium, non ſingularium redigi videntur; Dicam, dato, quod illa prima vocatio ad Capellam, de qua agitur ad inſtitutionis hæreditariæ redigatur intellectum, hoc ita juris neceſſitate exigente, ut teſtamentum ſubſiſteret ex notis per DD. in dictis juribus, hæc tamen neceſſitas in ſecundis non viget vocationibus cum ſufficiat ut ſolum illa prima vocatio inſtitutionis ſubeat rationem ad teſtamenti noſtri vigorem, & quieſcente dicta juris neceſſitate vocatus ad rem certam inſtitutus non intelligitur dicta *L. quoties 13. cum ibi notatis*: ergo adhuc forma permanet noſtra ſupra poſita differentia, ex dictis teſtamentum nullum judicarem, conſequenterque Miſericordiæ ſodalitatis quieſcere fideicommiſſum exiſtimo, faxit Deus ut veritatem indagarem; ſecunda vero allegata nullitas me non movet, quia licet tabonianum ſcribentem in teſtamento relictum ponere ſcripto haberet, gravamen tamen ſubſiſtere decrevit ut patet ex *L. filius 14. §. ſin. ff.*

ff. ad L. Cornel. de fals. L. ult. ff. his quæ pro non ſcriptis habentur explicat, ut ſolet Cujac. ad tit. Cod. Caduc. tollend. in §. in 1. Igitur parvi pendit hanc nullitatem, cum ſolum in noſtro clerico ſcribente concludenter, non jure ad alios vocatos excluſos. Deinde, quia implicabat, ut nullum teſtamentum ex defectu ſignaturæ, ſeu teſtatoris ſubſcriptionis agnoſcerem, & poſtea de liboniani pœna diſputarem, ex *text. optimo in L. ſi quis 6. ad L. Cornel. de falsi* igitur non ex hac nullitate, ſed ex alia venientibus abinteſtato locum facerem, ita placet revocata ſententia. Ulyſſipone 22. Julij 1684.

Doutor Vieira.

In teſtamenti à fol. 4. cum ſeqq. & iterum à fol. 119. *Legis Regiæ in 4. tit. 80. §. 1.* formam ſervatam non fuiſſe liquido ex ipſiſmet demonſtratur, quare nullitate laborare fit planum: Quin contrarium ſuadeat clericis à jure canonico conceſſum privilegium de quo in *cap. cum eſſes extra de teſtam.* nam quidquid dicat *Valaſc. 1. tom. conſ. 15.* per manus traditur, quod in rubrici teſtamento in terris eccleſiæ non ſubjectis in temporalibus condito in quo laicum hæredem inſtituit erectis juris ſolemnitatibus non relaxantur, prout ex *Gutier. Menoch. & aliis tenet Vaz allegat. 30. in 1.* ſed licet hoc per textum, ſcilicet ratione perſonæ teſtamentum ſuſtineri nequeat, attamen reſpectu habito ad inſtitutionis formam illud validum dicere mihi placet, notum enim in jure eſt, quod in teſtamento ad pias cauſas, juris gentium tantum & Divini probatio requiritur, ſpretis civilis juris ſolemnitatibus, ac ſcrupuloſitatibus tenent DD. in *cap. relatum extra de teſtam. Senat. Gam. deciſ. 81. n. 3.* plures refert *Neto comm. jur. civil. lib. 1. tit. 5. ex n. 4. late Joann. An-*

gel. Boſſ. in tract. de teſtam. ad pias cauſ. tit. 12. §. 1. per totum maxime ex n. 1. Plane cauſam piam ad Capellæ ſucceſſionem ultimo loco evocatum fuiſſe ſatis conſtat ex teſtamento a fol. 4. Igitur ſuſtinendum videtur teſtamentum. Neque dicas tunc tantum dici teſtamentum ad pias cauſas, quando principaliter pia cauſa inſtituta eſt hæres ut tenent plures, quos refert *Boſſ. dict. tit. 12. §. 2. n. 80.* eo quod ex hæredit inſtitutione jus teſtamenti meretur ad *text. in L. 2. §. ſin. ff. ſiquis omiſſ. cauſ. teſtam. text. in §. ante hæredis inſtit. deleg. & in præſenti pia cauſa primo loco nominata non fuit, quia reſpondetur quod non tantum dicitur teſtamentum ad pias cauſas, quando illa fuit primo loco inſtituta, ſed ſufficit quod in quocum-¹⁴ que gradu ſit ſubſtituta, nam eo ipſo, quod via ſucceſſionis aperitur piæ cauſæ, ad pia teſtamentum dicendum eſt ex *text. in cap. Si pater extra de teſtam.* ponderat *Boſſ. dict. tit. 12. §. 2. n. 80.* Ubi plures refert; non enim in convenit, ut teſtamentum à ſubſtitutione vires accipiat ad *text. in L. & ſi perceperit ubi Bart. & communiter DD. ff. liber. & poſthum.* & in præſenti fideicommiſſo quod ex univerſa teſtatorum ſubſtantia compoſitum videtur ut patet ex teſtamento a fol. 4. cum ſeqq. dubitari nequit, quod piæ cauſæ locus fit, quanvis ultimo nominata appareat.*

Deinde quanvis piam cauſam in præſenti; nec inſtitutam fuiſſe dicamus: attamen viſa teſtamentaria diſpoſitione extra dubium fit, quod pia cauſa maiorem hæreditatis, & teſtatorum facultatum partem abſorbet, & his in terminis, & ſi pia cauſa inſtituta non ſit teſtamentum ad pias cauſas dicitur, prout in *Rota* judicatum refert, & ſequitur *Boſſ. dict.*

15 *dict. tit. 12. §. 2. n. 81.* Tandem in dubio pro testamenti validitate pronuntiandum esse, vulgarissima dictant juris principia, maximè pia causa intervenient, ut videre est ex his, quæ latè *Boss. dict. tit. 12. §. 1. per totum* & dispositionem de cujus juribus disceptatur piam esse in confesso est, junctis his quæ *Boss. cum pluribus dict. tit. 12. §. 4.*

Nique urget Sen. cons. Liboniani authoritas de qua in *L. 1. 3. penult. & ultim. Cod. his qui sibi ad ser. ad testamentum ff. ad L. Cornel. de fals.* nam in hoc casu etiam dispositione habita pro non scripta, onus ei in junctum & substitutiones sustinentur ad text. in *L. ultim. ff. his que non scripto habentur L. filius 14. §. ultim. ff. ad L. Cornel. de fals. Cujac. ad African. tract. 3. cap. ult. Bart. in L. filius ff. ad L. Cornel. de fals.* maxime quando de voluntate testatoris aliter constat & non tantum per ipsam ad descriptionem ex doctrina *Bart. in L. impuberem §. qui Codicillum ff. ad L. Cornel. de fals. Alber. in dict. L. impuberem §. ademendo Cujac. lib. 2. comm. Paul. in dict. L. ult.* Unde cum in præsentis de testatrix voluntate aliter quam per ipsam ad descriptionem constet, fit planum onus sustinendum esse ex quibus sic breviter ponderatis judicatum confirmarem. Ulyssipone 22. Decembris 1686.

Basto.

16 Ex defectu signi testatoris in probatione testamenti illud corrumpere, & in firmari non dubitatur, pro forma nanque requiritur, ista que deficiente corrumpit testamentum ex *Ord. lib. 4. tit. 80.* ex alio etiam capite testamentum contentationis sol. 4. nullum dicerem, deficit enim in eo hæredis institutio, sine qua testamentum sustineri nequit §. *ante hæredis inst. de legat. text. in L. ul-*

tim. ff. de jur. Codicill. quia replicari possit bona vinculata relicta fuisse personis ibi nominatis per verbum relinquo, Unde indicitur hæredis institutio procedit enim superius dictum, quando verbum relinquo adjungitur universitati bonorum *Valasc. cons. 165. n. 4. Mantica. de tacit. lib. 12. tit. 6. n. 12.* quod in præsentis deest ad punctum nanque invenitur bonis vinculatis singulariter descriptis in prædicto testamento, in quibus nominata non enim hæredes instituta fuerunt, ut tanquam in re certa, nullo alio cohærede dato, totam hæreditatem haberent ex text. in *L. §. si ex fundo ff. de hæredib. instit.* ex quibus excipientes tantummodo legataria censentur in bonis vinculatis cum onere restituendi post mortem confraternitatibus in testamento denominatis quarum respectu fideicommissum causam piam continet *Ægyd. in L. 1. Cod. de sacros. eccles. p. 1. n. 52.* & licet legata profana in testamento nullo cum illo corrumpant, contrarium dicendum est delegatis aliisque dispositionibus piis, quæ in illo continentur, si nullitas proveniat ex defectu solemnitatis prout in præsentis, dispositiones nanque piæ sustinentur ex doctrina *Bart. in L. 1. Cod. de Sacros. eccl. Gam. decis. 380. n. 3.* & ibi additio plures referens. Unde quanvis legatum respectu legatariorum non valeat, relictum enim solemniter non fuit onus restituendi causæ piæ sustinetur, remanet nanque apud hæredes cum prædicto onere, ut cum *Bart. in L. ult. ff. de his que pro non scriptis habentur tenet Pinh. de testam. disput. 2. sect. 9. §. 5. num. 367.* sic cum præcedenti Domino judicatum probo. Ulyssipone 22. Januarij 1687.

Costa.

Et ita judicatum in causa de Valentini

lentim de Carvalho com Dona Ifabel de Carvalho, Eſcrivaõ Antonio Soares de Sequeira 1687.

De qua re vide Boſſ. moral. de leg. piis.

Sed contrarium tenet *Costa in cap. si pater p. 1. verbo in suo testamento n. 8. Ferrentil. in annot. ad Burat. dec. 475. n. 17.* ubi quod contraria procedunt quando pia causa fuit primo loco instituta secus si in remotum & incertum futurum even-
 19 tum substituta quia testamentaria dispositio tunc dicitur ad pias causas quando fuit primo loco instituta pia causa de qua re vide etiam *Gam. dec. 46. Mostato de pia causa lib. 1. cap. 1. & seqq. Carvalh. in cap. Rainaldus 2. p. n. 149.* & vid. sententiam seq.

No Feito dos Religiosos de Nossa Senhora de Jesus, com Pedralves de Lacerda, e sua mulher, Eſcrivaõ Mamoel Soares Ribeiro, se deu a lentence seguinte.

Vistos estes autos, &c. Mostra-se por parte dos AA. que Joaõ de Magalhaens, de cujos bens, e successão se trata morreo abintestado, sem deixar descendentes, nem outro parente mais chegado que o Padre Fr. Ayres de Magalhaens seu irmão inteiro, a quem se devolveo a successão de seus bens, e consequentemente a elles AA. por cabeça do dito Religioso. Mostra-se que posto que o dito defunto Joaõ de Magalhaens fizesse testamento, este caducou, por quanto o herdeiro instituido faleceo em vida do dito testador. Mostra-se que entre os bens de que o dito Joaõ de Magalhaens era senhor, e possuidor de huma quinta da banda dalem da barca de Sacavem com todas suas pertencas, em a qual vivia o dito defunto. Mostra-se outrossim era possuidor de huma serca, a que chamaõ a quinta nova com todas suas pertencas. Mostra-se que os

Reos estaõ a muitos annos de posse das ditas propriedades sem titulo algum que justo, e valido seja, e devem ser obrigados as restituãõ a elles AA. a quem pertencem com todos os fructos da indevida occupação até real entrega. Por parte dos RR. se mostra que o defunto Joaõ de Magalhaens naõ morreo abintestado, antes fez seu solemne testamento, que se apresenta. Mostra-se que a quinta de Sacavem he foreira ao Hospital real de todos os Santos desta Cidade em fatiota, e como foreira pertence a elle R. por ser o parente mais chegado, e ser o praso de geraçõ, e por essa razãõ lhe fez o direito Senbõrio renovaçõ della. Mostra-se que o defunto declarou no mesmo testamento que fora da dita quinta havia muitos olivæes livres, os quaes deixava aos filhos de Francisco Correa de Lacerda, que seria o mais velho, que he elle R. para que os vinculasse a Capella da dita quinta. Mostra-se outrossim do dito testamento declarar o dito defunto deixava oytenta mil reis do juro da casa das carnes para dous Capellaens dizerem Missa quotidiana na dita Capella. Mostra-se outrossim declarar o dito defunto deixava ao filho mais velho de Francisco Correa de Lacerda, que he elle R. acerea, a que chamaõ a quinta nova, e assim mais huma vinha com seus olivæes, e largar de azeite em val de Figueira. Mostra-se deixar mais a elle R. o olival dos Clerigos, por lhe pertencer, e ser de Capella. Mostra-se que posto que o defunto deixasse tambem por herdeiro em cousa certa a Luiz Pereira de Barros dos mais bens, e este falecesse em vida do testador, nem por isso caducou o dito testamento, por quanto o dito Luiz Pereira de Barros naõ foy só o herdeiro instituido, mas tambem elle R. e morrendo o dito herdeiro Luiz Pereira

Pereira de Barros em vida do testador ficou pertencendo toda a herança a elle R. que tambem foy instituido herdeiro pelo dito defunto, e em primeiro lugar, do que o outro herdeiro Luiz Pereira de Barros, e deve ser absoluto do pedido pelos AA. que devem ser condemnados na reconvenção, e obrigados a que resituaõ a elle R. todos os bens da dita herança que chegarão a seu poder. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de direito neste caso, e posto que o testamento de que se trata seja nullo por morrer o herdeiro instituido em vida do testador, e não ser outrossim o R. herdeiro, mas legatario, com tudo a quinta de que se trata he praso de geração, e he o R. o parente mais chegado, a quem pertence, com o que não obstante, a nullidade do dito testamento pertence a dita quinta ao R. por quanto não deriva o seu direito da nomeação do dito defunto, mas do parentesco que com elle tinha, sendo o seu parente mais chegado, e em virtude da renovação que o direito senhorio lhe fez sem que obste, que para o R. pedir a reconvenção ao direito senhorio se valeo da nomeação que nelle tinha feito o defunto, por quanto ao R. lhe não era necessario a nomeação do dito defunto, para o direito senhorio lhe haver de fazer a dita renovação, sendo como he o parente mais chegado do ultimo possuidar, e ser o praso de geração, em que os AA. não podem succeder, e como outrossim conste ser o olival chamado dos Clerigos da Capella de que o R. he administrador, lhe pertence outrossim o dito olival, não obstante o ser nullo o dito testamento, por quanto o defunto declarou pertencer ao R. o dito olival, e não succedeo o R. nelle como nomeado pelo defunto, mas como parente mais chegado, e do sangue do inf-

tituidor João de Magalhaens o velho, e como outrossim o defunto unisse a dita Capella os olivares que estão de fora da dita quinta, a qual disposição he pia; e não obstante o dito testamento ser nullo, se deve guardar, por quanto conforme a direito as disposições pias se devem observar, ainda sendo nullo o testamento donde deixão, pois para estas basta constar da vontade; e como a serca chamada a quinta nova que está junto ao lugar de Aldea do fundo, e a vinha, e olivares com seu lagar de azeite em val de Figueira sejaõ propriedades livres, e visto a nullidade do testamento não possaõ pertencer ao R. por tanto absolvo ao R. do pedido pelos AA. no que toca à quinta de Sacadem de que se trata por ser de praso de geração, e pertencer ao R. e outrossim o absolvo do olival, chamado dos Clerigos, por ser de Capella, como tambem dos olivais que o defunto unio à dita Capella, e o condemnno somente largue aos AA. a serca que chamaõ a quinta nova, e a vinha, e olivais com seu lagar de azeite sitos em val de Figueira, e deferindo à reconvenção condemnão aos AA. nos oytenta mil reis de juro que o defunto deixou para se dizerem duas Missas quotidianas na Igreja de Nossa Senhora dos Anjos, de que o R. he administrador, que como outrossim seja pia a dita disposição tem validade ainda sendo o testamento nullo, e os absolvo do mais pedido por reconvenção, e condemnão aos AA. e R. nas custas dos autos de promeyo. Lisboa 7. de Março de 686.

Joseph de Basto Pereira de Torres.

Ab hac sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata à Judicibus. Lacerda. Mouzinho, & fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

De

De gravamine à primis aggravantibus interposito nobis cognoscere non est permiffum, ſiquidem per diſpoſitionem *Ord. lib. 3. tit. 84. §. 8. & 9.* deficiente gabellæ ſolutione, omnino prohibetur de gravamine cognitio, quo ſuppoſito ſolummodo de gravamine ſecundi Aggravantis diſputare libet, & viſis actis, ſeduloque examinatis indubius quoad hanc partem ſententiam confirmarem Aggravanti proviſione denegata, ſiquidem quanvis tritiſſimum ſit in jure inſtitutum in re certa nullo dato cohærede totam hæreditatem conſequi *ex text. in L. 1. §. ſi ex fundo L. ex factò 25. L. quoties §. ſi duo ff. de hæred. inſtit. L. cum quidam ff. de liber. & poſt.* ſicut etiam ſi dato cohærede iſte talis hæreditatem non adeat ex his que tenet *Bartol. in d. L. ex factò. n. 2. Cald. de nominat. q. 9. n. 3, eleganter Roſa conſult. 34. per tot.* attamen in præſentiarum aggravans nullatenus inſtitutus in re certa dici poteſt, ſiquidem ad hoc ut cognoscatur an ſcilicet aliquis ſit inſtitutus omnino attenditur ad inſtitutionis formulam; nam ſi per verba directa explicetur hæredem denotat, ſi vero per verba obliqua ſolummodo facit legatarium *textus elegans, & ſingularis in L. cogi 16. §. & generaliter ff. ad Trebellian.* ubi notant communiter Doctores. Plane Aggravans in teſtamento non per verba directa, ſed imo potius per obliqua de nominatus apparet, ut ex illo conſtat, ergo nullatenus hæres de nominari debet.

Quo aliquid officiat verbum relinquo, de quo teſtator in teſtamento uſus fuit, quia quanvis regulariter prædictum verbum inſtitutionem denotet, attamen hoc intelligitur quando univerſitati bonorum adiungitur *ex textu in L. quoniam indig-*

num Cod. de teſtam. gloſ. in L. his verbis ff. hæred. inſtit. Phæb. 1. p. decif. 9. n. 3. Jul. Clar. in §. teſtam. q. 38. verſ. quid autem Valaſc. conſ. 165. n. 4. ſed ſic eſt quod in præſentiarum prædictum verbum non fuit adiunctum univerſitati bonorum, ut ex teſtamento patet, ergo nullatenus inſtitutionem importare poteſt, ultra quamquod teſtator non ſolum prædicto verbo uſus fuit reſpectu Aggravantis, ſed etiam reſpectu aliorum legatariorum ſed ſic eſt quod reſpectu aliorum abſurdum eſt dicere hæredes inſtitutos cenſeri, ergo ſimiliter reſpectum aggravantis ac ita cum aggravans merus remaneat legatarius, & teſtamentum in validetur ex non additione hæredis *ex princip. inſtit. de hæredit. quæ abinſt. deferuntur,* merito aggravans ex teſtamento nullo legatum profanum non conſequitur ex vulgaribus, confirmetur igitur ſententia. Ulyſſipone die 4. Junii anno 1688.

Mouzinho.

Alienum eſt in præſenti à noſtra reſolutione & iudicio quaſtionem emphiteuſis & olivetorum derimere, eum in hoc Aggravans victor evadat, & cum AA. gabellam non ſoliſſent ſola de querimonia R. agendum eſt.

Condemnatus apparet iſte in reſtitutione bonorum de Val de figueira, & circa reconventionem etiam deſcidendum eſt, an bona petita per R. in quibus AA. abſolvuntur, ſint Reo pertinentia de hoc ſolum dicendum eſt, cum hæ ſint ſolum R. condemnationes.

Quoad bona de Val de figueira & Vilam novam pertendit R. dicta bona, eo quod legatarius proponitur in teſtamento ſol. & cum legata vitientur nullo teſtamento, neceſſario de viribus teſtamenti agendum

dum est. Præcedens Sapientissimus Dominus nullum testamentum declarat, quod mihi placet cum institutio hæredis non detur in persona R. legatarius enim proponitur neque institutus in re certa aliquo universalis verbo institutionem denotante ad notum text. ad L. quoniam indignum cod. de testam. Reinos. obs. 20. Neque ex mente testatoris colligitur voluisse R. instituere imo contrarium, cum alium nominasset hæredem; cum ergo sit legatarius, capere legatum profanum non potest ex testamento de quo agimus cum nullum apparet ex defectu hæredis decedentis ante testantis mortem ad text. in L. si nemo de regul. jur. cum vulgar. Et est indubium, & ex testamento nullo legata non debentur, merito ex titulo legati rejicitur; hac eadem ratione excluditur A. à petita reconventionem cum hæres non proponatur reducitur causa abintestato Religiosi non sunt incapaces successione, & succedunt ex persona monachi; teneat ergo sententia in hac parte cum de aliis judicare non possimus. Ulyssipone 24. Julij 1688.

Lacerda.

