

COLLECÇÃO

DE

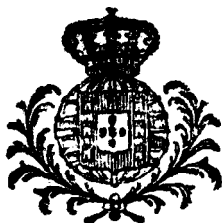
DISSERTAÇÕES JURIDICO-PRATICAS,

*Em Supplemento ás Notas ao Livro terceiro das
Instituições do Doutor Pascoal
José de Mello Freire.*

P O R

MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA

De Lobão.



L I S B O A :

NA IMPRESSÃO REGIA.

A N N O 1825.

Com Licença.

INDICE DAS DISSERTAÇÕES

Que se contém neste Volume.

	Pag.
DISSERT. I. D A origem dos Testamentos. Se ella he do Direito Divino; se do Direito das Gentes; se do Direito Civil Romano, e das Nações : Poder dos Legisladores a este respeito.	3
DISSERT. II. O odioso , e o favoravel dos Testamentos em casos de diversas circumstancias: O favoravel , ou odioso das successões <i>ab intestato</i> contra as testamentarias. Conciliação destes odios , e favores quando entram em collisão os herdeiros escriptos, e os legitimos: Ou se dispute a validade do Testamento, ou se tracte da sua interpretação; e consecutarios geraes, e especiaes, que desta conciliação se devem deduzir praticamente nos casos occorrientes.	22
ARTIG. I. Fundamento da Successão <i>ab intestato</i> entre os Collateraes , e o seu favor.	
Systemas dos Juristas.	24
Systema dos Theologos.	30
Systema dos nossos antigos Lusitanos; das nossas antigas, e modernas Leis.	32
ART. II. Causas , que sendo por experiencia frequentes, e praticadas em fraude dos Consanguineos , quando se fazem Testamentos os transtornão odiosos, e indignos do favor, que lhes tributarão os Romanos.	34

ART. III. Causas contrarias, que em certas occurrentes circumstancias fazem dignos de favor os Testamentos.

40

ART. IV. Conciliação do uso dos Testamentos com as successões *ab intestato*.

45

ART. V. Qual pois das duas successões, consideradas *in abstracto*, he mais favoravel: Se a Testamentária, se a *ab intestato*.

50

ART. VI. Consectarios geraes, que se deduzem do exposto nos precedentes Artigos.

54

ART. VII. Consectarios especiaes, que tambem se deduzem de tudo o exposto.

56

DISSERT. III. Mostra-se contra hum erro commun, e inveterado que o Testamento escripto, que he nullo por defeito de alguma solemnidade legal, senão pôde convalidar, reduzindo-se em pública fórmula, como Nuncupativo.

Se, apezar da convicção do erro, elle continuar nesse supposto

Mostra-se em quaes circumstancias, e com quaes requisitos, se devão neste Reino, para serem válidos, reduzir como Nuncupativos em pública fórmula as quatro especies de Testamentos, que diversifica a nossa Ord. L. 4. Tit. 80.

75

Quanto á Primeira Parte.

PRENOÇÃO I. Diversas fórmulas de testar, conforme os Direitos Romano, Patrio, e de algumas Nações.

75

PRENOÇ. II. Estas Fórmulas, e Solemnidades dos Testamentos prescriptas nas nossas Leis

são impreteríveis, e qualquer omissão dellas os transtorna nullos. Razões desta Proposição

78

Parte II. Prenações geraes respectivas a todas as quatro especies de Testamentos, que se hajão de reduzir em pública forma, como Nuncupativos.

92

ART. I. Requisitos especiaes para a Reducção em pública forma, quanto ao Testamento Nuncupativo, de que tracta a Ord. L. 4. T. 80. §. 4.

99

ART. II. Como possa, e deva reduzir-se em Nuncupativo o Testamento, que, sendo feito em Livro de Notas na fórmula da Ord. L. 4. T. 80. no Principio, he nullo por defeito de alguma solemnidade.

113

ART. III. Como deva reduzir-se em pública forma o Testamento de que tracta o §. 3. desta Ordenação.

119

ART. IV. Como deva reduzir-se em Nuncupativo o Testamento cerrado feito na forma do §. 1, e 2. da Ord. se elle he nullo por defeito de alguma solemnidade: E se ainda se attender a prejudicada opinião, que o permite, apezar da sua reprovação na 1.^a Parte desta Dissertação.

127

DISSERT. IV. Analyse da Ord. L. 4. T. 80. §. 1, e 2., e do Assento de 17 de Agosto de 1811, junta a sua Declaração pelo Acórdão de 8 de Agosto de 1816.

133

ibid.

PRENOÇÃO GERAL.

Prenações Especificas. Fonte da nossa Lei, e de que ella recebe illustração: Combinação da nossa Lei com a sua fonte: Da Lei da

França com a mesma Romana: Em que unicamente differe a nossa da Franceza por Luiz XV. em 1735.

134

Solemnidades da nossa Ord. L. 4. T. 80. §. 1, e 2: Quaes substanciaes; Quaes accidentaes: Quaes suppriveis, ou insuppriveis por equipolencia? Qual o espirito do nosso Assento?

146

DISSERT. V. Sobre Testamentos entre Filhos; ou quando sós contemplados; ou quando juntamente pessoas estranhas se misturão com Legados, que ali se lhes deixão.

167

Parte I. Quando se dispõem só entre Filhos. Prenoção Geral.

167

ART. I. Razões, que inventarão (e em que também variarão) os Interpretes do Direito Romano para justificarem o favor, e especialidades dos Testamentos entre filhos, isentos das regulares solemnidades.

170

ART. II. Pessoas, ás quaes pôde competir este Privilegio, (em termos habeis) e a favor de quaes filhos, ou descendentes.

173

ART. III. Com quaes solemnidades, conforme a genuína interpretação das Leis Romanas, possão, e devão testar os Pais, e Ascendentes válidamente em favor dos Descendentes.

176

Consectarios, que se deduzem desta genuína, e mais sólida interpretação das Leis Romanas, apesar das extravagancias das Opiniões dos Interpretes, quanto *Inter Liberos*.

181

ART. IV. Discurso, e declamação de Domat (Domat L. 3. T. 1. Secc. pag. 324.) sobre estes Testamentos *Inter Liberos*.

199

ART. V. Legislações modernas das Nações a este respeito.

202

ART. VI. He preciso tambem, que a vontade do Pai, ou Mãe fosse perfeita, e consummada.

208

ART. VII. Quando o segundo Testamento do Pai *Inter Liberos* pôde revogar o primeiro: E quando sem outro segundo Testamento se deva julgar revogado.

210

Parte II. Legados deixados a pessoas estranhas em Testamentos entre filhos.

227

DISSERT. VI. Disposições em favor de Causas Pias são sujeitas ás Leis Civis; e não podem valer sem as solemnidades, que estas Leis exigem em geral para a validade dos Testamentos.

Exorna-se a doutrina de Mell. L. 3. T. 5. §. 17.

221

Proposição I. O Direito Romano dos Imperadores Pios, e Orthodoxos, ainda que permite testar em favor de Causas Pias, exige nos Testamentos as solemnidades das Leis Civis, e com ellas he nullo o que se deixa á Causa Pia.

222

Prop. II. As Leis de muitas Nações Christãs põem as solemnidades dos Testamentos, e Disposições a favor da Causa Pia, ao nivel de todos os mais sem especial privilegio algum.

223

Prop. III. A nossa Ordenação seguiu nesta parte o Direito Romano: As subsequentes Legislações nada respeitárão os favores (ou alguns) da Causa Pia.

224

Prop. IV. A Legislação do Papa Alexandre III.

no Cap. II. de Testament. só pode ter força de Lei nos Estados Temporaes dos Papas: As razões deste Capitulo são menos plausíveis: As que augmentarão os Aduladores, e sequazes dos favores da Causa Pia, são ridiculas; e justas em si mesmas as Leis dos Summos Imperantes a este respeito.

226

Prop. V. Todas as razões Politicas, Civis, e Theologicas conspirão para que as disposições em favor da Causa Pia dependão das ordinarias solemnidades precisas em todas as mais ultimas vontades.

233

Consectarios, que desta resolução se dedazem, e convicção de varias opiniões sobre diversos casos.

236

Parte II. Testamento em todo, ou na maior parte da herança pio, ou na menor parte della: E neste ultimo caso: Privilegios escurios dos Legados Pios.

243

DISSERT. VII. Sobre os Testamentos Reciprocos entre os Conjuges.

245

Preludio. Origem, e progressos dos Testamentos Reciprocos.

ibid.

CAP. I. Quaes os Testamentos Correspectivos: Quaes os Simultaneos: Quaes os Reciprocos. Diferenças entre huns e outros. Effeitos de huns e outros.

Secção I. Quaes os Correspectivos.

247

Subsecção. Effeitos que produz o Testamento Correspectivo.

262

Secc. II. Quaes Testamentos são Simultaneos; quaes os simplesmente Reciprocos; quaes os seus effeitos; quaes suas diferenças.

269

Subsec. Indole, natureza, e effeitos dos Tes-

tamentos Simultaneos , e Reciprocos , e differenças dos Correspectiveos.

277

CAP. II. Remedios , e Cautelas inventadas pelos DD. para sustentar irrevogavel pelo Contestador , que sobrevive , a vontade do predefuncto. Quaes estas Cautelas sejam profficuas. Quaes frustradas , e inuteis.

280

CAP. III. Quando os Conjuges cada hum por si só , ou ambos juntamente possam no Testamento alterar os pactos antenupciaes , dispôr o contrario do pactuado nelles em seu prejuizo , ou dos substituidos: Quando tendo casado por Carta de ametade podem hum só , ou ambos juntamente variar no Testamento etc.

288

Secc. unica. Quando podem , ou não os Conjuges , testando de mutuo consentimento , ou cada hum em particular , privar da successão as pessoas substituidas por suas mortes nos pactos antenupciaes.

292

CAP. IV. Instituinto-se *communmente* os Conjuges (que não tem filhos) herdeiros gravados , ou usufructuarios: Ou simplesmente dispondo , que o que restar por morte do ultimo passará aos substituidos: Ou concedendo liberdade de alienarem os bens do predefuncto para as suas necessidades: *Quid ergo juris in utroque casu?*

297

Secc. I. *Quid* , quando simplesmente dispõem , que o que restar por morte do ultimo passe aos herdeiros do Conjuge Testador?

ibid.

Secc. II. *Quid* , quando a liberdade de alienar se restringe , e limita para as suas necessidades?

305

CAP. V. Quando os Conjuges, que reciprocamente se instituem durante a vida do que sobreviver, se subentendão simples usufructuarios, ou herdeiros gravados: Diversos effeitos, que resultão de se julgarem só usufructuarios, ou realmente herdeiros gravados. 311

Secc. I. Quando se subentendem usufructuarios, ou herdeiros gravados. *ibid.*

Secc. II. Effeitos diversos, que resultão de serem os nossos Conjuges (ou quaesquer outras pessoas) simples usufructuarios universaes, ou herdeiros gravados. 319

Secc. III. *Quid*, se os nossos Conjuges se deixão hum ao outro, não o usufructo universal, mas de quota parte, ou de cousa certa em Legado? Quando se subentenda semelhantermente deixada a propriedade, ou sómente o usufructo? 322

DISSERT. VIII. Se he nullo o Testamento sem Instituição de herdeiro.

Em que casos se pôde sustentar a sua validade.

Se a Instituição de herdeiro he requisito substancial para a validade dos Testamentos, conforme a nossa Legislação. 328

Demonstração I. A Instituição de herdeiro he huma das solemnidades intrinsecas, e substanciaes, conforme a nossa Legislação Patria. 331

Demonstr. II. Legislações diversas das Nações a este respeito. 336

Demonstr. III. Expõe-se os casos, em que pôde salvar-se o Testamento sem formal, e expressa Instituição de herdeiro. 339

Prenocção Geral.

339

Primeira especie, ou especies, quanto á Instituição dos filhos.

342

Segunda especie, ou especies, e palavras, que equivalem á Instituição de herdeiro.

345

Terceira especie, ou especies: Outros modos, com que se suppre a Instituição de herdeiro, ou do nome d'elle, omisso no Testamento.

354

Quarta especie: Quando o Testador reparte seus bens entre muitas pessoas, sem omitir a disposição de alguns, que tivesse.

356

Quinta especie: Quando o Testamento, que carece de Instituição de herdeiro, contém a Clausula Codicillar.

357

DISSERT. IX. Historica, Juridica, e Critica sobre a condição: *Si non nupserit: Si viduitatem servaverit.*

361

Leis Papias: Suas ampliações, e limitações.

363

Direito Novo de Justiniano.

369

Direito Novissimo de Justiniano.

371

Razões que justificão as das Leis Papias, e das duas Leis, e futilizão as da Novella, que as revogou.

375

Razões, com que se póde tentar defender a Novella, mas expostas a justas censuras.

381

Opiniões dos DD. nesta Questão.

385

Uso das Nações e este respeito.

ibid.

Voto do Cardeal de Luca com suas Illações, mas censuraveis.

386

O meu Discurso em tanta variedade: O meu sentimento debaixo de distinctas Conclusões.

391

DISSERT. X. Acquestos Conjugaes quando o

Matrimonio he contrahido conforme o Direito commum, conforme Wesel de Connubial. Bonor. Societat. Tract. 2. Cap. 2, e outros mais DD.

Supplemento a Guerr. tr. 2. L. 7. C. 8, e ao meu Tractado dos Direitos Reciprocos entre os Conjuges p. 2 C. 7, e convicção do erro de Mell. L. 2. T. 8 §. 10. na Nota, em quanto seguiu Pereir. Dec. 53.

397

Prenações. Communicação-se os adquiridos, ainda que senão paccionem.

ibid.

Palavras synonymas.

398

As regras da Sociedade do Direito Romano nem sempre são applicaveis a esta.

ibid.

Communicação-se *ipso jure*.

400

Só se entendem os adquiridos constante o matrimonio.

401

He necessaria convivencia dos Conjuges.

ibid.

Outra Declaração.

402

Outra Declaração.

403

Quid, quando a mulher por authoridade propria se divorcêa?

404

Quid, quando hum se divorcêa por culpa do outro?

405

Quid, quando recorrem ao Juizo Ecclesiastico?

406

Quid, se depois do divorcio judicial se tornão a congrassar e unir?

407

Se são renunciaveis os adquiridos depois do matrimonio?

ibid.

ART. I. Compras feitas, constante o matrimonio, quando se reputão, ou não acquestos Conjugaes.

	<i>Pag.</i>
Regra geral. Communica-se tudo o adquirido.	408
Ainda que o marido faça a compra em nome do filho do 1.º matrimonio, sendo commum o dinheiro.	409
O preço do Officio comprado.	410
O preço do Prazo comprado, constante o matrimonio.	<i>ibid.</i>
<i>Quid</i> , se o marido antes de casado fez a compra, e pagou o preço durante o matrimonio.	411
<i>Quid</i> , se a solução do preço estava espalhada, e se pagou durante o matrimonio.	412
<i>Quid</i> , se o preço se pagou soluto já o matrimonio.	413
Quanto ao que o marido compra com dinheiro dotal.	<i>ibid.</i>
Quando soluto o matrimonio se reivindicão os bens comprados.	418
Vestidos comprados.	419
ART. II. Qaes vendas feitas, constante o matrimonio, se reputão, ou não adquiridos.	
Se he adquirido, e commum o predio comprado com o dinheiro d'outro vendido.	420
ART. III. Quando a permutação de bens, constante o matrimonio, se connumera, ou não entre os adquiridos.	
O predio recebido em troca fica subrogado.	422
<i>Aliter</i> sendo emphyteutico o recebido.	<i>ibid.</i>
<i>Quid</i> , se houver reposição de preço para igualar a troca?	423
ART. IV. Quando se repute adquirido o que provém por Transacção.	424

- ART. V. Constituição de Censos, Emprazamentos, o que se obtem por prescrição, constante o Matrimonio, ou por Sentença originada de causa antecedente ao Matrimonio. 426
- ART. VI. Heranças, Legados, e Doações provenientes, constante o Matrimonio.
- Quanto ás Successões *ab intestato*, ou *ex testamento*. 428
- Quanto aos Legados. 430
- Quanto ás Doações. 431
- Doação de Prazo por estranho. 433
- Renuncia de hum Irmão em favor de outro. *ibid.*
- Doação do Principe. 434
- Doações no dia das Vodas. *ibid.*
- Doado pelos Padrinhos. 435
- Dadiva da fortuna; invenção do Thesouro. *ibid.*
- ART. VII. Adquiridos por Alluvião, Consolidação, e outros semelhantes modos.
- Adquiridos por Alluvião. *ibid.*
- Por Consolidação do usufructo. 436
- Por augmento intrinseco de valor. *ibid.*
- Usufructo comprado ao usufructuario. 437
- Consolidação do Prazo. *ibid.*
- Quid*, se o dominio util he comprado? 438
- ART. VIII. Fructos naturaes, industriaes, e civís, e pessoas quando, e como se communicão; e dos adquiridos com o producto dos mesmos fructos. *ibid.*
- ART. IX. Se se communicão as cousas mal, e illicitamente adquiridas constante o Matrimonio. 441

ART. X. Como se devem dividir estes fructos assim *communis* (Art. 8.) ao tempo que o Matrimonio se separa por Divórcio, ou por morte de hum dos Conjuges. 442

ART. XI. Se se presumem, ou quando adquiridos, ou proprios alguns bens, que, existindo na morte de hum dos Conjuges, não consta qual delles os levou para o Consórcio. 445

ART. XII. Dividas, e despezas, que hum dos Conjuges antes era obrigado, e se pagarão do *communis*, constante o Matrimonio, quando podem repetir-se pelo sobrevivente. 447

Dividas anteriores de hum dos Conjuges, Dote, que o marido fez á filha do 1.º Matrimonio. *ibid.*

Alimentos prestados aos filhos do 1.º Matrimonio. 450

Quid nos juro decursos constante o Matrimonio. 451

ART. XIII. Que damnos, malversações, despesas em ebriedades, jogos, prostituições, crimes, condemnações, e outras despesas inúteis não lucrosas, são ou não *communis* entre os Conjuges? 452

1.ª Regra geral. *ibid.*

2.ª Regra geral. *ibid.*

3.ª Regra geral. 453

4.ª Regra geral. *ibid.*

Hypotheses particulaes. *ibid.*

Damnosa fortuita nos bens dotaes da Mulher. *ibid.*

Bens da mulher consummidos com o uso. 454

Gados que perecem. 455

Culpa do marido em exigir o Dote, ou dividas activas da mulher. *ibid.*

	<i>Pag.</i>
Culpa imputavel ao marido senão requerêo	
Insinuação da Doação feita á mulher.	455
Dividas que contrahe o marido.	456
Dividas de fianças.	<i>ibid.</i>
Dissipação pelo marido em vinho, jogo, etc.	457
Unica providencia, a que deve recorrer a mulher.	458
Condennações criminaes.	<i>ibid.</i>
Crimes da mulher.	459
Condennações pecuniarias em Causas Civéis.	460
Doações, que o marido faz a Terceiros.	<i>ibid.</i>
Dividas quando não consta em que foram empregados os dinheiros.	<i>ibid.</i>
ART. XIV. Dividas que a mulher casada contrahe sem authoridade do marido.	461
ART. XV. Bemfeitorias feitas nos predios de qualquer destes Conjuges, e como devão estimar-se.	465
ART. XVI. Quando a mulher, renunciando os adquiridos, póde ou não exonerar-se das dividas, e que bens póde levantar livres dellas.	467
Bens que a Viuva póde deduzir, renunciando os seus adquiridos.	470
ART. XVII. Como se devem regular as partilhas dos adquiridos não renunciados.	<i>ibid.</i>

Fim do Indice.

DISSERTAÇÃO I.

Da origem dos Testamentos. Se ella he do Direito Divino; se do Direito das Gentes; se do Direito Civil Romano, e das Nações: Poder dos Legisladores a este respeito.

§. 1.

SOBRE esta Questão tem havido muitos, e bem desvairados Discursos dos Sabios: Huns fundamentarão a Liberdade de testar, e a origem dos Testamentos no Direito Divino, Natural, e das Gentes, deduzindo deste Principio varias illações até atacarem o Poder Legislativo dos Summos Imperantes sobre as ultimas vontades; ou seja para totalmente as prohibir; ou seja para as moderar; ou seja para as revogar depois da morte dos Testadores; ou seja para as dispensar sem causa pública: Outros já seguem a distincção; que os Testamentos, quanto á sua invenção e origem, tem fundamento no Direito das Gentes; e, quanto á sua forma, e solemnidades forão, regulados pelo Direito Civil positivo: Os DD., que assim o sustentarão, e suas razões, se podem ver nos que vou citar (Nett. de Testam. L. 1. T. 1. a n. 4. Portug. de Donat. L. 2. C. 11. n. 64, e L. 3. C. 16. n. 2. et 3. Scalon. de Testament. C. 1. §. 1. a n. 74. Harprectr. ad Princ. Inst. de Testam. an. 62., Pinheri. de Testam. in Proem. a n. 4, com outros muitos Heinecc Syllog. Opuscul. tom. 2. Exerc. 24. de

Testamenti factione Jure Germanico §. 1., Struv. et Muler Exerc. 32. Thes. 3.

§. 2.

Pelo contrario: Que só no Direito Civil, e não no Divino, Natural, e das Gentes tem fundamento a faculdade de testar, defendem largamente outros e graves DD. (Henriq. Coccej Vol. 2. Disp. 19, seu filho Samuel de Coccej. Justit. Nat. e Roman. no Syst. a §. 293, et Jus Controv. L. 28. T. 1. Q. 1. Thomaz. Disp. *de Origin. Success. testamentar.* et. in. Not. de Us. prat. ad Instit. L. 2. T. 10, Stryk. Vol. 11 Disp. 26. á §. 51. et Vol. 14. Disp. *de Favore Testamentor. non favorab.* = Hein. ad Prot. de J. B. et. P. L. Liv. 2. C. 6. §. 14. n. 2., e mais largamente na citada Dissert. = *De Testamenti factione jure Germanico* = Boehm. ad Pand. Exerc. 74. no Proem., Card. de Luc. *de Testament.* in Summ. §. 1, o Addicionador de Ferrar. verb. *Testamentum.* Art. 1. n. 2. etc.) Sobre este objecto discorreo largamente o sabio e moderno Pinto na sua Obra. Quem seria eu para entre tantos e tão graves sondar o mais certo e sólido destas Opiniões? Entre tanta variedade, Eu, que no Aviso estampado no Tom. 1. das Obras do grande João Baptista Furgole, vejo os seus maiores elogios: Eu, que vejo ser esta Obra a mais moderna (exceptuada a de Pinto, que carecia, como mostra, deste Livro): Eu, que vejo o fundamento do seu Cap. 1. no Tractado dos Testamentos (e por ser Livro raro) me proponho o trabalho de o transcrever para os curiosos, que d'elle carecerem (Eis-aqui o novo e ultimo Discurso de Furgol. Cap. 1, que sou obrigado seguir no meio de tanta variedade.)

„ A maneira de dispor por Testamento he tão
 „ antiga que, se dêsse credito aos actos referi-
 „ dos nos Livros debaixo do titulo de *Testamen-*
 „ *tos dos Patriarchas*, Adão nosso primeiro Pai
 „ teria usado da faculdade de testar; por onde se-
 „ ría preciso fazer remontar a origem dos Testa-
 „ mentos quasi tão longe como a creação do ho-
 „ mem.

„ Ainda que Origenes, e alguns outros antigos
 „ tenham feito menção nos seus Escriptos dos Tes-
 „ tamentos dos Patriarchas, os Sabios, e os melho-
 „ res Criticos (Calmet. Diction. Histor. e Crit. da
 „ Biblia verb. *Testamento*. Selden. *de Success. in*
 „ *bon. defunct. secund. Disciplin Hebr.* C. 24.) tem
 „ com razão olhado esses actos como suppostos, e
 „ apocriphos; mas isto não obsta que se não te-
 „ nhão provas, que a origem dos Testamentos he
 „ antiquissima, e que não se possa referir aos pri-
 „ meiros tempos, aonde os descendentes de Adão
 „ tem possuido seus bens separadamente, depois de
 „ os dividirem entre si; o que succedeo no tempo
 „ de Heber, Pai de Phaleg, como se refere no
 „ Genes. C. 10. v. 5. e 25, isto he, no anno do
 „ mundo 1757, e 2247. antes da era vulgar. Elles
 „ tem sido induzidos a inventar hum genero de
 „ disposição propria a fazer conhecer a sua von-
 „ tade para servir de regulamento na sua familia,
 „ e para distribuir seus bens da maneira, que elles
 „ achavão conveniente, segundo o gráo de mereci-
 „ mento daquelles, que seriam chamados pelas Leis
 „ da natureza para os receber, ou para os deixar
 „ áquelles, a que a amizade os conduzisse a dispor
 „ em seu favor.

„ Nós não podemos remontar aos tempos, que
 „ se tem passado antes do Diluvio, porque não

„ parece que a Terra tivesse sido partida ; basta-nos
 „ de nos fixar ao que passou depois deste terrivel
 „ acontecimento.

„ *Eusebio* na sua *Chronica*, depois de *Cedreno*
 „ nos seus *Annaes* ou *Historias* abreviadas p. 10 da
 „ Edição de Basse de 1566, referem que Noé, se-
 „ gundo a ordem de Deos, fez seu Testamento,
 „ pelo qual elle partio toda a terra a seus tres fi-
 „ lhos. Elle deu todo o Oriente a Sem, a Africa
 „ inteira a Cham, e a Japhet toda a Europa com
 „ as Ilhas, e as partes Septentrionaes da Asia. Ten-
 „ do assim regulado a sua partilha, elle a reduzio
 „ a hum Escripto ; e, depois de o ter recitado a seus
 „ filhos, elle o sellou, e o conservou até que, sen-
 „ tindo-se proximo ao seu fim, elle o remetteo a
 „ Sem o mais piedoso de seus tres filhos: Eis-aqui
 „ a passagem de *Cedreno* tal como se acha na ver-
 „ são de Guilherme Xilander (aqui transcreve Fur-
 „ gol. essa passagem de *Cedreno*, que eu deixo de
 „ transcrever, não omitindo as suas ultimas palavras,
 „ ut ibi = *Moritur, et tribus suis filiis mandavit,*
 „ *ne quis eorum fratris regionem invaderet, eum-*
 „ *ve injuria aliqua afficeret, alioquin hoc eis dis-*
 „ *cordiarum et bellorum intestinorum causam al-*
 „ *laturum.* Testamentum Semo, quia ætate, ac
 „ pietate præstanti, tradidit ”)

„ Ainda que no Genesis, nem em algum outro
 „ dos Livros Sagrados se não faz menção desta par-
 „ tilha, e se ignora d'onde estes Auctores tem ti-
 „ rado estas particularidades, como nota Calmet
 „ no seu Commentario sobre o Genesis Cap. 10 v.
 „ 1. Vê-se com tudo no Tractado das Heresias de
 „ Philastrio, Bispo de Bresse na Italia, que viveo
 „ no quarto Seculo, que se olhavam como hereticos
 „ aquelles, que duvidavam disto.