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

Acordão os do Dezembargo, &c. Sem embargo dos embargos do Reo embargante, que não recebem por sua mateia, e autos, se cumpra a sentença embargada, e deferindo aos outros embargos dos AA. os recobem, e julgaõ pro provados, e tomando conhecimento do agravo interposto pelos AA. não são aggravados os Aggravantes pelo Corregedor da Corte em absolver ao R. da restituicão da quinta dalém da barca de Sacavem, nem em os condemnar nos oytenta mil reis do juro pedidos na reconvençãõ;

mas são aggravados em absolver o R. da restituicão do olival chamado dos Clerigos, e dos mais olivais sitos fora da dita quinta dalém da barca nomeados no testamento do defunto João de Magalhães, emendando nesta parte sua sentença cumpra se o confirmado por seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e comnaõ basta a declaracão que fez o defunto João de Magalhães no testamento com que faleceo, que se acha in valido para se dizer ser de Capella o olival dos Clerigos, nem poder se considerar ser pertença de bens vinculados de que o R. seja administrador, o qual era obrigado a mostrar por sua parte esta circumstancia eidentidade, que não prova de nenhuma maneira, como nem outrossim ter lugar o legado dos olivais que ficão fó a da quinta deixados em o dito testamento, porque sendo nullo, ficou não tendo effeito este legado, por lhe faltar o requisito necessario para se haver de justentar em disposicão menos legitima. Por tanto condemnãõ ao R. abra maõ, e restitua aos AA. assim o olival chamado dos Clerigos, como os outros que ficão fó a da dita quinta de Sacavem, com os fructos das propriedades julgadas aos AA. nestes autos desde a lide contestada em diante, que se liquidarãõ na execuçãõ, e pague o R. duas partes das custas, e os AA. huma parte. Lisboa 8. de Novembro de 689.

Pinheiro. Lacerda. Mouzinho.

Hæc sententia fundata fuit in seqq. de liberationibus.

Tam Actores quam Reus contra nostram sententiam impedimenta objiciunt, qua de causa de meritis utrorumque impedimentorum sigilatim est agendum, & quod attinet ad impedimenta illustrissimi Rei illa rejicerem, quia continent materiam jam discussam & allegatam,

tam, cui in noſtra tali quali deliberatione jam reſponſum præſtitimus.

25 Unde ad alia impedimenta Actorum accedere fas eſt quibus ex implorata reſtitutione differem, quia hæc monaſterio competit ex vulgariſimis juris principiis de quibus per *Cald. in L. ſi curatorem verbo minoribus n. 60.* ubi multa jura adducit, in quibus referendis non immeror, qua propter ex privilegio reſtitutionis imploratae de gravamine interpoſito ab AA. non dubitarem cognoſcere, quia licet à principio ex diſpoſitione noſtræ *Ord. in 3. tit. 84. §. 8. & 9.* AA. excluderem, nunc vero ex diſpoſitione dictæ legis in d. §. 9. in verſ. ſalvo veniunt AA. admittendi, unde ex his impedimenta Actorum probarem.

Et ſum ad menta cauſæ devinendoque ad gravamen interpoſitum ab AA. quatenus in illo conquerruntur de ſententia dum Reum abſolvit à reſtitutione Villæ nuncupatæ *dalém da barca de Sacavem* Præſidem Curialem confirmarem, quia licet ex investitura non conſtet, hanc Villam eſſe generationis, ad hoc ut Reo tanquam conſanguineo debeat ejus renovatio, attamen ex non jure Actorem Reum abſolverem, conſtat namque exactis hanc villam eſſe emphyteuticam, & Eccleſiæ ſpectare, & quod in conceſſione emphyteuſis fuit adjectum pactum quod hujusmodi emphyteuſis non potuiſſet transferri in Eccleſiam, quibus in terminis ad monaſterium non poſſe emphyteuſim tranſire tenet *Valaſc. conſ. 101. n. 8. Cald. de renovat. q. 19. n. 23.* quod in preſenti verificatur, quin aliquid obelle valeat ſententia *Pinhair. 2. p. diſp. 5. ſect. 5. n. 185.* cum ipſo *Valaſc. in quam Cald. de renovat. q. 6. n. 13.* quia in noſtra

Pars III.

Hypotheſi ex diſpoſitione juris excluditur monaſterium, quia jam mortuus eſt monachus, cujus occasione monaſterio ſpectabat emphyteuſis.

Non ita dicerem quoad alia bona alodialia Reo relicta, quia cum teſtamentum nullum fuiſſet judicatum ut jam diximus in noſtra deliberatione, ex illo non poteſt Reus aliquid capere, neque reſpectu horum bonorum conſideratur pium aliquid relictum, ad hoc ut ſuſtineamus voluntatem teſtatoris, licet minus legitimam, qua propter in hac parte ſententiam revocarem.

Et ita ſimiliter quo ad olivetum nuncupatum dos Clerigos, quia licet ex teſtamento conſtet, ex diſpoſitione teſtatoris hunc olivetum eſſe capellæ annexum, cum prædictum teſtamentum ſit nullum, ita etiam nulla dici debet prædicta declaratio, dum contrarium non demonſtratur, plane nullibinos docent Reos hujusmodi olivetum eſſe capellæ annexum; ergo dum hoc concludenter non demonſtratur RR. condemnarem; quin obelle valeat dicere, quod noſter Reus poſſeſſor & adminiſtrator eſt capellæ inſtitutæ à Joanne de Magalhoens; quia licet hoc ita ſit, cum Reus nos non docet, hunc olivetum comprehendi in d. vinculo, olivetum vinculo ſubjectum judicare non poſſumus propter præſumptionem juris, ſecundum quam omnia bona præſumuntur allodialia ex *text. in L. altius cod. de ſervit. & aqua.*

Quoad 80U. petita per reconventionem judicatum confirmarem, quia licet teſtamentum nullum ſit, attamen cum hæc 80U. ſint relicta ad opus pium, ut deducitur ex ipſomet teſtamento, & verificatur ex diſpoſitione noſtræ *Ord. lib. 1. tit. 62. §. 41.* reſpectu illius debet ſuum eſſe

Li 2

Etura

Etum habere testamentum, quia legata pia ubi primum constat de voluntate testatoris statim suum habent effectum, *Gam. decis. 81. n. 4. Valasc. consult. 67. n. 5.* Plane negari non potest, quod in presentiarum constat de voluntate testatoris quoad hoc legatum pium, ergo recte venit sententia confirmanda in hac parte, quod ita placet Præsidi confirmato, & revocato. Ulyssipone 2. Augusti 1689.

Mouzinho.

Quoad secunda impedimenta placet præcedentis sapientissimi Domini placitum, satis enim convincitur ibi allegatum, quia in secunda dispositione & legato Villæ novæ, & vineæ & olivetorum de Valdefigueira novum legatum relictum apparet, ibi enim tanquam libera bona relinquuntur non vinculo aliquo subiecta, cum expressè testator declarat debita solvenda per illa bona, & legatum hoc sit profanum, quod valere non potest in testamento nullo.

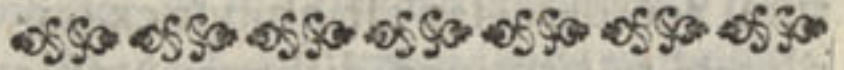
Quoad alia impedimenta etiam recepere & probare est in votis, & tenemur ex petita restitutione iterum causam derimere, qua propter absolverem R. ex *Villa dalém da barca*, cum emphiteusis proponatur mortuo fratre, & in his terminis proximo agnato pertinet renovatio, considerato quod monasteria expressè excluduntur in investitura, & succedit opinio relata à *Val. conf. 101. n. fin. & Pinheir. de emphit. 2. p. disp. 5. sect. 5. §. 7. n. fin.*

Venio etiam in revocationem sententiæ, quatenus iudicat R. legatum olivetorum prope Villam da barca, & olivetum do Val dos Clerigos quod nulla probatione constat majoriæ esse nec legata pia iudicanda, cum principale fundamentum legati in bonam animæ testatoris non appareat. Ulyssipone 5. Novembris 1689.

Lacerda.

Hujusmet opinionis fuit, in idem assentiendo.

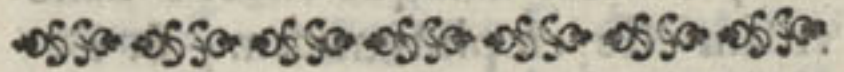
Pinheiro.



C A P. XXXII.

Utrum substitutio pupillaris restituta ad certam ætatem post eam ætatem possit converti in fideicommissariam, & vocatis filiis & descendentes, & illis deficientibus substituta causa pia an censeantur exclusi transversales, & admissa causa pia in maioratus successione.

Hanc quæstionem disputat pro una, & altera parte *Phæb. 2. p. dec. 126.* & tandem refert eam resolutam, in favorem & inclusionem Piæ causæ & contra transversales, & in eorum exclusionem & in fine decisionis refert Senatus sententiam per quam ita in Senatu Palatii decisum fuit, & vide *cap. 22. & Rosa consult. 17. & vide Bonavent. Tristam dec. 15.*



C A P. XXXIII.

Utrum per inclusionem, & vocationem successorum administratoris vocati, & suæ lineæ, & in eorum defectum inclusus & vocatus sit locus Pius, ex hac vocatione, & inclusionem, mortuo administratore absque liberis, aut

descen-

descendentibus, cenſeantur excluſi tranſverſales ultimi poſſeſſoris & tantummodo incluſa cauſa pia.

SUMMARIUM.

Vocatio quando debet inteligi inſa-
vorem loci pii n. 1.

Appellatione ſucceſſoris, veniunt ſuc-
ceſſores ſanguinis n. 2.

In primogenituris vocata linea, in-
telegitur de linea effectiva n. 4.

Teſtator quando fit mentio ſimpli-
citer de linea, inteligitur de deſ-
cendentibus, & non tranſverſa-
libus n. 5. & n. 6.

Verbum linea eſt, collectivum plu-
rium perſonarum & graduum
n. 7. & totam ſucceſſionem com-
pletitur. & n. 8.

Et non ſolum comprehenditur effecti-
va & materialis, in qua veniunt
deſcendentes, ſed & iam conti-
nua in qua continentur tranſver-
ſales, ac totam ſucceſſionem. n. 9.

In effectiva quid inteligatur, & con-
tentiva vel n. 10.

Deſcientibus deſcendentibus ex linea
effectiva, admituntur conſan-
gueni & linea tranſverſa n. 11.

Maioratus tranſit ad tranſverſales,
ne extingatur, deſcientibus
deſcendentibus alicujus lineæ vo-
catae. n. 12.

Post extinctionem effectivæ venit
contentiva n. 13. & que diſ-
tinctio detur inter proxima &
remota n. 14. & 17.

Cælebs diligit fratres, & filios fra-
tris magis, quam uxorati ipſos
filios, & nepotes n. 16.

Teſtator in clauſulis inſtitutionis ſem-
per cenſetur velle providere om-
nes caſus, qui accidere poſſunt
n. 20.

Quando orationes ſunt diverſæ, &

ſeparatæ, & iam ſi eſſet identi-
tas rerum, & perſonarum, per-
ſone de quibus loquitur, in una,
non comprehendetur in alia n.
21.

Dicitur clauſula finita, quando datur
alia clauſula intermedea n. 22.

Pro conſervatione maioratus, inſa-
milia eſt judicandus n. 23.

Hanc quaſtionem vidi inſacto
circa teſtamentum Clerici Mi-
chaelis de Mendonça, in quo maio-
ratum inſtituit, & poſt varias voca-
vationes ultimo in loco teſtamen-
ti ſic dixit. *E declarou mais que não
havendo ſucceſſores nenhun do dito
ſeu administrador, e de ſua linha deixá
a dita adminiſtração á Miſericordia
deſta Villa, & antea vocavit primum
adminiſtrotorem in hac forma: No-
mea por adminiſtrador de huma Ca-
pella que inſtitue de toda a ſua fazen-
da que tem neſta Villa, e fóra della,
a ſeu ſobrinho Manoel de Mendonça,
e ſendo caſo que o dito Adminiſtrador
uze mal da dita fazenda, e á dixe
damniſicar, e de fraudar em tal caſo
nomea, e inſtitue por adminiſtrador
deſta Capella, á Miſericordia deſta
Villa.*

Mortuo dicto teſtatore, inſtitu-
entequæ ſucceſſit in capella, & ma-
ioratu d. primus vocatus, qui évita
deceſſit abſque liberis, & ſupertite
uxore maioratus poſſeſſionem ingreſ-
ſa imiſſa que fuit, & citata á Miſe-
ricordia in iudicio civitatis ad hoc
ut maioratum demitteret apud No-
tarium Auguſtinum Rodericum de
Sequeira, non ſolum quia erat extra-
nea ſed quia bona deterioravit, pen-
dente lite fui interrogatus á Capita-
neo Belchior de Azevedo Coutinho,
qui erat conſanguineus proximior
ultimi poſſeſſoris, & ſanguine inſti-
tutoris, an licet eſſet tranſverſalis,
haberet jus ſucceſſionis in dicta Ca-
pella,

pella, seu maioratu, & mihi visum fuit esse exclusam uxorem ultimi possessoris & illum esse inclusum, & in d. vocatione comprehensum, & jus non bere domum sanctæ Misericordiæ, ad succedendum in d. maioratu, quia non deficiebat successor ultimi possessoris nec linea vocata, quo in casu manebat locus pius substitutus, & exclusus, & secundum meam sententiam se opposuit in lite ad excludendam Ream, & ad rejiciendum actorem interminis nostræ *Ord. lib. 3. tit. 20. §. 31.*

1. Nam licet quando institutor vocat successores ex linea quando antea loquutus fuit de filiis & descendentes primi vocati, d. vocatione debeat intelligi ad favorem loci pii de successoribus descendentes & de linea effectiva, & non contentiva transversalium. *Alvarad. de conjecturat. ment. defunct. lib. 2. cap. 3. §. 3. Castilb. lib. 3. cap. 15. n. 77. Phæb. 2. p. dec. 126. n. 37. & seqq. & ultra eos quos referunt Menoch. conf. 926. n. 14. Luca de lineal. art. 19. per tot. & signanter n. 42. & seqq. & art. 20. & art. 25. loquitur de simili dispositione non extantibus.*

2. Et appellatione successoris veniunt successores sanguinis, & filij, descendentesque continentur *L. cum acutissimi de fideicommiss. Menoch. de presumptionib. lib. 4. præsumpt. 89. n. 57. & conf. 958. n. 11. August. Barbof. appellat. 254. n. 4. & etiam*

3. linæ appellatione continentur soli descendentes, & non transversales, ut in proposito casu multis citatis tenet idem *Barbof. appellat. 135. n. 42. 3. & 4. Ubi etiam inquit quot in primogenituris vocata linea, intelligitur de linea effectiva ex Menoch. conf. 926. n. 14. & aliis multis, & ultra quos refert Valens. conf. 97. n. 57. Ubi quod quando testator fit*

mentio simpliciter de linea intelligitur de descendentes, & non transversalibus ex *Hugo, Burg. de Paz, Gutterr. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 6. n. 30. & 31. Mutta dec. 65. n. 12.*

Et generaliter, absolute, quando testator loquitur de linea, intelligitur loqui, & substituisse de ejus linea directa, de orsum versus, vel fursum, densum, quæ propriæ linæ est, non autem de inflexa, & transversali *Bald. conf. 321. incipit Statuto vol. 1. & conf. 334. n. 10. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 88. n. 11. Simon de Præsis de interpretat. ultimar. volunt. interpret. 3. dub. 1. solut. 11. n. 41. Mier. de maiorat. 2. p. q. 6. n. 18. Valens. d. Cens. 97. n. 8. Luca de linea leg. art. 1. n. 31. & seqq. & art. 29. n. 42. & respons. 8. per tot.*

Eo maxime quando testator in alio capitulo præsupponit filios esse vocatos, aut illos vocat *L. 1. §. Si proponatur Ubi Bartol. ff. si quis omnia causa testamenti Surd. conf. 539. n. 7. & conf. 402. n. 25. versic. non obstat. & seqq. Cyriac. contr. 96. n. 48. & contr. 301. n. 30. & contr. 302. n. 46. vers. ubi Cassanat. conf. 16. n. 8. & conf. 60. n. 4. Ramon. conf. 61. n. 34. versic. tamen Castilb. lib. 5. cap. 83. n. 2. Menoch. conf. 901. n. 29. Altograd. conf. 95. n. 66. Rota apud Lodovis. dec. 208. n. 2. & ibi Beltramin. lit. A. atque ita videbatur dicendum Melchiorum oppositorem esse exclusum uti transversalem, & Misericordiam admittendam fore uti substitutam, & vocatam, & non transversales de linea contentiva ut probat *Tondut civil. cap. 138. n. 8. & seqq.**

Attamen his non obstantibus re mature considerata, mihi visum fuit, à successione maioratus esse exclusam Misericordiæ domum, & includendum

dendum eſſe dictum, Melchiorum, ut tranſverſalem, comprehenſum in 7 vocatione ſucceſſoris, & lineæ, nam verbum, linea, eſt collectivum plurimum perſonarum, & graduum, *L. Schemata ff. de gradib. cap. dilecto de conſanguinit. & affinit. L. Caſtellæ 2. L. 4. tit. 6. partit. 4. Valenz. conf. 97. n. 22. Gratian. cap. 773. n. 1. & 2. Robles de repreſent. lib. 3. cap. 4. n. 16. Caſtilh. lib. 5. contr. cap. 93. n. 41.* & his non citatis *Luca de linea legali art. 1. per tot.* ubi etiam agit de definitione, & de diſiſione, & n. 23. & ſeqq. agit de linea tranſverſali ad propoſitum, de qua etiam loquitur *Roxas de incompatibilit. maiorat. 1. p. cap. 6. §. 17. & §. 18.* de linea tranſverſali æquali, & inæquali, de qua hic agitur.

8 Et verbum, linea, totam ſucceſſionem complectitur *Raudenſ. conf. 30. n. 133. vol. 2.* & non ſolum comprehenditur effectiva, & materialis, in qua veniunt deſcendentes, ſed etiam contentiva, in qua continentur tranſverſales, & totam ſucceſſionem, ut tenet idem *Raudenſ. ubi ſupra, & n. 112. & dec. 28. n. 110. Socin. in L. Gallus §. nunc. de lege ff. liber. & poſthum. Peregrin. de fideicom. art. 22. n. 24. Menoch. conf. 233. n. 18. Honded. conf. 4. num. 22. lib. 1.* probat etiam *Caſtilh. lib. 5. contr. cap. 92. n. 48. & cap. 93.*

10 Et quanvis in potiori ſignificatu debeat intelligere de effectiva, intelligitur exiſtentibus deſcendentibus; nihilominus deſicientibus illis, quia materia eſt favorabilis, ut vinculum, & maioratus conſervetur, & memoria inſtitutoris non extinguitur, intelligitur etiam de contentiva ad hoc ut comprehendantur tranſverſales, qui cenſentur vocati deſicientibus deſcendentibus, ut probat *text. in 11 cap. 1. de natur. ſucceſſ. feud.* ubi deſicientibus deſcendentibus ex linea

effectiva admittuntur conſanguinei ex linea tranſverſa, & contentiva ibi: *Ad ſolos, & ad omnes, qui ex illa linea ſunt, ex qua iſte fuit.* Ubi notanda ſunt verba illa, *ex qua iſte fuit*, ex quibus certum eſt venire tranſverſalem ex linea contentiva, et idem important dicta verba, ac ſi diceretur, in qua iſte fuit vel continetur, non quæ ab ipſo procedit, cum deſceſſerit ſine filiis, ut explicat notabiliter *Paul. Balcerran. lib. 2. de feud. pag. 321. n. 11. Andre Iſernia in eod. cap. n. 31. Molin. de primogen lib. 3. cap. 4. n. 13. & 14. Bechio conf. 138. n. 45. & 46. vol. 2. Peregrin. conf. 42. n. 6 vol. 3.*

Et in noſtris terminis, quod vocata linea alicujus, deſicientibus deſcendentibus, quod comprehendantur tranſverſales, ne maioratus exringatur, et ne tranſeat ad extraneum, notarunt. *Curt. Jun. conf. 5. n. 24. lib. 1. Simon de Prat. lib. 3. dub. 1. ſolut. 11. n. 43. circa medium late Honded. conf. 4. n. 20. uſque ad 30. Menoch. conf. 233. n. 18. lib. 3. Burg. de Paz conf. 26 n. 40. cum ſeq. Caſtil. lib. 5. cap. 92. n. 48. & c. 93. n. 46. & 47. Mier. de maior. 2. p. q. 7. n. 52.*

Tunc enim in vocatione lineæ poſt extinctionem effectivæ, venit contentiva, quæ diſtingitur inter proximam, & remotam, proxima eſt, quæ à patre diſponentis procedit, continens fratres eorumquæ deſcendentes remota eſt, quæ ab avo quæ diſponentis procedit ut poſt *Peregrin. conf. 57. n. 8. lib. 5. tenet. Cyriac. contr. 281. n. 72.* et conſideratur in teſtatore celibe propria prole diſtincta, hæc diſtincto, ut prima quæ dicitur proxima à proprio patre inſtribus, vel fratrum nepotibus, jure effectivæ cenſenda ſit; cum ab iis qui ſunt cælibes diligantur. fratres, vel fratrum filij magis, quam uxorati ipſos filios, et nepotes directos

rectos ament ut frequens et quotidiana praxis docet ut testatur *Luca delinea leg. art. 15. n. 31. & ad vertunt Peregrin. & Cyriac. ubi supra abeo citati & Altograd. conf. 46. & 95. lib. 1. n. 114.* et ibi iudicatum refert *& Luca de fideicommiss. 17 disc. 25. n. 17. & art. 53. n. 13.* ubi verissimam appellat distinctionem, inter lineam contentivam proximam constitutam à fratribus testatoris celebris, cuius domus seu linea effectiva constitui dicitur à proprio patre et contentivam remotam seu generalem complexivam atque ita cum Melchior sit filius fratris patris testatoris ut in facto pro indubitabile supponitur, comprehenditur in d. linea, et inclusus censetur ex dictis, non obstante consideratione *L. cum avus ff. cond. & demonstr.* nam licet controversum sit apud DD. an dispositio d. text. habeat locum in linea contentiva proxima, scilicet, an si testator prole destitutus instituat fratrem vel ejus filios et simpliciter post mortem gravet ad restituenda bona alicui ut in proposito, subintelligatur conditio si sine liberis decesserit? ex quo dicta linea contentiva proxima jure linæ effectivæ habetur ut dictum est, et videtur negandum, quia dispositio *d. L. cum avus* procedit in dispositione ascendente, non autem transversalis ut tenet *Fusar. q. 397.*

Sed contraria sententia in nostro casu mihi verior videtur, & eam tenent *Bardelon. conf. 16. n. 20. lib. 1. Vvessembec. conf. 94 n. 20. & 50. p. 2. Nogueros. alleg. 9. per tot. & alij apud Fusar. & quanvis Fusar. vitam limitationem abque ratione, & autoritate periculosam dicat, Nichilominus in sensu veritatis Luca de fideicommiss. disc. 146. concedit, & defendit; vitam distinctionem, &*

limitationem, & proinde despondendo cum fratribus, vel nepotibus ex fratribus, vitos tamquam descendentes, & uti delinea effectiva habeat & subintelligatur conditio ad exclusionem substituti, atque ita cessant dicta à contrariis DD. tum ex dictis.

Tum etiam, quia, in hoc casu¹⁸ transversalis dicitur delinea effectiva perfectionem, & decontentiva vere, & cum primus vocatus nepos testatoris, & filius fratris sui evita decesserit absque liberis, & descendentes vocatis, præsumptio ipsa quæ respectu filiorum, & descendentes ex conjectura pietatis summitur terminis juris communis, ut tacita conditio, si sine liberis non expressa subintelligatur, inter transversales præcisa ratione & coacta summi debet in maioribus ob eorum successionis regulas, ut pluribus adductis est locus insignis egregius, & notandus *Cov. pract. cap. 38. n. 12.* cui resolutioni conveniunt *Mier. de maior. in init. 2. p. n. 366. in nova edit & 4. p. q. 1. n. 20. in fine uterque Molin. unus de primog. lib. 1. cap. 4. n. 37. Alter tom. 3. disp. 589. n. 1. Castil. tom. 6. cap. 166. n. 27. & seqq. Nogueros. d. alleg. 9. n. 59.*

Et quanvis *d. L. cum avus* loquatur in filiis, attamen in nostro casu procedit in transversalibus ex præsumptione voluntatis testatoris, ut in simili inquit gloss. *verbo sine herede in L. ex facta §. si qui ita ff. ad Trebel. & in L. filius familias 117. §. Divi verus vers. quodsi liberis ff. leg. 1. & materia maioratus¹⁹ invocatione hæredis, linæ, aut successoris comprehenditur qualiscunque transversalis institutoris *Cov. lib. 3. var. cap. 5. n. 4. Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. n. 14.* & cum testator solum substituisset Domum Misericordie*

Mifericordiae caſu quo ultimus admi-
niſtrator è vita decederet abſque
nullo ſucceſſore, de linea ut conſt-
tat ex verbis teſtamenti, intelligi-
tur de linea contentiva tranſverſa-
lium ad maioratus conſervationem,
quia invocato & adminiſtratore vo-
luit atrendi ad lineam de qua fit
mentio in verbis, linha, quæ intel-
ligenda eſt de contentiva ad hoc ut
ita vocati ſint omnes de familia, ut
in ſimili vocatione & diſpoſitione,
& minus generali, & comprehenſi-
va inquit *Caſtil. tom. 6. contr. cap.*
143. n. 1. & ſeqq. & ita voluit teſ-
tator in verbis ibi: *e ande na ſua li-*
nha, e naõ os havendo quer, e be
contente que quem lhe ſucceder de to-
dos os annos quatro mil reis a Mi-
ſericordia. Et cum exiſtat d. *Men-*
chior conſanguineus proximior filius
fratris inſtitutoris, manet inclufus,
& domus Mifericordiae exclufa ſen-
ſetur, licet ſubſtituta, ut inquit in
terminis *Surd. conſ. 539. n. 5.* ibi:
quia dictum Hoſpitale ſubſtituit,
quandocunque deceſſiſſent omnes
maſculi de linea, & domo de *Graf-*
ſonis; ſed ad quid ponere ſub con-
ditione totam lineam, & omnes maſ-
culos, niſi interum dum extarent
deberent ſuccedere; atque ita cum
Domus Mifericordiae fuiſſet ſubſti-
tuta, in caſu deficientiæ ſucceſſoris,
aut liniæ ut patet ex verbis teſta-
menti: *e declarou mais que naõ ha-*
vendo ſucceſſores nenhuns do dito ſeu
adminiſtrador, e de ſua linha deixa
a dita adminiſtraçãõ a Miſericor-
dia deſta Villa, & cum Melchior
ſit ſucceſſor, & de linea ultimi ad-
miniſtratoris, & in illa comprehen-
datur ut probatum extat, non ha-
bet locum ſubſtitutio, & manet in-
clufus tranſverſalis ut ſucceſſor &
de linea, & exclufa Mifericordiae
domus, ut ſimili de ſubſtitutione
facta in favorem loci pij tenent Cy-

Pars III.

arlin, Carena Phæb, Aylon, Tiraquel
Mantic, Vald, Soar, Coſt, Gabnel,
Menoch, Fuſar, Gama quos ego ip-
ſe referro *forenſ. cap. 4. n. 36.*

Neque obſtat quod in alia clau-
ſula vocaſſet teſtator ſuum conſo-
brinum, & poſt eius mortem filios
etiam naturales & deſcendentes, ut
ſupra innuimus, quia in ultima
clauſula non fecit mentionem de
illis, ſed tantummodo fecit ſubſ-
titutionem eo in caſu, quo ex ad-
miniſtratore non exiſterent ſucceſſo-
res quaeſcunque, ex linea, ex qua
inclusionem, & vocationem loquutus
fuit de tranſverſalibus, & non deſ-
cendentibus quia cum in clauſula an-
tecedenti poſt mortem adminiſtra-
toris vocavit filios ejus, ſi de illis
intelligeretur, dicta clauſula ulti-
ma de illis loqueretur ſpecificè, ſi-
cut loquutus fuit in clauſula ante-
cedenti, tunc erat ſuperflua ultima
in qua de aliis ſucceſſoribus loquu-
tus eſt, quia generaliter vocavit
ſucceſſores, & de linea, & non
ſpecialiter de filiis de quibus antea
loquutus fuit: *arg. text. in L. 1. §.*
ſin autem ad defecientis Cod. caduc.
tollend. ibi: nam ſi contrarium vole-
bat, nulla erat difficultas conjun-
ctim ea diſponere, & verus ſenſus
clauſulae eſt iſte, quia teſtator cum
antea vocaretur conſobrinum, &
filios ſuos legitimos, naturalis quæ,
& in eorum defectu vocaſſet Miſe-
ricordia, cogitavit poſt comple-
ctum & finitum teſtamentum, de ca-
ſu quo accidere poterat ſcilicet de
illo in quo adminiſtratori defecif-
ſent filij, & haberet tranſverſales
de linea, & ſucceſſores, & tunc
voluit quod ſuccederent, & illis
deficientibus Mifericordia, ne ad
coronam vacaſſet, & in iſta ultima
clauſula loquutus fuit de linea con-
tentiva, & de ſucceſſore ſanguinis,
alias erat ſuperflua ultima clauſula,
quia

Man

quia jam provifus erat casus defectu filiorum & vocata Misericordia^s, substitutaque, & si ultima eodem modo inteligeretur ad quid facta fuit? quando jam vocatio filiorum erat facta, & Misericordia substituta in eorum defectum? sumo est quia non videat loquutum fuisse de transversalibus & de linea contentiva; quia testator in clausulis institutionis semper censetur velle providere omnes casus qui accidere possunt *L. Galus*, & §. *quid sit tantum ad fin.* & §. *melius ergo vers. quibuscunque casibus*, & §. *etiam vers. ad omnes casus ff. de liber. & post. Menoch. conf. 226. n. 70. Mantio. de conjecl. lib. 8. tit. 19. n. 19. vers. 5. ad fin. Altograd. conf. 47. n. 79. tom. 2.*

Atque ita, cum defecisset casus existentiae transversalium successorum sanguinis, & linæ, de illo loquutus fuit, & dicta ultima clausula non potest intelligi de linea effectiva filiorum de quibus jam separatim cum eadem Misericordiae substitutione loquutus fuit in alia clausula perfecta, & finita, nunquam enim clausula quanvis generalis, & qualificata intelligitur loqui de dispositione, in qua antea specialiter provifum erat *L. coh. eredi §. qui patrem ad fin. ff. vulgar. Mier. de maior. 2. p. q. 12. n. 1. Cassanat. conf. 4. n. 272. & conf. 19. n. 1. Menoch. conf. 111. n. 13. Castil. lib. 5. contr. cap. 89. n. 150. & 175.*

Quia non videtur velle loqui de eisdem personis de quibus jam loquutus fuerat specialiter, sed de diversis, quanvis alias includerentur *Bald. conf. 186. n. 1. Menoch. conf. 151. n. 343. & in diversitate personarum conf. 326. n. 52. & 54. & n. 3. Reminald. Jun. conf. 112. & num. 157. vol. 2. probantque Castil. lib. 2. contr. cap. 4. n. 43. & seqq.*

21 Et quando orationes sunt diversæ, & separatæ, etiam si esset iden-

titas rerum, & personarum personæ de quibus loquitur in una, non comprehenduntur in alia ut tenet *Bart. in L. in repetendis ff. leg. 3. Roland. conf. 38. n. 56. vol. 4. Paris. conf. 38. lib. 2. Peregrin. art. 16. n. 8. & 45. 90. & conf. 57. n. 11. lib. 5. Cassanat. conf. 38. n. 103. Tiber. Decian. conf. 17. n. 34. vel. 1. ubi etiam quando dantur dictiones repetitivæ cum multis Pareja de edit. instrum. tot. 3. resol. 3. n. 70.*

Et clausula dicitur finita perfecta, & distincta, quando datur alia clausula intermediæ, cum suis verbis à quibus reguntur, & tunc alia dicitur diversa, & non intelligitur, de personis contentis in prima, sed de diversis *Bald. conf. 362. lib. 1. Honded. conf. 4. n. 32. lib. 1. Fusar. conf. 69. n. 28. Altograd. conf. 54. n. 27. & 28. tom. 1. & n. 29. & 92.* & cum clausula prima loquens de filiis, sit separata, & finita, & ante ultimam inveniantur aliæ, non potest generalitas linæ, & successorum vocatorum de effectiva nec de filij, sed de contentiva, & transversalibus alias erat superflua, & inutilis, & non erat provifus casus existentiae transversalis proximioris, sicut in ultima clausula provifus extitit utiliter ad maioratus conservationem, cujus declaratio erat necessaria, ut concludunt *Cassanat. conf. 53. n. 75. ibi quarta, illa præsupponit. quid superfluum, & inutile: istæ, quid utilissimum & n. 76. ibi: istæ, casum non dum declaratum & declaratione, & detriminatione indigentem & conf. 47. n. 103. vers. nam si illa, & vers. hæc autem superfluitas Surd. dec. 88. n. 6. Gabriel. de claus. claus. 9. n. 8. & 10. Garc. de nobl. in præf. n. 27.*

Ideo que transversalis comprehenditur in dicta vocatione linæ & successoris cujusvis, quæ adeo universalis est ut omnes, nullo excepto contineant *Seraphin. dec. 1022.*

Gratian. dec. 24. n. 6. & cap. 82. n. 32. Urteol contr. 47. n. 24. & in append. ejusdem loci Barb. dict. 325. & his in terminis intelligitur ut ex illo videre est in locis pro contraria parte citatis & Valens. loquitur de linea recta de qua nos non agimus & in casu Phæb. dec. 126. in favorem ecclesiæ D. Antonij fuerunt exclusi transversales ut constat ex verbis illius institutionis & a n. 39. & in nostro casu fuerunt vocati, & termini sunt diversi, & semper pro conservatione maioratus in familia est judicandum Mier. de maioratu 4. p. q. 29. n. 19. Castil. tom. 6. contr. cap. 143. §. unic. n. 2. Raud. var. cap. 38. n. 37. ex ratione de qua Menoch. cons. 232. n. 29. Peregrin. art. 1. n. 44. 45. & 46. atque ita consultus in dicta causa pro d. transversali ex his & aliis fundamentis omissis, secundum meam resolutionem ita judicatum fuit in causa Misericordiæ de Coima, contra Maria das Neves de Mendonça, Escrivão Antonio Soares de Sequeira, & tenor sententiæ talis est.

Vistos estes autos libello dos AA. contrariedade da R. artigos do oppoente provas, e mais documentos juntos. Mostra se por parte dos AA. que no solemne testamentato, com que faleceo o Padre Miguel de Mendonça, constituirá huma Capella de todos os seus bens, para a successão da qual, chamara expreçamente a seu sobrinho Manoel de Mendonça filho de sua irmãa Serafina de Mendonça, mulher de Antonio do Rego, com declaração, que não ficando do dito primeiro chamado Manoel de Mendonça filhos legitimos, ou naturaes, em tal caso substitua, e chamava para admenistração da dita Capella a Casa da Misericordia A. como tambem no caso em que o dito admenistrador decipasse os bens da dita Capella, por-

Pars III.

que em hum, ou em outro caso succedido substitubia a Misericordia A. e que entrando com effeito na admenistração da dita Capella o dito primeiro chamado Manoel de Mendonça; decipara os bens da dita Capella, cortando muitos Pinheiros, e faltando com os adubios necessarios nas fazendas de sorte, que todas as deixara muito damnificadas, com o qual facto se devolvera a admenistração dos ditos bens a Misericordia A. na fórma da clausula incerta no dito testamento pelo instituidor, e que não só por esta causa pertencia a admenistração da dita Capella a Misericordia A. mas tambem por vir a succeder o outro caso expreço pelo dito instituidor, de que faltando a descendencia do dito Manoel de Mendonça primeiro chamado, ou fossem legitimos, ou naturais, chamava para a admenistração da dita Capella a Misericordia A. e como este caso viesse a succeder, e por falecer o dito Manoel de Mendonça sem deixar filhos, e descendentes legitimos, ou naturaes ficava corrente pertencer a admenistração da dita Capella a dita Misericordia expreçamente chamada pelo instituidor na falta de descendencia legitima, ou natural do dito primeiro chamado Manoel de Mendonça, ficara tendo intrancia na dita admenistração a Misericordia A. deduzida da vocação expreça porque fora substituida pelo instituidor em tal caso, nos quais termos não assistia a R. direito algum para admenistração dos ditos bens o que injustamente possubia, pois não era da descendencia do dito Manoel de Mendonça, e só tinha o parentesco de afinidade por ser sua madrastra, em razão de haver sido cazada com Antonio do Rego pay do dito Manoel de Mendonça, e pela mesma consideração não tinha direito algum a successão dos ditos bens, o oppoente

Belchior de Azevedo, por não ser descendente da linha effectiva do dito Manoel de Mendonça, mas da continua por ser seu primo com irmão, a qual lhe não dá direito para esta successão, pois só o tivera sendo da linha effectiva do primeiro chamado Manoel de Mendonça, que não era, e assim era sem duvida julgar-se a administração da dita Capella nos termos presentes à Misericórdia A. sendo a R. e oppoente excluidos da dita successão pelas razões referidas, comprovadas pela vocação expressa do instituidor. Defende-se a R. mostrando ser menos justificado o petitorio dos AA. fundado em que lhes pertence a administração desta Capella, por vir a succeder, e caso em que a Misericórdia A. estava chamada, a saber havendo decipado os bens pertencentes a dita Capella o primeiro chamado Manoel de Mendonça, como o havia feito pois o contrario, era o mais constante de que o dito Manoel de Mendonça ultimo possuidor tratava sempre muito bem as ditas fazendas, e as deixara muito bem concertadas, e supposto que cortasse alguns pinheiros isto tão fora estava de ser danificação, que antes era util aos pinhais, e que a ella R. pertencia de direito a dita administração por falecimento do ultimo possuidor Manoel de Mendonça, e não a Misericórdia A. que era estranha, e elle ser o parente mais chegado de Antonio do Rego pay do dito Manoel de Mendonça, o qual tambem fora administrador da dita Capella. Por parte do oppoente se mostra pertencer lhe a administração da dita Capella na forma da sua vocação feita pelo instituidor, por ser elle oppoente o parente mais chegado, assim do ultimo possuidor Manoel de Mendonça, como do instituidor o Padre Miguel de Mendonça, em razão de ser elle oppoen-

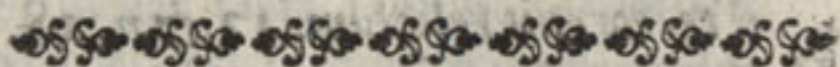
te filho legitimo de Diogo de Mendonça, e Margarida de Azevedo de Vascoellos, o qual Diogo de Mendonça, era irmão inteiro de Alvaro Barradas pay do dito instituidor, e Serafina de Mendonça mãe do ultimo possuidor, e assim ficava sendo elle oppoente primo com irmão, assim do instituidor, como do possuidor, e que assim sendo chamado em primeiro lugar como se via da instituição o dito Manoel de Mendonça ultimo possuidor para a successão da dita Capella, e a sua linha na vocação dos successores da linha se comprehendia elle oppoente, pois estava na linha contentiva do ultimo possuidor, e do instituidor, e assim de direito lhe pertencia a administração da dita Capella, e não à Misericórdia A. que era sómente chamada no caso que não haja parente da linha do primeiro chamado, em que não estamos, e muito menos a R. que he pessoa estranha. O que tudo visto com o mais, que dos autos consta, disposição de direito neste caso, e como por elles se prove com toda a concludencia pela disposição codicillar fol. 22. que havendo o Padre Miguel de Mendonça instituido Capella de seus bens no testamento, que anteriormente havia feito, declarar no dito codicillo a forma de sua successão, e supposto, que do dito codicillo, se não appresentasse o proprio, senão o seu treslado, como este se ache offerecido pelos AA. que são os que encontram a dita disposição com a dita offerta feita por elles ficou tendo inteiro credito para se haver de julgar esta successão na forma nelle disposta, e com mayor razão havendo os AA. appresentando depois o proprio testamento a fol. 173. junto ao qual, he certo andava o proprio codicillo, e assim se presumir, que os AA. o occultão pelo prejuizo, que da sua disposição lhe resulta, em

razão

razão de nelle eſtar alterada a fórma da ſucceſſão do dito teſtamento fol. 163. com a declaração, que o dito inſtituidor fez no dito codicillo, chamando por morte do primeiro chamado Manoel de Mendonça admiſtrador da dita Capella, e ſeus filhos legitimos, ou naturaes, e que andaffe a dita admiſtração na ſua linha, em que claramente alterou a fórma da dita ſucceſſão que havia feito no teſtamento antecedente, em que chamou a Misericordia A. na falta ſómente dos filhos legitimos, ou naturaes do primeiro chamado, nos quaes termos era ſómente em que os AA. lhe pertencia a admiſtração da dita Capella, e não nos termos em que na dita deſpoſição codicilar a fol. 21. verſ. ſe achão não ſómente preferidos a Misericordia ſubſtitutos os ditos filhos do primeiro chamado, mas tambem os de ſua linha, que conforme as reſoluções mais certas de direito na palavra linha, ſe comprehendendo tanto a effectiva, como a contentiva, e ſenão poder duvidar, nem os AA. e a R. impugnem ſer o oppoente primo com irmão do ultimo poſſuidor, e como tal eſtarem com elle na linha contentiva, e em muitos termos não pode ter lugar a inſtancia dos AA. na ſucceſſão da dita Capella, por eſtarem ſubſtituidos no defeito do ſucceſſor da linha do ultimo poſſuidor, nem menos pelo pretexto da decipação dos bens da dita Capella, que allegão haver feito o ultimo poſſuidor, pois a não provarão com concludencia, mas antes pela prova, que a R. fez em contrario, ſe moſtre, que o dito ultimo poſſuidor: não faltou nos adubios neceſſarios para a conſervação dos ditos bens; e outroſſim, não aſſiſte direito algum a R. para a ſucceſſão dos ditos bens, por lhe faltarem a qualidade requerida na vocação, em não

ſer da linha do dito Manoel de Mendonça ultimo poſſuidor; pelo que tudo. Julgo pertencer a admiſtração nos ditos bens de Capella inſtituidos pelo dito Padre Miguel de Mendonça ao oppoente Belchior de Azevedo, que vagara por falecimento do ultimo poſſuidor Manoel de Mendonça por ſer o parente mais chegado de ſua linha, que na forma da vocação feita pelo inſtituidor eſta expreſſamente chamado na cenzura de direito, e condemno a R. na reſtinação dos ditos bens, e ao oppoente com os fruços da lide conteſtada em diante, e condemno nas duas partes das cuſtas dos autos, e aos AA. nas outras duas. Lisboa 16. de Março de 681.
Antonio Leitaõ Rombo.

Aqua ſententia fuit appellatum ad ſupplicationis Senatū ubi fuit confirmata Judices. Andrade Rua. Manoel Lopes de Oliveira Monteiro.