„ Seja , como for , nós temos textos precisos
 „ nos Livros Sagrados , que nos indicão que a ma-
 „ neira de dispor por testamento estava em uso
 „ muito tempo antes da Lei de Moyses : O que
 „ pode fazer crêr , não sómente que Noé usou des-
 „ ta faculdade , mas ainda que seus predecessores
 „ tinham usado della antes do Diluvio.

„ Em effeito : Ve-se no Cap. 15 v. 2. é 3 do
 „ Genesis que Abrahão , vendo-se sem filhos , se ti-
 „ nha proposto fazer seu herdeiro o filho de Elea-
 „ zar , Intendente da sua Casa , *Mihi autem non*
 „ *dedisti semen : et ecce Vernaculus meus heres meus*
 „ *erit* ; o que suppõem assás o uso de fazer Testa-
 „ mento , pelo meio do qual Abrahão se propunha
 „ deixar a sua successão ao filho de Eleazar ; por-
 „ que o Testamento tem sempre sido a maneira
 „ mais natural de fazer passar os bens a pessoas
 „ estranhas , e que não fossem chamadas á succes-
 „ são pelos direitos do sangue , e da parentella.

„ No Cap. 25 v. 5 e 6 do mesmo Livro , de-
 „ pois que o Historiador Sagrado referio o matri-
 „ monio de Abrahão com Cetura , e os descen-
 „ dentes deste matrimonio , elle ajunta : *Deditque*
 „ *Abraham cuncta quæ possederat Isaac : filiis*
 „ *autem concubinarum largitus est munera*. Eis-
 „ aqui huma Instituição de herdeiro em favor de
 „ Isaac , e de Legados em favor de seus outros fi-
 „ lhos. Tudo isto designa bem claramente huma
 „ disposição testamentaria.

„ Parece ainda alguma cousa de mais preciso no
 „ Profeta Ezechiel C 46 v. 17 e 18 , que falla do
 „ poder , que o Principe tinha de dispôr de seus bens :
 „ *Si autem dederit legatum de hereditate sua uni*
 „ *servorum suorum , erit illius usque ad annum*
 „ *remissionis , et revertetur ad principem : be-*

„ *reditas autem ejus, filiis ejus erit. Et non acci-*
 „ *piet princeps de hereditate populi per violenti-*
 „ *am, et de possessione eorum: sed de possessione*
 „ *sua hereditatem dabit filiis suis.*

„ A palavra *Legatum*, que caracteriza própria-
 „ mente a disposição testamentaria, indica de hu-
 „ ma maneira segura a faculdade de testar; da mes-
 „ ma forma que a liberdade concedida ao Princi-
 „ pe de deixar, a titulo de herança, a seus filhos,
 „ não os bens de seus Subditos, mas os seus pro-
 „ prios, e de avantajá-los mais que os outros á
 „ sua vontade.

„ O que se lê nos Capítulos 27, 48, e 49 o
 „ Genesis, das bênçãos de Jacob para Isaac, e por
 „ Jacob de seus doze filhos, não são verdadeiras
 „ disposições testamentarias? Isaac sujeitou Esau a
 „ seu Irmão Jacob. Eis-aqui hum primeiro regula-
 „ mento de familia. Elle dispoz, em favor de Jacob,
 „ das suas possessões as mais ferteis: Este he o se-
 „ gundo regulamento, e a materia mais principal
 „ dos Testamentos; e ainda que elle foi vivamen-
 „ te sollicitado por Esau para revogar a sua dispo-
 „ sição, como elle o podia fazer, segundo a nota
 „ dos Interpretes, elle com tudo o recusou, porque,
 „ sendo divinamente illuminado, conheceo que tu-
 „ do, o que se tinha passado, era conforme a vonta-
 „ de de Deos.

„ Jacob regulou da mesma forma a preferen-
 „ cia entre seus filhos, e lhes distribuiu seus bens;
 „ e, ainda que José não fosse o mais velho, elle lhe
 „ deixou com tudo dobrada porção, que era o lote
 „ e a partilha de mais velho. Esta disposição se exe-
 „ cutou, não somente por respeito aos bens, que
 „ Jacob possuia ao tempo da sua morte; mas ain-
 „ da por respeito á Terra promettida; porque, de-

„ pois que Josué fez della a Conquista , assignou
 „ della huma dobrada porção aos descendentes de
 „ José , isto he , aos que representavão Manasses , e
 „ Ephraim seus filhos , como se pode ver no li-
 „ vro de Josue Cap. 14 v. 4. Cap. 15 , e Cap 16.

Nota : A estes Lugares das Sagradas Le-
 tras accrescenta Domat. pag. 260 Col. 2 os
 Lugares do Genes. C. 48 v. 5 , e v. 12 , o Div.
 4 Reg. Cap. 20 v. 1. Isai. C. 38 v. 1 , o Apos-
 tol. ad Galat. 3. 15. ad Hæbr. 9. 16 e seqq. ,
 Seguindo tambem o mesmo Domat , que os
Testamentos são auctorisados pelo Direito Di-
vino.

„ Porém (continúa Furgole) , segundo a nota de
 „ *Joaquim Stephani de Jurisdict. Lib. 1. C. 10*
 „ *n. 32.* e seguintes , esta liberdade de testar entre
 „ os Hebreos não era infinita. Aquelles , que tinham
 „ filhos , não podião dispor , a titulo perpetuo , de
 „ bens immoveis , senão em favor de seus filhos :
 „ Na verdade lhes era permittido fazer Legados a
 „ estranhos ; mas os bens legados não podião ser
 „ possuidos pelos Legatarios estranhos , ou seus her-
 „ deiros , senão até o anno do Jubileo , depois do
 „ qual os bens devião tornar aos herdeiros dos fi-
 „ lhos do Testador , o que he fundado sobre o tex-
 „ to preciso de Ezechiel.

„ Mas era permittido aos Pais dispôr por Tes-
 „ tamento em favor de seus filhos , da maneira que
 „ bem lhes parecesse. *Nam fas esse hæredes pro*
 „ *lubitu instituere ex eis , qui ex Lege cohære-*
 „ *des forent , ex illo Deuteron. C. 21 v. 16 ; adve-*
 „ *neritque dies quo divisurus est hæreditatem*
 „ *filiis suis ac si hæredem modo ex filiis illis*

„ *seu liberis sumpti sunt, institutio libera patri*
 „ *permitteretur*, diz Selden de Success, in bon. He
 „ bræorum Cap. 24.

„ He verdade que, segundo o mesmo Auctor
 „ no lugar citado, os Hebreos não podião testar du-
 „ rante a noite, porque a Instituição de herdeiro
 „ era respeitada como hum acto judicial, que a sua
 „ lei não permittia exercitar senão durante o dia.
 „ Desde que nós vemos o uso dos Testamentos
 „ introduzido, recebido, e estabelecido nos He-
 „ breos, não he difficil de conhecer de que maneira
 „ o mesmo uso se tem introduzido, e estabelecido
 „ entre os outros Povos.

„ Nós sabemos, pela Escriptura Sancta, que os
 „ Hebreos habitárão no Egypto 110 annos, segun-
 „ do a interpretação, que certos Interpretes (*Gro-*
 „ *tius, Sacy*) tem dado ao Cap. 12 v. 40. do Exo-
 „ do; ou 115 annos, segundo outros (*Calmet*). Os
 „ Egypcios tem aprendido dos Hebreos a usar da
 „ faculdade de testar, e de dispor de seus bens, se
 „ elles o não tinham já aprendido de seus antigos
 „ descendentes de Cham, que o teria aprendido de
 „ Noé seu Pai.

„ Como os Egypcios erão os Povos os mais po-
 „ lidos de toda a antiguidade, quando os Gregos
 „ se fizerão Leis depois de unidos nas Cidades,
 „ assim como o refere *Plutarco na vida de Theseu*,
 „ os seus Legisladores, que tinham viajado no Egy-
 „ pto, e conferenciado com os Sabios deste Reino,
 „ dahi tomarão o empréstimo das principaes Leis e
 „ seus usos os mais uteis. Assim vê-se o uso dos
 „ Testamentos recebido na Lacedemonia, na Athe-
 „ nas, e nas mais Cidades da Grecia.

„ Vê-se em Tito Livio, e em outros Historia-
 „ dores Romanos, que o Povo Romano, não tendo

„ Leis sufficientes para os regular, enviarão, quasi
 „ 300 annos depois da fundação da Cidade, muitos
 „ Deputados a Athenas; e que sobre as suas me-
 „ morias a Lei das doze Taboas, que falla especial-
 „ mente dos Testamentos, foi erigida, recebida, e
 „ authorizada pelo Povo Romano. Pode-se mesmo
 „ conjecturar, do que Tito Livio refere no liv. 1 da
 „ sua Historia que Procas tinha legado o Reino
 „ de Alba a seu filho Numitor, que o uso dos Tes-
 „ tamentos era recebido nos Romanos, desde a fun-
 „ dação de Roma, e por consequencia antes da Lei
 „ das doze Taboas.

„ Os fragmentos desta Lei, que nos tem sido
 „ conservados por muitos Sabios, trazem no §. 14
 „ do T. de *Jure privato: Pater familias, uti le-
 „ gassit super familia, pecuniaque sua, ita jus
 „ esto*: Della se faz ainda menção na L. 120 ff. de
 „ Verb. sign, e em muitos outros Textos do Direi-
 „ to Romano.

„ Como os Romanos vierão depois dos tempos
 „ a ser senhores de tres partes do Mundo conheci-
 „ do, e elles obrigárão os povos vencidos a seguir
 „ a lei do Vencedor; o uso dos Testamentos teria po-
 „ dido introduzir-se quasi em todo o Universo des-
 „ ta maneira, seahi não tivesse sido antes recebido?
 „ Assim: não ha já mais Nações polidas do numero
 „ daquellas, aonde os particulares tem conservado
 „ a propriedade dos bens por elles possuidos, que
 „ não tenham recebido o uso dos Testamentos, e de
 „ dispor dos seus bens por esta maneira. *Corvin. in
 „ Enarrat. Cod. T. de Testament. Apud enim
 „ omnes gentes semper in usu fuit testamenti fa-
 „ ctio*, como diz Vesembeck. em os seus Paratit.
 „ sobr. o Dig. Tit. de Testam. et Qui testam. fac.
 „ poss. n. 8. Os Testamentos tem sido igualmente

„ recebidos nas Gaulas, como provão alguns anti-
 „ gos Monumentos, que nos restão, particularmente
 „ as Formulas de Marculfo, e o que nos ensinão
 „ Gregorio de Tours na sua Historia, e os Capitu-
 „ lares de Carlos Magno; mas não se tem hum co-
 „ nhecimento assás exacto do tempo, em que forão
 „ introduzidos. ”

Nota: Estas relações historicas de Furgole são tão veridicas, como mandadas ensinar nos Estatutos da Universidade L. 2. T. 3. C. 6. §. 10. e 11. ut ibi. = Na Historia dos
 „ Hebreos, e na dos successos, que a consti-
 „ tuem, se deterá (o Mestre) hum pouco
 „ mais . . . Fará ver, que *delles emanarão as*
 „ *Leis dos Egypcios, dos Gregos, e dos Ro-*
 „ *manos: Que successivamente as forão to-*
 „ *mando huns dos outros . . .* Ultimamente
 „ passará á Historia do Povo Romano . . . por
 „ serem as Leis Romanas aquellas, das quaes
 „ se deduzirão mais proximamente as que go-
 „ vernarão as Nações polidas depois da ex-
 „ tincção do Imperio Romano. „

He pois verosimil, que os Povos da Hispanha e Lusitania, em quanto dominados pelos Romanos, seguião as suas Leis Testamentarias, e dellas usarão: Os Godos, logo que occuparão esta parte do Orbe, fizeram hum notavel Codigo, e nelle tractarão de Testamentos, e das suas formas, como se vê no Liv. 4. T. 1. Lei. 1.^a e 2.^a Pelo Codigo das Leis Gothicas se regeo por muito tempo a Nação Portugueza, antes de ter Leis proprias, e privativas. Estat. da Univers. L. 2. T. 6. C. 3. §. 26: Nós com effeito ainda desde a era de 1308 até 1371. vemos Testamentos, em parte conformes com o

dito Codigo, quanto á disposição da *Terça*, e *Quinto*: Veja-se o immortal Ribeir. na Obs. Diplom. 7. a pag. 108.

„ Mas (prosegue Furgole) todas as Nações
 „ não tem usado do poder de dispôr dos bens com
 „ a mesma amplitude, e extensão. Antes da Lei
 „ de Moyses, os Hebreos, que não tinham filhos,
 „ podião fazer Testamento, e instituir hum herdeiro
 „ estranho em prejuizo dos parentes collateraes,
 „ como nota Selden. de success. in bon. Hebræor.
 „ C. 24. Depois da Lei de Moyses a faculdade de
 „ testar era limitada á distribuição dos bens, ou a
 „ hum simples direito de eleger hum dos parentes
 „ do numero daquellës, que terião devido receber
 „ a successão abintestato. Os filhos não podião ser
 „ desherdados; elles erão mesmo herdeiros necessa-
 „ rios de seus Pais, e elles não erão admittidos a abs-
 „ terse da sua herança, *Joachim Stephan. de Ju-*
 „ *risd. L. 1. C. 10. n. 35*; Ou, como diz Selden.
 „ lugar citado: *Nemo potest alium instituere præ-*
 „ *ter eum, qui ex eis est, ad quos hæreditas ju-*
 „ *re communi spectat, nec hæreditatem ab hære-*
 „ *de funditus tollere, nempe ad eum, qui hæres*
 „ *omnino non est, transferre*

„ Os Lacedemonios tinham a liberdade de ins-
 „ tituir todas as sortes de pessoas, mesmo estra-
 „ nhas, em prejuizo, e sem fazer menção de seus
 „ filhos. *Stephan. no lug. citad. Alexand. ab Ale-*
 „ *xandr. Genial. Dicr. L. 6. C. 10.*

„ Os Athenienses não podião testar em favor
 „ de estranhos, quando elles tinham filhos, da con-
 „ ducta dos quaes não tinham razão de se queixar:
 „ mas elles tinham a liberdade de recortar seus fi-
 „ lhos desobedientes, e privallos de todo o direito

„ de succeder, segundo a Nota do meistro Joa-
 „ quim Stephani. n. 40, e de Alex ab Alexand.
 „ no lugar citado, depois de *Demosthenes in Orat.*
 „ *contra Stephan.*

„ Em os Romanos, (Instit. de Exhæred. Liber.
 „ in pr.) pelo seu antigo Direito os filhos, que es-
 „ tavão em poder do Testador, devião ser institui-
 „ dos ou desherdados; mas os que estavam emanci-
 „ pados, erão othados como estranhos, porque
 „ elles não tinhão mais capacidade de succeder,
 „ que dependia do Laço Civil do poder patrio; o
 „ mesmo das filhas, e descendentes dellas. Pelo
 „ Direito medio (do Pretor) o Pretor concedia
 „ aos Filhos emancipados, ás filhas, e a seus des-
 „ cendentes o direito de demandar a posse dos bens,
 „ como que se não tivessem sido emancipados. Mas,
 „ pelos Direitos das Novellas, não sómente he ne-
 „ cessario que os filhos machos, ou femeas, eman-
 „ cipados, ou não, sejam instituidos *in re certa*,
 „ mas ainda elles não podem ser desherdados, se-
 „ não por alguma das 14 causas expressas na No-
 „ vell. 115. D'outra fórma he nullo o Testamen-
 „ to, quanto á Instituição.

„ Destas Reflexões, que nós viemos de fazer,
 „ resulta a decisão bem clara de huma grande
 „ questão agitada pelos Interpretes, e sobre a qual
 „ se tem formado quatro opiniões differentes. Se a
 „ origem dos Testamentos deve ser referida ao
 „ Direito das Gentes, ou ao Direito Civil; porque,
 „ se he verdade, como não se pode duvidar, que
 „ o uso de dispor por Testamento tem sido rece-
 „ bido, em quanto não havia outra Lei mais que a da
 „ natureza, não he possivel attribuir a sua origem ao
 „ Direito Civil. Este he tambem o sentimento dos
 „ melhores Interpretes, e notavelmente de *Ibeo-*

„ *philo sobr. o §. 1. Inst. de I. N. G. et C. e*
 „ *de Vesembecq. no lugar citado, que o Direito*
 „ *de fazer Testamento deriva do Direito das*
 „ *Gentes.*

„ Mas devem-se referir ao Direito Civil os Re-
 „ gulamentos, que tem sido feitos sobre a fôrma,
 „ a solemnidade dos Testamentos, a capacidade ac-
 „ tiva, ou passiva, e as outras condições, que são
 „ necessarias, para serem efficazes as disposições tes-
 „ tamentarias. Para hum mais grande esclarecimen-
 „ to desta questão famosa, pode-se ver o que nella
 „ tem escripto Vasq. de Success. §. 1. in pr. et. n.
 „ 1. aonde as differentes opiniões dos Auctores
 „ são referidas; o Presidente Faber de Error. Prag-
 „ mat. Decad. 56. Err. 2., e os Auctores referidos
 „ por Gonzales sobre o Cap. *Relatum.* 1 1. x de
 „ Testam. (e os acima citados §. 1.)

„ Os Interpretes do Direito Civil examinão a
 „ Questão sobre a origem dos Testamentos, para
 „ decidir outras difficuldades, que elles agirão, e
 „ que consistem, a saber: se se tem podido fazer
 „ Leis para limitar a faculdade de testar a certas
 „ pessoas; se se tem podido prohibir outras; se se
 „ tem podido exigir para a validade dos Testamen-
 „ tos mais grandes formalidades, que as do Direi-
 „ to das Gentes; e muitas outras semelhantes ques-
 „ tões: Mas pode dizer-se, que *esta discussão he*
 „ *indiscreta*; porque, supposto a origem dos Tes-
 „ tamentos seja do Direito das Gentes, nada im-
 „ pede que aquelles, que tem o Poder Legislati-
 „ vo, não tenham podido fazer Regulamentos, que
 „ elles tem crido necessarios sobre a faculdade de
 „ testar, e sobre a forma dos Testamentos; *por-*
 „ *que estes Regulamentos não tem por objecto, mais*
 „ *que o bom Governo dos Cidadãos:* „ Até aqui o
 „ grande *Furgole.*

§. 3.

Combinem agora os Curiosos este Discurso, e Conciliação de Furgole com os dos Escriptores referidos no §. 2, e fação justiça a quem mais a merece. Quanto a mim: Os Direitos Divino, Natural, e das Gentes a este respeito, são *permissivos*, e não são *preceptivos*: Ninguem já mais foi obrigado testar por Direito algum (Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 1. §. 5.) As Leis dos Summos Imperantes, que, ou totalmente prohibem a facção testamentaria a todo o Individuo; ou incapacitão a alguns a facção *activa*, e a outros a *passiva*; ou restringem a liberdade só a respeito de certos bens; ou prescrevem as Solemnidades dos Testamentos etc. Estas Leis não são oppostas ao Direito Natural, ou Divino *preceptivo* (que aqui não ha); e, quando assim, pode entrar sem dúvida o Poder do Rei, que não offende o *preceptivo*, ainda que se opponha ao permissivo; quando assim o exige a saude da Republica (Stryk. suprâ §. 9. Vasques de Success. L. 1. §. 1. n. 4.: confirão-se os Principios geraes de Doniat. no Tract. das Leis C. 11. Art. 32.) Ainda mesmo pode destruir ou moderar as ultimas vontades dos Testadores (aliàs em si válidas, e permittidas), quando a Causa pública assim o pede. (Vejão-se os DD. que cito no meu Tract. de Morgados. C. 10. §. 8. na Nota.

§. 4.

Com effeito: Ha Nações, em que os Legisla-dores absolutamente prohibirão a facção testamen-taria; (Gisebert. in Peric. Statut. P. 2. Art. 26 n.

41. Heigius L. 1. quæst. illustr. 23. a n. 9.) e não faltão Declamadores contra a geral permissão de testar, e promovendo a total proscricção dos Testamentos, já nas Republicas, em que as fortunas dos Cidadãos devem ser iguaes (Montesq. Spir. das LL. Liv. 5. C. 8. Filang. Scienc. da Legisl. L. 2. C. 3. e 4.) já em beneficio da Successão natural, e originaria abintestato; já para precaver a multiplicidade de demandas sobre testamentos, que perturbão a paz pública, estragão os patrimonios, e as heranças mesmas; já para occorrer aos *beredipetas*, aos falsarios, ás maquinações, ect. que são frequentes; já por não haver razão, para que o Individuo disponha de hum dominio, que finaliza com a sua morte, ect. (Stryk. de Cautell. Testam. C. 1. §. 1. 2. 5. 7. 8.) Em outras Nações se restringe a liberdade de testar, só aos moveis, e não aos immoveis; em outras só aos adquiridos, e não aos hereditarios; em outras permittindo-se Doações, só se prohibem os actos de ultima vontade. (Stryk. supra §. 5. Voet. ad Pand. L. 28. T. 1. n. 2.) Porém sobre estas Legislações, *maximè* as que prohibem a liberdade de testar, nenhum pensou tão seriamente, a meu ver, como o grande Voet, que tomo o trabalho de transcrever (Voet. supra d. a. 2. ibi.), e com o qual concludo a Dissertação.

„ An autem testamentariæ dispositiones in Re-
 „ publica tolerandæ sint; an potius sola videatur
 „ admittenda successio legitima, non modo inter
 „ Interpretes controvertitur; sed et ipsis Jurium
 „ hodiernorum Conditoribus non una mens est: nam,
 „ utut sileam, Germanis antiquis non aliam legiti-
 „ mam successionem placuisse, secundum *Taci-*
 „ *tum de moribus Germanorum*; sunt, quorum
 „ Legibus omnis testamenti factio tam in mobili-

bus, quam in immobilibus, sive conquisitis, si-
 ve hæreditariis, improbatur. Sunt, qui eam in
 mobilibus, non immobilibus admiserunt. Aliis
 dispositionem de immobilibus acquisitis, non ve-
 ro hæreditariis, permittere visum fuit. Nec de-
 sunt, qui justum putarunt omnium conquisito-
 rum, et partis certæ hæreditariorum immobilium
 liberalitatem testamento fieri. Quidam denique
 de certa parte immobilium sive conquisitorum,
 sive hæreditariorum suprema condi elogia con-
 cesserunt, Perez... Lamb. Gons.... Sande... An-
 ton. Math.... Parens meus Paul. Voet, etc.

Pro testamentis tamen ratio stare videtur;
 ut ita quis remunerationem benemeritis facere de
 suo possit, ubi spes sibi bona retinendi per im-
 minentem moralitatis casum sublata est; nec te-
 neatur præcise suam iis relinquere hæreditatem,
 a quibus, utcunque proximis, nullo beneficio,
 sed injuriis, atque contumeliis et damnis potuit
 affectus esse. Quis enim non triste, atque lugu-
 bre fateatur, cum sui patrimonii jurisque univer-
 si expectare successorem, qui legum, hæredita-
 tes deferentium, fiducia fretus et audax, proter-
 vè contemnit, ac negligit sanguine proximum;
 nec posse judicio supremo his bona relinquere,
 qui vel cognatione juncti; sed remotiores, vel
 planè extranei, beneficiis cumularunt, aut jugi
 obsequio, multisque amicitiae tesseris sibi para-
 verunt successionis spem?

Neque dubium, quin ad tuendum, augen-
 dumque patrimonium alacriores longe sint futuri
 mortales, si ea possint illis relinquere, quos ma-
 xime diligunt; contra vero in otium, luxuriam,
 dissipationem, profusionem rerum proni ad mo-
 dum, nihil sæpe magis in votis habituri, quam ut

„ cum vitæ fine bonorum quoque finis sit , si illa
 „ suis propinquis a lege ad successionem vocandis
 „ invideant omnimodo , nec ulla ex parte cupiant
 „ quæsitâ , neque tamen testamento eos a sua pos-
 „ sint hæreditate , velut aves incommodas a Cana-
 „ beto . depellere .

„ Atque hinc etiam est , quod nonnulli , qui-
 „ bus olim suprema displicuerant morientium de
 „ bonis elogia , Leges antiquas in melius reforma-
 „ turi , testamenta suis in Territoriis permiserunt ,
 „ vel de tota substantia , vel de parte hæreditatis
 „ Sic enim in Comitatu Zutphaniensi de parte di-
 „ midia bonorum testari concessum anno 1604. Neo-
 „ magionenses quoque a veteri jure Gelrico testa-
 „ menta non adnuttente , hactenus recessisse , ut de
 „ immobilibus coram septem Scabinis ; de mobili-
 „ bus coram duobus disponi ultima voluntate pos-
 „ sit...et plenior perfectiorque de rebus immobi-
 „ libus ac mobilibus testandi forma præscripta fuit
 „ anno 1686. *

* Estas também talvez as razões porque
 pelo Decreto de 1778 se suspendêrão os §§. 1 ,
 2 , 3 , 4 , 5 , 6 , 7 , 8 , 9 da nossa Lei de 9
 de Setembro de 1769 ; razões justissimas : A
 experiencia me fez ver tudo o que ponderou
 Voet. em quanto senão suspendêrão os ditos §§.

„ Sed et quibus in locis perdurat etiamnum
 „ ius vetus solius successionis intestatæ , donatio
 „ tamen inter vivos , etiam bonorum omnium , arbi-
 „ trio domini permissa fuit , ita ut donans vel usum-
 „ fructum sibi excipere atque reservare possit quan-
 „ diu vivit , * prout id Flandris probatum , vel
 „ rerum suarum conductionem facere uno nummo ,

„ adeoque imaginaria conductione ; quæ tantopere
 „ ad eludenda jura vetera , testamentorum prohibi-
 „ toria , comparata sint , et quamprope ad testa-
 „ menta accedant , nisi quod voluntatis semel de-
 „ claratæ mutatio admissa non sit , facile intelli-
 „ gi potest .