C A P. XXXIV.

De excluſione ſucceſſionis maioratus ob non reſidentiam in loco ab inſtitutore requiſito & aſſignato, & an ex defectu adventus ad illum veniat includendus, vel a ſucceſſione excludendus & olendus ſi ponatur conditio ad hoc ut habitet in certa domo, in ſocietate alicujus, & an verificentur ſi in religionem ingredia- tur; & circa conditionem habitandi in Regno, an & quando

quando detur propter absentia præseverantiam contraventionis, & quomodo.

SUMMARIUM.

Institutor potest disponere successorem teneri residere in tali loco. n. 1.

Quo modo intelligatur hæc clausula. n. 2.

In testamentis ex hisque præcedunt, voluntatis conjectura elici solet. n. 5.

Verba sunt signa, & testamentum mentis nostræ. n. 6.

Qui enim recusat conditioni parere, credicur jus, ex ea causa sibi delatum, repudiare. n. 8.

Dispositio facta sub pluribus conditionibus, non sufficit unam, vel plures adimpleri, nisi omnes verificentur. n. 9.

Lex Titio centum ff. de cond. & demonstr. explanatur. n. 11.

Relictum sub conditione, ea deficiente, corrumpitur. 13. & n. 18.

Voluntas testatoris, aut ratione, aut ex clausulis præcedentibus, aut sub sequentibus interpretatur. n. 15.

Voluntas testatoris, ad unguem debet observari. n. 17.

Testatoris efficitur odiosus, qui ejus præceptum honestum spernit. n. 19.

Potest institutor disponere successorem, teneri residere in tali loco, & eum à successione privare ob contraventionem, & defectus residentia, aut defectus adventus ad illum, & hæc clausula conditio que est valida, & obligat successorem, adeo quod si contraveniat, privandus venit a successione, & potest à sequenti excludi, non obstante dispositione *text. in L. Titio centum 70. §. Titio centum o 2. ff.*

cond. & demonstr. ut multis citatis tenet Roxas de in comp. maior. p. 2. cap. 1. pag. 128. n. 61. & seqq. ubi explicat, limitat & intelligit & ibi Aquil. in add. & 7. p. cap. 3. & ibi Aquil. in add. & ultra eos vide Peireir. dec. 1. Portugal de don. reg. prælud. 2. §. 2. n. 54. & Brito in conf. Regiæ Coronæ, & etiam probatur validitas dictæ exclusionis, quia dictum gravamen & ex illius implementi defectu exclusio, & privatio est valida, quando est imposita ad tertij favorem, ut ultra citatos a Roxas ubi supra in terminis tradunt Amescua de potest. in se ipsum lib. 2. cap. 18. n. 1. & 14. Mier. de maiorat. 1. p. q. 57. n. 2. & 3. Atamen ultra limitationes traditas à Roxas hæc resolutio intelligitur rebus sic stantibus ut tenent Roin. conf. 170. n. 13. lib. 1. Cacheran. dec. 91. n. 2. Concurrente enim nova causa, quæ non aderat tempore dispositionis licet ab ejus observantia discedere, ut probant communiter DD. in cap. 1. qui matrimonium accusare possunt maxime Abbas n. 5. Butreo n. 9. Alexand. de Nevo n. 9. qui loquitur in pactis matrimonialibus perpetuo habitandi in certo loco, de qua re Tirquel. in L. 1. connubial. glos. 1. p. 1. n. 39. Amescua ubi supra n. 18. Speculator. in tit. qui filij sint legitimi §. 1. n. 36. & quando fuerit conditio habitandi in domo, intelligitur testatoris ex text. in L. quod si quis domum in princip. ff. locati, Surd. de aliment. tit. 4. q. 15. n. 38. & 39. & si testator invita sua vendiderit dictas domos sensetur sublatum gravamen habitandi in illis, & etiam limitatur, quando successor relicto loco habitationis venit ad Curiam ad litem defendendam circa maioratum, aut vocatus a Rege, tunc enim non datur contraventionis, nec privatio, ut vidi judicatum, & probatur

batur ex Doctoribus Citatis, et ad ſecundum caſum de clauſula advenientis ad locum, vide caſum ſequentem.

No feito de Luiz Moniz, contra Manoel Fernandes Soares, Eſcriuaõ Joaõ Correa da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Naõ tem lugar o requerimento dos ſupplícantes a respeito dos bens que ficaram de Brites Moniz, que ſó os deixa a ſeu irmão Luiz Moniz, vindo elle a eſte Reyno, ou ſeus herdeiros em razão da palavra, vindo, de que uſou a teſtadora ſer palavra de gerundio que importa condiçãõ, e ſe deve verificar, e comprir em forma expecifica, e a respeito dos herdeiros tambem naõ tem lugar em quanto elle vivo; os bens que por outra via pertencerem ao dito Luiz Moniz ſe entreguem ao ſupplícate viſta ſua procuraçãõ; e para eſſe effeito ſe façãõ contas no inventario; e pague o ſupplícante as cuſtas deſtes autos. 4. de Janeiro de 1652.

Franciſco Curado de Andrade. A qua ſententia apellatum fuit, et lata fuit ſequens.

Acordaõ os do Dezeſmargo &c. naõ foy bem julgado pelo Juiz em naõ deferir ao requerimento do A. e naõ mandar entregar a ſeu procurador os bens, que Brites Moniz ſua irmã deixou a Antonio Rodrigues, excepto a terça delles, revogando ſua ſentença viſtos os autos, e como a condiçãõ de vir o A. para haver de cobrar os ditos bens, ſe podia conforme a direito, e vontade conjecturada da teſtadora, cumprir, e verificar, vindo, ou mandãdo os cobrar por ſeu procurador, aſſim como declarou que baſtava vir elle, ou ſeu herdeiro, moſtrando niſto que naõ era neceſſaria precijamente a vinda peſſoal de ſua peſſoa. Mandaõ que os ditos bens ſe entreguem a ſeu baſtante procurador,

ſem fructos nem rendimentos, como a meſma teſtadora diſpoz, e ſõmente lhe pertencerãõ os da lide conteſtada em diante, e pague o Appellado as cuſtas dos autos. Lisboa 27 de Abril de 652.

D. Velasco. D. Carneyro. Pinheyro.

Hæc ſententia fundata fuit in deliberationibus ſequentibus.

Sicut multum intereſt in iurẽ an 3 conditiones ſint facti, vel juris, ut notat Julianus in L. multum intereſt ff. condit. & demonſtr. ita maximum eſt diſcrimen inter eas quæ in dando aut in faciẽdo conſiſtunt; priores enim per alium impleri valent, elegans text. in L. Arthufa in finalib. verbis ff. ſtat. homin. bon. text. in L. ſi. ff. condit. inſtitit. ib. que cond. nomine filij per alium impleri poteſt &c. At vero poſteriores, quæ in faciẽdo conſiſtunt factum propriæ perſonæ deſiderant, ut bene Ulpian. in L. ſi ſtatu litera B. §. ſiquis n. dare ff. ſtatulib. ib. hæ enim perſonæ eorum cohererent quibus ad ſcribuntur; Cum ergo in hac facti ſerie bonorum eſt, jubeatur fieri Ludovico ſub modo; aut conditione cum venerit ut in teſtamento fol. 11. ib. vindo ſeu irmão &c. quæ factum perſonæ requirit, & perſonæ coheret text. in d. L. ſi. & ſi Alexandr. optima gloſ. in L. ſub hac §. ib. nam nec ff. actionib. & obligation. dicendum vid hoc procuratoris factum non ſufficere, ut judex terminavit.

Sed quanvis 1. in conſpectu hoc ita verum videatur tam injuſtẽ quam in facto, tamen re alius penſitata aliter in cauſa judicandum cenſeo. Enim vero etiam ſi præ fata diſpoſitio in gerundio concepta conditionem in ducat, quæ in faciẽdo conſiſtat; tamen quando talis eſt facti qualitas, ut vel ex natura rei, vel ex vero ſimili voluntate per alium impleri valeat propriæ perſonæ factum

Elum

ctum non requiritur immo per alium
suppletur, elegans text. ad intentum
in *L. fin. §. ne autem C. caduc. tollend.*
in vers. fin autem, juvantque *Fusar.*
q. 460. n. 6. Mantica. lib. 11. de conje-
ctur. tit. 16. a num. 2. Castilb. lib. 4.
quotidian. c. 25. a n. 1. ex ratione L.
cum virid. cum similib. C. fideicom.
Plane in adventu fratris ad locum ubi
testatrix vita functa fuit nulla per-
sonalis comparitio per electa dici po-
test, prout in conditione veniendi
ad studium, aut matrimonium aut
similibus ut bene Imperator in d.
vers. fin autem, quoniam bonorum
acquisitio pariter per procuratorem
fieri potest, ut notum est igitur per-
sonalis comparitio ex facti natura ne-
cessaria non est.

Deinde id ipsum suadet conjectu-
rata voluntas testatrix, quæ grava-
to hujusmodi bona tantum ad ejus
vitam reliquit, non ad ejus hæredes
ut fol. 111. *e que elle possua em sua*
vida &c. & satis hæredes agnoverunt
in termino fol. 146. post mortem
autem Ludovicum omnino prætulit,
igitur clausula adventus non disposi-
tioni, imo potius executioni adjecta
fuit, ac ad factum nomine fratris re-
ferendum est aliter esset relictum
in pendentem, quod dicendum non est,
stante expressa voluntate disponen-
tis juxta supra dicta.

Juvat quod hic adventus condi-
tio non tantum imposita est in per-
sona fratris, verum etiam hæredis,
ut fol. 111. ibi: *Luiç Moniz, ou seu*
herdeiro, ut autem factum persona-
li requisitum videretur, opus erat,
ut in ipsius tantum persona conditio
adjecta esset, optima *Gloss. verbo*
5 cum abire in d. §. ne autem. Tandem
in testamentis ex his, quæ præce-
dunt, aut sequuntur, voluntatis
conjectura elici solet, bonus text.
in *L. si servus §. si plus ff. legat. 2.*
plane in alia dispositione fol. 111.

vers. usa fuit testatrix eodem verbo,
ac clausula, ut ibi *Vindo em algum*
tempo Antonio Moniz, ou herdeiro
seu. Et tamen in hac indubitabiliter
personalem comparationem nec de-
sideravit, nec desiderare potuit ad
debiti exactorem, ut ibi: *devem de*
legitima. Igitur idem in præcedenti
clausula voluisse satis deducitur ex
conjecturata voluntatis, quasi reli-
ctum post mortem nominati debeat
ur, exactio autem fiat cum veniret
per se, aut per alium, ideoque ad-
ventus ad exactorem tantum desi-
deratur, ut ibi: *Vindo poderá cobrar;*
juxta supra dicta, hæc latius, quam
mei est moris dicta sunt in causa non
vulgari majoris digna suppelectilis,
sed in piis licita est extensio; impium
autem est, ut Ludovicum longa se-
netute imbellem, belli calamitatibus
oppressum, ac de prædatum in
longinqua regione commorantem ut
fol. 70. pro tam brevi lucro longam
fuisse navigationem, ac ad Pias
de venire cogamur, igitur dum con-
trarium decrevit Piarum Judex im-
pie pronunciavit, Ulyssipone 10.
Aprilis 652.

D. Carneiro.

Erudita satis à primo sapientissim.
domino dubium præsentis processus
est dilucidatum, quare illius dictis
in dubitanter adhæreo, dum Pia-
rum Judicem impie contra jus pro-
nunciavisse determinat. Ulyssipone 27.
Aprilis 652.

D. Valascus.

De qua re vide etiam *Rosam conf.*
63. ubi etiam antalis usus habitatio-
nis, vel residentia in loco possit le-
gari.

No Feito de Execucao de Rodri-
go Ximenes de Aragoa, contra Tho-
maz Ximenes de Aragoa, Escrivao
Antonio Correa da Sylva, se deu a
sentença seguinte.

Deserindo ao requerimento do sup-
plicante

plicante Thomaz Ximenes, vista a resposta do supplicado Rodrigo Ximenes, em que confessa ser o supplicante filho de Andre Ximenes, hum dos quatro administradores da Capella de Santa Catherina, que instituiu o Cavalleiro Fernão Ximenes, e não haver de presente outro algum administrador, e vista a forma da instituição, na qual se manda repartir a ametade do juro desta Capella pelos administradores nella declarados, que fica pertencendo a ambos sómente, por não haver outros neste Reyno, o que não encontra a sentença fol. 20. em quanto julgava ao supplicado toda a dita ametade, por ser sómente o que administrava a dita Capella, e tinha o trabalho in solidum da cobrança deste juro, e repartição das esmolas, que delle se pagaõ, que hoje tem cessado com a vinda do supplicante, que he administrador por igual parte, o julgo, e declaro por tal, e mando se passe carta para a ametade do dito juro se pagar aos ditos administradores por iguaes partes, e se pôr em sua cabeça como administradores da dita Capella, e a outra parte, e ametade do juro sobredito virá entregar ao Thezoureiro deste Juizo das Capellas, como esta mandado, e no que toca ao juro que o supplicado cobrou até o presente da dita ametade, parecendo ao supplicante tem direito para o repetir delle pela parte que diz, o poderá fazer via ordinaria. Lisboa 19. de Setembro de 545.

Miguel Pinheiro de Brito.

Ab hac sententia cum appellaretur ad supplicationis Senatium ibidem fuit confirmata à iudicibus Leytaõ. Marchaõ. Doutor Alvo. decimo quinto Decembris 1646. & fundata fuit in sequenti deliberatione.

Optime se habuit meritissimus Provisor dum impedimenta adversus sententiam prædecessoris oblata.

Pars III.

non accepit, & cum de illis solum cognoscere debeamus ex Ord. lib. 3. tit. 84. §. 8. quia nihil continent, ex quo impedita sententia vel annullari, vel modificari debeat, à iudicato recedendum non puto, quamvis uterque ex litigantibus conquaratur, quia divisio æmulumenti pro administratione relicti secundum mentem testatoris inter illos facta videtur, siquidem in institutione appendicis fol. 10. & 11. voluit, quod pertineret ad illos, qui in hac inclita Civitate residerent, & reserva ejus est naturæ, ut jus neque habenti adimat, neque tribuat non habent L. si in veriditione ff. commun. prædior. Menoch. cons. 341. n. 17. & seqq. Surd. cons. 235. n. 9. Cancer. 3. variar. cap. 4. n. 217. & quale quale illud sit, via ordinaria oblato libello discutendum est, juxta Ord. lib. 3. tit. 30. quare ab appellata sententia non recedo. Ulyssipone 25. Novembris 1646.

Leitaõ.

No Feito de Dom Fernando Neto da Sylva, contra os herdeiros de Manoel de Miranda Henriques, e os Procuradores da Coroa, e Fazenda, Escrivaõ Luiz. Gomes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordaõ em Rellaçaõ, &c. Vistos estes autos petição da Condeça D. Maria Magdalena viuva de D. Luiz Neto Conde que foy de Alva de Jettes no Reyno de Castella, como tutora de seu filho Dom Fernando, artigos das pazes, certidaõ dos livros da reprefalia, e mais documentos juntos. Mostra se ser filho o dito Dom Luiz, de Dom Feliz Neto da Sylva, por este, sendo Castelhana, casar na Cidade da Guarda com Dona Adriana, filha de Simaõ da Gamma, e Dona Pbelippa de Vasconcellos, que forão senhores, e possuidores dos morgados dos Pinnaes, e Ar-

Na cuselo

cuselo instituidos por Ruy de Pinna, e Luiz de Abreu. Mostra se ausentarse o dito Dom Feliz Neto da Sylva, com sua familia para o Reyno de Castella, donde era natural antes da acclamação do Senhor Rey Dom João o IV. de gloriosa memoria, e depois della entrarem na represalia todos os bens livres, e dos ditos morgados, que durante as guerras se concedeo a administração do morgado dos Pinna, a Manoel de Miranda Henriques, e do Arcuselo a Antonio Carvalho. Mostra se falecer o dito Dom Luiz Feliz, e deixar seu filho Dom Fernando, neto do dito Dom Feliz; e Dona Adriana que foraõ possuidores dos bens dos ditos morgados, e mais bens livres que foraõ de sua mãy, e sogra Dona Phelippa de Vasconcellos; e pelo capitulado nos artigos das pazes lhe serem julgados os bens do morgado de Arcuselo, e os livres de sua bisavõ Dona Phelippa, e que na mesma forma se devia restituir os bens livres, e do morgado dos Pinna que retinha Manoel de Miranda por administração com os fructos do tempo da paz, levantada a represalia. Mostra se em bargar Manoel de Miranda a petição do supplicante com a materia dos artigos fol. 7. e seu acrescentamento fol. 144. que foraõ recebidos, e contrariados, em que allega o embargante, que o supplicante Dom Fernando, e seu pay, e avo Dona Adriana, perderão o direito da successão do morgado por viverem fóra do Reyno de Portugal, no de Castella ha 50. annos, tendo a instituição clausula expressa, que perderião os heiros a successão, que vivssem fóra deste Reyno, não vindo em tempo limitado depois de requeridos, ou no termo de dez annos absentandose por causa urgente, e se devolveria ao parente que fosse morador com domicilio perpetuo no Rey-

no, e que sendo elle natural, e morador nelle, e parente mais chegado descendente dos instituidores se lhe devolveo a successão do morgado pela contravenção referida, e assim que não tinha o supplicante direito para pedir a restituição dos bens, e levantamento da represalia, que somente compete às pessoas a que as cousas podião pertencer sem intervenção da guerra. O que tudo visto, e examinado, e o mais dos autos, e como pela clausula da instituição do morgado se ache estabelecido, que os herdeiros delle não vivirão fóra deste Reyno, e vivendo voluntariamente serião notificados para dentro em certo tempo tornarem para o Reyno, e não o fazendo em termo limitado, ou de dez annos, sendo a ausencia por causa urgente perderião o direito da successão, e se devolveria ao parente, que pelas condições da instituição diretamente pertencesse. Nestes termos não fica assistindo direito ao supplicante Dom Fernando para pedir a restituição dos bens do morgado, e levantamento da represalia, por elle, e seu pay Dom Luiz, e sua avo Dona Adriana, perderem a successão por contravirem a clausula referida da instituição em não virem para este Reyno, vivendo no de Castella com perpetuo domicilio, para onde foraõ antes da feliz acclamação do Senhor Rey Dom João o IV. sendo citados para que viessem para o Reyno tanto pelo edito geral do dito senhor, como pelos editos fol. 429. passados á instancia do pay do embargante, e quando não foraõ citados bastava para os interpelar o tempo de dez annos da clausula da instituição, que com mayor razão se deve praticar na ausencia voluntaria, e não obsta o allegarse, que o encargo de viver no Reyno, e outros semelhantes são postos por via de modo, e não de condição

dição ; e aſſim que não impedem o entrar na ſucceſſão , e depois della devem ter ſeu comprimento , e lugar a interpelação , e eſpaço de dez annos da dita clauſula ; por quanto ainda que aſſim ſeja conforme a melhor opinião , contudo não tem lugar quando da vontade do inſtituidor conſta o contrario , como no caſo presente , porque os inſtituidores não puzeraõ eſte encargo aos poſſuidorẽs ſõmente , mas tambem a todas a quem ſe deferiſſe a ſucceſſão , ainda antes da poſſe , por uſarem na clauſula fol. 255. da palavra , herdeiro , e não poſſuidor , tanto na condição , como no caſo da contravenção , que comprehende hum , e outro caſo. E como outroſſim pela meſma clauſula chamem os inſtituidores conditionalmente no caſo da contravenção o herdeiro parente que morar no Reyno , e nelle tiver ſeu domicilio perpetuo , ſe mostra que os fundadores quizerãõ que a ſucceſſão ſe deferiſſe ao que eſtiueſſe no Reyno , excluindo o abſente , e conſtando que o ſupplicante , e ſeu pay foraõ ſempre moradores no Reyno de Caſtella , e nelle perpetuos domiciliarios por origem , e aſſim de nação Caſtelhanos , he ſem duvida que a eſtes taes quizerãõ excluir os fundadores , e com mais forte razão , porque celebrando ſe as pazes a 21. annos , e neſſe tempo pedindo o ſupplicante reſtituição dos bens deſte morgado , não veyo viver peſſoalmente a eſte Reyno , e ſendo provavel que nunca virã reſidir nelle , por ſer Conde no de Caſtella , de que não ha de ter as preeminencias neſte , e nem (ſuppoſta a clauſula referida) podia o ſupplicante pedir por procurador reſtituição , e poſſe de hum morgado , cujo poſſuidor de neceſſidade ha de ſer morador no Reyno ; aſſim como pela meſma razão ſe não podem pedir os bens da Coroa ; como ſe tem reſolu-

Pars III.

to por decreto do dito ſenhor. E ſendo tudo contrario a dita clauſula da inſtituição por ella meſma ſe devolveo a ſucceſſão ao embargante ; e ſeu pay , que mostraõ ſerem deſcendentes dos inſtituidores , e parentes naturaes , e com perpetuo domicilio neſte Reyno , e aſſim o declaraõ , e que o embargante he a peſſoa a quem ſem intervenção da guerra podia pertencer ſegundo os artigos das pazes , e abſolvem aos Procuradores da Coroa , e Fazenda , e ao embargante , e mandaõ que a reſpeito delle ſe levante a reſepſalia , e ſe ponhaõ nos livros della as verbas neceſſarias. E quanto a herdade de Buſalfa , e as de Beja , e quinta do ſangrador viſto não ſe mostrar que ſejaõ do morgado dos Pinnaſ , e o ſupplicante ter provado o referido na ſua petição , e ſer he julgado o morgado de Arcuſello , e mais bens , condemnaõ aos Procuradores Reais , e ao embargante na reſtituição dos ditos bens , com os rendimentos do tempo da publicação das pazes , e mandaõ que ſe ponhaõ as verbas neceſſarias nos livros da reſepſalia , que haõ por levantada nos ditos bens , e paguem o ſupplicante , e embargante os autos igualmente. Lisboa 28. de Julho de 689. Doutor Freyre. Freytas. Mouzinho. Lacerda. Eſtivismos presentes Oliveyra. Mendonça.