* O §. 9 da dita nossa Lei suspenso para
 evitar estas fraudes prohibia as Doações com
 reserva de usufructo

„ Nec est quod quempiam turbet , admisso
 „ testamentorum jure amplam litium materiam esse
 „ uberemque causidicis inde messem cum magna
 „ patrimonii litigiosi imminutione , multas ea oc-
 „ casione multos heredipetas iniquos comminisci
 „ fraudes , et falsitates , fictas quin et sceleratas
 „ sæpe adhiberi adulationes , quibus capti atque
 „ circumventi homines simpliciores , aut in luxum
 „ proni , candidis atque sinceris , ac salutaria monen-
 „ tibus , aut amore vero non fucato insimulatove ,
 „ diligentibus proximis sanguine junctis antepo-
 „ nunt Luxuriæ Socios fautores , atque patronos ,
 „ aut ementia concitatis , et officiorum specie fal-
 „ lentes ; deniques non raro novercalibus odiis ins-
 „ tigatos corruptosque parentes maligne circa san-
 „ guinem suum inferre judicium .

„ Etenim , primò quidem hi testamentorum ,
 „ utiliter inductorum , abusus sunt ; quos tolli con-
 „ venit , usu manente . Præterquam quod et adver-
 „ sus hæc remedia a jure proposita sunt , pænæ
 „ scilicet in falsarios , inoffisiosi querelæ contra
 „ testamenta iniquam continentia exhæredationem .
 „ Sed et contractibus , jurejurando , instrumentis ,
 „ testibus aliisque quamplurimis in jure comproba-

» tis, lædi quem posse per malitiam hominum iis-
 » dem abutentium in aperto est, quæ tamen ob
 » abusus tales ex foro, et Republica eliminari ab-
 » surdum foret.

» Et quamvis nonnullis visum fuerit, ex do-
 » minio quidem fluere facultatem alienandi inter
 » vivos; sed cum quis moritur, amplius ad illum
 » non spectare res illas, quæ vivis solis inservire
 » queunt; adeoque perperam de iis disponi in ca-
 » sum, quo dominium amissum est: Tamen cum
 » inter omnes constet, unumquemque, qui libe-
 » ram habet rerum suarum administrationem, pos-
 » se in alienationibus per venditionem, donationem,
 » aliumque similem titulum faciendis, talem re-
 » bus alienandis causam imponere, quæ etiam post
 » mortem domini alienantis epitum est habitum;
 » veluti ne res per emptorem vendatur alteri, vel
 » ut hæredi venditoris retrovendatur; ratio non ap-
 » paret, cur non etiam testamento suo quisque ad-
 » huc vivens et sentiens certum præscribat ordi-
 » nem, secundum quem bona sua aliis post suam
 » mortem obvenire velit; præsertim, si consideres,
 » naturali ratione ei, cui quod plus licet, non de-
 » bere non licere quod minus est: huic enim con-
 » sequens est, ut, si quisque possit per actus inter
 » vivos statim plenum et absolutum rerum suarum
 » dominium in alios transferendo id efficere, ne ad
 » agnatos proximos illæ unquam perveniant, ut-
 » cunque deinceps id summopere optaret alienans;
 » longe magis ei permittendum videatur, ita testa-
 » mentaria dispositione alienare, ut adhuc pæni-
 » tentiæ locus sit, et agnatis proximis per muta-
 » tam testatoris voluntatem adhuc consuli pos-
 » sit, etc.

O exposto porém, e por mais permittidos que

sejão os Testamentos, ainda nos deixa na duvida: Se elles em si são odiosos, ou favoraveis? Dúvida sobre a qual passo a discorrer na seguinte Dissertação.

DISSERTAÇÃO II.

O odioso, e o favoravel dos Testamentos em casos de diversas circumstancias: O favoravel, ou odioso das successões abintestato contra as testamentarias. Conciliação destes odios, e favores quando entrão em collisão os herdeiros escriptos e os Legítimos: Ou se dispute a validade do Testamento ou se trate da sua interpretação; e Consectarios geraes, e especiaes, que desta conciliação se devem deduzir praticamente nos casos occorrentes.

ANTELOQUIO.

§. I.

GRocio, o grande Grocio (Grot. de Jur. Bell. et Pac. L. 2. C. 16. §. 10) admittindo a regra dos *Favoraveis* e *Odiosos*, e firmando o Axioma = *Favorabilia latè, odiosa stricte sunt interpretanda* = o exemplificou de varios modos. Porém Thomazio, Titio, Barbeirac, e Heineccio (Thomaz, Instit. Jurispr. Divin. L. 2. C. 12. §. 159. Titius Obs. 24. Barbeir. ad Puffend. de Jur. Nat. et Gent. L. 5. C. 12. §. 12. Heinecc. Plect. ad Grot., supra L. 2. C. 16. §. 10) se oppozerão a tal distincção, e a essas regras; assentando que dos favoraveis e odiosos não se podem firmar regras certas, e exa-

ctas; que são os favoráveis, e odiosos humas *ideas relatas*, que a diversos respeitos, o favoravel a hum, he odioso a outro; como o Dote, favoravel ao genro, he odioso ao Sogro; a pena criminal, odiosa, ao condemnado, he favoravel á Republica.

§. 2.

Porem praticamente occorrem no Foro causas em si mesmas favoráveis, não para se decidirem por hum favor da pessoa, que resulte em injustiça contra a outra (Cap. Ex tenore 11. de For. compet., Cap. 6. de Donat. inter vir. e uxor. Barbos. et Tab. Thes. Loc. Comun. L. 6. C. 20 Ap. 2. Veirão-se as Segund. Linh. Sobr. o Proc. Civ. Not. 495 e 560 n. 10.) mas para no equilibrio das provas, e das razões, na perplexidade do Magistrado, entrar o favor dessas causas para em favor dellas no igual parallelo se proferirem as sentenças (Causas, que largamente reforem, Stryk. vol. 8. Disp. 21. de *Incerta ambiguum decisionem* e §. 32. e 33, et in us. mod. Pand. L. 42. T. 1. §. 12. Bochmer. ad Decretal. L. 2. T. 19 §. 23, et tom. 4. ad Pand. Exerc. 65. C. 1. §. 17): Entre estas causas favoráveis connumerarão alguns, e grandes DD (Entre estes Bochmer, e Stryk. nos lugares citados) as causas Testamentarias para, em duvida, e quanto possivel, se decidir pela validade dos Testamentos, e em favor das ultimas vontades; cujos favores exuberão no Direito Romano (e largamente estofoou Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50 pag. 282. desde o n. 390 até o n. 402).

§. 3.

Como porem he seguro e acertado em opiniões, e rasões diversas escolher o caminho do meio; ou que fazendo distincção modifica huma e outra (Assim o deduz de muitas Leis Patrias Nogueir. Coelh. Lit. O. n. 60); o que praticarão Justiniano conciliando as dissensões dos antigos Jurisconsultos, Ulpicano as opiniões contrarias de Labeão e Octayiano; Gayo as de Proculo e Sabino: (Barbos. et Tab. Thes. Loc. Comm. L. 13. C. 30 Ax. 3): E como a opinião, que, conciliando opiniões, faz distincções, se aproxima mais á verdade: (Hontalb. de Jur. Superven. tom. 1. in praf. Souz de Maced. Dec. 9. n. 26): Esta a razão porque me proponho a demonstração da materia desta Dissertação pela sua mesma ordem, que a figurei, e com as mesmas distincções, e sem consecrarios.

ARTIGO I.

Fundamento da Successão abintestato entre os Collateraes, e o seu favor.
Systemas dos Juristas.

§. 4.

„ A terceira ordem das successões Legitimas,
 „ que he a dos Collateraes, tem seu fundamento
 „ sobre a mesma equidade natural, que chama ás
 „ successões os descendentes, e os ascendentes. Por-
 „ que os bens, que devem passar do defuncto a
 „ seus descendentes, ou na falta destes a seus as-
 „ cendentes, passam naturalmente áquelles, que re-
 „ presentão estes ascendentes, e que tem delles a

„ sua origem commua com o defuncto. Assim pó-
 „ de-se dizer em geral destas tres sortes de succes-
 „ sões de descendentes, ascendentes, e collateraes,
 „ que todas as pessoas, que são ligadas pelo nas-
 „ cimento em huma destas ordens, são considera-
 „ das, como huma familia, á qual Deos tinha des-
 „ tinado os bens daquelles, que a compõem, para
 „ os fazer passar de hum a outro successivamente,
 „ segundo a ordem da sua proximidade. E em fim
 „ esta successão pela proximidade he tão natural,
 „ que ella tem sido confirmada pela Lei Divina,
 „ Num. Cap. 27 v. 8. ibi = *Homo cum mortuus*
 „ *fuerit absque filio ad filiam ejus transibit hære-*
 „ *ditas; si filiam non habuerit, habebit successo-*
 „ *res fratres suos. Quod si et fratres non fuerint,*
 „ *dabitis hæreditatem fratribus patris ejus. Sin*
 „ *autem nec patruos habuerit, dabitur hæreditas*
 „ *his, qui ei proximi sunt. Eritque hoc filiis Is-*
 „ *rael Sanctum Lege perpetua.*”

§. 5.

„ Póde-se juntar por hum e outro principio da
 „ equidade da successão dos proximos parentes,
 „ como huma consequencia do primeiro que, quan-
 „ do ahi não houvesse outra Lei para as succes-
 „ sões mais que a vontade daquelles, que dispõem
 „ de seus bens, seria justo, e natural, que cada
 „ hum chamasse seus proximos parentes á sua suc-
 „ cessão, *se ahi não houvessem razões particulares,*
 „ *que obrigassem a diversas disposições:* Porque
 „ a lição, que faz o nascimento entre os ascenden-
 „ tes, e os collateraes, sendo a primeira, que
 „ Deos tem formado entre os homens para os unir
 „ em sociedade, e os atar nos deveres de hum

„ amor mutuo: Cada hum deve considerar na es-
 „ colha de hum herdeiro as pessoas, a respeito das
 „ quaes Deos o obriga por este primeiro laço mais
 „ que a respeito d'outros, e não os privar de seus
 „ bens sem justas causas. Assim pôde-se dizer,
 „ que as successões Legitimas *tem juntamente todo*
 „ *o favor da ordem natural*, que chama os pro-
 „ ximos parentes pelo direito do sangue, e pela
 „ affectação dos bens nas familias, e o favor da
 „ afeição, que lhes devem aquelles, que dispõem
 „ de seus bens, *se elles lhe não são indignos, ou*
 „ *se outros motivos racionaveis não justificão ou-*
 „ *tras disposições.*

§. 6.

„ Tal he ao nosso proposito o discurso de Do-
 „ mat. (Domat Loix Civil. P. 2. *des Successions.*
 „ no Prefac. pag. 259. Col. 2. no meio.) Eis-aqui
 „ o de Stryke (Stryk. no Tract. *de success. abin-*
 „ *testat.* Diss. I. C. I. a §. I.) Jus succedendi ab-
 „ intestato, si ex principiis suis derivetur, sine du-
 „ bio Juri gentium adscribendum. Siquidem, si si-
 „ ne testatione decedat quispiam credibile non est
 „ ejus cum mentis fuisse, ut bona cuivis occupan-
 „ ti cederent, sed potius, ut ille caperet, quem
 „ maiori affectione prosequeretur: Atqui hic in
 „ dubio proximus agnatus est. (Grot. de Jur. Bell.
 „ et Pac. L. 2. C. 7. §. 3.) Insuper ratio hoc de-
 „ siderat manifesta, dum, quos sanguinis vinculo
 „ sibi junctos videt, ad hos quoque bona derivari
 „ æquum existimat, ut adeo, quod naturali incli-
 „ nationi, ac officio quam maximè congruit hoc
 „ præsumatur quisque voluisse. (Puffendorf. de Jur.
 „ Nat. et Gent. L. 4. C. II. §. I.) Quod et fa-

„ miliarum favor postulat, non admittens, ut qui-
 „ libet extraneus bona defuncti capiat, potius enim
 „ illis, quos idem societatis nexus copulat, prospici-
 „ endum. Denique hoc usus omnium pene Gen-
 „ tium, Barbararum etiam, praesertim quoad suc-
 „ cessiones Liberatorum, comprobavit, quamquam
 „ in modo succedendi nunquam convenerint. (Hellig-
 „ in Donell. Liv. 9. C. 1. Let. A.) Nec Sacra Pa-
 „ gina hanc successionem ignorat, sed approbat
 „ potius, dum gradus successionis abintestato ipse
 „ Deus determinavit. ” etc.

§. 7.

„ Non tamen eorum probanda sententia, (pros-
 „ segue Stryk. §. 2.) qui principia hujus succes-
 „ sionis Naturali Juri, quatenus Juri Gentium oppo-
 „ nitur, adscribunt. Sic Gomez, (Gomez. L. 1.
 „ Var. C. 1. n. 2. et 3.) mobilia parentum bona
 „ ab immobilibus separat; et in illis Liberos succe-
 „ dere jure naturæ primævo, in cæteris vero Jure
 „ Gentium, seu naturali secundario asserit; a quo
 „ nec alienus est *Gilkennius*. (Gilken. de Pæser.
 „ P. 3. C. 3. n. 15.) Etenim sine dubio successio
 „ ex bonorum inter homines distinctione originem
 „ trahit. Hanc vero ignorat Jus Naturale propriè
 „ sic dictum (§. 11. Inst. de Rer. divis.); sed usus,
 „ ac necessitas eam distinctionem efflagitavit (§. 2.
 „ Inst. de Jur. N. G. et Civil. L. 5. ff. de Just. et
 „ Jur.) ut indè merito Juri Gentium ipsa simul suc-
 „ cessio adscribatur. *Ratio tamen naturalis à suc-
 „ cessionis origine non excludenda*, sed ex ea sola,
 „ ac simplici, qua Jus Naturale determinatur,
 „ successionem ortam esse, asserere vix licebit. *Po-
 „ tius hypothetica quædam necessitas ex bonorum*

„ *separatione oriunda, ne in incerto iterum sint*
 „ *bona, certum successorem estorsit.* Et hoc pa-
 „ cto explicandi textus varii, ubi vel *naturalem*
 „ portionem Liberis deberi, vel *naturam* Liberos
 „ ad successionem vocare dicitur. (L. 7. ff. de Bon.
 „ damnat., L. 36. §. 2. Cod. de Inoff. Testam.
 „ Novell. 1. Proem. §. 2.

§. 8.

„ Differentiam vero hęc aliqui constituunt (aında
 „ falla Stryk. §. 3. e 4.) inter successionem Libero-
 „ rum, et aliorum sanguine junctorum: Illam juris
 „ naturæ dicunt . . . Verum, utut admittam in
 „ collateralibus non tantam succedendi rationem
 „ esse, quam in Liberis: Attamen Jus nostrum
 „ omnem cognatorum successionem Legi naturali
 „ tribuit; (L. ult. Cod. Quor. bonor. Thesaur. Dec.
 „ 127. n. 4. Mul. supra pag. 610. col. 2. in princ.)
 „ ut inde parum præsidii pro successione Libero-
 „ rum ex jure naturæ capi possit . . . Fortius strin-
 „ gere videntur ex Jure Divino Novi Testamenti
 „ (Nam quæ veteri Testamento disponuntur Num.
 „ C. 27. forensia esse, et inde morali necessitate
 „ non gaudere quilibet animadvertit) petita fun-
 „ damenta. Apostolus enim. 2. Cor. 12. 24. (aqui
 „ responde a essa doutrina, e depois conclue.) Ple-
 „ raque juris nostri placita æquitate gaudent evi-
 „ denti, nec Jure Divino improbata. Ea propter
 „ tamen nec Divini, nec Naturalis Juris sunt: sed
 „ *vel utilitas vel necessitas* eadem inter Gentes
 „ ad observantiam, et consequenter ad juris ne-
 „ cessitatem deduxit. (Et §. 5.) Ex dictis facile
 „ corrui eorum dogma, qui *soli juri civili* hanc
 „ successionem adscribunt, inter quos Ferdinandus
 „ Vasquez etc. *

* Montesq. Spir. das LL. Liv. 26. C. 6. e a Introd. ao Cod. da Russ. Art. 387 só attribuem ás Leis Civis a ordem das successões, a partilha dos bens, as porções nelles etc.

§. 9.

Pelo contrario Samuel de Coccey; (Coccey. Just. Nat. et Roman. nov. Syst. §. 287.) E outros mais (Gomez 1. Var. C. 11. n. 39. e outros, que referem e d' algum modo seguem Struv. e Mul. Exerc. 10. thes. 9.) sentem de outro modo; que os Collateraes *Jure naturæ invicem non succedunt*, exhibindo diversas, e bem sofisticas razões: *Formei* no Extract. de *Wolphio* escreveo estas geraes Proposições = Nós não temos outra razão de fazer „ bem a nossos Collateraes, em quanto taes, mais „ que a de reconhecer, relativamente a elles, os be- „ neficios dos Pais, que nos são communs; seja no „ primeiro gráo, seja no ulterior: Porém cada „ hum se presume *naturalmente* querer antes obri- „ gar com beneficios hum parente collateral que „ hum estranho = Os Collateraes, *qua* taes, não „ tem pois hum direito *perfeito* de exigir os deve- „ res da humanidade, e especialmente a participa- „ ção a nossos bens, e o direito de succeder nelles „ depois da nossa morte: Elles não são herdeiros „ naturaes. Elles não o são mais que voluntaria- „ mente.”

SYSTEMA DOS THEOLOGOS.

§. 10.

Stryke na Disputa de *Foro conscientiae* (Stryk. Vol. 2. Disp. 12. C. 4. a n. 21.) que por formaes palavras plagiou *Muler* (Mul. ad Struv. Exerc. 10. thes. 9.) depois de referir as Leis dos *Suevos*, *Danos*, *Anglos*, e outras Nações, que fazem herdeiros necessarios os Collateraes, e huma Lei Romana (L. Parentes 23. ff. de His qui not. infam.) „ concebida nestes termos = *Cæteri agnati, vel cognati, secundum pietatis rationem* etc. Elle com alguns Theologos, taes como *Diana*, e semelhantes assenta, que os Irmãos só por *caridade*, e não de justiça devem deixar alguma esmola aos Irmãos pobres: Porém eu prefiro a todos o mais moderno, e mais sabio Theologo, *Patuzzi* (João Vicente Patuzzi Theolog. Mor. tom. 5. Tr. 7. C. 20. Consect. 6. pag. 165.) que se explicou assim, com huma mais sã doutrina.

„ *Qui Consanguineos, vel affines habent pau-*
 „ *peres, et indigentes, licet hæredes necessarii non*
 „ *sint, illis potius quam extraneis, immo et causis*
 „ *piis, bona sua relinquere testamento tenentur.*
 „ *Et re vera ita postulat ordo caritatis, quæ jubet,*
 „ *ut nobis magis propinquis auxilium feramus.*
 „ *Quod multó magis verum est in Testatore ha-*
 „ *bente superstites fratres, vel sorores egestate pres-*
 „ *sos: istis enim nullo modo præferre potest ex-*
 „ *traneos, non solum quia contra caritatem, sed*
 „ *etiam ob scandalum, quod hoc pacto præberent:*
 „ *non enim hæc fratrum et sororum præteritio ali-*
 „ *unde oriri merito crederetur, nisi ex defectu fra-*

„ terni amoris , vel etiam ob odium , et indignatio-
 „ nem adversus ipsos ; (adde etiam ob suggestiones
 „ impias) præsertim si inimicitiae vel simultates
 „ inter ipsos præcessit. (Conf. §. 14.)

„ Nec extrema sit , oportet , vel admodum
 „ gravis fratrum , vel sororum inopia et egestas ,
 „ ut ex caritate suo Testamento illis benefacere
 „ *teneatur* ; sed sufficit , si impares sint vel ad fi-
 „ lios congruè juxta proprium statum alendos , vel
 „ ad filias congruè dotandas ; quibus inspectis , qui
 „ maiore premuntur angustia , et necessitate abun-
 „ dantiorẽ hæreditatis partem accipiant.

„ Nam , ut optimè animadvertit P. *Concina* ,
 „ *Testamentum exemplum esse debet et caritatis*
 „ *et justitiæ , et pietatis*. In eo igitur hæ virtutes ,
 „ quæ quidem omnem Christiani actionem ornare
 „ debent , in Testamentis , et ultimis voluntatibus
 „ maximè elucescant , oportet. Sunt etiam et ipsis
 „ causis præferendi præfati consanguinei , et affines
 „ indigentes ; quia caritas cæteris omnibus virtuti-
 „ bus supereminet . et ipsa largitio hæreditatis in-
 „ digentibus et affinibus pro pia causa haberi po-
 „ test , et certè pietatis Officium est. Quod suo ex-
 „ emplo , et doctrina confirmavit S. Augustinus ,
 „ qui , ut testatur Possidius in ejus vita , aliquas
 „ pias hæreditates recusavit „ non quia (scribit)
 „ pauperibus inutiles esse possent ; sed quia justum ,
 „ et æquum esse videbat , ut á mortuorum vel fi-
 „ liis , vel parentibus , vel affinibus magis posside-
 „ rentur , quibus ob eas deficientes dimittere nolu-
 „ erunt. ”

*Systema dos nossos antigos Lusitanos; das
nossas antigas, e modernas Leis.*

§. 11.

Desde o Seculo XIII até o principio do XVI vemos Testamentos, que das sepulturas dos Archivos desenterrou, e nos relatou o nosso grande e incomparavel Diplomatico (o Eximio Senador João Pedr. Ribeir. Observ. Diplom. 8. pag. 115), nos quaes se nota que nesses Seculos nunca já mais os Testadores testavão a favor de estranhos, desherdando os Irmãos, e Consanguineos, sem deixarem a estes por *arreda* (*Arredar* da fazenda ou herança: Excluir, lançar fora; não admittir alguem a ter parte nos bens de que se tracta. Fr. Joaq. de S. Roz. no Elucid. Verb. = *Arredar* =) de seus bens *cinco, cinco* (O mesmo Diplomatico, na Obs. 6. pag. 105. nos ensina que a repetição da mesma palavra numerica, como aqui = *cinco, cinco Soldos* = era para fazer a distributiva por diversas pessoas, cousas, ou tempos: E assim a cada hum dos Irmãos dos Testadores erão devidos cinco soldos) Soldos a cada hum, como mandava a Ordenação do Reino, e era costume nesses tempos: Costume, de que (diz o mesmo Diplomatico) ainda hoje se achão vestigios na Provincia do Alem-Tejo, em quanto nos Testamentos, pelos quaes se instituem herdeiros estranhos, se contemplão sempre os herdeiros Collateraes do primeiro grão com hum diminuto legado.

§. 12.

A Ordenação Manoelina L. 4. T. 74. de que foi compillada a Filippina Tit. 90 permittio a des-

herdação expressa, e a suppoz tacita, quando o Testador Irmão não faz de outro menção no Testamento; e só permittio ao Irmão contratabular o Testamento do Irmão, instituindo este pessoa torpe e vil, adoptando aqui o Direito Romano (na L. Fratres 27 Cod. de Inofficios. testam., e no §. 1. Instit. cod. Tit.: Táobem o mesmo Direito Romano se vê seguido pelo Cod. Freder. P. 2. Liv. 7. Tit. 6. §. 6): Porem a nossa ultima Legislação na L. de 25. de Junho de 1766, mudando de Systema nos declarou, que as disposições em favor dos estranhos são *incompatíveis com a humanidade e caridade christam; das quaes he sempre inseparavel o affecto entre as pessoas conjunctas pelo sangue, para se prestarem reciprocos soccorros e alimentos com preferencia aos que são estranhos etc.* A Lei de 9 de Setembro de 1769 no Proemio repetio, que *a razão natural, a caridade Christam, e a boa ordem das familias deferem as heranças a favor dos Propinquos etc.* concorda o §. 6 da mesma Lei: O Alvará de 31 de Janeiro de 1775 no Proemio repetio as mesmas palavras; e em fim o Assento de 9 de Abril de 1772 declarou, que são os Irmãos obrigados a alimentar os Irmãos *pelo Direito do sangue etc.*

§. 13.

Assim he que as ditas Leis de 25 de Junho, 9 de Setembro, e Alvar. de 31 de Janeiro, se achão suspensas pelo Decreto de 1778 (talvez pelos motivos ao diante expostos §.): Porem as suas razões são invariaveis; abonão o Systema de Domat, Stryke e outros (à §. 4): E como razões Legaes, universaes, certas, e invariaveis, ainda que estejam suspensas por outras as Leis, que nellas se firmá-

rão, são rasões, com que se pôde fazer para outros casos o argumento mais authorisado (Card. de Luc. de Feud, Disc. 1. n. 17 Disc. 26 n. 16; de Regal. Disc. 160 n. 32. de Judic. Disc. 35 n. 87. Salgad. in Labyr. P. 2 C. 29. n. 26): E ellas abraçando o Systema dos melhores DD., e reprovando os contrarios, me bastão para o fim, que me proponho de mostrar o favor dos herdeiros do Sangue, senão para deverem ser necessariamente instituidos, para se decidirem em seu favor nos casos duvidosos as nullidades dos Testamentos, quando vacilantes as suas validades; ou, quando validos, para em favor delles se fazer toda a benigna interpretação.

A R T I G O II.

Causas, que, sendo por experiencia frequentes, e praticadas em fraude dos Consanguineos, quando se fazem Testamentos os transtornão odiosos, e indignos do favor, que lhe tributárão os Romanos.

§. 14.

Eis-aqui o discurso de Stryk. Vol. 14. Disp. de Favore Testamentorum non favorabili (ou parte do mesmo Discurso.)

„ Si consideremus insuper personas testan-
 „ tium quo animo condant testamenta, eo magis
 „ patebit nullam hic reperiri favoris rationem soli-
 „ dam : Certe non abs re asseruit Argentæus ad
 „ Consuetud. Brit. ad rubr. T. 22., testamentum
 „ condere conscientiae periculosum, et justitiae con-
 „ trarium esse, si ab eo quod communius fit, et
 „ a potiori debet fieri denominatio. Plerumque non
 „ amore bene prospiciendi posteritati, sed odio du-

eti erga illos , quibus abintestato bona obveni-
 rent , vindictæ causa testantur (conf. §. 10.).
 Imo et ea , quæ piis causis relinquuntur , ut plu-
 rimum ex pravis affectibus procedunt. Sæpissimè
 quæ Ministris Ecclesiæ , templis , pauperibus le-
 gantur , non ex alia intentione proveniunt , quàm
 ex studio ut post mortem laudibus publicè præ-
 dicetur Testator ; et hac ratione pallium innume-
 ris vitiis , quibus aliàs scatuìt , aliisque offendi-
 culo fuit defunctus . . . Ita fastus , et superbia im-
 pellit homines ad pias causas.