Et circa conditionem habitandi in certa domo an purificetur ſi vocata ingrediatur in religionem.

No Feito de Manoel Peixoto , com a Abbadeça , e mais Religioſas de Santa Clara de Guimaraens , Eſcrivaõ Manoel de Goes Pinheiro , ſe deu a ſentença ſeguinte.

Acordaõ os do Deſembargo , &c. Aggravado he o aggravante pelos Deſembargadores da Reliação do Porto , revogaõ ſua ſentença viſtos os autos dos quais , e pelo teſtamento do Doutor Joaõ de Guimaraens ſe mostra,

que o legado dōs redditos de doze mil cruzados, que anexou ao morgado que instituiu, e deixou a sua mulher Dona Maria, foy debaixo da condiçāo de ella viver em companhia de suas irmāas para que todas vivessem com boa amisade, e que no caso que vivessem todos em sua casa, quera, e era contente, que tambem a dita sua mulher lucrasse o dito legado, querendo recolher-se por Religiosa em algum Convento com as ditas suas irmāas, ou alguma dellas repetindo muitas vezes estas, e outras condiçoens semelhantes, no dito testamento, e mostrando por muitas clausulas delle, que esta era sōmente a sua vontade, e que em outra fōrma nāo conseguisse a dita sua mulher este legado, fazendo-o, e declarando-o sempre condicional, ao que a dita Dona Maria faltou, pois recolhendo-se, e sendo Religiosa, nāo foy com as cunhadas, ou com alguma dellas, nāo enchendo a condiçāo, que o testador seu marido lhe poz, que especialmente se declarava na companhia das irmāas do testador, ou fōra, ou dentro do Convento sem que obste a allegaçāo que se faz por parte da A. que as ditas suas cunhadas ja por maiores na idade, quizerāo ficar no seculo, e nāo serem Religiosas com ella, porque nem com isto, caso, que se provaria, se enchia a condiçāo, e vontade do testador, mas era necessario: que este impedimento da parte dellas fosse directamente ordenado a impedir o dito implemento da condiçāo, e como o dito testador expresamente dispoz, em que em qualquer caso, e em qualquer estado, que a legataria, nāo estivesse em companhia de suas irmāas, nāo tivesse o emolumento do legado, com que se mostra que todo o gravame, e todo o encargo, e condiçāo consistia na companhia das irmāas do tes-

tador, a que a dita legataria faltou: por tanto absolvem ao R. do pedido, e condemnaō a A. nas custas dos autos. Lisboa 8. de Janeyro de 689.

Magalhaes. Mendonça. Albuquerque.

Hac sententia fundata fuit in deliberationibus seqq.

Verba sunt signa, & testimonium mentis nostrae, & animi voluntatem 7. ostendunt, L. labeo 7. §. Tubero ff. de supell. legat. L. 1. §. Divus ff. ad L. Jul. de Sicar. cum similib. Menoch. cons. 1. n. 262. Alvarad. de conject. ment. defunct. lib. 1. cap. 1.

Visa autem tota serie testamenti Joannis à fol. 9. per geminata, & multiplicata verba, liquet, mentem, voluntatem ipsius fuisse, quod Maria quondam uxor sua, & nunc monialis in cænobio Aetricium, commorasse, et stitisse cum tribus fororibus ejusdem testatoris tam in saeculo, quam in cænobio, si forte in illud intrasset, & solum casu quo eis stare voluisset, ei & dictis fororibus legatum redditus pecuniae cōtentionis reliquit.

Nam ut patet fol. 5. postquam dixit, scripturam in quam ei promiserat 16U. aureos esse revocabilem, ex fundamentis, quae ibi deduxit, addidit, quod volente Maria stare cum dictis tribus fororibus omnibus traderetur praefata pecunia, & redditus illius ut junctae in fraternitate viverent, quod idem valet, ac si diceret, ut cunctae ex dictis redditibus se alerent.

Secundo considerans testator, quod dictae sorores suae tanquam seniores poterant, prius evita migrare, quam Maria, quae junior, & minor 25. annorum erat (ut ostendam) declaravit, quod in eo casu in quo ita viverent omnes, scilicet junctae, & praefatae sorores prius decesserit, volebat, & erat contentus, quod dum praefata Maria non nuberet, nec alterum statum, nisi monialis assumeret,

meret, dicta pecunia, & redditibus illius fungeretur. Et ita solum in hoc casu, quando consideravit sorores jam defunctas, permisit testator dictæ Mariæ statum Religiosæ eligere sine dictis sororibus, cum quibus jam habitare non valebat, quia defunctæ erant, ut totum patet dicto fol. 9.

Tertio declaravit testator dict. fol. 9. ut idem quod disposuerat, in eo casu, quo Maria & sorores junctæ viverent in domo earum, militasset quoque in casu, quo dicta Maria voluisset esse monialis & se conferre in aliquod cænobium, cum dictis sororibus, aut aliquibus earum.

Et ita in hoc casu, quo vivas supponebat sorores, non permisit Mariæ, statum Religiosæ, nisi cum omnibus sororibus, vel aliquibus ipsarum. Forsan, meo iudicio, quia cum primo casu, voluisse, quod stantibus in sæculo semper cum eis habitasset dicta Maria, & considerans quoque, quod dictæ sorores vel aliquæ earum tanquam personæ virtutis poterant eligere statum Religionis, & intransibus omnibus, poterat Maria manere in sæculo, vel intransibus tantum aliquibus earum, valebat dubitari, an Maria mansura fuisset cum sorore remanente in sæculo, vel intratura cum duabus Religionem intransibus, & videretur semper mansuram in sæculo cum sorore in eo remanente propter primam dispositionem suam, tunc in hoc casu reliquit voluntati ipsius Mariæ, ut sorores Religionem intrantes sequi posset; non tamen eam ad illas sequendas adstrinxit, ut patet ex verbis dicto fol. 9. ibi: *Queira ser Religiosa.*

Quarto post dispositionem supra factam idem testator ut magis voluntatem suam explicaret; dixit, quod in eo casu, quo dicta Maria noluit

se vivere cum præfatis suis sororibus, nec esse religiosa in forma retro relata (id est cum omnibus sororibus, vel aliquibus earum) & voluisset excire de societate sororum; tunc volebat, quod sui hæredes uterentur iure sibi testatori competenti ad annullandam scripturam donationis, quam illico revocabat, ex eo quod fuerat facta causa mortis.

Ex qua serie evidenter colligitur, totam mentem testatoris fuisse, quod Maria semper habitasset cum sororibus suis, tam in sæculo, quam in cænobio; & nunquam ei promississet statum Religionis soli, sine sororibus, nisi eo casu, quo omnes sorores jam mortuæ fuissent, in quo erat impossibile Mariam cum eis commorari, vel Religionem ingredi cum ipsis vel aliquibus earum.

Nec dicas illa verba dicto fol. 9. ibi: *Nem ser Religiosa na forma atras referida;* posse referri ad primum casum, in quo testator permisit Mariæ esse Religiosam sine sororibus quia jam defunctæ erant. Quippe hoc sustineri non potest, tum quia relatio regulariter fit ad proxima, tam quia apertè constat testatorem se retulisse ad casum, quo permisit Mariæ intrare cum sororibus, ut patet dicto fol. 5. in verbis ibi: *E queira sabirse de sua companhia,* ex quibus luculenter colligitur, loquutum testatorem de statu Religionis, tempore, quo sorores vivæ erant, in quo Maria absque omnibus sororibus vel aliquibus earum Religionem ingredi non valebat.

Quinto declaratur ulterius mens, & voluntas testatoris circa, quo habitationem Mariæ cum sororibus ex alia dispositione fol. 10. in principio in verbis ibi: *E o mesmo seja no caso, que a dita sua mulher senão caze, e porém não queira estar, e viver com as irmãs delle testador.* Ex quibus

bus certo certius apparet, mentem testatoris fuisse, quod Maria stetit cum sororibus, tam in sæculo, quam in Religione, & nunquam testatorem ei permississe solam Religionem ingredi, nisi eo casu, quod sorores jam defunctæ essent, quia tunc, impossibile erat cum eis, vel aliquibus earum, Religionem intrare.

Supposita ergo dispositione, & mente testatoris, quæ fuit, quod Maria staret cum sororibus, & non stante, non reliquit ei legatum. Videamus, an Maria implevit conditionem, ut legatum sibi & suo cænobio dum ipsa vixerit debeatur. Et aperte constat, quod non implevit, quia Religionem ingressa fuit, viventibus, & manentibus in sæculo tribus sororibus testatoris, quas deseruit, & cum nulla illarum, ingressa fuerit, nec steterit in sæculo cum eis prout tenebatur; nullam harum conditionum implevit, quæ conditiones alternativæ de stando in sæculo cum sororibus, vel intrando Religionem cum eis vel aliquibus earum, cum sint voluntariæ in forma specifica ad impleri debebant *L. Mævius ff. condit. & demonstr. Surd. conf. 245. n. 46. & conf. 186. n. 28.* conditio enim inducit formam, à qua non licet recedere, dicta *L. Mævius DD. in L. 1. ff. de liber. & posth. Reinos. obs. 44. n. 9.*

Et deficiente conditione, non solum defecit conditionalis actus, sed habetur ac si non factus fuisset *L. si pecuniam quam ff. si cert. petat. L. filius familias §. cum quis ff. delegat. 1. Surd. de aliment. tit. 9. q. 4. n. 23. Flamin. de resign. tit. 1. lib. 1. §. 3. n. 27.* Qui enim recusat conditioni parere, creditur ex ea causa sibi delatum repudiare voluisse *Bald. in L. 1. n. 2. Cod. de pact. exornat Joseph. Ramon. conf. 95. n. 18.*

Nec obstant, quæ AA. objiciunt;

nempe, sorores noluisse cum Maria ingredi Religionem, ac per consequens non stitisse, quominus ipsæ sorores cum ea non intrassent, & ita cōditionem deberi habere pro impleta. Quia responderetur, hoc posse procedere, si testator Mariam constringeret, quod cum sororibus Religionem intrasset, sed cum eam non coegisset ad Religionem intrandam, immo potius ad cum sororibus habitandam, nolentibus sororibus ingredi, debebat cum eis stare in sæculo; quia mens & dispositio testatoris ea fuit, quod semper cum sororibus stitisset, & cum esset in potestate, & manu Mariæ hoc facere, & non fecisset, conditionem non implevit, & per ipsammet solam stetit eam non adimplere.

Secundo non obstat, quod etiam dicunt AA. mentem testatoris fuisse, quod Maria non nuberet, & hoc eam implevisse, ad statum monialis ascendens; & quod conditio per æquipollens ad impleri potest. Responderetur enim testatorem, non solum prohibuisse Mariæ secundas nuptias, sed etiam voluisse, ut cum sororibus dum viverent habitasset; Unde cum huic conditioni non pareret ab eis recedens, defecit conditio, quippe dispositio facta sub pluribus conditionibus, non sufficit, unam, vel plures ad impleri, nisi omnes verificentur. *L. si heredi plures 5. & 6. Bart. ff. de condit. & demonstr. Ciriac. forens. contr. 50. n. 47.*

Deinde responderetur quod licet Mariæ conditiones impleri valeant, per æquipollens, attamen conditiones voluntariæ ad semper impleri debent in forma specifica, ut est vulgare, & tradunt DD. relati à *Valasc. in loc. communi. liter. C. n. 105. & 106.*

Et licet aliquando valeant conditiones voluntariæ ad impleri per æqui

æqui pollens; attamen hoc non habet locum, quando impleri poſſunt informa ſpecifica, & in caſu expreſſo, ut cum *Emmanueli à Coſt. & aliis tradit Menoch. lib. 4. præſumpt. 185. n. 13.* et cum Maria poſſet ſtare cum ſororibus teſtatoris, et ita implere conditionem in caſu expreſſo, et forma ſpecifica non poteſt dici per æquipollens hanc conditionem impleviſſe; nec ego video ubi eſt equi pollens, per quod adimplevit obligationem et conditionem ſtandi cum ſororibus teſtatoris.

11 Tandem non obſtat *L. Titio centum §. Titio centum ff. de condit. & demonſt.* per quem inducitur, quod ſtare in certo loco eſt ſpecies ſervitutis, et ita non valuiſſe illam conditionem habitandi cum ſororibus. Quippe reſpondetur, dictum *§. Titio* procedere, quando conditio non eſt adjecta in alicujus favorem, et nullius inreſt, ut cum multis tenet *Cancer. varir. tom. 3. n. 6. Lara de Capellan. L. 2. cap. 8. n. 67. Garc. de nobilit. glos. 6. n. 21. §. præterea in fin. optime Mier. de maiorat. p. 1. q. 57. n. 10. omnino videndus præcipue n. 17.*

In præſenti autem, illa conditio fuit adjecta favore tam ſororum, quam ipſius met teſtatoris, & ita præſumi debet. Nam cum Maria legataria eſſet valde juvenis (ut probatur ex ſcriptura ſol. 15. ubi habuit curatorem, tribus annis poſt teſtatoris obitum) & ſorores eſſent vetulæ, ut probatur ex inquisitione R. & ita dictæ ſorores indegiſſent opera, et industria Mariæ tanquam junioris ad regimen, et gubernationem domus ac victus quodianni, præſumendum eſt, teſtatorum talem conditionem commorandi cum ſororibus, earum favore appoſuiſſe, ut optime deducit

Menoch. lib. 4. præſumpt. 123. n. 15.

Deinde cencetur appoſita dicta conditio favore teſtatoris; quia ex eo quod Maria eſſet valde juvenis, et ſine ſocietate dictarum ſororum poterat facile decipi ad ſecundas nuptias contrahendas contra voluntatem ipſius teſtatoris; et cum ipſe adeo enixè ſecundas nuptias prohibebat, ut jam eas prohibuerat in ſcriptura dotali, ut idem teſtatur in teſtamento; voluit, quod dicta Maria cum ſororibus habitaret, tam in ſeculo quam in religione, ut eam in ſeculo, et in religione ſaltem anno novitiatus à ſecundis nuptiis arcerent.

Nec dicas, quod idem teſtator, quando conſideravit uxorem Mariam in viduitate poſt obitum ſororum, illam non adſtrinxit ad religionem intrandam, imo permisit in ſeculo manere ſine ſororibus, ſi ipſa ita voluiſſet. Quoniam reſpondetur, quod cum ſorores teſtatoris eſſent tres, præſumi poteſt, conſideraſſe teſtatorum poſt obitum omnium jam Mariam non futuram adeo juvenem, ut facile decipi poſſet, ſed jam per maiorem ætatem prudentiorem futuram, ut ſe decipi non ſineret; quod non erat itidem, quando teſtamentum fecit, quia tunc temporis erat Maria (ut dictum eſt) junior, et minor 25. annorum, et ita indigebat ſororibus virtuoſis tanquam ipſius curatricibus ſeu curatoribus. Et hic 12 applicari poſſunt illa proloquia, dirige tempore et noſces jura, et quod ubi datur diverſa ratio, diverſum jus ſtatuendum eſt *L. inter ſtipulantem §. ſacram. ff. de verbor. obligat. L. ſi ſervus ff. de ſtatulib. Surd. conf. 67. n. 19.*

Ulterius advertendum eſt, in dict. *§. Titio centum o 2.* fuiſſe deciſum ſuper cohabitione legatarij circa monumentum,

numentum, & in civitate in qua ipsum erat, quæ nunquam moritura, nec finienda erant, & ita dabatur vera & realis, & perpetua species servitutis. In nostro autem casu, sorores cum quibus habitatura erat Maria, seniores illa erant, & juxta ordinem naturæ, præsumitur, quod senior prius decederet, & hoc tanquam verosimile etiam præsumitur, testatorem cogitasse, ut eleganter tradit *Menoch. conf. 399. n. 12. & 13.* & facto cogitavit noster testator fol. 9. ex quo non dabatur adeo rigorosa, & perpetua species servitutis prout in casu dicti §. *Titio centum.*

Denique pro hac resolutione stat *Bart. in L. qui concubinam 29. al. L. qui quatuor, §. uxori n. 3. in fin. ff. delegat. 2.* ubi respondendo argumento dicti §. *Titio centum*, profert verba sequentia. *Respondeo, quod si aliquis obligetur ad demorandum in certo loco, est species servitutis ut ibi sed quando hoc venit in conditione, quod habeat tantum, si in tali loco moretur, tunc non est prohibitum ut hic.*

Et viso testamento, testator, non obligavit Mariam ad morandum cum fororibus, immo potius hoc solum posuit in conditione si ipsa voluisset morari, ut patet fol. 9. in principio ibi: *Que querendo a dita Dona Maria viver*; & inferius ibi: *Em caso, que a dita Dona Maria queira*; & in fine ibi: *Sendo caso, que a dita Dona Maria não queira viver com as ditas irmãs.* Unde juxta doctrinam *Bartoli*, quam amplexa fuit *Practica Ferraræ* relata à *Cancerio tom. 3. var. cap. 7. n. 3.* valida cenceri debet ista conditio, ad quod conducit illa elegans exclamatio & doctrina *Mires de maiorat. dict. q. 57. n. 17.* omnino videnda, ex qua colligitur potuisse nostrum testatorem

habere alios fines ad conditionem commorandi in certo loco apponendam, & ibi allegat etiam doctrinam practicæ *Ferraræ.*

Et ad hoc pertinet, quod in conditionibus attenditur, solum merum factum, & non contemplatio *L. qui heredi 44. in princip. L. Mævius 55. ubi notat Bart. ff. condit. & demonstr. Civiac. forens. contr. 50. n. 9.* & conditionibus inspicitur sola voluntas, nec alia ratio, nisi voluntatis redditur, ut in specie *L. quedam 27. ff. de cond. & demonstr.* quales sunt illæ conditiones, si in capitulum ascenderit, *L. hæc conditio 29. ff. eod. tit. si servo dederit*, & similes dicti *L. qui herede dict. L. Mævius eod. tit.* voluntas enim testatoris regit conditiones, atque ita ea attenditur *D. Franciscus Amaya obs. per lib. 2. cap. 6. n. 30.*

Ultimò pro coronide, ex approbatione testamenti fol. 13. in fin. liquet, ipsum scriptum fuisse per insignem perceptorem meum *D. Marçalem Cazado Jacome* omni ævo memorandum, & ita quis recte dicere poterit tantum Magistrum testatori amico & forsan consanguineo dispositionem illusoriam, et annullandam consuluisse, vel illum ab ea faciendam non amovisse? ex quibus omnibus, et aliis à docto *R. patrono* late ponderatis, Reo supplicanti provisionem tribuerem, et sententiam Senatorum Portuensis Senatibus revocarem. *Ulyssipone 4. Decembris 1688.*

Mendoça.

Vulgare est in jure principium, 13 quod relictum sub conditione, ea deficiente corrumpitur relictum *Tiraquel. in L. si unquam verbo revertatur n. 277. Valasc. conf. 82. n. 11. & conf. 122. n. 19.* etiam est indubitabile, quod relictum sub conditione habitandi ad hoc ut percipiatur,

13
cipiatur, neceſſario requiritur im-
plementum conditionis, præcipue
ſi è contrario ad emptum reperiatur
Portugal. de donat. reg. tom. 1. lib.
1. prælu. 2. §. 2. n. 112. Perigr. de
fideicom. art. 16. à n. 145. Quibus
ita propoſitis reſtat indagare, an li-
cet in præſentiarum implementum
conditionis fuiſſet ſubſequutum,
nam huius dubitationis decifio to-
ta pendet ex diſpoſitione teſtato-
ris, & ut ejus veritas melius dig-
noſcatur, breviter oſtendam, quod
neque ex diſpoſitionis verbis, ne-
que ex mente teſtatoris conditio
fuit adimpleta, non ex verbis diſ-
poſitionis, ſiquidem verba clare de-
monſtrant legatum fuiſſe relictum
uxori, ſi cum teſtatoris ſororibus
commoraretur, quod quidem patet
ex repetitis, & geminatis clauſulis
14 ipſiusmet teſtatoris, jam rellatis, &
cum verba ſint proprie inteligenda
ex text. in *L. 1. §. hæc verba ff. de*
negot. geſt. L. Prætor. ff. de ſuis, &
legit. hæredib. Cald. de nominat. q. 8.
n. 1. recte fit conſequens ex contex-
tura verborum uxorem conditioni
non obtemperaffe, ſiquidem conſtat,
quod cum ſororibus non com-
moravit.

15
Ex cluſula ſic uxore ex verbis
teſtatoris, utique etiam venit ex-
cludenda ex ipſius voluntate inter-
petrata, nam ſecundum juris prin-
cipia, voluntas teſtatoris, aut in-
terpetratur ex ratione ab eo assigna-
ta, aut ex clauſulis precedentibus,
aut ſub ſequentibus, *Gam. decif.*
206. n. 10. Molin. de primog. lib. 1.
cap. 5. à n. 1. cum ſeqq. Sed ſic eſt,
quod tam ratio, quam clauſulæ de-
monſtrant teſtatoris cauſam finalem
fuiſſe habitationem, ut ex teſtamen-
to apparet, ergo ex defectu ha-
bitationis corruere debet legatum
ex voluntate teſtatoris.

Quod autem teſtatoris cauſa fi-

Pars III.

nalis fuiſſet habitatio cum ſorori-
bus, et non alia evidenter oſtendi-
tur, ſiquidem ad hoc ut in monaſ-
terio poſſet percipere uxor legatum,
onus ei fuit adjunctum, quod cum
ſororibus Religionem ingrederetur,
patet ex verbis inſtitutionis, ergo
conditio potius reſpicit habitatio-
nem, quam clauſuram.

Eo vel maxime, quia verba con-
ſulti ſuperfluitatem non continent,
ut eſt vulgare, negari non poteſt,
quod teſtamentum à conſulto fuit
confectum, ad quid ergo neceſſaria
erant illa verba inſtitutionis ibi *em*
caſo, que a dita Dona Maria queira
ſer Religioſa, e recolherſe em hum Con-
vento com as ditas ſuas irmãas, ou al-
guma dellas, ſufficiebat enim illa pri-
ma clauſula ſcilicet, *queira ſer Re-*
ligioſa, ergo ne ſuperfluitas admit-
tatur, neceſſario dici debet cauſam
finalem, & impulſivam legati fuiſſe
habitationem.

Quod quidem omni dubitatione
caret viſis inſtitutionis ſubſequenti-
bus verbis, *e ſendo caſo, que a dita*
Dona Maria naõ queira viver com as
ditas irmãas delle teſtador, nem ſer
Religioſa na fórmula atraz referida,
&c. ex quibus deducitur volunta-
tem teſtatoris ſolum in habitatione
conſiſtere, ſiquidem ea deficiente ex-
tinctum remanſit legatum.

Neque dicas uxorem conditioni
paruiſſe, ſiquidem conſtat ex volun-
tate ſororum religionem fuiſſe in-
greſſam. Quia reſpondetur conditi-
onem habitandi non fuiſſe ſororibus
impoſitam, ſed immo potius uxori in-
junctam, & ad hoc ut haberetur pro
implecta talis conditio, neceſſario
conſtare debebat, per eam non ſtitif-
ſe, quominus conditio impleretur
ut eſt vulgare, & cum acta de hoc
nos non edoceant, merito dici debet
uxorem conditioni non obtempe-
raſſe.

Oo

Et

Et maiori cum ratione attento eo quod in præsentiarum agitur de quadam conditione voluntaria, quæ quidem juxta regulas juris in forma specifica debet ad impleri, & non sufficit quod per æquipollens, ex his, quæ *Portugal de donat. reg. lib. 1. prælud. 2. §. 2. n. 59. cum seqq. Mant. de tacit. n. 14. tit. 43. n. 6. Cassanat. conf. 4. n. 46. cum seqq.* ac ita cum conditio in forma specifica non reperiatur impleta merito corruere debet relictum, ex quibus junctis aliis crudite congestis à præcedenti amantissimo Domino Inferioris aulae sententiam revocarem. Ulyssipone 22. Decembris 1688.

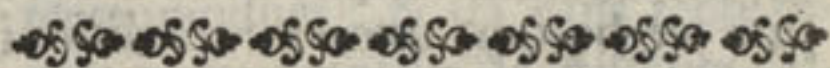
Albuquerque.

- 16 Tria sunt inanima, quæ inter se conjunguntur, intellectus scilicet ratio, & voluntas *Mantic. de conjectur. ultim. vol. lib. 1. tit. 3. n. 1.* intellectus illuminat, ratio determinat, voluntas autem acceptat, sive consentit *Bald. in conf. de schismate §. sed in contrarium n. 8.* Omnia verificantur in dispositione Doctoris Joannis de Guimaraens; verificatur intellectus in modo, & forma disponendi, animum, & mentem adhibendo ad utilitatem, & convenientiam prædilectæ uxoris: verificatur ratio, quia nulla maior potest considerari, quam uxorem relinquere in societate sororum sive in sæculo, sive in monasterio: verificatur de nique voluntas, toties in ultimo elogio repetita, quæ ad unguem debet observari, ut caput, & regina dispositionum, quæ conditiones appositas per testatores regit, quasi ea præcipue sit attendenda *L. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonstr. L. hæredes mei 57. §. & ita ff. ad Trebel. L. pater severinam 102. ff. condit. & demonstr.* Voluntas namque affectio animi est applicata & deliberata ad illud, quod placet *Bald.*

in L. potuit q. 7. & in L. quidam col. 5. cod. de jur. de lib. Simon de Præc. de interpret. ult. vol. lib. 2. fol. 2. n. 1.

Legatum, de quo agitur esse conditionale non dubitant gravissimi Patres, nec, etiam ego dubito ex rationibus ab illis diligenter examinatis, & ex repetitis testatoris verbis; & cum conditiones debeant in forma specifica adimpleri juxta axioma juris per textum in *L. Mævius 54. ff. cond. & demonstr.* & qui non servat conditiones institutionum illarum emolumento privetur *L. si quis §. prætor ait vers. nisi aliquid ff. de relig. & sumpt. fun. Auth. hoc amplius cod. de fidejuss.* etenim testatoris odiosus efficitur, qui spernit ejus præceptum honestum *Alex. conf. 130. col. ult. vol. 1. Paul. de Castr. conf. 197. in fin. vol. 1. Roland. à Valle conf. 70. n. 70. vol. 3.* nihil magis addendum restat, nisi placitis proximorum Dominorum ad hæerere. Ulyssipone 30. Decembr. de 688.

Magalhaens.



C A P. XXXV.

De exclusionē successoris maioratus, & inclusionē consanguinei, aut filij, ex dissipationis maioratus causa, & quis succedat; & quomodo excludi, vel includi debeat, futurus aut immediatus maioratus successor, & quando privandus veniat, possessor, & excludendus ex juris dispositione, vel ex contraventione præcepti Institutoris; & ad quem fructus in hoc casu pertineant?

SUM-

SUMMARIUM.

Pater si male, & fraudulentè dissipaverit bona ad ventitia, & fideicommissum, tenetur restituere. num. 1. & 2.

Cautio inter patrem, & filium admittitur n. 3. Contrarium. n. 4.

Modica dissipatio ad privationem administrationis non sufficit n. 5.

Administratio bonorum ad maioratum attinentium, interdici non potest sine solemnè decreto. n. 6.

Pater, qui tam quam legitimus administrator, habet usumfructum in bonis adventiis filij, vel possidet fideicommissum, aut maioratum, ad quem post ejus mortem filius vocatur aut etiam transversales, aut alius consanguineus ultimi possessoris, si male & fraudulentè, vel dolose, dissipaverit bona adventitia, vel fideicommissi aut maioratus in evidentem successoris jacturam, privatur ex dispositione legis aut institutoris administratione bonorum, & ipsa restituere tenetur ante mortem, & adventum conditionis, filio suo, vel successoris in maioratu, ut est text. expressus in *L. Imperator 50. ff. ad Trebel. & per hæc verba ex Pinel. Roderic. Fusar. Surd. Peregr. Barb. Costa Paciari Mier. Azeved. Ascan. Burs. Cassan. Castr. Molin. Castil. Gut. Molin. resolvit Saſgad. in labyrinth. Cred. p. 4. cap. 15. n. 1. ubi n. 2. asserit procedere etiam si, possessor offerat cautionem, & fidejussionem, de bene administrandis bonis maioratus aut fideicommissi ex *Pascal Escobar Boer. Geurb. ad stat. Senat. Messan. p. 1. cap. 7. num. 17. n. 4. & gloss. 3. n. 33. & idem Saſgad. n. 3. & seqq.* agit an facta restitutione bonorum maioratus ob dissipationem teneatur successor ex fructibus bonorum satisfacere creditoribus, qui*

Pars III.

fructus habebant hypothecæ subiectos, & num. 3. & seqq. resolvit negative; & quod fructus pertinent libere ad successorem & ibi multos refert, & ad contraria respondet, & ita resolvit, & resolutum fuit in causa sequenti, ubi ex illis reservata fuerunt alimenta antecessori, ea forma de qua in casu sequenti viso post hæc scripta.

No Feito de Dona Isidora Maria Marreyros, contra Gaspar Marreyros, Escrivaõ Antonio de Aguiar Villalobos, se deu a sentença seguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ he bem julgado pelo Juiz do Civel em absolver o R. do pedido pela A. sua filha, e de mandar naõ seja privado da administraçaõ dos bens do morgado de que se trata, revogando sua sentença, vistos os autos, e como delles se mostre ser o Reo seu pay incapaz de governar seus bens, e ser dissipador, e prodigo de sua fazenda. O julgaõ por tal, e o privaõ da admenistraçaõ do morgado; e mandaõ succeda nella o immediato successor com obrigaçaõ de o alimentar dos rendimentos delle pelo modo mais possivel, e honesto que poder ser, e condemnaõ ao R. nas custas dos autos. Lisboa 30. de Agosto 680.

Andrade Rua. Menteyro. Lopes. Oliveyra.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Secundum dispositionem *text. celeberrimi in L. Imperator 50. ff. ad Trebel.* pater filio existenti in potestate cogitur fideicommissum restituere etiam ante diem cedentem, si bona ejusdem fideicommissi dissipare deprehendatur, cuius textus dispositionem ad maioratus possessorem ejus bona delapidantem communiter extendunt omnes Hispani

authores & alij quos in discursu referre oportet, cum de quæstionibus agamus, quarum resolutiones huic negotio precise sunt accomodandæ, quamvis advocati eas de more solito prætermisissent, ne dicam ignorassent.

In primis autem dispicere necesse est, num ejusdem textus dispositio sit jure noviori correctæ, sunt enim qui affirmant ex eo quia in eo fundatur, quia cum inter patrem & filium cautio de conservando fideicomisso interponi non possit, ut ait textus ipse ibi: *Nam quia cautiones interponi non poterant conservata patria potestate*; hodie autem cautiones inter patrem & filium admittantur *L. jubemus §. in suprædictis secundum communem intellectum Cod. ad Trebel. auth. unde si parens ubi communiter scribentes Cod. de in officios. testam.* videtur dicendum quod post hac sufficiat cautio, quo tamen argumento non obstante communis sententia est in contrarium, ut optime probat *Molin. de primog. lib. 1. cap. 16. ex n. 2. ad 12.* qui eleganter satisfacit argumento quod ex supra positis legis verbis deducitur quem sequitur *Castilb. de alim. cap. 43. ex n. 36.* ubi alios congerit quæ sane opinio in hoc casu necessario sequenda videtur quoniam ex actis notum videtur Reum inopem & perditissimum hominem cautionem præstare non posse.

Secundum dispiciendum est, utrum ex dissipatione bonorum maioratus possessor non solum administratione, sed etiam fructibus & redditibus maioratus sit privandus, & quidem non obstante contraria sententia secure tenendum est penitus privandum & administratione & fructibus, dummodo ei alimenta reserventur, seu aperte probat text. *qui Cavillan non potest in*

d. L. Imperator, & probat egregie Molin. d. cap. 16. n. 26. & 27. ubi optime Baldum Carpit contrarium immerito tenentem; quidquid controversum sit circa ulum fructum quem pater habet in bonis adventitiis filij apud *Geurb. ad consuetud. Messan. cap. 7. gloss. 9. n. 15. & 16.*

Titio dispicere oportet an hæc conclusio procedat non solum si dissipatio dolo possessoris, sed etiam si culpa tantum aut negligentia obveniat, quæ disquisitio ad hujus jurgij decitionem magnopere juvat, quippe aperte constat Reum quidem non dolum aut fraudulentum, sed pigrum ac desidem gerere administratorem, & licet non solam sufficere culpam se opus esse dolo videatur innuere text. ipse in *d. L. Imperator. in illis verbis ibi multa infraudem fideicomissi fieri probarentur, & iterum ibi ideo damnum conditionis propter fraudem inflixit.* attamen communis sententia in contrariam partem tendit, quin obstare videantur supra posita textus verba, quoniam intelligenda sunt non solum defraude, quæ ex machinatione dolosa procedat sed etiam defraude quæ re ipsa exculpabili, & mala administratione proveniat, seu cum multis ostendit *Molin. d. cap. 16. n. 12. & 13.* ubi ait quod hoc est verissimum, & sequuntur addentes ibi: *Mier. de maior. p. 4. q. 34. n. 16. Geurb. ad consuetud. Messan. cap. 7. gloss. 9. n. 21. Castilb. de alim. cap. 43. n. 31.*

Quarto dispiciamus num in nostro casu talis præbetur dissipatio, ut sufficiat ad privationem administrationis, supponendum quippe est, quod quæ libet modica dissipatio non sufficit, sed opus est notabilem, & magnam esse & quidem non in fructibus, sed in ipsa rerum maioratus proprietate, ut bene tradunt *Castilb.*

Caſtilb. d. cap. 43. ex n. 34. ubi late Molin. d. cap. 16. ex n. 18. ad 25. Giurb. ad conſuetud. Meſſan. d. gloſſ. 9. n. 20. cum autem certa regula tradi non poſſit id circo prudentis iudicis arbitrio hoc committunt præfati, & omnes alij authores, qui tamen declarant neceſſe eſſe quod pater plura diſſipaverit, ſeu unum adeo magnum, quod pluribus æquivalcat, melius autem declarat *Caſtilb.* illud tantum eſſe inſpiciendum an ipſa rerum ſubſtantia maioratus poſſeſſor ita utatur, ut earum extinctio vel notabilis deterioratio prudenter timeatur, magno que periculo maioratus ſubjiciatur.

Mihi autem ex facti probationibus ſufficienter videtur deſumi non ſolum notabilem diſſipationem, ſed præſertim juſtiſſimum maioris damni timorem, ommiſſis enim quæ pertinent ad fructum & reddituum maioratus profuſionem Reus qui ex iis non mediocriter tantum ſe alere poſſet, bona autem ipſa in ſuo ſtatu modicis ſuo tempore adhibitis impenſis conſervare, taliter tamen ſe habuit, ut in ſummam paupertatem inciderit, adeo ut domes quædam maioratus ita ruere, & in deteriorationem pervenire permiſſet, quod ſub modica penſione eas in emphyteuſim concedere coactus ſit adhibita ſupremi Principis facultate, quo eam conceſſit ex quadam veluti neceſſitate, ne penitus corruerent ex quo Reus eas nequaquam reparare, & reficere poterat, ſeu patet ex principali reſcripto fol. 65.

Patet etiam domos alias ex defectu impenſarum ruinam minari, adeo ut inquilini eas deſerere cogantur propter juſtum ejuſdem rei timorem, ipſum tamen Reum penitus incapacem eſſe eas reparandi, & reedificandi cum ob maximam inopiam, tum etiam ob ejus naturalem

in rei ſuæ adminiſtratione deſidiam, qua ſtante non immerito dubitari poteſt an non ſolum eadem adminiſtratione privandus, ſed etiam curator ei dari opperteret.

Declarandum tamen omnino cenſeo ei ex maioratus ipſius redditibus alimenta neceſſaria eſſe ſubminiſtranda, ut *text. in d. L. Imperator decidit*, & tradunt omnes ſuperius laudati præcipue *Caſtilb. d. cap. 43. n. 38.* atque ita ſententiam iudicis revocandam cenſeo. Ulyſſipone 10, Auguſti 1680.

Lopes de Oliveyra.

Non ex doctrina *text. in L. Imperator ff. ad Trebell.* Reum cum ſupradictis Patribus integerrimis, & doctiſſimis Reum ab adminiſtratione maioratus deſtituerem, cum ex actis non liquet eum dilapidatione dolosa Actricem, ſeu bona maioratus deterioraſſe, & in his terminis intelligendus eſt *Molin. lib. 1. cap. 16. n. 12. quem refert. Gabriel Pereir. dec. 44. n. 15.*

Et quamvis Reus, ut maioratus ſucceſſor teneretur ſervare omnes conditiones poſſibiles, mixtas, aut poſitivas ſive maioratus ſit inſtitutus inter vivos, ſive in ultima voluntate aliàs à maioratus ſucceſſione privatur *L. Mævius L. qui hæredi, & per totum ff. de condit. & demonſtrat. L. 1. & per tot. tit. ff. de condit. inſtit. & tanquam indubitatum tradit Molin. lib. 2. cap. 12. n. 34. & cap. 14. n. 16. & ſi non adimpleat, tranſiat maioratus ad proximiorum (ut per eundem) Molin. d. cap. 12. n. 18. & 32. qui n. 20. quod ipſo jure privaretur.*

Tamen Rei defectus in non ſervandis conditionibus maioratus impoſitis procedit a ſua prodigalitate, ob quam juridice deliberavere ſupradicti Domini, quod adminiſtratio bonorum ad maioratum attinentium

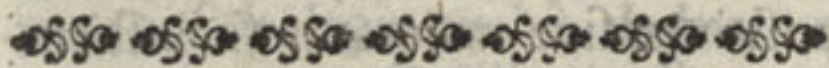
nentium ei interdicator, quæ ſine ſolemni decreto interdici non poterat, ut dicunt *Aretin. Jaf. & Ripa in L. is cui bonis n. 36. ff. de verb. & late noſter Cald. Luſitanus ad L. ſi curatorem verbo cum non abſimilis n. 5. Cod. de reſtit. in integr.*

Unde de hinc Reus adminiſtrationis honore privaretur, tanquam prodigus & bonis maioratus male utens, & ſuccedat in illius adminiſtratione immediatus ſucceſſor cum obligatione eum alimentandi. *Ulyſipone 28. Auguſti die 680.*

Andrade Rua.

Cum duobus ſapiententiſſimis, Prætoribus convenit Monteiro ſecundo in loco deliberans, in eodem met ſuffragando.

Et de apertura, ſeu reſtitutione maioratus aut fideicommiſſi etiam ante tempus & purificatam conditionem, ob alienationes & diſſipationes, & quid in præjudicium creditorum, & alimentorum, agit *Luca theatr. verit. & juſt. tom. 10. de fideicommiſſ. ad diſcuſſ. 170. ad multa & diſcuſſ. 171.*



C A P. XXXVI.

De excluſione, vel incluſione ſucceſſoris mayoratus, quando inſtitutor relinquit bonorum uſu fructum alicui, & poſt ejus mortem alium vocavit vinculo maioratus, & iſte vivo primo diem ultimum claudat extremum, an caducet diſpoſitio, & includatur incluſus hæres aut ſucceſſor, vel transmittatur ad hæredes, vel ſucceſ-

ſores, & gravatus remaneat cum bonis ſublato gravamine maioratus; vel apud uſu fructuarium debeant bona cum vinculo maioratus remanere; & iſte dicatur incluſus in ſucceſſione, vel ab ea judicetur excluſus?

S U M M A R I U M.

Actor tenetur probare, intentionis ſuæ, fundamentum. n. 2.

Fidei comiſſum, non tranſmittitur ad hæredes, ſi vivente hærede, fidei comiſſarius decedat. n. 3.

Ut jus ſeæ tranſmiſſum, prius requiritur, quod ſit delatum. n. 4.

Delatio enim, vivente hærede, fieri non poteſt. n. 5.

Suitas, & utilis patriæ potèſtatis effectus, per ingreſſum religionis, non amittuntur. n. 6.

Hæres non eſt, qui hæreditatem adire non poteſt. n. 8.

Verbum relinquo adjunctum univerſitati bonorum inſtitutionem inducit. n. 9.

Filius accipiens, ad quod ſibi, præter legitimam pater relinquit, gravamini conſentit. n. 10.

Non ſufficit tacitum, ſed expreſſum requiritur. n. 11.

Manachus quidquid acquirit, non ſibi ſed monaſterio. n. 12.

Fidei comiſſa non directis, & civilibus, verbis ſed præceriis relinquantur. n. 13.

Inſtitutus in uſu fructu dato ſubſtituto, vel cohærede, loco legatarii habetur. n. 14.

Licet quando teſtator inſtituit aliquem hæredem in uſu fructu omnium bonorum cum vinculo maioratus

maioratus donec vixerent & poſt ejus mortem nullus alius vocetur ſubſtitutus, nec vocatus, aut inclufus; iſte cenſeatur inſtitutus in tota hæreditate detracta uſufructus, & ſic rei certæ mentione; tenebitur tamen poſt mortem ſuam reſtituere venientibus abinteſtato quando ſine vinculo relicta fuerunt, & cum illo proximiori conſanguineo ordine ſucceſſivo; & ſi inſtitutus eſt in uſu fructu, & alius datur hæres inclufus poſt ejus mortem, ſi iſte vivo priori moriatur; non tranſmiſſit hæreditatem cum ſit vocatus conditionaliter, & poſt diem incertum, & ſic non potuit adire nec tranſmittere, & gravatus manet cum tota hæreditate, ſublato gravamine maioratus aut fideicomifſi ex *L. unica §. ſin autem aliquibus Cod. caduc. tollend. Caſtil. de uſufruct. cap. 8. n. 37. & ſeqq.* cum aliis reſolvit *Salgad. in Labirinth. credit 1. p. cap. 2. §. unic. n. 23. 24. & 25.*

Nihil ominus tamen in noſtra ſpecie, conttarium fuit iudicatum in cauſa Gregorio Gonçalves, com Manoel Fernandes anno 1680. & probatur ex quæ *Bicchio dec. Rot. 349. n. 10. Merlin. dec. 505. n. 1.* & in ſimili cauſa, licet abſque maioratus vinculo fuiſſet facta diſpoſitio iudicatum fuit in cauſa ſequenti.