„ Sed et avaritia haud paucos inducit ; cum
 „ enim per omnem vitam tenacissimi fuerunt , et
 „ proximo indigentì non modo non decima , sed
 „ nec millessima parte bonorum suorum , succurre-
 „ re voluerint ; nunc , cum bona sua , etiam inviti
 „ dimittere tenentur incipiunt liberales esse , cre-
 „ dentes satisfieri posse suo officio , si in testamen-
 „ to pauperibus , quamvis parce satis prospiciant.

„ Quid dicam de testamentis moribundorum ?
 „ Qui cum de anima sua , ejusque salute deberent
 „ esse seriò solliciti , et omnem curam rerum hu-
 „ manarum abjicere , tempus interim tam pretio-
 „ sum , et nunquam reparabile , his ineptis cogita-
 „ tionibus disponendi de rebus suis consumunt ;
 „ quibus testantibus favent Doctores , etiamsi per-
 „ turbati cogitatione mortis animi sint. Egregium
 „ favores testandi fundamentum ! Sed hoc quoque
 „ effecit ille favor testamentorum , ut moribundus
 „ haud raro á conjuge , proximisque agnatis , et do-
 „ mesticis infinitis modis turbari , et inquietari so-
 „ leat , quo testamentum ab eo extorqueatur , quæ
 „ species *Concussionis* non minima est. Imo , si
 „ alicui otium et occasio fuerit percurrendi acta ju-
 „ dicialia et archiva ; is facile deprehenderit testa-

„ menta nihil aliud esse quam seminaria litium;
 „ vix enim in lucem prodit testamentum, ex quo
 „ non processus novus oriatur... Hic est favor tes-
 „ tamentorum tantopere commendatus a Doctori-
 „ bus, etc. .

Ouçamos Heinecc. in Syllog. Opuscul. Exer-
 cit. 24 *de Testamenti factione jure Germanico*,
 ibi. =

„ Siquis porro causas, quibus impulsī pleriquē
 „ homines, præteritis proximis agnatis cognatis-
 „ que, extraneos hæredes scribant, paullo accura-
 „ tius consideret: et has ita comparatas esse ani-
 „ madvertet, ut rectius facturos fuisse Decemvi-
 „ ros, fassurus sit, si introducta testandi licentia
 „ improbitati non præstitissent patrociniū... Nes-
 „ cio an unquam latitantia hominum vitia magis
 „ erumpant foras, quam dum testes ad signandas
 „ tabulas coguntur. Tunc verò vel ira et odium,
 „ vel invidia, et livor, vel inertissimum vitiorum
 „ voluptas, vel stolidissimum omnium superstitio
 „ animum vel maxime in diversa rapiunt; ut tunc
 „ præcipue omnia improbe agantur, quando homi-
 „ nes mortalitatis suæ memores, se omnia sanctis-
 „ sima cura agere, simulant.

„ Jam pater durior et impius a prima sæpe of-
 „ fensa animum inducit, ut naturam ipsam ejuret,
 „ amoremque penitus insitum ejici ex animo, et
 „ parentem se esse obliviscatur. Jam alius noverca-
 „ libus dilinimentis, instigationibusque correptus,
 „ injuriam adversus liberos suos testamento indu-
 „ cit, et malignè circa sanguinem suum infert ju-
 „ diciū (L. 4. ff. de Inoff. testam.). Jam livor
 „ miserum excruciat testatorem; nec ille æquo ani-
 „ mo ferre potest cognatos, quorum ipse inopia
 „ semper lætatus est, et quibuscum simultates per-

„ omnem vitam exercuit, bonis ~~eris~~ potituros. Hinc
 „ extraneus scribitur hæres, qui vel stupro, aliis
 „ ve probris id beneficium meruit; vel milvii in-
 „ star testatorem captavit, dimissoque ad humil-
 „ limum obsequium animo, et hamatis beneficiis
 „ eum ad expungendas proximas necessitudines pel-
 „ lexit, etc.

„ Multi porro non pietate vera, sed superstitio-
 „ ne impulsus hæreditatem miseris cognatis præripi-
 „ unt; iisque piam causam præferendam existimant.
 „ Præclarum profecto est, et laude dignissimum
 „ bona elargiri pauperibus, vel ea ita dispensare,
 „ ut ad Ecclesiam, scholas, et miserabiles personas
 „ aliqua indé redundet utilitas. At plerique id eum
 „ in finem faciunt, ut oblata aliqua bonorum, sce-
 „ lere sæpe quæditorum, parte, transigant cum
 „ Deo, quem peccatis suis offensus esse sentiunt,
 „ eademque opera et Cognatis ægré faciant, et glo-
 „ riolam aliquam post fata consequantur.... Sic
 „ raro admodum contingit, ut Testatorum volun-
 „ tates ex recta ratione, virtutisque ac honestatis
 „ studio, et non potius ex odio, livore alioque im-
 „ potente animi impetu proficiscantur ”

Vejamos com mais energia o Prefacio do tom.
 1. do Cod. Freder. desde o §. 14 ibi. =

„ Deve-se convir, que seria vantajosissimo para
 „ o Bem público, e para o socego das familias,
 „ que senão tivessem jámais conhecido Testamen-
 „ tos, e que se tivesse deixado a successão áquel-
 „ les, que *a natureza, e a razão* chamão para
 „ ella, e que, *segundo a ordem das familias, abiz-
 „ tem hum Direito natural.*

§. 15 „ He em effeito huma verdade incontes-
 „ tavel, que as disposições testamentarias 1.º, são
 „ contrarias á razão: 2.º, que ellas não fazem se-

„ não causar odios, inimizades, e dissensões nas
 „ famílias : 3.º, que pela maior parte ellas são
 „ acompanhadas de fraude, calumnias, seducções
 „ etc, e 4.º que por causa do grande numero de
 „ formalidades, ou solemnidades, que as Leis re-
 „ querem para a sua perfeição; e subtilezas, que
 „ ahi se encontram, ellas dão lugar a huma multi-
 „ dão de Processos.

§. 17. „ A experiencia mostra que, de ordina-
 „ rio se fazem servir os Testamentos a privar, em
 „ todo, ou em parte, das successões aquelles, a
 „ que *a natureza e a ordem das Famílias* cha-
 „ mão; e por consequencia os Testamentos causão
 „ nas Famílias inimizades eternas.

§. 18. „ D'outra parte; quantas fraudes e en-
 „ ganos senão metem em uso, quando se tracta de
 „ fazer Testamentos? Que máos tratamentos huma
 „ mulher não tem ella para temer de hum marido
 „ avido, e brutal, se ella repugna render-se ás suas
 „ instancias, e fazer hum testamento para lhe dar
 „ seus bens em prejuizo de seus parentes?

§. 19. „ Da mesma forma; que não podem as
 „ caricias, as sollicitações, as intrigas, as lagri-
 „ mas, as importunidades de huma mulher sagaz,
 „ que, vendo seu marido moribundo, se aproveita
 „ da fraquesa do seu corpo e do seu espirito para
 „ lhe arrancar hum Testamento, aonde os paren-
 „ tes do marido são ordinariamente sacrificados?

§. 20. „ Não poderia sobre tudo imaginar-se a
 „ quantos inconvenientes os Testamentos podem
 „ ser sujeitos, e quantas fraudes ahi se commet-
 „ tem. Não se allegará caso, aonde se tenha sup-
 „ posto hum falso Testador, porque elles são ra-
 „ ros, ainda que disto ha exemplos * Mas ao me-
 „ nos a experiencia diaria prova que, pela maior

„ parte, estes Testamentos são feitos por Notários,
 „ Procuradores, e outras gentes, que a pobreza
 „ faz interessados, e avidos de ganho. Tem-se ra-
 „ zão de temer, que homens deste caracter não
 „ usem de collusão com aquelles, que se intrigão,
 „ para que se faça hum Testamento em seu favor;
 „ e que elles não suggirão ao Testador o que elle
 „ deve fazer para os favorecer. De outra parte; el-
 „ les podem torcer a seu arbitrio as palavras do
 „ Testador, e apontar mesmo por escripto cousas,
 „ que são contrarias á sua intenção.

* Eu vejo varios exemplos no Card. de
 Luc. de Testam Disc. 78 n. 4, e em Rub. de
 Testament. Cap. 43. a n. 39.

§. 21. „ Semelhantes suggestões são ainda mais
 „ para temer nas aldeas, aonde estas sortes de actos
 „ são dirigidas pela maior parte por ministros,
 „ que não tem algum conhecimento de Direito;
 „ e que obrão por odio, por paixão, ou por inte-
 „ resse, induzindo os pobres paizanos, que são pes-
 „ soas simples, a fazer Testamentos em prejuizo de
 „ seus filhos e outros parentes.

§. 25. „ Por estas razões muitos antigos, e ha-
 „ beis Juris-Consultos, não sem fundamento, tem
 „ sustentado, que os Testamentos são perniciosos
 „ á Sociedade, causando a ruina das Familias, e
 „ dando lugar a huma multidão de processos etc.

ARTIGO III.

Causas contrarias, que em certas occorrentes circumstancias, fazem dignos de favor os Testamentos.

§. 15.

„ As successões testamentarias (diz Domat. no
 „ citado Prefacio pag. 259. Col. 2. no fim) tem
 „ tambem seu fundamento na ordem da sociedade,
 „ e podem-se notar nesta ordem differentes causas,
 „ que fazem justa a liberdade de dispôr por hum
 „ Testamento. Assim pode succeder, que huma
 „ pessoa não tenha alguns parentes; ou aquelles,
 „ que elle tivesse, *se fizessem indignos de lhe suc-*
 „ *ceder; e neste caso a equidade de hum tal Tes-*
 „ *tamento he toda evidente: Assim: huma pessoa,*
 „ *que tivesse poucos bens provenientes d'alguma li-*
 „ *beralidade, ou do soccorro do bemfeitor, que se*
 „ *achasse em necessidade, poderia justamente dar-*
 „ *lhe, ou todos os seus bens, ou huma parte, e*
 „ *privar delles os Collateraes remotos, que fossem*
 „ *ricos. **

* He mesmo huma obrigação *antidoral*, de
 que largamente tractou Stryk. vol. 12 Disp. 8.
de obligatione antidorati, e podem conferir-se
 Henriq. Coccej. vol. 2. Disp. 43. *de Antido-*
ris, e Mant. de Tacit. L. 13. T. 15.

„ Assim: he justo que aquelles, de que os her-
 „ deiros fossem estrangeiros, que se chamão *Auba-*
 „ *nos* incapazes de succeder, possam dispôr de seus

„ bens em favor d'outras pessoas : Assim os Bastardos, que não tem parentes, que possam succeder-lhes, * se elles não tem filhos legitimos, elles não podem ter algum herdeiro abintestato, e nem ainda a Mãe; e he justo que elles possam dispôr de seus bens por testamento.

* No nosso Reino não são herdeiros dos Espurios as Mães; nem os consanguineos paternos; mas são seus herdeiros os maternos ex Ord. L. 4. T. 93; de qua vide Peg. in Tract. de Spur.

„ Assim em fim : he justo em geral que toda a pessoa capaz de dispôr de seus bens *possa exercitar os deveres da gratidão, e reconhecimento*, e outras obrigações, que podem movello a deixar, senão todos os seus bens, ao menos huma parte, a outras pessoas, que não sejam os seus herdeiros legitimos. E esta liberdade de dispôr he sobre tudo favoravel para os bens, que o Testador tiver adquirido pelo seu trabalho, e sua industria. ”

§. 16.

O mesmo Stryk na citada Dissertação = *De Testamentorum favore non favorabili*; reconhece o mesmo, *maximè* no outro caso, que figura, ut ibi. = „ Quid ergo? An semper odio dignum erit, si quis testari voluerit? Id verò non assero. Sæpe laudem meretur, qui de bonis bene prospicit posteritati, si videat hæredes abintestato non bene impensuros esse quod eis relinquitur, sed in fastu, et voluptatibus consumpturos, aut per avaritiam, quod egeno proximo debetur, negaturos; ut ita quædam testamenta favore digna esse queant. ”

§. 17.

Juntem-se aqui as razões de Voet. ad Pand. L. 28. T. 1. n. 2. já transcriptas na minha Dissertação 1.^a debaixo do §. 4, dignas de serem vistas, e juntas neste lugar: Assim se reconheceo em fim no dito Prefacio do tom. 2. do Cod. Frederico § 26, ut ibi. =

„ Porém como o direito de testar he respeit-
 „ do na maior parte dos Paizes da Christandade :
 „ como huma vantagem preciosissima aos sujeitos,
 „ E a maior parte dos homens acharião que se tra-
 „ ctavão com muita dureza, se se metessem na ne-
 „ cessidade de deixar abintestato seus bens adquiri-
 „ dos pelo suor de seu rosto a filhos, ou parentes
 „ manifestamente indignos. Não se poderia negar,
 „ que a equidade mesma não exige d'alguma ma-
 „ neira, que se deixe a cada hum a liberdade de
 „ avantajjar hum filho, que dá todas as sortes de
 „ satisfações; de excluir das suas successões aquel-
 „ les parentes, que pela sua má conduta não mere-
 „ cem ter parte na herança; de deixar signaes de
 „ lembrança áquelles, que, durante a sua vida, lhe
 „ tem testemunhado amizade, ou que os tem ser-
 „ vido com fidelidade: Em fim de fazer substitui-
 „ ções, e fideicommissos para conservação das suas
 „ Famílias, ect.

Nota: Estas (§ 15, 16, 17) talvez as ra-
 zões, por que, pelo Decreto de 1778, se suspen-
 dêrão os §§. 1, 2, 3, 4 até 9 da L. de 9 de
 Setembro de 1769, e a L. de 31 de Janeiro
 de 1775: Eu, que nesse tempo já versava no
 Foro, observei que muitos herdeiros, que o
 erão abintestato de pessoas, que só tinham

bens *hereditarios*, de que não podião dispôr, ludibriavão os Consanguíneos, erão-lhes ingratos, e os desprezavão, na certeza de que, quizessem ou não quizessem, lhes havião de passar esses bens: Observei que, para fraudar o §. 9 da mesma Lei de 9 de Setembro, se fingião Doações sem reserva de usufructo, intencionando os Doadores indirectamente gozallo em quanto vivos; mas logo em cabeça propria experimentavão o castigo da sua (não sei se innocente) fraude; porque os Donatarios, pela letra das Doações, não lhes davão jámais hum s^o grão de milho do que produzissem os bens doados. A dita Lei tinha (e ainda tem) modelo nas Nações civilisadas: Se se suscitasse (o que não he de esperar) dependeria de humma necessaria declaração, qual seria, que os Parentes poderião desherdar desses bens hereditarios aos herdeiros *abintestato* ainda por causas mais leves, do que aquellas, pelas quaes os Pais podem desherdar seus filhos, conforme a Ord. L. 4. T. 88.

A R T I G O IV.

Conciliação do uso dos Testamentos com as successões abintestato.

PRIMEIRA CONCILIAÇÃO.

§. 18.

Esta he a do grande Furgol: no Tract. dos Testamentos Cap. 2. Sect. 1. n. 2. ibi. =

„ Segundo a judiciosa Nota de hum Auctor mo-

„ derno , a Lei , em permittindo o uso dos Testa-
 „ mentos , tem elevado a vontade do homem sobre
 „ os estabelecimentos , que ella tinha feito para re-
 „ gular a fórma das successões legitimas , dando-lhe
 „ a liberdade de dispôr de seus bens até o ultimo
 „ momento da sua vida , segundo as suas differen-
 „ tes inclinações , e de chamar para a sua succes-
 „ são os estranhos , ainda com preferencia aos pro-
 „ ximos parentes : Ella tem querido deixar-lhe por
 „ este meio *o poder de conter na submissão aquel-*
 „ *les , que pela ordem do sangue são chamados á*
 „ *sua successão* , e de *adquirir os corações dos ou-*
 „ *tros , que da sua successão nada podem perten-*
 „ *der*. E com tudo as Leis não tem querido inteiri-
 „ ramente abandonar o seu imperio ; porque , mos-
 „ trando-se indulgentes em hum ponto ás vontades
 „ dos homens , dando-lhes huma especie de poder
 „ Legislativo , e a faculdade de derogar a Lei pú-
 „ blica sobre as successões *abintestato* * , ellas
 „ tem querido tellos sujeitos a hum outro ponto ,
 „ prescrevendo limites a este poder , impondo-lhe
 „ condições , e formalidades , a que ellas os tem in-
 „ dispensavelmente ligados. Daqui derivão sua ori-
 „ gem todas as solemnidades , que as Leis tem pres-
 „ criptas , das quaes ellas querem que os Testamen-
 „ tos sejam revestidos , a pena de nullidade , e de
 „ que os Testadores não podem dispensar-se , dero-
 „ gando-os , ou d'outra forma L. 55. ff. de Legat.
 „ I. , por quanto ellas são introduzidas mais em
 „ favor do Bem público , do que em favor do par-
 „ ticular. ”

* Com effeito : Muitos Seculos antes de se
 introduzirem nas Nações os Testamentos , já
 a ordem da successão *abintestato* estava esta-

belecida, e praticada, Boehmer. ad Pand. Exercit. 74. no Proemio: Este foi o principio do Direito das Gentes, e do favor da boa ordem das Familias (ut á §. 4). Esta Lei, que regulava a successão abintestato, esta Lei originaria anterior aos Testamentos, era huma Lei, como de Direito Público na intelligencia dos mesmos Romanos, que só se podia revogar testando em público com approvação do Povo, e como por hum acto Legislativo, que podesse revogar a anterior Lei da Successão, Boehmer. supra Cap. I § 1. Heinecc. Antiq. Roman. ad Instit. T. 10. §. 2. Thomaz. Dissert. = *Prima initia successionis testamentariae apud Romanos* = á §. 10. Idem Heinecc. in Syllog. Opuscul. Exerc. 25. = *de Origine Testamenti factionis* = á §. 16. Ainda mesmo a nossa Lei de 25 de Junho de 1766. §. 5. considerava a disposição testamentaria como *hum acto Legislativo e Serio*, isto he, como revogatorio da Lei, que regula as Successões *abintestato*, sempre primeiras, e originaes.

§. 19.

Coincide em parte com Furgole, Peg. no tom. 4. á Ord. pag. 269. n. 264., ut ibi = *Secunda ratio est, quam refert a parente accepisse Oldendrop., Scilicet, cur civilis æquitas, quæ formulas cum superstitione improbavit, has nimias, et captiosas solemnitates exigeret in Testamentis, quas vix observare quisquam potest? Respondisse, ipsum non displicere Legislatori, ut ad proximos cognatos devolvatur hæreditas, et familiaræ, ad quos naturali, et civili ratione devolvi*

„ æquum est, ubicumquè Testator providè cautè,
 „ cum consilio, et summa deliberatione, omnibus
 „ juris solemnitatibus non expresserit. ”

SEGUNDA CONCILIAÇÃO.

§ 20.

Esta he a do mesmo Domat. pag. 260. art. 6.
 ut ibi. =

„ Pela causa do favor natural da successão dos
 „ proximos parentes, e tambem pela causa do fa-
 „ vor natural dos Testamentos, he que por toda
 „ a parte se vê tanto o uso das successões legiti-
 „ mas, como o uso dos Testamentos. Mas, se he
 „ justo e natural que as successões passem aos
 „ proximos parentes, que a Lei chama, como será
 „ justo tambem e natural, que elles possam ser
 „ despojados por hum Testamento; e as Leis, que
 „ chamão os proximos á successão, não terão ellas
 „ seu effeito, senão quando não hajão disposições,
 „ que os privem? Ou estas Leis, sendo do Direito
 „ Natural, não será justo, que ellas tenham o seu
 „ effeito, independente da vontade daquelles, que
 „ tem bens a deixar depois da sua morte, e que,
 „ pelo menos, elles não possam privar os seus proxi-
 „ mos parentes mais que de huma parte da sua
 „ successão?

„ Todos os que tem feito Leis para regular as
 „ Successões tem sem dúvida examinado esta Ques-
 „ tão, porque elles tem sentido a equidade natu-
 „ ral, que chama para as Successões os proximos
 „ parentes; e Elles tem tambem reconhecido, quan-
 „ to he justo permittir, aos que tem bens, fazer dis-
 „ posições, que se executem depois da sua morte:

„ Assim, tendo todos visto a contradicção, aonde
 „ parece conduzir o uso destes dous Principios,
 „ elles tem deuido examinar por todas estas vistas,
 „ de que maneira elles devem conciliallos. (confi-
 „ ra se o mesmo Domat. no Tit. das Leis Cap. 11.
 „ n. 7, 31.)

„ Elles não tem ignorado que, para fazer hum
 „ justo uso ~~destas~~ duas Leis, se deve respeitar a
 „ que chama os herdeiros do sangue, como huma
 „ primeira regra geral, que lhe dá todos os bens
 „ das Successões (§. 18), *quando não ha alguma*
 „ *justa causa* de os privar dellas. Donde se segue
 „ que, quando elles tem permittido dispôr de todos
 „ os bens, ou de huma parte, elles tem supposto
 „ que aquelle, que elege outros herdeiros, que não
 „ sejam do sangue, *deve ter considerações particu-*
 „ *lares*, que o obriguem a dispôr da sua succes-
 „ são d'outra fórma, que a Lei não disporia. Por-
 „ que não se tem entendido favorecer as disposi-
 „ ções irrationaveis, e que não terião por funda-
 „ mento mais que *huma paixão*, ou *huma fanta-*
 „ *zia*, e deixar huma liberdade *indiscreta* (*Liber-*
 „ *dade mal entendida* disse a nossa Lei de 9 de
 „ Setembro de 1769, no Proemio) de todas as sor-
 „ tes de disposições justas ou injustas; pois que a
 „ boa ordem não permite no que se passa, ainda
 „ mesmo durante a vida, as disposições, que po-
 „ dem ferir a honestidade, e bons costumes, quan-
 „ do aliás se inhibe aos Prodigos a administração
 „ de seus bens.

„ Assim, a liberdade, que as Leis podem dar,
 „ de dispôr dos bens por hum Testamento, encer-
 „ ra sem dúvida no seu espirito a *condição*, *que as*
 „ *disposições de hum acto tão serio sejam rationa-*
 „ *veis*. Mas, ainda que a intenção das Leis, que

„ permitem os Testamentos , não devem enten-
 „ der-se d'outra fórma ; pois que não se ousaria di-
 „ zer que ellas approvão todas as disposições indis-
 „ tinctamente ; com tudo resultarião inconvenien-
 „ tes de juntar á Lei , que permite os Testamen-
 „ tos , a condição , que as disposições fossem ra-
 „ cionaveis ; Porque esta reserva metteria em ques-
 „ tão todos os Testamentos . e aquelles mesmos ,
 „ que fossem os mais regulados pela prudencia , e
 „ pela equidade ; pois que entrarião em exame ; e
 „ vistas diversas das do Testador os metterião em
 „ disputa. Como pois não era util juntar á Lei
 „ huma tal condição ; e não era nem justo , nem
 „ possível regular a cada hum as suas disposições
 „ particulares , tem sido necessario que a Lei ,
 „ que as permite , deixasse a cada hum o uso das
 „ suas ; ou seja dando a cada hum huma indefini-
 „ da liberdade de dispôr de tudo , ou limitando es-
 „ sa liberdade.

„ De todos estes principios geraes em que to-
 „ do o Mundo deve convir , parece que se póde
 „ tirar esta consequencia : Pois que he do Direito
 „ Natural , que as Successões passem aos proximos
 „ parentes ; e que he tambem de *equidade* (e não
 „ de Direito natural moral , ou Divino , ut infra
 „ §. 30) que os que tem bens possam fazer dispo-
 „ sições ; o espirito das Leis , que as tem permitti-
 „ do , tem sido *que a liberdade de dispôr fosse*
 „ *regulada em cada hum segundo a prudencia* , *
 „ que arbitrasse o uso desta liberdade a mais ou
 „ menos , segundo o estado de seus bens , e da
 „ sua familia , e seus differentes deveres a res-
 „ peito d'outras pessoas , quaes os filhos , haven-
 „ do-os , ou outros seus proximos parentes. Porque ,
 „ por estas circumstancias , e outras semelhantes ,

„ de que as combinações são infinitas, he que cada
 „ hum deveria regular as suas disposições. Assim :
 „ a obrigação a respeito dos proximos parentes he
 „ maior, nos que os tem pobres, que naquelles, que
 „ os tem ricos. ** Assim em geral: as circumstan-
 „ cias, em que cada hum se acha, lhe marcão o
 „ uso da prudencia, que deve ser a sua regra.

* Vide infra §. 29. ** Vide supra §. 10, e
 §. 12.

„ Se senão consulta pois mais que a equidade
 „ natural (ainda falla Domat), que deve ser o es-
 „ piritto das Leis, se julgará que o principio, que
 „ faz justa a liberdade das disposições testamenta-
 „ rias, *não he outro mais que a equidade do uso*
 „ *desta prudencia.* Assim: parece que se póde
 „ suppôr que, os que tem feito as Leis das succes-
 „ sões, não se apartão deste principio; mas que el-
 „ les se tem dividido sobre as consequencias, que
 „ elles tem tirado, e tem feito como dous parti-
 „ dos, donde tem provindo as duas sortes de Ju-
 „ risprudencia, que nós temos sobre esta materia;
 „ Huma he o Direito Romano, os Auctores do
 „ qual tem julgado que convinha deixar a cada
 „ hum a inteira liberdade, etc. etc.

ARTIGO V.

Qual pois das duas successões , consideradas in abstracto , he mais favoravel: Se a Testamentaria , se a abintestato?

§. 21.

Que eu saiba , só Domat propoz e decidio esta questão em termos tão claros e demonstrativos , como ibi. =

„ Tudo o que se tem dito até aqui obriga a
 „ huma ultima reflexão sobre a comparação ou
 „ paralelo das successões legitimas , e das testa-
 „ mentarias, para conhecer qual das duas sortes de
 „ successões he mais favoravel , ou a dos herdei-
 „ ros legitimos, ou a dos herdeiros chamados por
 „ hum testamento. Isto he , se em huma causa ,
 „ em que se tracte dos interesses oppostos de hum
 „ herdeiro testamentario , e de hum herdeiro legi-
 „ timo, *acabando-se duvidoso o direito de hum e*
 „ *d'outro, e em balança, se deverá propender pa-*
 „ *ra hum, ou para outro, e para qual dos dous;*
 „ como nas causas entre hum auctor e hum réo;
 „ hum possuidor, e hum que pertende desapossal-
 „ lo; hum accusador e hum accusado, se propen-
 „ de em duvida em favor do réo, do possuidor,
 „ do accusado *pela unica consideração destas qua-*
 „ *lidades.*

§. 22.