No Feito de Appellação do Capitão Antonio de Carvalho de Vafconcellos, contra as Freiras de São Bernardo, Eſcrivão Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſequinte.

Vistos eſtes autos libello do A. que as RR. contrariarãõ; mais artigos recebidos, papeis juntos, prova dada por huma, e outra partẽ. Moſtraſe pela do A. que no teſtamento, com que faleſceo Audrẽ Afemaõ Teixeira, deixou o remanecente de ſeus bens

a ſua filha Leonor de Miranda Religioſa profeſſa no Convento de São Bernardo, declarando, que iſto ſõmente, era em ſua vida porque lho deixava o uſu fructu deſtas fazendas, e que por ſua morte ficaffeſſem ad Lecenceado Manoel Dias, como tudo ſe verifica do teſtamento junto. Moſtra ſe, que por morte do teſtador pay da ſobredita Religioſa ſe fizeram partilhas em virtude do teſtamento com que faleſceo, citadas as RR. e dando ſe curador, ſe ſeparaffe a legitima da dita Religioſa, e ſe fez tença da quarta, declarando ſe, que da legitima ſe lhe fizeffe entrega inſolidum, mas que da quarta fizeffe ao Moſteiro uſu fructuario, e que por ſua morte ſe reſtituiria ao pay do R. a quem o defunto a deixava; verificando ſe ſua diſpoſição na quarta ſõmente, pois ſe não podia entender na legitima; o que tudo ſe fez de conſentimento das RR. como ſe vê da ſorte junta. E moſtraſe outroſſim lograr a dita Religioſa em ſua vida os ſobreditos bens, e ſem embago, de que por ſua morte ſõ ficava ao Convento a legitima, que lhe foy dada inſolidum, as RR. ſe apoffarãõ tambem da quarta; e não querendo reſtituir ao A. ſendo, que pela diſpoſição do teſtador lhe pertence, finalmente ſe moſtra, que o A. he filho legitimo, e unico do Lecenceado Manoel Dias nomeado pelo teſtador, e q̃ pelo dito nomeado ſer faleſcido, e o A. ficar por ſeu unico herdeiro lhe compete cobrar a quarta com os rendimentos della da morte da filha do teſtador em diante no em que as RR. devem ſer condemnadas. Por parte das RR. ſe moſtra, que o teſtamento, de q̃ o A. ſe quer valer, he nullo, em quanto a inſtituição de herdeiro; por que tendo o teſtador ſua filha legitima no Convento dellas RR. a quem devia de vir por ſua legitima, não ſõ

só o usu fructo de seus bens, mas também na propriedade o não fez, e que nas partilhas, que por morte do dito testador se fizeram, o curador, que lhe foy dado não era Letrado, mas hum requerente de causas. O que tudo visto com o mais, que dos autos consta disposiçã de direito; e supposto, que do testamento a fol. 5. se mostre que o testador deixava sua filha Leonor de Miranda em sua vida o usu fructo de toda sua fazenda, e que por sua morte, se restituiria ao Lecenceado Manoel Dias, e conforme a direito estar obrigado a deixar-lhe a sua legitima, não só no usu fructo; mas também na propriedade, visto porém estar esta malidade purgada pelas partilhas que por morte do dito testador, se fizeram para as quais foraõ as RR. citadas, e nellas se tirará a legitima, que in solidum se entregou á sobredita Leonor de Miranda, como também o usu fructo da quarta, que por sua morte, se havia restituir ao nomeado, como consta da certidã junta fol. 18. dando a tudo as RR. seu consentimento, e se mostrar, que no decurso de trinta, e nove annos, nunca as RR. inovaraõ as tais partilhas; tempo em que se podia prescrever qualquer jus, que ellas tivessem, e na forma que elle testador dispoz se devia ver que aquillo que lhe podia deixar ao nomeado, era a sua vontade se lhe restituisse, o que na quarta sempre se devia verificar, e ser principio certo de direito, que o jus do fideicomisso adquirido ao defunto, passa a seus herdeiros, e constar, que o A. he filho legitimo, e unico que he nomeado tenha, e como seu herdeiro lhe pertencem as fazendas contheudas na sorte da quarta, de que se mostra estarem as RR. de posse. As condemno lhas restituã com os fructos da morte da Madre Leo-

nor de Miranda em diante; e paguem outrosim as custas dos autos em que as condemno. Portalegre 10. de Fevereiro de 678.

Manoel Leytaõ de Moraes.

A qua sententia fuit appellatum, ad supplicationis Senatū, ubi fuit confirmata Judices Oliveira. Lopes Oliveira. Pereira.

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Si in factō Reæ edocerent Emanuelem à testatricem post filia mortem vocatum, ac substitutum, ante ejus obitum diem clausis se extremam; præcise tunc de transmissione fideicomissi à nobis agendum est; cum autem de hoc non edoceamur supervacuum videtur de præfata dispicere quæstione. Unde cum Actor se parentis hæredem ostendat, cujus vocationem, ac substitutionem testamento expressam sententiaque partitionum confirmatam exhibet, nihil quidem obest, quominus optimi Judicis placitum amplectamur, objecta nanque nullitas implorata que restitutio adversus partitiones, sero quidem opponitur, à quibus, post tot annorum curricula appellatum non fuit. Eo præcipue quia non solum nullitas, vel ejus umbra profus abest; sed nec ulla minima læsio intervenit juste non Judex partitionum decrevit testamentum firmum, quo testatoris filia præterita non fuit, fideicommissumque in tertia seu juxta Regionis morem in quarta sustinendum definivit, licet non alia non ad fuissent; sufficit quidem clausula codicillaris ibidem expressa fol. 4. vers. ut gravamen fideicommissi in bonis ultra filia legitimam subsistat, ita quippe in fortioribus terminis nuper judicavimus juxta doctrinam Bart. in L. 1. ff. de jur. codicillor. Merlin. de legitim. lib. 5. cit. 2. q. 4. n. 2. Fragos. de regim. reip. p. 3. disp.

disp. 8. §. 4. n. 139. & 140. Antoncl.
de temp. legal. lib. 1. cap. 63. à n. 1.
Ulyssipone 8. Julij 1678.

Lopes Oliveira.

Vanissimam reputo testamenti nul-
litate à Reis oppositam, alio tamen
fundamento, pronunc absolvendas
esse existimo, certissimum enim &
vulgare juris est dicterium, quod
2 ad obtinendum tenetur Actor legi-
time probare intentionis suæ funda-
mentum ex *L. qui accusare Cod. de*
edend. late Surd. cons. 12. à n. 1. cum
sequentibus. Et in hoc deficisse Acto-
rem existimo, cum nobis, non os-
tendat parentem substitutum super
3 vixisse Leonoræ, aliter enim jus ad
petendum fideicommissum, ei non
competit, cum melior sit opinio,
istud ad hæredes non transmitti, si
vivente hærede fideicommissarius de-
cedat ex *Ægid. in L. ex hoc jure 2. p.*
cap. 11. convenient. 5. n. 1. & conve-
nient. 7. à princip. Fachin. controvers.
jur. lib. 5. cap. 56. Gail. practic. lib.
2. observ. 132. per totam præceptor
Cunha in privat. Schol. ad tit. 6. de
condit. & demonstr. n. mihi 4. & op-
4 tima ratione quia ut jus fuisset trans-
missum prius requirebatur, quod
fuisset de latum ex *L. unica §. sin au-*
5 *tem Cod. caduc. tollend.* & hæc de la-
tio vivente hærede fieri non potest,
quia subconditione relicto censetur
6 & *L. 4. ff. quando dies legat. ce-*
dat & ideo ut Actor victoriam con-
sequeretur, & petitionis jus funda-
ret, proponere debebat jus fideicom-
missi ad parentem suum devenisse,
ex quo ipsi competeat.

Nec mihi sat est, quod ostendat
in partitionibus quartam ejus paren-
ti fuisset reservatum usufructum
tantum Leonoræ ad judicatur; hoc
enim optimum foret, ut ejus parens
talem quartam peteret; ipse tamen
ut causam consequatur de jure sibi
transmissio edocere debebat; igitur

Pars III.

revocetur sententia. Ulyssipone 23.
Julij 1678.

Pinheiro.

Filios per ingressum religionis, 6
suintatem & utiles patriæ potestatis
effectus non amittere, imo retinere,
probat *text. in L. Deo nobis §. hoc*
etiam Cod. de Episcop. & Cleric. ex-
plurib. Gom. 1. variar. cap. 9. n. 10.
Pereir. 105. Var. alleg. 29. n. 100.
Sunt ita à patre necessario institu-
endi, aut ex hæredandi, aliter enim
ipso jure inutile est testamentum *L.*
inter cætera 30. in fin. ff. de liber. &
& posthum. nec satis est eis legiti-
mam quoquomodo, ut olim ex L.
Papian. 8. §. quoniam 4. ff. de inoffic.
testam. assignare, sed honorabili in-
stitutionis titulo relinqui debet, Au-
th. ut cum de appell. Cognosc. §. aliud
quoque capitolium coll. 8. Valasc. de
part. cap. 17. à n. 28. Var. alleg. 61.
n. 12.

His regulis, hoc casu non obtem-
peratum videtur, cum testator, om-
nia, quæ ex legatis aliis vè piis o-
peris, superessent, filix n. 6. tan-
quam hæredi, sed tanquam usufruc-
tuariæ reliquisset in usufructu eam
hæredem facere, & non in proprie-
tate, non dato cohærede, à jure nos-
tro alienum est, id enim non patitur 7.
eundem in paganis pro parte testa-
tum, & pro parte intestatum dece-
dere *L. jus nostrum ff. de regim. juris*
ita eveniret in præsentis casu, dece-
deret enim testator, pro usufructu
testatus, & pro proprietate intesta-
tus. Quod idem esset se Emanuele
appellati patrem, amore filix hæ-
redem scripsisset, decederet enim tunc
intestatus, & testatus ratione temporis,
quod absurdum est §. *hereditas*
ex dict. Inst. de heredib. instit. neque
hæres post filix mortem institutus
ante illius obitum adire poterat L.
suum hæres ff. quando dies leg. ced.

Deinde manifesta inducitur repu-
gnantia

Pp

gnantia ; si filiam usufructuariam tantum consideremus , certum enim est usufructum non nisi ab adita hereditate , cedere , *L. 1. L. si cum heredes ff. quando dies leg. ced. L. unic. §. in novissimo, alias §. libertatibus vers. exceptis Cod. de caduc. tollend. Mant. de conject. lib. 4. tit. 5. n. 16. Menoch. lib. 4. presumpt. 141. num. 37.* Ergo si filia tantum usufructuaria, & non hæres sit, usufructus ad nihilum redidit cum ipsa quia hæres non est, hereditatem adere non possit, neque ille, cui proprietatis relicta est, cum post filiam mortem vocetur, & sic subconditione ex incertitudine diei inducta *L. 4. ff. quando dies leg. ced. L. heres meus §. dies meus L. quibus diebus §. quidam Ticio ff. de cond. & demonstr. Donel. §. comentar. cap. 31. & ibi Osuald. lit. C. Gomes 1. variar. cap. 5. n. 9. Portugal de donat. reg. tom. 1. lib. 1. prelud. 2. §. 2. an. 17. illa pendente audere non poterat Mant. supra n. 19. & ita usufructus elutius reddabatur, cum nunquam dies cederet, a quo posset incipere, immo jam constitutus mortis usufructuariae, terminandus erat, *L. Ticio cum moreretur ff. de usufruct. L. corruptionem Cod. eodem tit. §. finitur Inst. Cod. Mant. supra n. 17. Menoch. supra* quis ergo credit testatorem eo modo disponere voluisse quo iudicium suum subverteretur contra *reg. text. in L. 3. ff. de milit. testam. L. ex his verbis ff. quando dies leg. ced.**

Dificilis ex his redditur casus iste, pro cuius resolutione, nullo modo filiam fuisse institutam; suadeor ex testatoris verbis hoc modo conceptis *mando, que depois de minha alma comprida, tudo, o que mais remanecer deixo a minha filha*) plane verbum illud *deixo*, idest relinquo, adjunctam universitati bonorum institutionem inducit *L. si is qui heres §.*

1. ff. de heredib. instit. Clarus in §. testamentum q. 38. n. 10. Reinos. observ. 20. n. 5. Gam. decis. 378. alias 381. n. 1. neque sequens restitutionis clausula, quidquam obstat, ab institutione enim detrahenda est, ut pote quæ gravamen importat, à legitima subducendum L. omni modo L. quoniam in prioribus L. sicurius §. cum autem Cod. de inof. testam. Valasc. de partit. cap. 16. n. 49. & cons. 53. à n. 7. & cons. 153. à n. 20.

Obstat tamen hanc regulam limitari quoties filius gravamini consentiat. *L. si quando §. generaliter Cod. de inof. testam. L. non putavit §. si quis sua manu ff. de bonor. poss. contra tabul. Valasc. cons. 130. n. 3 & 4. Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. num. 90. Gam. decis. 218. n. 4. Noguierol. alleg. 19. n. 41. at filia in presentibus terminis accipiendo id quod sibi, præter legitimam pater relinquit tacite gravamini consentit ex *L. si duo ff. de acquir. hered. L. unic. §. pro secundo Cod. de caduc. tollend. Gam. decis. 262. alias 263. n. 2. ergo absoluta, & integra restitutio facienda est.**

Huic tamen difficultati, & quid non contemnendæ Reus cum doctissimo Cyriac. contr. 148. n. 8. ubi in iisdem fere terminis, ut videre est ibi *dict. n. 67. resolvit consensum filij in legitima gravati, non sufficere tacitum, sed expressum requiri ex dict. L. si quando dict. §. generaliter, hanc quæ resolutionem muneris firmat Doctorum placitis, quæ transcribere non vacat, nec moris est, cum ergo dicto gravamini filia expresse non consensisset, illud necessario est removendum.*

Accedit monachum, supra monachalem, quidquid acquirit, non sibi, sed monasterio acquirere *Cap. in presentia de probat. cap. si qua mulier 19. q. fin. Cabed. 1. p. decis. 163. an. 1.*

Valasc.

Valasc. conf. 24. n. 2. Pereir. decis. 95. n. 32. Reinos. observ. 12. Ergo Monialis, absque conventus consensu, gravamini per quod, ipsius morte conventus hæreditatem amittebat, consentire non poterat, hoc enim erat hæreditatem repudiare, & si hoc nec plausus posset, *Cabed. 1. p. decis. 109. n. 4. Phæb. decis. 136. n. 11.* quanto minus poterit subditus? Ex his, ergo, quoad legitimam partitionem reas oppinor absolvendas, & in hac parte cum primo domino doctissimo convenio.

Quoad tertiam, vel quartam bonorum defuncti partem verba, quibus testator usus fuit ibi *herdara* an Emanuel directe institutus sit, an tantum fideicommissum revocant
 12 indubium fideicommissum nanque non directis & civilibus verbis, sed præcariis relinquuntur; *Ulpian. in fragm. tit. 25. ibi: Quod non civilibus verbis, sed præcative relinquuntur, neque ex rigore juris civilis profiscicitur; sed ex voluntate datur relinquentis at hæreditas directe datur L. 1. ff. de hered. instit. L. verbis legis 120. ff. de verb. sign. neque differentia hæc incivilis videatur, si enim Emanuel in tertia, & quarta hæreditatis parte, directe institutus est, & testatoris filia usufructus tantum esset relictus, cum ipse Emanuel statim adire poterat si non adisset, & si post monialis mortem decederet, hæreditatem actorem appellatum non trans mittebat *L. unic. §. in novissimo Cod. de Caduc. tollend. L. quomodo sororem Cod. de jur. de lib. Noal. de transmiss. Casic. 8. n. 1.* Sin autem adisset, luit antemonialis decederet, hæreditatem jam aditione quæsitam trans mittebat. At vero fideicommissum tantum sit, post monialis mortem restituendum, utique Emanuele prius decedente evanescebat *L. unic. §. sin autem Cod. de caduc. tollend. la-*
 11
 12
 Pars III.*

te, & erudite Molin. 2. forens. cap. 1. per tot.

Ut cunque tamen res se habeat Actor appellatus in testamento, suam habeat fundatam intentionem, & quando Emanuel ejus pater non adire, vel quando ante monialem decederet exceptio est, quam opponere Reabus in cumbebat *ex regul. L. 1. ff. de exceptionib. cum quæ ipsæ in dictis exceptionibus allegandis defecissent, merito ad dictæ tertiæ, seu quartæ, restitutionem compelluntur; Et ita etiam in hac parte primo domino sub scribo. Ulyssipone 7. Septembris 1678.*

Pereira,
 Cum sapientissimis Dominis, primo, & tertio loco deliberantibus libenter potius convenio, & non immotor, quia deliberationibus illorum nihil addendum superest Ulyssipone 12. Novembris 1678.

Oliveira,
 Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus fundatis in allegatione *Salgad. in labyrinth. Creditor. 1. p. cap. 2. §. unic. n. 25.* Et ita impedita fuerunt recepta, & finaliter decisa in sententia sequenti.

Acordaõ os do Dezembargo &c. Julgaõ os Embargos recebidos por naõ provados, vistos os autos, e como delles se mostre, que a vontade do testador, foy, que a Religiosa Leonor de Miranda instituida no usufructo, naõ tivesse mais, que o usufructo em sua vida sómente, e conforme a melhor opiniaõ o instituido no usufructo dado substituto, ou coherdeiro, seja tido em lugar de legatario, e o coherdeiro, ou substituto, em lugar de universal herdeiro, que logo pode adir, e transmitir a herança a seus herdeiros. Mandãõ, que sem embargo dos embargos a sentença embargada passe pela Chancelaria, e se entregue á parte, e condemnaõ as Embargantes nas custas na

fôrma da lèy. Lisbon 7. de Novembro de 1679.

Oliveira. Lopes Oliveira. Almeida.

Hæc sententia fuit fundata in deliberatione sequenti.

Cum jam aperte doceamur Emanuele testatricis generum, atque tertie legatarium, seu fideicommissarium ante Eleonoram ejusdem testatricis filiam, ac universalem hæredem diem clausisse extremam necessario in jure defissi transmissione despiciere tenemur.

Subingreditur ergo nodosa, ac pene in extricabilis quæstio; an ex quo testatrix solum usumfructum filie reliquit, post cujus mortem generum vocavit, potuisset gener ipse, qui filia superstite dicebat fideicommissum ad suos hæredes transmittere, vel potius tanquam si ad causam caduci recidisset; debuisset apud filiam remanere. In qua sane quæstione, quæ lege aliqua expressa non reperitur decisa, morum sane est quam varie Doctores nostri tam veteres, quam recentiores inter se dissentiant; quatuor enim eorum fuisse sententias refert novissime *Alexand. Sperel. decis. 145. n. 13.* Cum autem nostri muneris non sit inutilibus disputationibus tempus consumere, sed potius secundum facti circumstantias jus accomodare. Quoad cujusque jurgii decisionem pertinere potest, ideo ego ommissa ejusdem quæstionis tractationes illud in primis statuo, quod ea absolute sumpta, crebrior, atque receptior hodie est sententia, (quidquid olim contrarium magis communiter tradidissent Doctores) ut nempe institutus in usufructu dato substituto, vel cohærede, loco legatarij habeatur cohæres autem, aut substitutus loco universalis hæredis, qui statim adire potest, hæreditatemque ad suos hæredes transmittere; quam quidem sen-

tentiam tenent *Casilh. de usufruct. cap. 8. n. 30.* & ultra eos, quos egregius patronus laudat fol. 50. videndus omnino *Joan. Anton. Bellon. de jur. acrescend. cap. 7. q. 16. ex n. 343.* ubi ait hanc opinionem ab omnibus fere trecentioribus receptam, & voluntati testatoris magis consentaneam, secundum quam à serenissimo sub audia duce judicatum refert *num. 358.* & à *Rota Roman.* passim receptam refert, ac sequitur *Alexandr. Sperel. decis. 145. n. 19.* ubi etiam, quod eam omnes fere approbant recentiores.

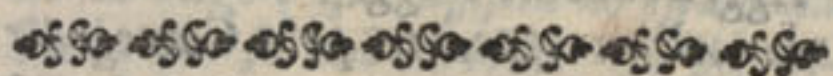
Quæ tamen opinio, quanvis sequenda non esset, non ideo minus adversus Reas jus dicendum foret in hoc casu; nam quoties ex verbis testatoris, aut ex probabilibus conjecturis apparverit, mentem, & intentionem testatoris, eam fuisse, ut institutus in usufructu, nihil amplius haberet; omnes concordant substitutum, aut cohæredem proprietatem ex tempore acquirere; eam que ad suos hæredes transmittere conjecturarum autem præcipue, seu potissima ea est cum testator expresserit se velle usufructuarium solo usufructu pro tempore vitæ suæ potiri ut ex *Bal. cons. 373. vol. 4. & Purpurat. cons. 558. n. 24. declarat Joann. Anton. Bellon. dicta q. 16. n. 365. vers. quartum.* At vero nostra testatrix semel atque iterum expressit filie solum usufructum taxative relinquere ibi: *deixo a minha filha Leonor de Miranda Religiosa de São Bernardo em sua vida sómente et ibi: por quanto a dita minha filha, só lhe deixo o uso da dita minha fazenda, et faciat, quod in fortioribus terminis, non solum ad favorem venientium, ab intestato tradit ex pluribus* *Alexand. Sperel. decis. 146. ex n. 29.*

Lopes Oliveyra.