„ Propõe-se aqui esta questão , porque podem
 „ succeder casos, em que he preciso julgar de pre-
 „ ferencia entre estas duas sortes de herdeiros ; e a

„ regra, que decide, deve fazer nesta materia hum
 „ principio, que não póde dispensar-se de se con-
 „ siderar para o uso das questões, que della podem
 „ depender. Assim por exemplo; se se suppoem
 „ que hum Testador, tendo nomeado por hum pri-
 „ meiro Testamento em boa forma hum outro her-
 „ deiro, que lhe não deveria succeder *ab intestato*,
 „ faz hum segundo Testamento, em que elle ins-
 „ titue hum herdeiro legitimo, e este segundo Tes-
 „ tamento não tenha mais que cinco testemunhas
 „ em hum lugar, aonde são precisas sete; a ques-
 „ tão de saber qual destes dous Testamentos deve-
 „ rá subsistir, dependerá de saber, qual dos dous
 „ Testamentos deverá ser mais favorecido, ou o
 „ testamentario, ou o Legitimo; porque, se he o
 „ testamentario, ou se *mesmo elles estão em ba-*
 „ *lança, e em paridade de consideração* no espirito
 „ da Lei, será certo que entre estes dous Testa-
 „ mentos, o primeiro, que está com todas as sole-
 „ mnidades, deverá prevalecer sobre o segundo,
 „ que he nullo. E, se pelo contrario a condição do
 „ herdeiro do sangue he mais favoravel, achando-
 „ se sustentada pela segunda vontade deste Testa-
 „ dor, ainda que defeituosa nas solemnidades, po-
 „ derá duvidar-se, se este segundo Testamento,
 „ ainda que imperfeito, mas que chama o herdeiro
 „ do sangue, bastará para annullar o primeiro, que
 „ era solemne, mas que fazia passar os bens a hum
 „ estranho.

§. 23.

„ Ve-se assás qual he a consequencia do princi-
 „ pio, que deve decidir esta questão; *pois que elle*
 „ *deve servir de fundamento para julgar outras;*
 „ e he importante de fixar por alguma regra segu-

„ ra os differentes respeitos , que os Juizes devem
 „ ter ; ou a favor dos herdeiros do sangue , ou a
 „ favor das disposições por causa de morte ; *Seja*
 „ *nos casos , em que a validade destas disposições*
 „ *póde ser duvidosa , ou em outras questões , que*
 „ *podem depender do discernimento do que póde ser*
 „ *devido ao favor do sangue , ou ao da vontade do*
 „ *Testador , como por exemplo ; Se em hum Tes-*
 „ *tamento , que chamasse herdeiro legitimo com*
 „ *hum estranho houvesse alguma clausula obscu-*
 „ *ra , ou equívoca , de que hum sentido favoreces-*
 „ *se ao herdeiro Legitimo , e outro ao estranho.*

§. 24.

„ Para examinar pois esta questão de preferen-
 „ cia , ou em favor dos herdeiros testamentarios ,
 „ ou dos legitimos , he preciso juntar a todas as no-
 „ tas , que se vêm de fazer , tres reflexões sobre
 „ tres differenças entre as successões legitimas , e
 „ as testamentarias.

§. 25.

„ A primeira destas differenças consiste em que
 „ a ordem das successões *abintestato* he tão justa ,
 „ e tão natural , que ella tem sido estabelecida
 „ como tal por Lei Divina , que o uso tem con-
 „ firmado ; em lugar de que o uso dos Testamen-
 „ tos não tem tido outra origem mais que a von-
 „ tade dos homens : E ainda que os Testamentos
 „ sejam approvados em os Livros Sanctos , isto não
 „ he por disposições , que fação huma Lei , como
 „ ahi se vê por Lei o uso das successões legitimas ;
 „ e em o lugar mesmo , aonde as successões são re-
 „ guladas , não se faz ahi menção alguma de Tes-

„ tamentos, Numer. C 27. Assim: póde dizer-se
 „ que a Lei, que permite os Testamentos, he
 „ como huma excepção da Lei natural, e geral,
 „ que chama os proximos parentes ás successões.

§. 26.

„ A segunda differença entre as successões tes-
 „ tamentarias, e as dos herdeiros do sangue con-
 „ siste em que estas são de huma necessidade ab-
 „ soluta para a ordem da sociedade, porque he pre-
 „ ciso que os bens, dos que morrem, que não tem
 „ podido dispôr, ou que o tem desprezado, passem
 „ ás pessoas, que as Leis chamão; e ellas ahi cha-
 „ mão os proximos parentes; em lugar de que esta
 „ ordem da Sociedade poderia subsistir sem o uso
 „ das successões testamentarias pelo simples uso da
 „ successão dos herdeiros do sangue.

§. 27

„ A terceira differença consiste em que ha mui-
 „ tos inconvenientes que succedem na liberdade
 „ de eleger herdeiros, porque muitos prevenidos
 „ de suas paixões fazem escolhas injustas; e á sua
 „ culpa he que se podem imputar estas sortes de
 „ inconvenientes; em lugar de que acontece menos
 „ nas successões legitimas; e os que nestas aconte-
 „ cem não podem ser imputados a pessoa alguma;
 „ mas são effeitos da Ordem Divina, e sequitos
 „ naturaes de huma regra justa.

§. 28.

„ De todas estas reflexões se póde tirar esta
 „ consequencia ; que parece que as successões legi-
 „ timas, sendo mais naturaes, mais necessarias, e
 „ seguidas de menos inconvenientes, que as succes-
 „ sões testamentarias, de que o uso não tem sido
 „ mais que huma excepção da regra, que dá a he-
 „ rança aos proximos parentes, *a condição dos her-
 „ deiros Legitimos he mais favoravel, que a dos
 „ herdeiros chamados por hum Testamento; e que
 „ nas dúvidas, aonde o favor de hum ou do ou-
 „ tro destas duas sortes de herdeiros póde ser con-
 „ siderado, se deve decidir a favor dos herdeiros
 „ do sangue* ”

A R T I G O VI.

*Consectarios geraes, que se deduzem do ex-
 posto nos precedentes Artigos.*

§. 29.

Primeiro. Este he o que firma Manz. de Tes-
 tament., Tit. i. *de Testamento in Communi*, sub n.
 40, ut ibi =

„ Quandoquidem scitè admodum et eleganter
 „ C. Plin. II. 8. Ep. 8 testamenta hominum esse
 „ speculum morum, in quo exemplar quoddam in-
 „ tuendum, spectandumque proponunt, et quod
 „ totius posteritatis oculis, atque judiciis subji-
 „ ciunt, pietatis erga Deum, charitatis erga libe-
 „ ros, et propinquos; amoris, et studii in amicos,
 „ gratitudinis in eos, qui bene de nobis meriti
 „ sunt; officii tandem, et virtutis erga omne ge-

„ *nus hominum* (conf. §. 10. §. Nam =); Opèræ
 „ pretium ergo fuerit, et præcipuas virtutes, et
 „ qualitates hoc loco annectere, et præmittere,
 „ quæ in uno hoc verbo (*Sententia voluntatis*,
 „ *scil. defuncti*) concurrunt, et inprimis etiam in
 „ ipso Testatore necessario requiruntur: quarum
 „ 1. mentis integritas: 2. animi deliberatio: 3.
 „ *æquitas*; quæ in moderandis animi affectibus
 „ cernitur: 4. veritas, et bona fides absque fraude,
 „ et dolo: 5. perspicuitas, et simplicitas legum
 „ amica: 6. libertas tam voluntatis, quam facul-
 „ tatis: 7. *justitia* et juris observatio: 8. firmitas
 „ sententiæ, et constantia, quæ quidem est ambu-
 „ latoria usque ad vitæ supremum exitum. Sed ha-
 „ ctenus hoc verum, *ut temeritas inconsiderata*
 „ *absit*, et fraudulenta, ac captatoria dispositio
 „ etc.

§. 30.

Segundo, ou muitos juntamente. Estes são os
 que depois de hum grande discursso deduz Stryk.
 vol. 14 Programm. de *Favore Testamentorum non*
favorabili, ut ibi. =

„ Ex illis ergo, quæ dicta sunt elicio 1.º, Fa-
 „ vorem Testamentorum non esse juris naturalis,
 „ moralis, vel Divini, sed humani positivi et spe-
 „ ciatim Romani: 2.º, Nullum esse favorem Tes-
 „ tamentorum in Germania: 3.º, Posito etiam in
 „ Germania jus Romanum in materia Testamento-
 „ rum esse receptum; tamen favorem illum non
 „ extendendum ultra ea, quæ in Legibus singulariter
 „ sunt expressa. Hinc Testamenti invalidi, et secun-
 „ dum regulas juris non confecti nullum esse fa-
 „ vorem: 4.º, *Proinde in dubiis quæstionibus;*
 „ *an validum sit Testamentum, an secus; illud*

„ *potius pro invalido habendum ; nisi rationes*
 „ *prægnantes aliud suadeant ;* Cum et in jure Ro-
 „ mano magnus favor sit hæredum abintestato ,
 „ *pro quibus in dubio pronuntiandum* , cum iis
 „ Lex ipsa deferat successionem : 5.º , Etiam si le-
 „ gitimè confectum testamentum , ob favorem ta-
 „ men non recedendum a regulis bonæ interpreta-
 „ tionis : 6.º , Fundamentum interpretationis ulti-
 „ marum voluntatum non debere esse istum præ-
 „ tensum favorem , sed voluntatem defuncti , a qua
 „ ob favorem nunquam deflectendum. 7.º , Nec
 „ propter præsumptam voluntatem Testatoris aliud
 „ quid ob favorem istum statuendum esse , quàm
 „ ob præsumptam voluntatem contrahentium sta-
 „ tueretur ”

Confira-se a Conclusão de Domat transcripta no
 §. 28.

A R T I G O VII.

*Consectarios especiaes , que tambem se dedu-
 zem de tudo o exposto.*

§. 31.

Primeiro: 'Tal he o favor dos Herdeiros *abin-
 testato*, ainda mesmo no Direito Romano; que , se
 hum Testador em hum Testamento solemne insti-
 tuir herdeiro hum estranho, e depois em outro me-
 nos solemne, ainda só perante cinco testemunhas,
 revogando o primeiro, instituir os herdeiros *abin-
 testato*, supposto que por partes desiguaes, ou dis-
 ser que revoga o primeiro, e quer morrer, *abin-
 testato*, prevalece a segunda disposição, suppos-
 to que menos solemne, em favor dos herdeiros do
 sangue. (L. 2. ff. de Injust. rupt. irrit. fact. tes-

tam. L. 21. §. 3. Cod. de Testam. Domat. supra pag. 262. Pinheir. de Testament. Disp. 6. sect. 2. n. 14. et 15. Manz. de Testament. in Append. T. 22. n. 64. Struv. Exerc. 32. thes. 41.) E como Domat assim transcripto §. 22, e 23. affirmou que a resolução deste caso deve servir de fundamento para julgar outros semelhantes; d'aqui he consequente o

§. 32.

Segundo: Se apparecerem dous Testamentos, hum e primeiro em favor dos herdeiros do sangue; outro e segundo revogatorio do primeiro em favor de herdeiro estranho; mas ambos com iguaes defeitos de solemnidades; ha de preferir o primeiro em favor dos Consanguineos; porque, serem ambos válidos, repugna ás Leis; e o segundo, em si nullo, não póde ter a efficacia de revogatorio: Logo ou ha de valer o primeiro em favor do herdeiro do sangue, sem razão de differença do caso do §. 31; ou, sendo ambos nullo, deferir-se a herança *abintestato*: disputa, que só fica entre os herdeiros *abintestato*, quando muitos em igual gráo.

§. 33.

Terceiro: Sendo hoje de todos sabido o quanto os Romanos por más artes erão *heredipetas*, isto he caçadores de heranças, (Heinecc. tom. 2. Exerc. 27. §. 5. Horat. Satir. L. 2. 5. Cicer. Paradox. 52.) de quantas astucias e falsidades usavão para as adquirirem em prejuizo dos herdeiros do sangue; e que, para occorrer a tudo, foi que as Leis Romanas fizeram dependentes de tantas solemnidades os Testamentos, (L. 29. Cod. de Testam. Rub. de Tes-

tam. C. 2. a n. 77. et C. 43. n. 2.) e á sua imitação as nossas Leis Patrias. (Ord. L. 4. T. 80, Assent. de 17 de Agosto 1811.) He daqui consequente que, tractando-se da validade de hum Testamento, em que, preteridos os Consanguineos sempre benemeritos, e nunca ingratos ao Testador, *et maximè* pobres, e, sendo instituido herdeiro hum estranho, aqui deve praticar-se todo o rigor daquellas solemnidades, como aqui substanciaes; porque em tal caso huma tal disposição, e tão deshumana (e mesmo peccaminosa) não póde deixar de se attribuir a ira, odio, inveja, suggestões dolosas etc., e todas as razões, que tenho exposto, clamão contra huma tal disposição.

§. 34.

Quarto; Supposto que communmente os DD. habilitão para testar o homem simples, rude, grosseiro sem perspicacia, suppondo ser nelle, para este fim, sufficiente algum discernimento do bem, e do mal; bem á maneira da femêa, logo que passa os 12 annos, e o menor os 14, aos quaes as Leis concedem a facção activa testamentaria; equiparando aquelles a estes; (Souz de Maced. Dec. 2. a n. 10. Leiser. ad Pand. Specim. 352. Medit. 1. Puttman. Adversar. Jur. L. 1. pag. 183. in fin. Latissime Rub. de Testam. Cap. 19. Manz. de Testam. T. 2. n. 74. Stryk. de Caut. Testam. Cap. 3. §. 25) com tudo judiciosamente adverte com outros Stryk. (Stryk. Supra) *Non tamen hic excludendum est „ arbitrium Judicis; cum illa stupiditas interdum proximè ad mentis alienationem accedat.* „ (L. 4. §. 3. ff. de ædilit. edict., L. 2 ff. de Pos- „ tul.) *Quapropter omnino commendandum Nota-*

„ *rio, ut præsentiam mentis, et an libera volun-*
 „ *tate, an vero ab alio seductus testetur, inqui-*
 „ *rat; plerumque enim hic dolus captantis hære-*
 „ *ditatem concurrit.* (Reusner. de Testament. P. 2.
 C. 10. a n. 6.) Se pois for objecto da decisão o
 'Testamento de hum tal homem, que, preteridos
 os Consanguineos, instituiu hum estranho; ou, pre-
 terido hum Consanguineo sempre grato, instituiu
 outro menos grato, ou que o despresava; *et maxi-*
me concorrendo alguma leve prova da machinação,
 ou suggestão, (de que taes pessoas são facilmente
 susceptíveis) neste caso deve propender o arbitrio
 do Julgador para annullar hum tal Testamento;
 (Manz. de Testam Tit. 2. sub n. 74. §. = *At hæc*
fatuitatis discretio = Cod. Freder P. 2. Liv. 7.
 T. 2. §. 7.) menos, que senão pratiquem as pro-
 videntes precauções, que exige o Cod. Freder.

§. 35.

Quinto: Permite a nossa Lei (Ord. L. 4. T.
 81. in pr.) que a femea maior de 12 annos, e
 o macho de 14 possam testar de seus bens (não ten-
 do Pai); e ainda independente de Curador (Stryk.
 de Caut. Contract. C. 3 §. 15.) E, sendo bem natu-
 ral, e me-mo pela presumpção das Leis, a imbe-
 cillidade de juizo nesta idade, se hum menor tes-
 ta a favor do Tutor, a que estava subordinado; e
 se o Tutor era ardiloso, e sagaz; se o menor pre-
 terio seus Irmãos, he nullo o Testamento, ainda
 independente de provas das effectivas suggestões,
 que em taes circumstancias facilmente se presumem:
 (Assim o refere julgado Guerreir. Tr. 3. L. 4 C.
 10. a n. 91, Conf. Cancer. 1. Var. C. 7. n. 150. et
 156. §. Conciol. For. Alleg. 42. Cald. in L. Si

curatorem verb. Hunc contractum n. 27.) em contrario se vê também julgado que *cessante dolo sustinendum est Testamentum* (Repertor. debaixo da Conclusão = *Nulla he a compra, que o Tutor fizer* etc. (Porém quem deixará de conjecturar suggestão dolosa, quando hum menor institue herdeiro hum Tutor, preteridos os Irmãos pobres? Aqui não se exigem plenas, e perfeitas provas do dolo, da fraude, ou da seducção positiva; mas bastão quaesquer suspeitas. (Card. de Luca de Testament. Disc. 50. a n. 5.) Na França são por isso mesmo nullos taes testamentos em favor dos Tutores. (Furgol. de Testam. C. 5. §. 1. n. 11, e C. 6. sect. 2. pag. 401.)

§. 36.

Sexto. He hum systema de alguns DD., que hum Testador, ainda que agonizante, ainda que já balbuciente, se presume com juizo sufficiente para testar de seus bens, e he válida a disposição, que faz nesse estado. (Arouc. All. 82. Castilh. L. 4. Contr. C. 27, Stryk. de Cautell. Testam. C. 4. §. 36, Manz. de Testam. Tit. 2. n. 13 et 14. Peg de Maior. tom. 4. §. 45. a n. 4 et 13.) Se foi completa, e consummada de toda a sua vontade, (o que depende de circumstancias; (Devem ver-se Nett. de Testam. L. 1. T. 15, Cresp. Obs. 52. a n. 24, Harprectr. Disp. 44. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 7. a n. 85)) bem que outros declaram „ *modo Testator articulatus, et intelligibiliter adhuc loqui possit, licet balbutire incipiat: Nec sufficit Testatorem loquutum, qui articulatè, et intelligibiliter passivè, hoc est, ut ab aliis exaudiat, ejusque verba perspicuè intelligantur; sed insuper etiam, quod*

„ *præcipuum est requiritur, ut loquatur articu-*
 „ *latè activè, hoc est cum bono intellectu, et me-*
 „ *moria; ita ut ex ejus loquella manifestum fiat,*
 „ *et concludi possit Testatorem sanæ mentis*
 „ *fuisse.* (Stryk. supra Conf. Berlich. P. 3. Concl.
 „ 6. n. 13 et 14.) E outros exigem *dummodo ex*
 „ *verbis balbutiente lingua prolatis sanus sensus*
 „ *colligatur, et animus testamenti faciendi.* „
 (Manz. de Testam. supra n. 14. in fin.)

§. 37.

Porém he hum impossivel natural, que hum tal Agonizante esteja em plenitude de juizo, e com aptidão para testar de seus bens séria, e prudentemente. (Paul. Zacch. Q. Medicoleg. L. 2. T. 1. Q. 19. n. 6, Scalon. de Testam. L. 2. C. 8. §. 2. n. 35. Hein. tom. 2. Exerc. 27. §. 15.) Occorrendo pois o caso de hum Testamento feito em tal estado, aqui deve apurar-se o prudente arbitrio do Julgador no exame das referidas circumstancias. (§. 36.) E, depois de ponderar ser natural no Agonizante a perturbação com a cogitação na morte, e vistas na eternidade, hum abatimento de espiritos animaes, a anxiedade, a agonia, etc. deve o bom Juiz observar a demonstrada distincção: Que, se a disposição he em favor de hum parente, ou ainda estranho, preteridos os Consanguineos sempre ingratos, está na classe dos favoraveis: Pelo contrario na dos odiosos; e em toda a dúvida deve decidir em favo. dos herdeiros abintestato.

§. 38.

Setimo. Que variedades de discursos dos DD. sobre a validade dos Testamentos feitos *ad inter-*

rogationem alterius? (omitto as Nações, que absolutamente os prohibem) Que circumstancias não devem preponderar-se antecedentes, committantes, e subsequentes para decidir da validade, ou nullidade de taes Testamentos? Podem ver-se nos DD. a que me remetto. (Nett. de Testam. L. 2. T. 12, Castilh. L. 4. Controv. C. 27. Card. de Luc de Testam. Disc. 78. Mell. L. 3. T. 5. §. 28, Henr. Coccej. vol. 1. Disp. 76. C. 3. §. 8., Sam. de Coccej. Jus controuv. L. 28. T. 1. Q. 7. Manz. de Testam. T. 3. Q. 5. Stryk. Vol. 3. Disp. 18. C. 4. a n. 50; o Addicionador de Gam. Dec. 46 ao n. 3. Peg. de Maior. tom. 4. §. 45. tot. Rot Roman. ad Luc. Liv. 9. de Testam. Decis. 6. até 12. *ubi non plus ultra*. Cod. Freder. P. 2. L. 7. T. 4. Art. 1. §. 20.) Na verdade elles são suspeitos, quando não consta que o Testador estava em plena integridade de juizo; ou que não tinha animo premeditado de testar; ou quando não estava em plena liberdade, mas debaixo da guarda de quem lhe fez as perguntas; ou quando agonizante e logo morto; ou quando já não fallava intelligivelmente; ou quando, não se escrevendo o Testamento na presença do Testador, e ignorando-o elle, se lhe introduz repentinamente, e se lhe pergunta se aquella he a sua vontade; ou, quando inquieto e perturbado, responde enfadado para se livrar das importunas instancias; ou quando as perguntas são por pessoa suspeita ingerida por aquelle, que quer ser o herdeiro, etc. Como discorrem alguns dos DD. citados.

§. 39.

E bem que taes disposições são sustentaveis, quando pela verdade, e pela vontade do Testador

concorrem circumstancias , que advertirão alguns DD. (Peg. de Maior. tom. 4. §. 45, Card. de Luc. d. Disc. 78, Rot. ad eund. Luc. L. 9. de Testam. Decis. 6, 7, 8, 9, 10, 11. Cyriac. Contr. 407. a n. 294.) Com tudo, quando huma tal disposição for objecto de disputa, e decisão, deve o prudente Julgador contrabalançar as circumstancias concorrentes *pro e contra*: É, estando em equilibrio, e em dúvida a decisão, deverá subsidiar-se com as distincções, e Consectarios geraes, que tenho demonstrado: De fôrma que, se o Testamento he feito em favor de hum Consanguineo o mais grato, para o qual o Testador sempre destinou seus bens, em quanto estava em plenitude de saude e juizo; em favor de hum Consanguineo honrado, preteridos outros menos gratos: Se o Testamento he feito em favor de hum estranho, que pelos seus serviços, e obsequios licitos, e verdadeiros tinha merecido ao Testador huma correspondente remuneração; ao mesmo tempo, que os Consanguineos lhe erão menos gratos: Nestes casos he o Testamento em si favoravel; (§. 15, 16, 17, 18, e 20.) Se pelo contrario, he odioso, *maximè* concorrendo algumas circumstancias das expostas à §. 14; e deve prevalecer o arbitrio da decisão em favor dos herdeiros do sangue.

§. 40.

Oitavo. He frequente atacar-se a validade dos Testamentos pela razão de estar demente o Testador, quando testou: Communmente ha provas por huma e outra parte; humas da demencia, outras do bom juizo do Testador: Na collisão dellas, já nas segundas Linhas sobr. o Process. Civ. na Nota 495 desde o n. 5, e com varios DD. escrevi com a me-

Iher distincção quatro regras as mais sólidas , que decidem da preferencia de humas ou outras provas: Só devo aqui accrescentar que, quando consta que o Testador tenha lúcidos intervallos , * o bem ordenado do seu Testamento (isto he, segundo as regras da prudencia , ut §. 29 , junto o §. 20) he humma norma legal para decidir do seu bom juizo. (Ord. L. 4. T. 81. §. 2. Esse caso ou exemplo de Tuditano lembrado por Mello na dita Allegação pag. 30, e 31, e por seu bem digno sobrinho o Sr. Francisco Freire, he bem trivial, e vulgar nos DD. que tractarão do nosso proposito de se presumir o bom juizo do Testador pelo bem ordenado do seu Testamento. Veja-se o mesmo Paul. Rub. C. 15 a n. 266 aonde milhares de DD. que referem o mesmo exemplo, e provão a mesma these. (Adde Peg. supra pag. 252. n. 114. Mor. de Execut. L. 2 C. 20. n. 6.) Bem que Valer Max. apud Scalon. de Testam. L. 2. C. 7. n. 101, declara a causa dessa decisão.) No mesmo supposto de ter lúcidos intervallos, as testemunhas, que depõem da demencia, e não percutem o acto do Testamento, não se attendem; mas só as que depõem da demencia no mesmo acto. (Paul. Rub. de Testam. Cap. 14. a n. 147. Peg. supra pag. 252. n. 107. Arouc. All. 82. n. 19, optime Rot. Rom. ad Card. de Luc. L. 9 de Testam. Decis. 13 et 14.) A fé do Tabellião por si só não basta: Esta he a regra. (Regra que com Thomazio escreveo Mell. na dita Allegação pag. 17, e seu digno sobrinho confirmou com Cald. Cons. 24. n. 2 et 16. Porém aqui ha muito a declarar; porque 1.º quando não ha prova alguma da demencia em contrario, he acreditavel o Notario attestando o bom juizo do Testador Scalon de Testam. Liv. 2. C. 7. §. 7. n. 88, Arouc. Alleg. 82. n. 23: 2.º

ainda havendo provas da demencia, merece alguma attenção a fé do Tabellião, quando com ella concorrem os depoimentos das testemunhas testamentarias. Arouc. All. 82. n. 22, e assim concilião as opiniões Castilh L. 5. contr. Cap. 72, e Paul. Rub. Cap. 14. a n. 210, et optimè idem Castilh. Liv. 4. Contr. C. 28. sub n. 42. ¶ *Quamvis ergo.*) Mas tem varias declarações, que se acharão na Nota.

* Não penso que o Senhor Francisco Freire de Mello escrevesse em huma Nota á Allegação juridica de seu sempre memoravel Tio pag. 15, e como judiciosa e certa huma passagem de Thomazio, tom. 4. Diss. 120. §. 31. aonde diz, *que os furiosos nunca tem intermissão, ou dilucidos intervallos; e que as Leis, e Escritores, que disserão o contrario, errarão.* Este erro teve origem noCodigo de Justiniano, donde passou para os outros Codigos da Europa. Persuado-me mais prudentemente, que o dito Senhor só escreveo essa Nota para nos mostrar huma das costumadas audacias de Thomazio: Porque seria preciso capitular estúpida a Medicina; estúpidos os antigos, e modernos Legisladores, que suppozerão lúcidos intervallos em alguns dementes. Como a nossa Ord. L. 4. T. 81. §. 2, e o Cod. Freder. P. 2. L. 7. T. 2. §. 9. Seria preciso dizer errada toda a quotidiana experiencia; em que em dementes se observão intervallos os mais lúcidos: Só podemos salvar Thomazio advertindo, que ha muitas, e diversas especies de doudos na Medicina, e na Jurisprudencia, como *furiosos, freneticos; melancolicos, fatuos, insanos, lu-*

naticos, loucos, etc. Paul. Rub. de Testament. Cap. 12, e demencias occasionadas por diversas causas, e enfermidades, com diversos symptomas e effeitos, que se podem ver em Paul. Zacch. QQ. Medicoleg. em o Liv. 2. Tit. 1. em 23 Questões, e em Scalon. de Testament. Cap. 8, e 9. Liv. 2: e que Thomazio fallou ou dos doudos por nascimento, ou de humadoudice continuada sem intermissão por muitos annos, em que se não presumem facilmente intervallos, ex DD cum quibus Peg tom. 4 ad Ord. pag. 251 n. 105. et a n. 109; ou da presumida continuação da demencia, em quanto se não prova o lúcido intervallo, ex Rub. supra Cap. 14. a n. 161. Mor. de Exec. L. 2. C. 20. n. 5: optime Stryk. Vol. 2. Disp. de *Dementia* C. 2. §. 13.