In-

In eodem convenere Almeyda.
Oliveyra.

Et hac quæſtione et materia vide
ad multr Bonavent. *Tristan. dec. 1.*
16. 17. 20. Gobius conſult. 129.



C A P. XXXVII.

Utrum, & quando excludatur
conſanguineus ultimi poſ-
ſeſſoris à petitione Maiora-
tus propter alienationem
factam à poſſeſſore ſi alius
conſanguineus proximū exi-
ſtit, & an excludatur agens
ex precedentia tertij, & quā-
do in ſucceſſione maioratus
poſſit Actor vel non, exclu-
di, vel includi ex juris tertij
exceptione.

S U M M A R I U M.

*Is cui non intereſt, nec de jure ſucce-
dit, non habet legitimam per-
ſonam ſtandi in iudicio. n. 4.*

*Reus habet fundatam intentionem in
ſola negativa. n. 6.*

*Exceptio, alius te præcedet, & tua
non intereſt eſt admiſſibilis, &
dicitur litis finita. n. 7.*

*In iudiciis tantum conſideratur jus
actoris, & non Rei. n. 8.*

*Licet reus ſit prædo, & malæ fidei poſ-
ſeſſor, ſemper excipi poteſt, n. 9.*

*Exceptio de jure tertij admititur, quan-
do ipſe de cuius jure excipitur,
conſentit. n. 10.*

Licet quando inſtitutor expreſſe
fecit prohibitionem alienationis
bonorum maioratus, ſtatim fiat lo-

cus ſequenti ſucceſſori, ad hoc ut
ſtatim in vita poſſit revocare aliena-
tionem maioratus non ſpectata mor-
te poſſeſſoris alienantis ex *text. in*
L. cum Pater 77. §. libertis, ubi gloſ.
*& Bart. ff. de legat. 2. L. peto §. fra-
tre ff. eodem Molin. de primogen. lib.*
1. cap. 16. n. 32. & lib. 4. cap. 1. &
ibi Addentet Phæb. 1. p. dec. 5. n. 8.
de qua re Roxas de incompatibilit. p.
5. cap. 6. n. 26. quos & alios ego ipſe
refero *Forenſ. reſol. cap. 4. n. 56. pag.*
308. in addition. & 309. & ad varias
quæſtiones Luca theatr. verit. & juſt.
tom. 10. de fideicomiff. diſcuſſ. 160.
& ſeqq.

Quod ſecus dicendum eſt in alie-
natione tacita deducta ex natura ma-
ioratus, quia invita eſt valida, & ſo-
lum poſt mortem poſſeſſoris revo-
canda venit, ut ſunt verba *textus in*
*L. fin. §. penult. Cod. commun. dele-
gat. Peregrin. de fideicom. art. 40. n.*
7. & tenent ſupra citati.

Attamen hæc reſolutio procedit,
quando Actor, qui pertendit revo-
care alienationem, & privationem
poſſeſſoris intendit, eſt conſangui-
neus proximior alienantis nam ſi al-
legetur, & oſtendatur alium eſſe
proximiorē venit excludendus, ut
judicatum fuit in cauſa ſequenti.

No Feito de aggravado de Bernardo
Orſaõ, contra Ambroſio de Meirel-
les Maſſ. B. B. de 634. atè 639. Ef-
crivaõ o. da Coroa, ſe deu a ſenten-
ça ſe seguinte.

*Acordaõ em Relaçãõ, naõ he bem
julgado pelo Juiç, em declarar o A.
por ſucceſſor do Casal de que ſe trata
por morte do R. verdadeiro poſſuidor,
e ſenhor delle, naõ havendo outro pa-
rente mais chegado, e em annullar a
venda que delle fez, revogando ſua
ſentença viſtos os autos, e como ſe moſ-
tra ſer Maria Alvres de Miragaya
parenta do R. em grao mais chegado, e
pela dita razaõ naõ ter o A. auçaõ
para*

para poder pedir o declarassem por successor da dito casal, nem para tratar de annullar a venda, que o R. fez delle; Julgão não ter o A. aução para poder tratar das ditas cousas, e o condemnaõ nas custas dos autos de ambas as instancias, e que senão tem differido a este processo; a quem deixaõ reservado seu direito para poder tratar delle, quando, e como lhe parecer. Porto 23. de Março de 1637.

Monteiro. Abreu. Velho.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad iudicium Coronæ Senatus supplicationis, ubi fuit confirmata sententia anno 1637.

Et merito ita iudicatum fuit, nam ut diximus in tract. de actionib. cap. 2. alias 22. seu tom. 3. forens. n. 270. & seqq. Agenti reivindicacione in maioratus successione potest opponi, quod ipse non est dominus, nec successor alius, sed tertius, & hoc probato ipso jure agens excluditur, ut ex L. fin. cod. reivindicat. testatur Mend. 2. p. lib. 4. cap. 2. n. 7.

Reus enim potest excipere de jure tertij, & quod alius præcedit, & admitti debet, quando est exclusivum juris agentis ipso jure tunc enim licet de jure tertij opponere, ut ex Cancer. tenet idem Mend. ubi supra n. 7. Thesaur. dec. 4. Amat. var. resol. 13. n. 41. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. claus. 5. gl. 8. p. 2. n. 28. Fusar. q. 508. n. 2. Menoch. cons. 769. exornat Cyriac. contr. 4. n. 58. & contr. 327. n. 83. 84. & 85. Geurb. de feud. §. 2. glos. 9. n. 89. & 90. vers. declara quarto, & n. 91. 93. & 94. & 96. & iudicatum fuit in causa maioratus Francisci Barreto de Figueiredo adversus Franciscum Dayres Passanha apud Notarium Antonium de Aguiar. Villaslobos; licet contrarium judicaretur in causa sequenti.

No Feito de agravo ordinario de Dona Ignacia Ozorio, contra Joaõ

Pereira Pestana de Vasconcellos, e oppoente Antonio de Abreu, Escrivão Domingos Luiz de Oliveyra, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Dezembargo, &c. Aggravado he o aggravante Antonio de Abreu oppoente pelo Corregedor do Cível em julgar, que a successão do morgado de que se trata, pertencia a A. Dona Ignacia, revogando sua sentença, vistos os autos, e como delles se mostre, que a A. não tem parentesco com a ultima possuidora Dona Genebra, nem com os instituidores, porque ainda que algumas testemunhas deponhão de ouvida do dito parentesco, se prova que por industria de Salvador Pereira irmão da A. e marido que foy da dita Dona Genebra, como não visse outros parentes, e estivesse certo da faculdade dada na instituição para nomear, se divulgou a fama, de que elle tinha parentesco com a dita sua mulher por parte dos Regos, para alcançar della a nomeação que pretendia, como em effeito alcançou, e ainda que se mostrará concludentemente tinha parentesco com a ultima possuidora, não bastava porque devia provar tello com os instituidores do dito morgado, e assim lhe não compete a successão delle, sem que obste a sentença fol. 5. dada no Juizo da Coroa a favor do dito seu irmão, porque o fundamento de se pronunciar foy por haver outros parentes, e não estar vago o dito morgado para a Coroa, nem por ella se podia cerrar o caminho aos que não litigaraõ, para poderem mostrar que o dito Salvador Pereira não tinha parentesco algum com os sobreditos, porque a causa julgada não prejudica a terceiro, e os autos, e testemunhas, que se produzem em hum juizo, não provaõ em outro entre diversas partes, e ainda das que se produziraõ no dito juizo

juizo consta como de direito se requeria do dito parentesco, e bastava para o A. na dita causa, que correo na Coroa não ter vencimento o achar-se entã oppoente a filha de Feliciano do Rego, que assistia no estado da India por se não duvidar da descendencia, e parentesco della nem outrossim podem obstar as nomeações que fez a dita Dona Genebra em o dito Salvador Pereira seu marido, nem a que elle fez na A. sua irmãa, porque não sendo parentes ficaraõ incluídas, por se não poderem fazer se não em parentes, conforme a disposição dos instituidores, e outrossim se mostre que o Reo não tem parentesco algum com os instituidores, porque ainda que o tenha com a dita Dona Genebra, se prova que não he pela linha dos instituidores, e assim litiga como estranho; e por parte do oppoente se mostre, que ainda que não provou formalmente o parentesco por distincão de graos; contudo provou melhor que a A. e R. o parentesco in genere com a dita Dona Genebra, e com os instituidores, o que na fórma de direito he bastante para se lhe julgar a successão quando os collitigantes são estranhos, não mostrando parentesco algum com distincão de graos, sem que possa obstar a allegação de terceiro, de que usa o R. porque além de se não provar com a legalidade necessaria haver a tal terceira nas partes da India, contudo a allegação de terceiro, ainda fundada em melhor direito não pode ter lugar nas successões dos morgados, quando o possuidor he estranho sem direito algum a ella; condemnãõ ao Reo que abra mãõ do dito morgado, e o restitua ao oppoente com os fructos da indevida occupação até real entrega, e pague a A. e R. as custas dos autos de per-meyo, e reservaõ seu direito a Dona

Maria do Rego, que se diz assistir na India, no caso em que a haja. Lisboa 6. de Abril de 1675.

Oliveyra. Doutor Cerveira.

Doutor Freyre.

Sed salva pace Senatus mihi contraria resolutio verior videtur, et pro prima opinione iudicandum esse, quia is, cui non interest, nec de jure succedit, non habet personam legitimam standi in iudicio. Arg. de legitimo credit. q. 2. art. 5. n. 167. Reus enim habet fundatam intentionem in sola negativa, et sufficit dicere Actori de te non loquitur substitutio, ut in terminis tradit Ramon. cons. 100. n. 540. Peregr. de fideicom. art. 1. n. 26. & art. 11. n. 37. Castil. lib. 4. contr. cap. 9. n. 3. probat text. in L. peto 69. ff. leg. 2. ibi: cum fideicommissum petatur ab his cum quibus testator non est loquutus.

Nec obstat regula text. in L. loci corpus §. competit. ff. si servit. vendic. quia ultra quam quod in terminis istius textus est communis resolutio, secundum quam potest Reus opponere de jure tertij quando est exclusivum juris agentis, ex supradictis, et ex Virgil. de legitim. person. in præd. n. 15. Fontanel de pact. nupt. claus. 5. glos. 8. p. 2. n. 28. & p. 15. n. 47. & 56.

In nostris maioratus terminis est constans resolutio, quod potest Reus etiam extraneus, et non inclusus opponere tale jus tertij ad repellendum Actorem qui contra institutoris voluntatem, et suæ dispositionis formam intendit se includi, et succedere, ut in specie ex Surd. Fabro tenet. Francis. Hyeron. de Leon. tom. 3. dec. 1. n. 77. Fontanel. dec. 48. n. 20. & seqq.

Ratio est, quia cum dicta exceptio tendat ad actionis defectum, et jus, etiam quando non opponitur, tenetur

tenetur iudex ex officio eam admittere *Ossulad. ad Donoel. lib. 18. cap. 4. lit. D. Barb. in collect. ad L. ubi pactum 40. Cod. de pact. aut transact. n. 5.* et cum admittatur in reivendicatione hæc exceptio, ut tenent omnes, cum hæc actio sit reivendicationis ut supra diximus, necessario admittenda est, et ex eodem fonte exceptio, quod alius se præcedit ex *L. fin. ubi Paul. ff. de reivendic. Thesaur. dec. 4. n. 8.* ubi etiam quod non est necessarium; quod nominatim opponatur exceptio, sed sufficere si qualiter cunque appareat ex actis alios extare, qui præcedant, dicens ita iudicasse Senatum, pro ut etiam tenet *Leon. d. dec. 1. n. 77.*

7 Exceptio enim alius te præcedit, et tua non interest, est admissibilis, et dicitur litis finitæ *L. posthumus §. si quis ff. de in officios. testam. Surd. dec. 52. n. 2. Cyriac. forens. contr. 327. n. 84. & 85. Gratian. forens. cap. 56. n. 1. Fontanel. d. dec. 48. n. 13.* ubi etiam quod semper opponere potest de non jure agentis, et de te non loquitur substitutio, ut cum multis tradit *Castejon. Alphabet. jur. lit. S. verbo substitutio pag. 533. n. 3.*

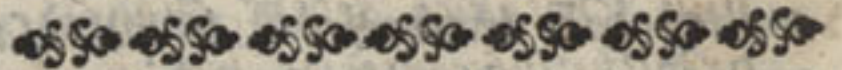
8 Ratio est quia in iudiciis tantum consideratur jus actoris, et non Rei *L. fin. Cod. reivendic. Magon. dec. Florent. 54. n. 37. Noguierol. alleg. 25. in fin. in terminis maioratus Castil. tom. 6. cap. 122. n. 1. in med. Cyriac. forens. contr. 281. n. 37. Altograd. contr. 4. n. 8. & contr. 6. n. 34. tom. 1. & contr. 47. n. 12. Geurb. de feud. §. 2. glos. 9. n. 4. Surd. conf. 150. n. 89.*

9 Licet Reus sit prædo, et malæfidei possessor, ut ex aliis inquit *Abbas in cap. cum super n. 9. Dec. in L. qui accusare n. 14. Cod. de edend. Staph. de liter. tit. de except. n. 5. &*

ex *L. in speciali ff. de reivendic. Pâcian. de probat. cap. 61. n. 7.*

Ac propterea semper excipi potest de non jure agentis ad exclusionem actoris, et tunc non dicitur quod Reus allegat jus tertij; ut tenet *Thesaur. dec. 4. Faber. in Cod. lib. 3. tit. 20. de pet. hæred. de fin. 2. Amat. var. resol. 13. n. 41. Cancr. variar. lib. 1. cap. 18. & lib. 2. cap. fin. n. 120. cum sequentib. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. claus. 5. glos. 8. p. 2. n. 28. & dec. 48. n. 14. & seqq.*

Sequens enim in gradu non admittitur in maioratus successione, donec alius præcedit, aut est spes, quod proximior succedat *Geurb. de feud. §. 2. glos. 4. n. 50. & 54. Roxas de incompat. maior. p. 5. cap. 3. n. 43. Cyriac. contr. 205. n. 43. & seqq. Matut. disq. leg. 36. n. 54. vers. etiam Gratian. forens. cap. 526. n. 50.* Licet dicat, quod exceptio de jure tertij admittitur tantum, quando tertius, de cujus jure excipitur, consentit, quod etiam tenet *cap. 599. n. 24.* quod dictum mihi displicet ex dictis, de qua re vide *Post. post tract. de man. dec. 328. n. 5. & Nos Late diximus tom. 1. cap. n. & seqq. ad multa.*



C A P. XXXVIII.

De exclusionem aut inclusionem illius, qui est Literatus, quando maioratus institutio habet conditionem, ut præferatur is, qui fuerit Literatus, aut in publicis scholis versetur, in discendo aliquam ex scientiis usque ad gradum,

gradum, & an ſufficiat quod profeſſus fit ſcientiam poeticam, aut aliam ſimilem, & talis incluſio, vel excluſio compræhendat omnes caſus ſucceſſionis, & filios aut ſucceſſores legitimos, vel illegitimos tantum?

SUMMARIUM.

- 1 Clausula a poſſita in maioratus inſtitutione ut preferatur ad ſuſeſionem Literatus, aut qui verſatur in publicis ſcolis aliquam ſcientiam diſcendum, eſt juſta.
 - 2 Jus permitit expreſe aponni in inſtitutione maioratus omnes clauſullæ ad excluſionem, vel incluſionem ad qualitates; atamen juſta eſſe debent.
 - 3 Secundum tales clauſulas, de earum tenorem regulanda eſt ſucceſſio.
 - 4 In inſtitutione maioratus poteſt aponni clauſulla ut admitatur ſcholasticus Univerſitatis vel Literatus, excluſſo illo, qui ſcholasticus non eſt.
 - 5 Tali ſcholastico debent aſignari redditus ſuficientes ad hoc ut in ſcholis verſetur & ita iudicatum fuit.
 - 6 An quando, in inſtitutione vocatur ſcholasticus, vel Literatus, ſufficiat proſteri poeticam, ſive quod ad operam ad eam adquirendam.
 - 7 Et quomodo hæc clauſula intillegatur.
 - 8 Et quando habeat locum, & in quibus caſibus? rimiſſive.
 - 9 Et an obtineat proferentiam, qui habuerit qualitatem præ dicte.
- Pars III.

tam fuit in Senatu negative, quia inſtitutor, non excluſerat expreſſe in Literatus proximiores.

- 10 Filius legitimus natu maior ultimi poſſeſſois præfertur remotiori
- 11 Procedens ex femina non includitur in inſtitutione maioratus facti ad favorem familie.
- 12 Legitimus ex patre legitimo ultimo poſſeſſore, & illi proximior præfertur & n. 15.
- 13 Verba diſpoſitionis veniat ad filium ſi illum habuerit, poſita invocatione, debet intillegi de filio legitimo.
- 14 Creditur teſtorem ſemper voluiſſe confirmare declarationes a jure licite aſe expreſſe non factas.
- 15 Proximior præfertur.
- 16 Proximiori defertur maioratus jus ex die ultimi mortis poſſeſſoris.
- 17 Verba: Venha a feu filho ſe o tiver poſto que naõ ſeja legitimo, e porém com tanto que elle ſeja letrado, e naõ tendo filho, ou naõ ſendo Letrado, que entaõ venha ao filho, &c. poſſita in inſtitutione ſunt alternativa, & ſingula, ſingulis caſibus referenda ſunt quando absurdum non ſequitur.
- 18 Sufficit quod in una parte altera nativa veriſicetur.
- 19 In dubio creditur inſtitutorem magis dilexiſſe legitimos; & ideo etiam credendum illos minus voluiſſet gravare.
- 20 Qualitas in inſtitutione in filiis illegitimis ræqueſſita, cencetur repitita in omnibus ſucceſſoribus
- 21 Non præjudicat errare in nomine ſi ex aliis veritas conſtat.
- 22 Voluntatis teſtatoris interpreta-tio diſcilima eſt.
- 23 Verbum Filius cenſura juris pro legitimo accipitur.

- 24 *Dispositione tamen hominis verbum filius simul legitimum, ac illegitimum comprehendit.*
- 25 *Relatio ille est notura repetere personas in eadem dispositione expressas, & ad omnes referri ad quas potest extendi.*
- 26 *Qualitas simul continuata conjecturatur ad omnes relata.*
- 27 *Voluntatis variatio non est in continenti spectanda.*
- 28 *Quando in institutione aponitur clausula ut succedat Literatus &c. minime admititur iliteratus, & difertur succetio substitutis.*
- 29 *Ligitimi & iligitimi æqualiter diliguntur a patre.*
- 30 *Ordo ætatis, & gradus observatur.*
- 31 *Licet femina removeatur a succetione in favorem masculi, atamem, debet hoc intelligi de masculino in eodem gradu existenti, non in remotiori.*
- 32 *Quando non aperet testatorem voluisse expresse qualitatem extendi ultra vocatos expresse cum tali qualitate, non debet iudicari talis qualitas reqeesita in alios.*
- 33 *Si testator vocat successores cum qualitate, & indefectu, vocat substitutos, cencetur qualitas repetita & requisita.*
- 34 *Sed ad hoc requiritur testatoris expressio, ad hoc ut turbetur ordo a lege præscripta.*
- 35 *Cassus omiffus debet remanere sub dispositiones ejus comunes.*
- 36 *Si persona æqua succeditur non est a lege vel testotore aprobata, etiam ejus filius, vel successor, non est aprobatus sed intrusus.*

DE validitate clausulæ propositæ non potest dubitari, quia est licita et notissimum est maiora- tum institutoribus, liberam fuisse

à jure facultatem expressam et concessam, apponendi quascunque inclusionis, aut exclusionis clausulas, et qualitates requisitas ad hoc ut aliquis dicatur inclusus vel exclusus, et secundum illarum tenorem regulanda est successio et admittenda inclusio, aut exclusio, ut tenent multi quos ego ipse refero *Forens. resol. cap. 4. n. 1. & seqq. in novissima impressione in add.*

Atque ita potest includere et vocare Scholasticum Universitatis et excludere; ignorantem, qui non fuerit Scholasticus, et quod fruatur redditibus sufficientibus ad hoc, ut in scholis versetur, ut vidi in una institutione *dos Salemnas de Alcasare* à quibus uxor mea originem trahit, et ita decisum, et tradit in simili *Roxas de incompatibilit. maior. p. 1. cap. 12. n. 5. & seqq.* ubi etiam an in hoc casu sufficiat quod profetearur scientiam poeticam, sive quod det operam ad eam acquirendam, et ibi explicat quomodo hæc clausula intelligatur.

Et si institutor includat, vel excludat literatus, aut qui non fuerit, quomodo hæc clausula intelligatur, et quando habeat locum vel non inclusio, vel exclusio et quibus casibus, et an qui habuerit qualitatem præferentiam in successione obtineat, iudicatum fuit in casu sequenti.

No Feito de Francisco Carneyro da Costa, contra Diogo Figueyra, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheyro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello do Author, que o R. contrariou, mais artigos, provas, e papeis juntos. Mostra se substituir o Abbade Gomes Carneyro, o morgado de que se trata para seu filho Francisco Carreyro, e que a este succederia seu filho, posto que illegitimo, com tanto que fosse Letrado. Mostra se