§. 41.

Nono. Quid vero quando occorre para a disputa e Decisão o Testamento de hum *Melancolico*? Nós temos huma Allegação Juridica pelo incomparavel Mello Freire (em qualidade de Orador em huma Causa) dada á luz, e addicionada com Notas de seu digno e benemerito Sobrinho o Senhor Francisco Freire de Mello, impressa em Lisboa no anno de 1816: Allegação e Notas, em que ambos tractarão com bellos DD. Medico Legaes da Melancolia; distinguindo-a em Melancolia por temperamento ou por doença; e demonstrando que á segunda he annexa a demencia, e consequentemente a incapacidade de testar nesse estado.

§. 42.

Porem não deixo de me admirar que estes tão sabios Escriptores não lessem, nem citassem os nossos Juristas, que com os Medicos tractarão esta materia ao proposito da facção de Testamento, como Rub. de Testam. (Rub. de Testament. Cap. 12. a n. 53.), Scalona (Scalon. de Testam. L. 2. Cap. 8. §. 2. a n. 31) e o grande Stryk: (Stryk. Vol. 2. Disp. 8. de *Dementia et Melancholia* Cap. 4. = de *Melancholia ejusque descriptione, et diversitate* = et Cap. 5 = de *Melancholiæ probatione et effectibus* = et in Tract. de Cautell. Contract. Sect. 1. C. 2. §. 11.) Elles distinguem tres grãos os mais certos da Melancolia, suas causas e effeitos: Só ao 3.^o desses grãos attribuem a formal demencia, e incapacidade de testar. Ao mesmo tempo Stryk tracta de *Melancholiæ probationibus*: Qual pois seja o Melancolico com a enfermidade de Melancolia no 3.^o grão ou classe, depende de provas especificas, e distinctivas dessa e das outras Melancolias: E sobre ellas o juizo de Medicos (a que tambem se deve recorrer): E quando esteja em dúvida a demencia melancolica, deverá o Juiz accingir-se ás regras recopiladas no §. 39.

§. 43.

Decimo. Tambem he muito frequente arguir-se hum Testamento com o pretexto de que foi extorquido por força de suggestões dolosas, blandicias importunas, e illicitas, que annullão os Testamentos nas circumstancias, que expõem os DD. (Castilh. L. 3. Controv. C. 1. Stryk. vol. 2. Disp. 7. de *Jure Blanditiarum*, C. 4, et Vol. 6. Disp. 15 = De

Jure suggestionis = Cap. 3. Portug. de Donat. L. 3. C. 31. a n. 35 et 46. Furgol. de Testam. Cap. 5. Sect. 3.) Sendo *de facili* provaveis as dolo-
sas suggestões por alguns indícios, que outros apon-
tão. (Castilh. L. 5. Controv. C. 72. v. *Dum etiam*,
como quando hum Terceiro, não instituido no pri-
meiro Testamento, induzio o Testador, que o re-
vogasse em beneficio de outro; *maximè* sendo ini-
migo do primeiro instituido: como quando os sug-
gestores expellirão da presença do Testador, ou os
já instituidos no primeiro Testamento, ou os que se
lhe presentavão para se fazerem lembrados, e con-
templados na futura disposição: como quando no
extremo da vida foi o Testador instigado com im-
portunas preces, e suasões: como quando os sug-
gestores usarão de falsas expressões, ou disserão mal
daquelles, que o Testador intencionava melhorar
com seus bens, exacerbando-o, etc. Castilh. supra o
mesmo videndus: e melhor Furgol. de Testam. C.
5. Sect. 3.) Como porem ellas se não presumem.
(Portug. de Donat. L. 3. C. 31. n. 46. Pereir. Dec.
30. n. 7 et 8. Castilh. L. 3. C. 1. a n. 65.) Co-
mo, e por huma parte „ Não se devem confundir
„ com as vias illicitas algumas, de que muitos se
„ servem para attrahir as disposições de hum Tes-
„ tamento, como serviços, officios, caricias, pre-
„ sentes, interposição de pessoas, que lhes mane-
„ em, e conciliem a boa vontade do Testador, e
„ o conduzão a alguma vantajosa disposição em
„ seu favor: * Porque, ainda que estas sortes de vias
„ possão ferir ou a honestidade, ou a consciencia,
„ ou tudo, as Leis dos homens lhe não tem impos-
„ to penas. E quando estas sortes de impressões
„ tem tido o successo de conduzir o Testador a fa-
„ zer voluntario as disposições que se lhe pedião;

„ ellas vem a ser a sua vontade ; e o motivo das
 „ vias, que as tem attrahido, não as faz nullas, pois
 „ que basta, que tenha disposto livremente. Assim :
 „ este lugar commum de todos os que se queixão
 „ das disposições de hum Testamento, dizendo que
 „ elle tem sido suggerido, não he mais que hum
 „ meio vago, e inutil, se elle não he fundado so-
 „ bre circumstancias d'alguma via illicita, e se o
 „ Testamento não tem sido em effeito suggerido
 „ de tal maneira, que o Testador não tivesse ex-
 „ plicado elle mesmo as suas intenções ; mas que,
 „ por exemplo, pessoas abusando da frouxeza de
 „ hum doente na extremidade, tivessem concertado
 „ hum Testamento, que lhe fosse apresentado, pe-
 „ dindo-lhe, depois de lho ler, se elle queria ou não
 „ queria approvar as disposições, e elle dissesse que
 „ sim ; o que seria huma suggestão verdadeira-
 „ mente illicita ; e, sendo provada, annullaria seme-
 „ lhantes disposições ” (Assim Domat. pag. (mi-
 „ hi) 343. Not. ao Art. 25).

* Que seja licito mover o animo do Tes-
 tador com proposições de serviços, blandicias,
 lagrimas etc. he sem dúbida. Domat supra Art.
 14, Portug. a n. 35. Stryk. d. Disp. de Jur.
 Blandit. C. 4. a n. 1. Manz. de Testament. T.
 3. Q. 3 : Limitando porem doze casos, em
 que cessa essa regra, desde o n. 15 até o n. 33.
 a que se deve recorrer : Confira-se Furgol. de
 Testam. C. 5. sect. 3. E Stryk. nos lugares
 citados.

§. 44.

Como por outra parte, para se convencerem
 dolosas as suggestões, são precisos varios requisitos

(Requisitos, quaes são ex Card. de Luc. de Testament. Disc. 33. n. 18. " 1.^o. ut constet de ipsis
 „ suggestionibus, factis ab ipso Testamentario
 „ hærede, vel. ab altero de ejus expresso, vel a
 „ Lege præsumpto mandato, seu in ejus gratiam.
 „ 2.^o, ut constet, quod dictæ suggestiones es-
 „ sent falsæ cum dolo et machinatione ad hunc
 „ effectum præparatæ, ac sequutæ: Et 3.^o, quod
 „ illis Testator fidem adhibendo, ex eis motus
 „ fuerit ad ita testandum; adeo ut fuerint causa
 „ vera et præcisa talis dispositionis, quæ aliàs pro-
 „ babiliter ex facti qualitate sequuta non esset ”
 Esta doutrina se vê canonizada na Rota Romana
 em tres Decisões transcriptas em Mantiss. ad Luc.
 L. 16. Super conflict. Legal. Decis. 16, 17, 18
 Conf. Barry de Success. L. 1. T. 9. n. 14. in fin.
 x. *Sed melius*); e que estes se provem concluden-
 temente (Furgol. de Testament. C. 5. Sect. 3. n.
 46. ibi =

„ Não basta allegar vagamente a prova da ca-
 „ ptação e suggestão para ser attendida: Se se tem
 „ provas escriptas, que estabeleção por conjectu-
 „ ras, e indícios claros o dolo, e a fraude, de que
 „ se usou, podem fazer-se valer; mas, para ser rece-
 „ bida a prova testimonial, he preciso articular
 „ factos; he necessario que estes factos sejam con-
 „ cludentes, isto he, que se dirijão a provar pelo
 „ menos por conjecturas violentas, (§ 33. Not. b.)
 „ e por indícios claros, que o dolo, e a fraude tem
 „ servido de fundamento ás disposições; e, como
 „ explica Claudio José Ferriere, he preciso perce-
 „ ber ao menos da parte do Testador vestígios de
 „ huma vontade contraria ás disposições, que fez;
 „ e da parte daquelles, aos quaes a suggestão se
 „ imputa, vestígios deste artificio, que a caracte-

„ riza ao favor de quem se descobre , que elles
 „ chegarão a determinar o Testador a adoptar ,
 „ como sua , huma vontade alheia. He preciso
 „ pois que os factos se encaminhem a estes dous
 „ objectos; quando elles forem cheios , a prova se
 „ achará sufficiente. Usar d'outra forma seria expor
 „ os herdeiros testamentarios e os Legatarios á ve-
 „ xação e á calumnia , de que ha muitos exemplos.
 „ Importa pois que os Juizes sejam extremamente
 „ reservados sobre estas provas , e que elles sigão
 „ a este respeito o que elles costumão praticar ,
 „ quando elles ordenão a prova de factos articula-
 „ dos para estabelecer o dolo , e a fraude , quando
 „ se tracta da rescisão do contracto complicado
 „ com este vicio ”) e podem excluir-se com cir-
 „ cunstancias contrarias. Como por exemplo , quan-
 „ do o Testador , que se diz suggerido , estava em
 „ vigor , viveo tempos , mostrou complacencia na dis-
 „ posição que havia feito , conversando com seus ami-
 „ gos ; e , podendo facilmente , não a revogou em par-
 „ te alguma ; e isto em differença do Testador sug-
 „ gerido , que logo morreo , Card- de Luc. de Tes-
 „ tam. Disc 33. n. 28. Rot. Roman in collect ad Luc.
 „ L. 9. de Testam. Dec. 14 n. 24) : Neste caso , e
 „ em que ordinariamente as provas tambem são per-
 „ plexas , estando ellas em parallelo e equilibrio , de-
 „ verá o Julgador ou vallidar ou annullar o Testa-
 „ mento , regulando-se pelas normas expostas à §. 21 ,
 „ 29 , 30 , 37 , e 38 , propendendo sempre em favor
 „ dos herdeiros do sangue , que nunca forão ingratos
 „ ao Testador , *et maximè* quando pobres etc.

§. 45.

Undecimo. Se o Testamento, que não póde valer como Escripto, possa gozar do favor de se reduzir em pública fórma, como Nuncupativo? Esta Questão depende de huma Dissertação, que vai a ser a 3.^a

S C H O L I O N.

§. 46.

O favor dos Herdeiros *abintestato* obra ainda estes effeitos juridicos: 1.^o O Testamento, quando em si duvidoso, recebe interpretação pela causa *intestati*, e segundo a ordem da successão *abintestato*. (Guerreir. Tr. 2. L. 4. C. 1. n. 14.) Confutado o Principio da Legislação Romana; que ninguém póde morrer em parte testado, e em parte intestado; daqui he consequente cessar o direito de accrescer entre herdeiros, e passar a parte caduca aos *abintestato*: Daqui he consequente que o herdeiro em parte da herança não o fica no todo; e o resto passa aos *abintestato*: Daqui he consequente, que o instituido *ad tempus* não o fica perpetuo. (Veja-se huma minha especial Dissert., que he a 8.^a na Collecção dellas em supplemento, ao meu Tract. das Acções Summarias.) Daqui he consequente 3.^o que, se qualquer faz hum codicillo sem instituição de herdeiro, e não faz outro Testamento, em que institua herdeiros, se subentendem chamados os *abintestato* para cumprirem o disposto no Codicillo, querendo acceitar a herança. (Nett. de Testam. L. 1. T. 20. n. 5.)

C O R O L L A R I O.

§. 47.

A' vista do exposto nesta Dissertação, longe de nós a indistincta generalidade dos DD. com os quaes Peg. no tom. 4. á Ord. pag. 282. a n. 390. firmou estas escandalosas theses.

„ Testamenta exitum habere publicæ interest =
 „ Facit rem notoriam = Cum voluntas Testatoris
 „ sit Lex, ut talis servanda est = Reipublicæ in-
 „ terest, ut ultima Defunctorum elogia, et pos-
 „ tremæ voluntates sustineantur, et effectum sor-
 „ tiantur = Pium est exequi voluntates Testato-
 „ rum = Qui resistit voluntati Testatoris jura pie-
 „ tatis violare dicitur = Peccat mortaliter qui Tes-
 „ tatoris voluntatem non servat. = Qui impugnat
 „ Testamentum sub prætextu aliquarum solemn-
 „ tatum omissarum peccat mortaliter * = In dubio
 „ pro validitate Testamenti est judicandum, etiam
 „ quod si aliquis Doctor magnæ auctoritatis sit
 „ pro Testamento, ejus opinio debet admitti in
 „ judicando, licet alii quamplures contra Testa-
 „ mentum resolverint. = Testamentum est quid
 „ favorabile, et publicè interest, ne Testamenta
 „ reddantur invalida. = Non est facienda interpre-
 „ tatio in perniciem Testamenti, sed pro illo, et
 „ ut sustineatur etiam ad exclusionem filio-
 „ rum; etiamsi haberet aliquas suspiciones contra
 „ etc. (Que aggregado de frioleiras!)

* Que não tem recorrido, e variado os
 „ Theologos sobre a Questão *An sicut Testa-*
 „ *mentum ad causas prophanas carens una*

„ *vel pluribus solemnitatibus a jure positivo*
 „ *requisitis invalidum et nullum est in foro*
 „ *externo; ita etiam sit invalidum et nul-*
 „ *lum in foro interno, seu conscientiae?* Basta
 ver a variedade de opiniões, que com suas razões
 recolligio Luc. Ferrar. Verb. Testamentum
 Art. 1. desde o n. 44 até 58: Porém seu
 Addicionador com hum só Principio suffocou
 toda acontenda dos Theologos, e demonstrou
 que o Testamento destituido das solemnidades
 Legaes não obriga a alguém no Foro da
 Consciencia: Confirção-se Struv. Exerc. 36.
 thes. 16. Stryk. Vol. 2. Disp. 12. de Foro
 Conscientiae, Cap. 4. n. 44, e o moderno Patuz.
 Theolog. Mor: Tract. 7. Cap. 17. §. 9. 10.,
 e 11.

DISSERTAÇÃO III.

P A R T E I.

Mostra-se contra hum erro commum, e inveterado que o Testamento escripto, que he nullo por defeito de alguma solemnidade legal, senão póde convalidar, reduzindo se em pública fôrma, como Nuncupativo.

Se, a pesar da convicção do erro, elle continuar nesse Supposto

P A R T E II.

Mostra-se em quaes circumstancias, e com quaes requisitos, se devão neste Reino, para serem válidos, reduzir como Nuncupativos em pública fôrma as quatro especies de Testamentos, que diversifica a ndssa Ord. L. 4. Tit. 80.

QUANTO A' PRIMEIRA PARTE.

P R E N O Ç Ã O I.

Diversas fôrmas de testar, conforme os Direitos Romano, Patrio, e de algumas Nações.

§. I.

DEIXANDO de saber como Heineccio (Heinecc. Syllog. Opuscul. tom 2. Exerc. 25.) Manzio (Manz. de Testam. T. 1. §. 1.) e Thomazio (Thomaz. ad Ins-
K 2

tit. L. 2. T. 10.) á origem, ritos, e progressos dos Testamentos nos Romanos; he certo que pelo Direito novíssimo se dividião em *Escriptos*, e *Nuncupativos*: *Escriptos* erão os que se fazião cerrados conforme a Lei 21. Cod. de Testament. modelo da nossa Ord. L. 4. T. 80. §. 1: *Nuncupativos* erão os que se fazião de viva voz perante Testemunhas; e, ainda que para memoria se fizesse alguma *Escriptura*, que as Testemunhas não assignavão, nem por isso deixavão de ser *Nuncupativos*. (Manz. n. 28. Nett. de Testam. L. 1. T. 2. n. 1. „ Heinec. Elem. Jur. Civ. §. 499. ibi = Non mutatur Testamentum *Nuncupativum* in scriptum si „ vel maximè ea nuncupatio postea in Scripturam, „ *memoriæ causa*, radacta fuerit. ”

§. 2.

No nosso Reino, e na Ord. L. 4. T. 80. vemos estabelecidas quatro diversas fórmãs de testar: 1.^a (ut in Princ.) quando o Testamento se faz em Livro de Notas por Tabellião público com as prescriptas solemnidades: 2.^a (ut §. 1. et 2); quando em escripto cerrado, e com Instrumento de Approvação por Tabellião: 3.^a; quando (ut §. 3.) escripto pelo Testador, ou pessoa particular, e perante cinco Testemunhas, sem Instrumento de Approvação: 4.^a (ut §. 4.); quando verbalmente no artigo da morte perante seis Testemunhas varões, ou femeas. Huns dos nossos Reinicolas defenderão que os Testamentos feitos na 1.^a e 3.^a fórmã sempre ficão na classe dos *Nuncupativos*; e que entre nós só são *escriptos* os de que tracta o §. 1. da mesma Ordenação, (Pereir. Decis. 51. n. 3, Nett. de Testam. L. 1. T. 2. Sub n. 1. Portug. de Donat. L. 3.

C. 16. a n. 5 ad 8, Fragos. de Regim. Reip. P. 3. L. 5. Disp. 8. §. 2. n. 80. et §. 3. a n. 105, Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 3. n. 37. Reinos. Obs. 48. a n. 23.) Outros, pelo contrario, que os Testamentos, de que tracta o Princ. e §. 3. pertencem á classe dos *Escriptos*. (Egid. na L. 1. Cod. de Sacros. Eccles. p. 4. Init. a n. 7. Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 241. a n. 39. et 52.) Outros, que tem hum tanto de *natureza* de escriptos. (Vin. ad § fin. Inst. de Testament. ordin. sub n. 3.) Não deixa de ser util esta indagação; porque, sendo *Nuncupativos*, mais facilmente se poderão reduzir em pública fôrma: (Eu, ainda que involuntario, sigo a primeira opinião).

§. 3.

Nas modernas Legislações das Nações civilizadas se observão hoje fôrmas de testar totalmente, ou quasi diversas das estabelecidas pelo Direito Romano; como se nota nos modernos Codigos. (Como se nota no Cod. Freder. P. 2. L. 7. T. 3. Art. 1. e 2., no de Sardenh. L. 5. T. 1. no Civil dos Francezes, Art. 967, e seguintes, Legislação nesta parte não nova na França, mas recopilção de humma sua Ordenação de 1735, que commentou Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 3.) Em Veneza só ha duas fôrmas de testar, e essas bem providentes (as quaes refere Clericat. Discord. Civ. 3. a n. 12.) Seria para dezejar, que se adoptassem algumas no nosso Reino, occorrendo-se a tantas questões quotidianas no Foro.

P R E N O Ç A O II.

Estas Formulas e Solemnidades dos Testamentos prescriptas nas nossa Leis são impreteriveis, e qualquer omissão dellas os transtorna nullos. Razões desta Proposição.

§. 4.

O commum dos nossos Reinicolas segue, que todas as solemnidades, que na nossa Ordenação se prescrevem em qualquer das especies dos Testamentos, se requerem *pro forma*; e que a omissão de huma só em qualquer dessas especies de Testamentos os torna nullos. (Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 245. n. 66. Fragoz. de Regim. P. 3. Liv. 5. Disp. 8. §. 3. a n. 100. Portug. de Donat. L. 3. C. 16. a n. 58, que citão os mais Reinicolas.) O mesmo nas mais Nações. (Stryk. de Cautell. Testam. C. 2. §. 2. Voet. ad Pand. L. 28. T. 1. n. 28. Struv. Exerc. 32. thes. 16. Clericat. Discord. Civ. 2. n. 14. Esta era a primitiva Juris-prudencia Romana pelas razões de Bynkeroek (Bynkeroek. Observ. L. 11. C. 11. pag. 113.) Furgole (Furgol. de Testam. C. 2. Sect. 1. n. 2.) Peg. (Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 269. n. 263. 264.) E outros referidos na Diss. 2. á §. Sendo assim dignos de desprezo alguns Reinicolas, que disserão *accidentaes*, e não substanciaes algumas solemnidades, que exigem as nossas Leis (apud. Guerreir. For. q. 28. a n.); e attendendo ao favoravel dos Testamentos, que largamente reprovei em alguns casos na Diss. 2, e a tudo se accrescente a doutrina de Sam. de Coccej. (Jus controv. L. 28. Tit. 1. Q. 12. in fin.) *et*

maximè attendido o Assento de 17. de Agosto de 1811.

Quanto á 1.^a, e principal Demonstração contra o erro vulgar de se poderem reduzir em pública fôrma como Nuncupativos os Testamentos, Escriptos defeituosos das necessarias Solemnidades

§. 5.

He commum nos nossos Reinicolas, sem discordia de hum só, que o Testamento *Escripto*, que não póde valer, como tal, por defeito de alguma solemnidade legal, póde valer como *Nuncupativo*, reduzindo-se como tal em pública fôrma por Testemunhas com citação de Partes. (Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 236. n. 2. Cald. de Empt. C. 19. n. 9. Pereir. Dec. 51. n. 7., Reinos. Obs. 48 Maced. Dec. 5, Phæb. Decis. 187. n. 2. et 3. Addit. ad eund. Phæb. Decis. 177., Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 6. a n. 157. Latissimè Cordeir. de Testam. Dub. 1. et 3.) Limitando a sua resolução só no unico caso, em que conste, que o Testador precisamente se restringio a testar por escripto, e quando expressamente disse, que só assim intencionava testar. De outro modo, não o expressando, e em dúvida, assentão que nunca se póde presumir que o Testador, testando de huma fôrma, excluiu qualquer outra, pela qual podesse valer o seu Testamento. A sua unica razão he a da celebre L. 3. ff. de Testam. milit. ibi. = *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.* = Tal, e unica he a razão desses DD.

§. 6.

Quando o Testamento he Nuncupativo escripto conforme a Ord. L. 4. T, 8o no Principio; ou conforme o §. 3; e seguida a melhor opinião acima referida no §. 2.; *scilicet*; que estes Testamentos, ainda que *Escriptos*, são em effeito *Nuncupativos*; porque o Testador manifesta por palavra ás Testemunhas a sua vontade, em differença dos *Testamentos Escriptos cerrados*, eu não duvido muito, que estas duas especies de Testamentos, ainda que reduzidos a escripto, possam valer como Nuncupativos, e reduzir-se como taes em pública fórma, se são defeituosos das solemnidades prescriptas no Principio e §. 3. da dita Ordenação, depondo as Testemunhas da verbal disposição do Testador, e sendo feitos ao tempo da morte; (vide infra á §.) porque, sendo conforme a mais seguida opinião (§. 2.) na essencia *Nuncupativos verbaes*, e a Escriptura só para prova da vontade nella escripta, entra aqui a regra, que, annullada a Escriptura, não se annulla o acto, que póde de outro modo provar-se, quando a Escriptura não he da essencia, e substancia do acto. Latissimé Bagn. Quaresm. Cap. 3. a n. 127.

§. 7.

Porém que hum Testamento escripto, que o Testador determinou, e, para não patentear em vida a sua vontade, quiz que fosse cerrado e approvado na forma da dita Ord. §. 1, e 2; vontade occulta e não manifesta ás Testemunhas da Approvação: Que tal Testamento, digo, possa valer

como Nuncupativo , sendo aliàs naquella propria figura nullo pelo defeito d'alguma solemnidade substancial e Legal; isto he o que eu , ainda que tenha a censura de Novador , não seguiria *in judicando* , a pesar dessa torrente de DD. (§. 5) E isto pelas seguintes rasões.

§. 8.

Primeira: Porque essa L. 3 ff. *de Testamento Militis* está collocada entre as mais , que estabelecerão os muitos favores , e privilegios dos Testamentos dos soldados; privilegios pessoaes , que as Leis só a elles , e na guerra concedem; privilegios , como strictos por natureza , inampliaveis aos Testamentos dos Pagãos: Este he o espirito daquella Lei: E que muito se conceda ahí ao soldado esse privilegio de valer pelo modo possivel a sua disposição , quando elle , abusando do mesmo privilegio , quiz testar na forma commua dos Pagãos , e nesta forma não valesse a sua Disposição? Qual he o Pagão , que tem o favor de testar por diversas formas? A rasão da dita Lei , ainda que pareça geral e verificavel em todo o não soldado , deve restringir-se aos limites daquelle favor , e privilegio , de que unicamente se tractava. Quem haverá pois , que amplie em geral a Ord. L. 4. T. 83. , em favor dos soldados , aos mais Testadores? Hum Pai , que pode sem todas as solemnidades ordinarias testar em favor de Filhos , se testa *in scriptis* com as solemnidades das Leis , mas falta alguma dellas , he nullo o seu Testamento , a menos que não declare que quer valer-se do Privilegio. (Opinião de Coccej: Jus controuv. L. 29. T. 1. Q. 11.)

§. 9.

Segunda: Já vimos (§. 2.) que a nossa Ordenação distinguio quatro formas de testar, e cada huma com diversas, mas peculiares solemnidades: Já vimos (§. 4.) que são impreteriveis, e o defeito de huma annulla o Testamento: Só sendo conforme com ellas póde ter a força legislativa de revogar, ou fazer cessar as Leis originaes, que determinão, e regulão a successão *abintestato* " *Nemo, potest in testamento suo cavere, ne Leges in suo testamento locum habeant* " (L. 55. ff. de Legat. 1.) " *A forma dos Testamentos tem sido regulada pelas Leis: Ella he de Direito público, de que os Testadores se não podem dispensar, nem apartar; ella deve ser exactamente seguida; d'outra fórma he o Testamento nullo. Para fazer valer hum Testamento não basta, que a vontade do Testador appareça; he preciso ainda, que esta vontade seja apoiada das formalidades, que as Leis querem sejam observadas para a fazer efficaç* " (Assim Furgol. de Testament. Cap. 5. Sect. 3. n. 56. et 57.)

§. 10.

He pois indispensavel que o Testador elêja huma das formas, pelas quaes a Lei lhe permite testar; e que, eleita huma dellas, concorram as precisas solemnidades para valer o Testamento conforme essa especie. Por ventura hum Testador poderá elle confundir as diversas formas legaes, e testar na conformidade de todas? Sendo ellas diversas, e cada huma com diversas solemnidades proprias e peculiares de cada especie de Testamento,

estará na mão do Testador, ainda que queira, dispensar alguma dellas? Ou, accingindo-se a testar em huma das formas, está no seu arbitrio querer que, não valendo por essa, valha por outra, com que senão conformou? Por isso mesmo que elegéo huma, das que a Lei lhe offercece, he consequente ficar renunciando a outra: Ora: essa conjecturada vontade de querer a validade pelo melhor modo possível, ou ainda essa clara expressão, envolve contradictorio com a eleição, que fez de huma fórma, repudiando outras; acha repugnancia nas Leis, que prescrevem diversas formas, e cada huma com distinctas solemnidades: Aquelle pois que, elegendo huma forma, se não conformou em tudo com ella, a si o deve imputar, porque a Lei lhe não faculta testar de muitos modos em hum só acto (Optime Jul. Capon. Discept. 291. Sub n. 22. §. *Secundas.*)

§. II.

Terceira: Só o imaginario favor das ultimas vontades no Systema Romano pode ser fundamento da rasão da celebre Lei 3. de Testam. milit. (§. 5), se, a pesar do exposto, (§. 8) a podemos ampliar aos Testamentos dos não soldados: Ora: esse favor não he tão favoravel, como com esse systema pensou aqui o commum dos DD. (veja-se a Dissert. 2.): Logo, proscripto esse favor, que forão as vistas do Jur. Consult. na d. L 3., ficamos no rigor da regra, que só hum Testamento Legalmente solemnizado pôde ser forçoso para privar da herança aos herdeiros Legitimos (§. 4.): Os mesmos Romanos não toleravão que qualquer Pagão falecesse com dous Testamentos: Ora: isto mesmo se verificaria, valendo, como Nuncupativo, o que em qualidade de Escri

pto he nullo; este se transformaria naquelle; ou, sendo em si diversos, (§. 1) haveria huma metamorphose, e o *Escripto* se transformaria em *Nuncupativo*: E que antinomia mais ridicula! Ou se daria huma diversa especie de Testamentos, formada de hum misto do *Escripto*, e *Nuncupativo*, o que a nossa Lei não admitte. (vide infra §.)

§. 12.

Quarta: Se ha casos, em que vale o argumento dos Contractos para as ultimas vontades; (Barbos. et Tabor thesaur. Locor. Commun. L. 1. C 137. Ax. 29.) Nós vemos na Ord. L. 4. T. 19. §. 1. que não só se subentende quererem as Partes contractar por *Escriptura*, e não d'outra forma, quando assim o exprimem; mas " *posto que expressamente o não digão, se por algum modo se pode-*
se entender que a sua vontade era, que sem es-
cripto não valesse etc. Em tal caso se deve por
Direito entender etc. E pôde-se pôr outro ex-
emplo, quando as Partes querem fazer alguma
convença, e dizem que lhes apraz fazer-se em
escripto; posto que expressamente não digão,
que d'outra maneira não valha, assim se deve
entender; porque em escripto se chama, quando
a Escriptura he da substancia do Contracto,
ou Convença etc.

§. 13.

Ora: Hum Testador, que se propõe fazer Testamento cerrado, e approved (propriamente *Escripto*), que outra cousa se intenciona nelle, se não testar nessa precisa forma, e sujeitar-se ás res-

pectivas solemnidades Legaes? (Cyriac. Contr. 444 n. 111.) Logo , como pôde elle , sendo nullo , transformar-se em Nuncupativo? Ah ! Nunca se presume que o Testador quiz eleger huma via , se não aquella , pela qual tivesse execução a sua vontade , ex d. L. 3. de Testam. milit. Reponho 1.º , tambem se não presume que quiz testar d'outro modo , huma vez que se accingio a testar por aquelle , ainda que o não expressasse (Cyriac. Supra Afflict. Dec. 143. n. 6.): Eis aqui duas conjecturas oppositas ; ou , pelo menos , o caso em dúvida : Reponho 2.º : Quando hoje entra em collisão o favor dos herdeiros escriptos com o dos Legitimos , não se admittem taes favores dos Testamentos , cuja validade he duvidosa , nem taes subintelligencias de vontades occultas , como demonstrei na Diss. 2.

§. 14.

Quinta: Não temos Lei , que permita tal metamorphose , de se transformarem em *Nuncupativos* os Testamentos , que por defeito de solemnidade não podem valer como *Escriptos*. No mesmo Direito Romano achamos repugnancia ; porque , conforme a elle , quando o Testador dispõem nuncupativamente , deve pela propria bôca declarar , perante as testemunhas , o nome proprio do seu herdeiro instituido com as mais particulares disposições. (L. 21. ff. de Testam. L. *Hac consultissima* §. *Per Nuncupationem*. Cod. de Testam. , text. in §. fin. Instit. de Testam. ordin. que parece seguiu a Ord. L. 4. T. 80. §. 4 Conf. Vin. ad d. §. fin. n. 2.) Sim ; Bartholo (Barthol. na L. *Si ita scripsero* ff. de Condit. et demonstr.) inventou , e alguns DD. o seguirão , que basta ser a instituição de herdeiro

relativa ao que se achar escripto em alguma cedula, de cuja identidade conste, ainda que o nome do herdeiro não seja declarado pelo Testador ás Testemunhas; bastando essa relação implicita. (Vejão-se largamente o Card. de Luc. de Testam. Disc. 1. a n. 5. Coccej. Jus controuv. L. 28. T. 1. Q. 16. Brunnem. na L. 77. ff. de Hæred. instit. n. 1 e 2. Harprectr. Disp. 44. a n. 89. Rocc. Select. C. 39. a n. 3. (Vide infra §.).

§. 15.

E daqui póde inferir-se que hum Testamento *escripto, e cerrado*, sendo nullo pelo defeito de solemnidade, póde reduzir-se válido como Nuncupativo, huma vez que as Testemunhas da Approvação, reconhecendo os seus signaes, e a identidade, jurem proferir o Testador, perante ellas, que aquelle era o seu Testamento, e que tudo o contendo nelle era a sua ultima vontade; pois, concorrendo estas circumstancias, já fica válido como Nuncupativo com relação implicita á cedula reconhecida; e he o que basta conforme a dita opinião: (§. 14) Assim com effeito discorre Cordeiro. (Cordeir. de Testam. Dub. 3 et Dub. 10.) (Vide infra §. 58.).

§ 16.

Porém em contrario está a mais sólida, e fundamentada opinião, segundo o mesmo Direito Romano; distinguindo, que a Instituição de herdeiro, ou qualquer outra particular disposição contida em algum papel escripto, e a que o Testador faça relação, só póde subsistir, quando essa relação a essa outra *escriptura* he feita em hum Testamen-

to solemne , e escripto ; e não quando em outra disposição Nuncupativa verbal , porque repugna que huma Disposição , que claramente deve ser expressa pelo Testador , perante as Testemunhas , conforme a primigenia indole , e natureza do Testamento Nuncupativo , possa ser relativa a qualquer outro papel escripto , e secreto. (Stryk. us. mod. L. 28. T. 1. §. 21. (aonde refere huma Ordenação da Alemanha) , et de Cautell. Testam. C. 16. §. 22. et 25. Manz. de Testam. T. 4. Q. 2. a n. 9. Mul. ad Struv. Exerc. 33. thes. 8. Nigr. Cyriac. Contr. 444. a n. 108. Rub. de Testament. C. 37. n. 58 et Cap. 38. n. 73. Fabr. in Cod. L. 6. T. 5. Def. 20. Optime Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. n. 22. , Gratian. for C. 973 tot. Voet. ad Pand. L. 28. T. 1. n. 11. , Zoez. ibidem n. 56. Jul. Capon. Discept. 202. n. 3 , optime Clericat. Discord. Civ. 3. a n. 4.) Pelo menos ; ou se ha de figurar huma especie nova e diversa de Testamento , formada , e composta de hum misto em parte do *Escripto* , e em parte do *Nuncupativo* ; (como bem raciocina Rub. de Testam. Cap. 38. a n. 97 ; o que a nossa Lei não admite nem sonhou.) ou , sendo mais commua , e recebida esta opinião (*maximè* quando o Testador nesse acto não declara , qual he o seu herdeiro , Cautella , que alguns aconselhão para cessar a dúvida (Stryk. supra d. C. 26. §. 22 et 25.)) , na mesma variedade de opiniões , e ainda em igual probabilidade , deve prevalecer o favor da successão *abintestato* , como mostrei na Diss. 2. a §.

§. 17.

Sexta e ultima: Na mesma Questão abstracta: Se o Testamento *Escripto* , sendo nullo , como tal ,

por defeito d'alguma solemnidade, pôde valer como *Nuncupativo*? Estão pela negativa tantos, e tão graves DD. como os referidos na seguinte Nota com as suas declarações, que aqui mesmo se referem. (Taes são: (1) Huber. ad Tit. de Testam. Ord. §. fin., dizendo, que seria *monstruoso* hum tal Testamento; e assim o refere julgado: (2) Samuel de Coccej. Jus Controv. L. 28. T. 1. Q. 17. su tenta que esta opinião *Stricto jure* deve ser mais attendida; a menos que o Testador não declare querer, que o seu Testamento valha como Nuncupativo: (3) O citado e moderno Furgol. Cap. 2. Sect. 1. n. 13. absolutamente diz que, se falta huma solemnidade das prescriptas pela Lei para o Testamento poder valer como *Escripto*, não pôde valer como Nuncupativo, a menos que o Testador não tenha inteiramente declarado a sua vontade em presença das Testemunhas. (4) Esta mesma opinião segue. Manz. de Testament. T. 4. Q. 1. n. 128 e 129. (5) Barry de Succession. Liv. 1. T. 1. n. 49. parece que fica nesta opinião, quando o nome do herdeiro foi incognito ás Testemunhas. (6) Comprova-se com Fabr. in Cod. L. 6. T. 5. Def. 4. (7) Voet. ad Pand L. 28. T. 1. n. 10 e 11. só admitte valer o Testamento Escripto como Nuncupativo, se o Testador *viva voce nuncupaverat judicium* etc. (8) Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 10, não admitte tal equipollencia, *si ex verbis vel facto constet Testatorem in Scriptis ultimum suum elogium condere voluisse*; e sómente, *Si Testator voluntatem suam coram testibus nuncupaverit*. (9) Jul. Capon. Discept. 291. Dub. 3. Sub n. 22. §. *secundus casus est*. (10) C. Clericat. Discord. Civ. 3. a n. 4. digno de ser visto).

Na França aonde ha huma Ordenação do anno de 1735. (renovada no novo Codigo Civil) que no Artigo 9 he conforme com a nossa Ord. L. 4. T. 80. §. 1, e 2., se assenta sem dúbida que, se falta no Testamento Escripto alguma das solemnidades prescriptas naquella Ordenação, não póde valer como Nuncupativo, a menos que o Testador não tivesse declarado a sua vontade inteira em presença de Testemunhas, caso em que poderá valer como Nuncupativo ex L. 30. Cod. de Testam. (Assim o Nacional Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1 n. 13.) Se attendemos o Literal do Assento de 17. de Agosto de 1811, seria supprir as solemnidades da dita Ordenação por huma *equipolencia*; o que o Assento reprova. (veja-se a sua Analyse na Diss. 4.)

Quando porém, a pesar desta demonstração, ainda haja quem siga o convencido erro dos Reincolas, so deverá praticar-se nos termos habeis, e concorrendo os requisitos, que em geral, e em particular sobre cada huma das quatro especies dos nossos Testamentos prosigo a demonstrar.

P A R T E II.

Prenações geraes respectivas a todas as quatro especies de Testamentos, que se hajão de reduzir em pública fôrma, como Nuncupativos.

§. 19.

Prenção primeira: Neste Reino não pôde valer como Nuncupativo, nem reduzir-se em pública fôrma como tal, senão aquelle que fosse feito por hum Testador proximo a morte, e na ultima enfermidade, de que não convallescesse. (Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 13. et 14. Cordeir. Dub. 1. n. 24. et 25. Egid. na L. 1. Cod. de Sacross. Eccles. 2. P. init. n. 15. pag. (mihi) 86, et P. 4. n. 10. pag. 183.

§. 20.

Segunda Prenção (e consecutaria da primeira): Se o Testamento *Escripto*, de que tracta a Ord. L. 4. T. 82. §. 1. e 2., ou os Nuncupativos reduzidos a escripturas pública e particular, de que tracta a mesma Ord. no Princ. e no §. 3., são nullos por algum defeito de solemnidade legal; assenta o mesmo Egidio que só podem valer, e reduzir-se em pública fôrma como Nuncupativos, sendo feitos (ainda que assim nullamente) ao tempo da morte dos Testadores; mas não assim, sendo feitos no tempo da saude: E isto, entre outras, pela razão de que neste Reino só vale o Testamento Nuncupativo verbal feito ao tempo da morte: E todas essas especies de Testamentos, não valendo pelas suas Escripturas, só se podem reduzir, e valer como *Nuncupativos verbaes* etc.

§. 21.

Contra Egidio, com o qual não podia competir em Juris-prudencia Romana, e Patria, se levantou João Rodrigues Cordeiro (este homem mais subtil, que sólido, destituído das Luzes da mais sã Juris-prudencia, e das verdadeiras regras da Hermeneutica, imbuído em humas hoje reprovadas, que lhe erão as mais frequentes nos seus sofismas); e na Duvida 2.^a, depois de estofar, e mesmo comprovar desde o n. 1. até o 15.^o. os fundamentos genuinos de Egidio, passa a confutallos, expondo o seu sentimento contrario desde o n. 16. (isto he, que vale como Nuncupativo o Testamento, que, sendo feito no tempo da saude por qualquer das tres formulas da Ord no Principio, e §§. 1. 2. 3. he nullo por defeito de solemnidade; e que pôde sanar-se, reduzindo-se como Nuncupativo): E isto com razões tão ridiculas, e ja nesses tempos, como estas:

§. 22.

Diz 1.^o, no n. 16, que a doutrina de Egidio he lethífera aos Testadores, e aos Herdeiros escriptos, e opposta ao favor das ultimas vontades. Bem se mostra já aqui Cordeiro ignorante dos Principios mais sólidos, que expuz na Dissertação 2.^a: Argumenta 2.^o, com humas palavras da Ord L. 4. T. 80. §. 3, que diz mysteriosas; como que Cordeiro fosse o do Apocalypse, que podesse descobrir (ou advinhar) o mysterio, e pensar o que talvez não pensou o Legislador: Accrescenta, que o Legislador facilmente experimentaria o que

omittio, se assim o quizesse. Quem vio já mais tal regra Hermeneutica!

§. 23.

No n. 19 até 22. diz que este caso foi omisso nas Leis Patrias, e consequentemente se deve decidir pelo Direito Romano, conforme ao qual o Testamento Nuncupativo se pôde fazer no tempo da saude, e valer como tal; Inferindo que, se os Testamentos feitos no tempo da saude não valem como taes, valem como Nuncupativos, que segundo o Direito Romano podião fazer-se no tempo da saude. Que interpretação mais reprovavel! Ella o he pela L. de 18 de Agosto de 1769. Quem dirá omisso esse caso na nossa Legislação, quando ella, como já vimos (§. 2), estabeleceo outras formas de testar, além das duas do Direito Romano, e cada hum das ellas com diversas solemnidades? Que necessidades de recurso ao Direito Romano, tendo nós hum mais ampla Legislação, e mais multiplicadas formas de testar? A nossa Ordenação só no tempo da morte permite testar verbalmente, e com o ampliado favor de testar perante testemunhas fêmeas. (o que o Direito Romano em nenhum caso permittia) (Nett. de Testam Liv. 1. T. 4. n. 8.). Logo, só pôde reduzir-se como Nuncupativo, isto he, *Verbal*, (como confessa Cordeir. n. 21.) hum Testamento das outras tres especies, que fosse nullo, sendo aliás feito ao tempo da morte do Testador.

§. 24.

No n. 23 até o n. 25. argumenta Cordeir. que a Ord. L. 4. T. 80. §. fin. falla dos casos mais fre-

quentes, quaes os Testamentos ao tempo da morte, e não comprehendeo os mais raros, quaes os que se fazem no tempo da saude: E que ineptia! A Ordenação deu formulas de testar da saude, e da doença ultima com solemnidades diversas; providenciou todos os casos, e todos os estados: Quem testa na saude por algum dos modos, que lhe concede a Ord. no Princip. no §. 1., e 3., não deve gozar dos favores concedidos aos que testão na ultima enfermidade: Só a estes concedeo o Legislador os expressos no §. 4. Não admittio Testamento verbal em outro estado, e em outro tempo, mais do que nesse da proximidade da morte. Para o estado de saude lá lhes facultou outras tres formas de testar, e em todas por Escriptura pública, ou particular. Eis aqui o Legislador providenciando todos os casos frequentes, e não frequentes. Se pois o Testador testou no tempo da Saude nuncupativamente perante Testemunhas, a Lei não o permittia de modo algum; e nisto revogou o Direito Romano, que aliás o permittia. Se testou na saude por alguma das tres permittidas formulas, e então se não conformou com as solemnidades Legaes, he nullo o Testamento *ipso jure*. (§. 4.) E como póde elle convalescer, sem se reiterar com as mesmas precisas solemnidades? Como póde convalescer, e em qualidade diversa de Nuncupativo verbal, aquelle que, sendo escripto no tempo da Saude, he *ipso jure* nullo, se no tempo da Saude não permite a Lei testar nuncupativamente sem escripto algum perante testemunhas? Como assim? se só o permite no caso da urgente necessidade, e em perigo de vida? Ainda será muito puxar o favor de taes Testamentos, para se reduzirem como verbaes, aquelles que, sendo escriptos no tempo da

morte são nullos como taes? Pode porem dar-se hum *transcat*; porque assim como a Lei nessa instantanea urgencia admite huma nuncupação verbal perante testemunhas, ainda que femeas; que muito se permita pela mesma rasão da urgente necessidade, que valha como verbal o Testamento escripto feito nesse estado do Testador, mas nullo por defeito de Solemnidades?

§. 25

Nos nn. 26, 27, 28, raciocina Cordeiro que, o que o nosso Legislador por motivos de humanidade concedeo aos Testadores moribundos no §. 4. fin da dita Ord. se retorquiria em odio daquelles que, testando na saude pelos outros modos, Princip. §. 1. e §. 3., testassem nullamente. Que rasão mais irrisoria? A faculdade de testar, he ella tão favoravel? Isto he o que nunca attingio Cordeiro: Testar he huma dispensa concedida pelo Legislador, mas debaixo da condição de se conformarem os Testadores com a sua Lei (optime Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. n. 2.): A Lei estabeleceo quatro formas de testar, tres commuas aos sãos, e aos enfermos em qualquer enfermidade, e quarta só para os que testão em perigo de vida; tanto que, se convalescem, fica *ipso jure* nullo esse Testamento: Aquelle que na ultima, e mortal doença testa por qualquer das tres primeiras formas, poderá (quando muito, apesar da Lei) gozar do favor da quarta só a elle concedido, e não convalescendo: Mas que, o que testa na saude conforme a 1., 2., ou 3. formula, gose do favor da 4., não passou pela lembrança do Legislador, antes o contrario, em quanto determinou, que esse Testamento ficaria

cassado logo que o Testador convalescesse: Se Cordeiro diz, que sim; eu digo, que não: Qual de nós adivinhará? Por ventura a interpretação das Leis está no esquentado dos nossos Juizos, ou nas Regras Hermeneuticas?

§. 26.

No n. 29 e 30 diz Cordeiro que, se a nossa Ord. §. fin. se interpretasse, que só permite testar nuncupativamente ao tempo da morte, viria a ser correctoria do Direito Romano, que permittia testar nuncupativamente em todo o tempo; inferindo que tal correcção se não deve suppôr em materia tão favoravel. Mas quem admittirá hoje tal regra de interpretação, depois da L. de 18 de Agosto de 1769? Quem se attreverá hoje a defender absolutamente o favoravel dos Testamentos em todo o caso? Taes, tão cerebrinas, e ridiculas são as razões de Cordeiro contra Egidio.

§. 27.

E que direi das respostas, com que Cordeiro confuta os fundamentos de Egidio? Diz 1.º no n. 32 que a Ord. §. 4. não he *taxativa*; que fallou no caso mais frequente, e que nunca se subentende revogar o Direito Romano: Frioleira costumada, e repetida e já assás confutada. Desde o n. 33 envolve os mesmos paradoxos, com que tinha comprovado o seu Systema, e com elles responde a Egidio. Só accrescenta, que nunca se subentende que o Testador elegeo huma fórma de testar, de que o resultado fosse não se cumprir a sua vontade; e isto pela celebre L. 3. ff. de Testam Milit; e que, testando *in scriptis* na saude, não renunciou a fór-

ma de testar nuncupativamente nesse estado, como o Direito Romano, não revogado, permittia no tempo da saude testar verbalmente perante testemunhas. Mas que encadeamento de indignas de hum Jurista Escriptor? Não está elle revogado pela nossa Lei o Direito Romano, que permittia na saude testar verbalmente? Não cassa ella os Testamentos verbaes feitos em perigosa doença, logo que o Testador convalesce? Havemos de restringilla, porque correctoria do Direito Romano? Que erro depois da L. de 18. de Agosto? Havemos de facultar a hum Testador a liberdade de testar verbalmente no tempo da saude? Póde elle dispensar a Lei? (§. 9.): Que outra cousa seria admittir, que valesse, como Nuncupativo, qualquer outro Testamento feito no tempo da saude, senão recalcitrar contra a Lei, que tanto não permite os verbaes nesse tempo que, ainda quando feitos no perigo da vida, ficão cassados, logo que os Testadores convallescem? Tal he o systema da nossa Legislação.

§. 28.

Chegou a tanto a halucinação de Cordeiro que, para sustentar o seu Systema, chegou a defender no n. 48, que hum Testamento feito em doença com testemunhas varões, subsiste, ainda que o Testador convalesça, citando Barbosa, e Negreiros. Porém experimentou a infelicidade de ser nesta parte reprovada por hum Aresto, transcripto na Nota, (Repertor. de baixo da Conclusão = *Nulla he o Testamento nuncupativo* etc ibi. = No Aggrav. vo Ordinario em Janeiro de 1734. julgamos, „ que o Testamento Nuncupativo era nullo, se „ o Testador convallesceo, ainda que feito com

testemunhas varões, e todas as solemnidades dos
 mais testamentos; reprovada a opinião de Cor-
 deiro, como nova, e contra o sentido da Lei; e
 disse, que Negreiros allegado, a quem seguíam
 Manoel Barbosa, e Fragoso, diziam outra cou-
 sa ") em consequencia o grande Mello. (Mell.
 Freir. L. 3. T. 5. §. na. Nota.) Aresto, que veio
 a declarar contra o systema de Cordeiro, que a es-
 pecialidade, e favor da Ord. L. 4. T. 80. §. fin. não
 consiste só em admittir por testemunhas as mulhe-
 res em taes Testamentos; porque, se nisto sómente
 consistisse, como quiz Cordeiro, valeria o Testamen-
 to feito com testemunhas varões, ainda que o Testa-
 dor convalescesse; mas consiste em não ser permit-
 tido neste Reino testar verbalmente, senão no tem-
 po da morte. Logo, e outra vez concluo que, não
 valendo como escripto o Testamento feito no tem-
 po da saude, não póde valer como verbal justifi-
 cado por testesmunhas, e como independente do
 escripto, (que, sendo nullo, só das testemunhas
 depende a sua validade) (O mesmo Cordeir. Dub.
 1. a n. 21. et Dub. 10. n. 3. Portug. de Donat. L. 3.
 Cap. 16. n. 11.), e só testemunhas se admittem nos
 Testamentos á hora da morte.

§. 29.

Terceira Prenoção: Depois de vermos quaes
 são os Testamentos, que só podem reduzir-se em
 pública fórma, como Nuncupativos, não deve
 ignorar-se, que a Ord. L. 4. T. 80. §. fin. só con-
 cede esse favor, concorrendo duas circumstancias:
 1.^a, que sejam feitos *ao tempo da morte* (bem en-
 tendido, que não na ultima agonia) (Que os Ago-
 nizantes gozem de hum perfeito juizo, e capacida-

de para testarem, o negão judiciosamente. Paul. Zacch. QQ. Medico Leg. L. 2. T. 1. Q. 19. a n. 6. Scalon. de Testam.) 2.º que os Testadores não *convalesçam*, porque, convalescendo os ha por cassados, e nullos. Quanto á primeira circumstancia deve entender-se com Egidio (Egid. na L. 1. Cod. de Sacross. Eccles. P. 4. init. n. 6, et n. 13. Conf. Barbos. Vot. 101. a n. 18. Noguierol. Alleg. 27. a „ n. 263.) *Mortis autem tempus ad infirmitatis causam, unde mors sequitur, est referendum ... tempus infirmitatis ad mortem intelligitur Nam et hic mortis tempore, seu in mortis articulo tam proprie esse dicitur, ut ille, qui in infirmitate est, quæ ducit ad mortem Ille dicitur in extremis laborare, qui ex tali infirmitate, sine sanitatis intervallo decedit.*”

§. 30.

E quanto á segunda: O mesmo Paulo Zacchia (Paul. Zacch. QQ. Medico Legal. L. 2. T. 3., Q. 14. a n. 5.) nos declara que a convalescença *he hum meio entre a saude perfeita, e a doença*: Humma Lei Romana (L. 13. ff. de Mort. caus. donat., Vicat. hoc verbo) diz = *Convalescere est in pristinam valetudinem redire*. Qual deva decidir; se o voto de hum Medico Legal, se humma Lei Romana, o digão os mais sabios.

§. 31.

Quarta Prenheção: Quando (nos casos, em que temos visto poder permittir-se) se reduzem como Nuncupativos quaesquer Testamentos, he necessario que, sob pena de nullidade, se citem todos os

Consanguíneos, e herdeiros abintestato, que possam ser contradictores da sua validade. (Cordeir. Dub. 10. n. 3. Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 10. Tondut. Civil. C. 131. n. 11. Fragoz. de Regim. Reip. P. 3. L. 5. Disp. 8 §. 2. n. 83. Furgol. de Testam. C. 2. Sect. 5. n. 3. Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 241. n. 35.)

§. 32.

Quinta Preção : He tambem indispensavel que as Testemunhas sejam inquiridas pelo Juiz, sem que possa commetter o exame dellas a outro Inquiredor. (Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 15. Nett. de Testament. L. 1. T. 4. n. 8 no fim; Peg. supra n. 34. Pon. Cap. 5. n. 7.)

A R T I G O I.

Requisitos especiaes para a Reducção em pública fôrma, quanto ao Testamento Nuncupativo, de que tracta a Ord. L. 4. T. 80. §. 4.

§. 33.

Sobre os requisitos expostos desde o §. 19, que são communs para todos os Testamentos, que se podem reduzir em pública fôrma, como Nuncupativos, são especialmente precisos, nos de que se tracta neste Artigo, os seguintes.

Primeiro Requisito : Devem intervir seis testemunhas, numero, em que podem entrar mulheres; com tanto que sejam puberes, não furiosos, mudos, surdos, cegos, prodigos, a que esteja prohibida a administração de seus bens; Escravos,

(quando não são publicamente reputados Livres); o herdeiro, o filho, ou o Pai do herdeiro, durando o patrio poder, ou os Irmãos do herdeiro, que estão debaixo do poder patrio. (Ord. L. 4. T. 85. deduzida do Direito Romano, cuja exposição se póde ver em Coccej. jus controuv. L. 28. T. 1. Q. 13. Stryk. de Caut. Testam. Cap. 14. á §. 20. Nett. de Testam. L. 1. T. 9. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 5. §. 2. a n. 108, Manz. de Testam. T. 5. Q. 1. Harprectr. Disp. 41, 42, 43. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 13.) Não ha porém repugnancia para que (exceptuados estes) possam ser testemunhas muitas pessoas da mesma familia, como hum Pai, e seus filhos. (§. 8. Instit. de Testam. ordin., L. 22. ff. Qui Testam. facer. poss.)

§. 34.

He frequente no Foro a Questão: Se as pessoas, que se não achão prohibidas na Ord. L. 4. T. 85. podem ser testemunhas nos Testamentos, por mais que laborem em defeitos, que as fação presumir suspeitas, e que aliás seriam inattendiveis em qualquer outro caso? Muitos dos nossos Reinicolas, e ainda com varios Arestos sustentão, que nos Testamentos são admittidos por testemunhas todas as pessoas domesticas, parentes, amigos, etc. que na dita Ord. não são prohibidas. (Nett. de Testam. L. 1. T. 9. n. 20. Reinos. obs. 39. n. 18, Peg. tom. 4. ad Ord. L. 5. T. 50. pag. 238. n. 13, Pinheir. de Testament. Disp. 2. Sect. 5. §. 3. tot.) Pelo contrario outros, e tambem com Arestos distinguem o caso de se tractar do Testamento *Escripto*, ou do *Nuncupativo*: No primeiro, dizem, procede essa proxima resolução: No segundo

affirmação, que devem as testemunhas ser legaes, e maiores de toda a excepção. (Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 30. Flor. de Men. Var. L. 1. Q. 1. n. 24, Cabed. Dec. 169. n. ult. Barbos. ad Ord. L. 4. T. 80. §. fin. n. 2.) Nesta distincção concordão graves DD. transcriptos na seguinte Nota. (Furgol. de Testam. C. 3. sect. 5. n. 8. et 9. ibi. =

„ As testemunhas, ou algumas daquellas, que
 „ são necessarias, segundo o numero fixo pelas
 „ Leis, se são objectadas, o Testamento será elle
 „ nullo? Ha Auctores do Parlamento de Tolosa,
 „ que tem que neste caso as testemunhas não são
 „ reprovaveis: Outros dizem, que basta que haja
 „ hum numero sufficiente, entre as que não são
 „ reprovaveis, para provar as Disposições. Ha ou-
 „ tros, que julgão que as testemunhas são indis-
 „ tinctamente objectaveis; e que, se todas as que
 „ são precisas para a validade do Testamento, não
 „ são maiores de toda a excepção, o Testamento
 „ he nullo. Elles referem mesmo os Arestos, que
 „ tem julgado conforme esta opinião. Este ultimo
 „ sentimento parece mais bem fundado; pois que
 „ a L. ult. Cod. de Testam. exige que todas as
 „ testemunhas no numero, que ella requer, *depo-*
 „ *nhão com juramento* sobre todos os chefes, e
 „ principios da disposição do Testador: Ella quer
 „ pois que o testemunho destas testemunhas *seja*
 „ *livre de toda a offensa*; e que se contem por
 „ nada as que são validamente reprovaveis.

A mesma distincção de Flor. de Men. L. 1. var Q. 1. n. 24 (que seguiu o nosso Portug. no lugar citado) approvou tambem Harprectr Disp. 43. thes 25. n. 126, ut ibi =

„ Illa planè singularis sententia est, quam Flor
 „ Diez de Mena propugnat, quod nequidem affi-

„ nes , et consanguinei hæredis idônei testes sunt ,
 „ quando *de Testamento per testes probando quæ-*
 „ *tio est*: secus verò , si illud per publicam scri-
 „ pturam á Tabellione publico conscriptum proba-
 „ ri possit: Tum enim illorum testimonium non
 „ rejici , cum Burg. de Paz existimat. Idem Var.
 „ L. 1. Q. 1. n. 24. Adatur Samsom Herzog. in
 „ Tract. de Testam. Tit. 5. Q. 2. et ... quæ similiter
 „ de hæredis affinibus , et Consanguineis habet
 „ Cravett. Cons. 72. referente Tepat. in Decision.
 „ Tit. 216. C. 2. etc. Concorda Coccej. Jus Con-
 „ trov. L. 28. T. 1 Q. 12. e Q. 13.

§. 35.

A primeira indistincta Opinião (§. 34. Not. (a)) parece seguida pela nossa Ord. L. 4. Tit. 85.; porque , não distinguindo entre os Testamentos Es-criptos e os Nuncupativos , ella *a contrario sensu* admite Pais por testemunhas nos Testamentos , em que os filhos já emmancipados são instituidos herdeiros , e *reciprocamente* a estes nos Testamentos , em que os Pais o são , admite os Irmãos , que não estão debaixo do patrio poder para testemunhas nos Testamentos , em que os Irmãos são instituidos herdeiros: Logo *a fortiori* admite consanguineos ulteriores , domesticos etc: Reflexão que parece confirmar a primeira indistincta opinião. Por outra parte , o citado Pinheiro de Testamentis (Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 5. §. 3. n. 117) assigna estas razões; que nem sempre apparecem testemunhas legaes , *maximè* na instantanea urgencia de testar nuncupativamente ; que as testemunhas mais promptas são os domesticos , os amigos , etc; que hum tão grande numero de testemunhas se

não presume jurar falso ; que o mesmo numero supprime os defeitos ; que pôde ser que entre tantas haja huma , ou duas sem defeito , que abonem as mais. Outras razões exhibem Vinnio (Vin. ao §. 10. Inst. de Testam. in fin.) e Muler. (Mul. ad Struv. supra pag. 656. Col. 1.)

§. 36.

Porem outros ainda fazem esta differença ; entre o testemunho *testamentario*, e o testemunho *judicial*. Para testemunhas testamentarias, quando senão disputa a validade do Testamento, podem ser todas as que não são prohibidas: Para testificarem judicialmente em favor do herdeiro são menos attendiveis aquellas, em que se presume afeição, odio etc, porque então já não testificação em favor do Testador, mas pelo commodo do herdeiro. (Mul. ad Struv. Supra pag. 655. Col. 1., Coccej. jus controuv. L. 28. T. 1. Q. 12. et 13.)

§. 37.

Outros constantemente seguem que semelhantes pessoas, conjunctas em sangue com o herdeiro, testificando em juizo em seu commodo, não são dignas de muito credito ; *immò* repulsaveis (Struv. Exerc. 32. thes. 13. §. Porro ; Barry de Success. L. 1. T. 1. pag 27. in fin. Mul. ad eund. Struv. pag. 657 Col. 1. et pag 656. Col. 2. Harprectr. Disp. 43. a n. 123. Stryk de Cautell. Testam. Cap. 15. §. 28. in fin. e Vol. 2. Disp. 4. C. 6. §. 4., Torr. de Pact. futur success. L. 3. C. 13. n. 217.) ; outros pelo contrario. (Manz. de Testam. T. 5., Q. 1. sub n. 34. §. *Verum contrarium*). *Quid ergo in*

hac varietate dicendum? Eis aqui o meu sentimento. O grande numero de testemunhas e solemnidades nos Testamentos se exige para occorrer a falsidades. (L. fin. Cod. de Fideicommi; Assent. de 17 de Agosto de 1811.) No *Nuncupativo* se requerem não só para solemnidade, como no *Escripto*; mas juntamente para prova da vontade do Testador. Ora: aqui pôde haver maior perigo, que no Testamento escripto por Tabellião publico; muito mais sendo da mesma familia as testemunhas (o que o Direito Romano permittia, ut §. 33. no fim): E que muito para lucrar huma grande herança se corrompão seis testemunhas? E quanto mais sendo de huma familia, Paes, e Filhos, Irmãos, etc? Quanto mais nos nossos tempos? Portanto, e em tal variedade, e ainda para salvar de injusta a Ordenação indistincta, eu seguiria, que deve ficar ao prudente arbitrio do Julgador attender ou reprovár as Testemunhas conforme a sua legalidade, ou defeitos: Assim o suppõe o Repertorio da Ordenação (Repertor. da Ord. debaixo da Conclusão = *Contraditas senão provão com mais de tres testemunhas* =, aonde refere julgado que, quando se oppõem defeitos ás testemunhas nas Reducções dos Testamentos, pôde haver o uso das reprovadas das que provarem esses defeitos, e huma formal disputa sobre a sua Legalidade.

§. 38.

E quanto aos Legatarios: A Ord. L. 4. T. 85. §. 1. os admitte testemunhas nos Testamentos, em que lhes forem deixados alguns Legados: Não distingue, se nos *Escriptos*, se nos *Nuncupativos*. Muitos DD. só os admittem Testemunhas nos pri-

meiros, e não nos segundos : Outros DD. absolutamente os repulsaõ, dizendo abrogado, e digno de se abrogar nesta parte o Direito Romano. (fonte da dita Ord.) (Harprectr. na Disp. 41. tractou ex professo = *de Testimonio testamentario Legatariis permissio.*) Contra o mesmo Direito nesta parte declamão altamente outros DD., (Groennewegen de Leg. abrogat. ad §. 11. Inst. de Testament.), e o Cod. Civil dos Francezes seguiu este uso hodierno contra as Leis Romanas. (Cod Civ. dos Francezes Art. 975.) Seguir cegamente o indistincto da nossa Ord. parece obrigação de preceito; mas distinguilla, que só he applicavel nos Testamentos *Escriptos*, e não nos *Nuncupativos*, cuja verdade depende das Testemunhas (e dependeria das interessadas na propria causa); salvalla de hum absurdo, se comprehendesse toda a especie de Testamentos; supponho não será erro.

§. 39.

Segundo Requisito: As Testemunhas devem vêr o Testador no tempo e acto, em que elle está testando nuncupativamente; e intermedeando alguma cortina ou parede, não basta que de fóra o oução, todas, ou algumas dellas. (L. 9. Cod. de Testam. ubi Brunneman. n 2 Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 15. §. 33. Manz. de Testam Tit. 4. Q. 2. n. 60. Perez in Cod. L. 6. T 23. n. 14. Cordeir. Dub. 10. n. 25. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect 5. n. 147. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 10. pag. 649. col. 2.) Temos neste Reino hum Aresto, em que se julgou, que bastava que duas ou tres testemunhas vissem, e conhecessem o Testador, quando a camera, em que elle jazia, era apertada, e as mais Tes-

temunhas estavam da parte de fóra. (Pég. tom. 4.º ad Ord. pag. 240. n. 27.) Porém esta decisão he diametralmente opposta ao Direito Romano, (na d. L. 9. Cod. de Testament.) e ao Patrio, que exige a presença, e vista fisica de todas as Testemunhas no acto de testar: (Assim se nota na Ord. L. 4. T. 80. no principio; aonde suppõem que o Testamento deve ser presencado por cinco Testemunhas, alem do Tabellião. O §. 1. quer que a tradição para a Approvação se faça em presença de todas. O §. 3. manda que esse Testamento seja lido perante todas.) E não sei decidir se valerá tal Testamento, concorrendo aliás as circumstancias, que expõe hum grande Interprete do Direito Romano. (Coccej Jus. Controv. Liv. 18. Tit. 1. Q. 11.

§. 40.

Terceiro Requisito: Deve o Testamento ser feito *unico contextu*, estando presentes todas as Testemunhas desde o principio até o fim da Disposição Nuncupativa. (L. 20. §. 8. ff. Qui testam. facer. poss., Stryk. de Caut. Testam. C. 15. §. 34, Pinheir. supra n. 147, Manz. de Testam. T. 4. Q. 1. n. 104 et Q. 2. n. 63, et T. 5. Q. 6. n. 75. Maced. Dec. 4. n. 6, Struv. et Mul. Exerc. 32. thes. 10.) (Não assim, quanto á cedula do Testamento, que póde ser feita por muitas vezes, em ausencia das Testemunhas, lendo-se depois perante todas, quando o Testamento he na fórma da Ord. L. 4. T. 80. §. 3. (Manz. supra n. 105.)).

§. 41.

Quarto Requisito: „ Em quarto lugar diz „ Furgole (Furgol de Testament Cap. 2. Sect. 5. „ n. 5.): *todas as testemunhas devem depôr, não „ sómente sobre todas as disposições declaradas „ pelo Testador, taes como ellas as tem ouvido, „ não bastando mesmo, que ellas se refirão ao Es- „ cripto, que póde ter sido adereçado para servir „ de memoria; mas ainda ellas devem dizer, que „ o Testador as tem declarado, ou pronunciado „ em sua presença, e das mais testemunhas. Se „ todas as testemunhas são concordes no Testamen- „ to, e disposições feitas pelo Testador elle he „ publicado* „ Que as testemunhas neste caso de- vem uniformemente concordar na precisa formalidade de palavras proferidas pelo Testador, sem discrepancia alguma o sustentarão muitos e graves DD. (Cordeir. Dub. 10. n. 40. O Addicionador de Reinos Obs. 39. ao n. 5. *Et non solum* = Optime. Fabr. in Cod. L. 6. T. 7. Defin. 2 et Tit. 22. Defin. 15. digno de ser visto: Pela mesma opinião são outros referidos por Cancer. 1. Var. C. 4. n. 85 et 86. Fontanell Dec. 578.) Outros se satisfazem com que as testemunhas concordem na substancia da Disposição, ainda que discordem no accidental, e superficial das palavras do Testador. (Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 240. a n. 31, Cyriac. Contr. 407. a n. 143. Rocc. Selectar. Cap. 40. a n. 18.

§. 42.

Outros, e mais justamente, concilião a variedade de opiniões nesta fórma: Se as testemunhas varião na formalidade das palavras do Testador,

não se attendem nestes casos: 1.º quando a Parte no Requerimento, que fez, se accingio a provar a tal formalidade, como se allegasse as palavras mesmas, que o Testador proferira: 2.º quando o Juiz inquire as Testemunhas, exigindo dellas, que declarem essa formalidade: 3.º quando as Testemunhas, sem que no Requerimento se allegasse, nem o Juiz o exigisse dellas, ellas se arrogarão a depôr das palavras do Testador, e discordarão: Attendem-se as Testemunhas concordantes na substancia da Disposição, ainda que discordem no accidental e superficial das palavras, ou quando não forão allegadas, ou quando o Juiz não as inquirio; ou quando (não se allegando, nem sendo inquiridas) não extravagancearão a depôr dessa formalidade de palavras do Testador: Esta he a genuina conciliação das ditas opiniões. (Cancer. 1. Var. C. 4. a n. 87. Manz. de Testament. pag. (mihi) 360 in fin. et 361; optime Rocc. Selectar. Cap. 40. a n. 20 omnino videndus.) Advertem porém alguns DD. que em todo o caso devem as Testemunhas depôr de todas as disposições do Testador. (Furgol. supra §. 41. Manz. supra ibi = Testes testamentarii, iique *omnes, de toto hujusmodi Testamenti tenore deponere, et de omnibus recordari debent; ita ut, si alii plus, alii minus deponant pro Legitimis testibus haud habentur; eo quod totum nesciant. Testes tale Testamentum non aliter probant, quam si non solum de toto Testamenti tenore; sed et de circumstantiis testes sint.*") E ainda que para memoria se escrevesse alguma Cedula (§. 1.) devem depôr explicitamente de tudo, sem relação a essa memoria. (Furgol. acima transcripto no §. 41.)

§. 43.

Quinto Requisito: He preciso que nenhuma das seis testemunhas necessarias para prova do Testamento Nuncupativo o contradiga: „Quando unus testis Testamento contradicit, et agitur de eo, quod per omnes testes est probandum (§. 42.), tunc unius testis contradictio suspectum reddit Testamentum. (Manz. de Testam. T. 5. Q. 6. prop. fin.) Se alguma das testemunhas do *numero necessario* contradiz o Testamento, elle he nullo. A razão he porque exigindo a Lei hum certo numero de testemunhas para a validade do Testamento, e decidindo no mesmo tempo que, se huma falta, o Testamento he nullo L. 12. Cod. de Testam.; a testemunha, que contradiz o Testamento, deve ser olhada, como que senão tivesse sido chamada, porque não dá testemunho em seu favor. D’outra parte: o numero das Testemunhas he necessario para a substancia do Testamento, e não he menos preciso para prova, que para formalidade; * ainda que certos Auctores querem a este respeito distinguir a *formalidade da prova*; porque esta distincção he visivelmente contra o espirito das Leis, que exigem indistinctamente o numero de testemunhas, tanto para huma, como para outra; de fórma que não póde haver prova sufficiente, se ella não he acompanhada do testemunho de todas as Testemunhas, que a Lei requer para a validade do Testamento.” (Assim Furgol. de Testament. C. 2. Sect. 5. sub n. 5. Confirção-se Nett. de Testam. L. 1. T. 8 n. 3. Guerreir. Tr. 1. L. 2. C. 6 n. 44. Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 270. n. 266. Pinheir.

de Testam. Disp. 2. Sect. 5. §. 5. n. 135. Valasc. Cons. 183. a n. 6. Maced. Dec. 2. n. 11. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 14. pag. 662. Col. 2.)

* He na verdade controversa a questão : Se as Testemunhas no Testamento se requerem por forma substancial, ou por forma probatoria. Questão, que largamente disputão Nett. de Testam. L. 1. T. 7. Torre de Pact. futur. Succession. L. 3. Cap. 12. a n. 100. Manz. de Testam. d. T. 4. Q. 2. n. 48, et Tit. 5. Q. 7. *Quidquid sit*, quanto ao Testamento *Escripto*; no *Nuncupativo*, he sem dúvida, que o numero de testemunhas he preciso para prova, attentas as razões de Manz. T. 4. Q. 2. n. 59. A Ord. L. 4. T. 80. §. 4. não só requer o numero de seis testemunhas, mas que com todas ellas se prove a disposição *Nuncupativa*.

§. 44.

He visto contradizerem as Testemunhas o Testamento: Ou, 1.º quando jurão, que não o presentearão: Ou 2.º que não fizerão o Sinal, que nelle se vê, como seu (sendo Escripto o Testamento): Ou 3.º quando dizem que não virão, ou conhecerão o Testador, por intermedear cortina, ou parede (conf. §. 39): Ou 4.º quando jurão, que elle taes palavras não proferio, quaes as allegadas: Ou 5.º quando negão alguma outra circumstancia, que respeita á validade do Testamento. (Pinheir. supra n. 134. Manz. de Testam. pag. (mihi) 363. Col. 1. Souz. de Maced. Dec. 2. n. 12.) Temperão, e limitão *communmente* os DD. esta regra (§. 43),

Ou 1.º quando o Julgador prudentemente se persuade ser falsa, e corrupta a testemunha numeraria, que contradiz o Testamento, ou se convence mentirosa, dizendo que não assistira, e mostrando-se pelas mais, que ella estivera presente: 2.º quando, dizendo-se ella presente, declara que não entendera ao Testador, ou que não o ouvira; sem que assigne razão, que abone a sua asserção negativa: 3.º quando a Testemunha diz que se não lembra do que dispôz o Testador. (Valasc. Cons. 183, Pinheir. supra n. 137.)

§. 45.

Destas tres restricções as duas primeiras são plausiveis; mas a terceira só póde admittir-se, quando se tracta do Testamento *Escripto*; não quando do *Nuncupativo*: Porque " In probatione „ Testamenti Nuncupativi expliciti illi etiam testes, qui dicunt, *Se hoc vel illud non audivisse, vel se non recordari, quod illa audiverint, pro testibus contradicentibus habentur* " (Manz. Supra pag. (mihi) 360 Col. 1.) E com razão, porque o Testamento *Escripto* recebe da Escriptura a sua força, independente d'outra, que lhe dem as testemunhas; o *Nuncupativo* porém recebe a sua essencia e validade dos depoimentos de seis testemunhas. (Portug. de Donat. L. 3. Cap. 16. n. 9. 10, e 11. Cordeir. Dub. 10. n. 2. e 3.) Se pois hum testemunha das numerarias jura que *se não lembra*, ou que *não ouviu*, ou que *não viu* o Testador; esta testemunha contradiz o Testamento, e já falta o numero preciso para prova da Disposição Nuncupativa: Em consequencia, (neste sentido em que fallo) são erroneas as doutrinas dos DD., que firmarão a 3. Limitação; (DD. quaes Valasc. e Pi-

nheir. supra. Guerreir. Tr. 1. L. 2. C. 6. n. 43.) e nesta especie cessão as d'outros mais. (com os quaes Nigr. Cyriac. Contr. 407. n. 154, 160, 170.) Não assim, se as testemunhas, que contradizem o Testamento, são extranumerarias, e pelas numerarias se comprova a verdade d'elle; porque subsiste a pesar da contradicção daquellas. (Valasc. d. Cons. 183. n. 38, Pinheir. de Testam. Disp. 2. sect. 5. §. 5. a n. 145. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 14. pag. 662. Col. 2. Manz., T. 5. Q. 6. n. 47. prope finem pag. 363. Col. 1.) E, ainda que huma das numerarias diga ser demente o Testador, não faz vacillar o Testamento, não assignando concludente razão de dicto, e convencendo-se pelas mais (Maced. Decis. 2. n. 12. Muler ad Struv. Supra §. VI.)

§. 45.

Sexto Requisito: He necessario que sejam vivas todas as seis testemunhas, que presenciarão o Testamento Nuncupativo, e que todas jurem concordes na forma exposta nos precedentes Requisitos: Se pois for morta huma só, já o Testamento não pôde publicar-se, e reduzir-se em pública fórma (Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 12, Phæb. Decis. 75. n. 6. Gomez in L. 3. Taur. n. 43. Vin. ad §. fin. Instit. de Hæred. instituend. n. 3. Perez in Cod. de Testam. n. 15. Furgol. de Testam. C. 2. Sect. 5. n. 10. Barry de Success. L. 11. T. 1. n. 2. Nett. de Testam. L. 1. T. 8. n. 3.): Mas, se forem vivas algumas outras testemunhas, além das numerarias, que presenciassem a Disposição nuncupativa, se pôde com ellas supprir o numero das que morrerão. (Cordeir. Dub. 10. n. 14. e Dub. 4. a n. 30.

ARTIGO II.

Como possa e deva reduzir-se em Nuncupativo o Testamento, que, sendo feito em Livro de Notas na forma da Ord. L. 4. T. 80. no Principio, he nullo por defeito d'alguma solemnidade.

§. 46.

Póde ser nullo o Testamento feito em Notas por Tabellião; ou 1., se elle o escrever e fizer assignar em Territorio alheio daquelle, para que he destinado (Peg. tom. 4. á Ord. pag. 246. n. 68, e tom. 2. For. pag. 1181, Addentes ad Cardos. Verb. *Tabellio* ad n. 21.): ou 2., senão for da competencia do seu officio escrever Testamentos (Bagn. Cap. 3. n. 70. Cresp. de Valdaur. Obs. 15. n. 163): ou 3., quando o Escrivão não tinha Provimto, e Titulo do Officio. (Mor. de Exec. L. 4. C. 3. a n. 19. et 23. Brunneman. na L. 3. Cod. de Off. Præt, e na L. 2. Cod. de Sentent. e interloc. omn. jud.) E, ainda que alguns aqui admittem o *erro commum*, (Conciol. For. All. 67. n. 5. Cyriac. Contr. 426. n. 66. Mell. Freir. L. 3. T. 6. §. no fim da Nota.) eu só o admitto debaixo de certas declarações: (Vejão-se as segundas Linh. sobr. o Process Civ. Not...) ou 4., se na Escriptura faltarem algumas solemnidades extrinsecas commuas de todos os actos feitos em Notas (Solemnidades, de quib. Mor. L. 4. C. 1. Bagn. C. 3.): ou 5., e especialmente pela falta de Leitura antes da Subscripção do Testador, e Testemunhas; (Mor. de Exec. L. 4. C. 1. n. 28. Phæb. Dec. 75. n. 5. Gam. Decis. 245. E ainda que a Ord. L. 4. T. 80. no Principio parece não exige

esta solemnidade , se deve supprir pela do Liv. 1. T. 78. §. 4. : E , ainda que Peg. tom 12. á Ord. L. 2. T. 42. in pr. n. 14. a presume , o contrario mostra Bagn. Cap. 3. n. 21. Bem que a falta da Leitura se não possa supprir , quando o Tabellião não a attesta , póde com tudo a effectiva leitura provar-se pelas testemunhas. Gam. Decis. 245. Fragos. de Regim. P. 3. L. 5. Disp. 8 §. 3. n. 108.) : ou 6. , pela falta de subscrição do Testador (como no caso de Maced. Dec. 5. Mor. L. 4. C. 1. n. 34) : ou 7. , por não declarar aquelle , que subscreveo pelo Testador , que ~~subscrever~~a a rogo delle (Veja-se a Dissertação seguinte à §.) : ou 8. , pela falta de expressão da Instituição de herdeiro (Veja-se a minha especial Dissert. que he a na Collecção dellas em Supplemento do Tract. das Acções Summarias , e Maced. Dec. 5.)

Ora : Já vimos (§. 2.) , que os Testamentos feitos na fôrma do Princip. da Ord. L. 4. T. 80 tem especie de Nuncupativos : Já vimos (§. 6.) que , sendo desta especie , não ha tanta repugnancia de razões , e de Direito para que possa valer como *Nuncupativo* , sendo aliás nullo por algum dos defeitos (§. 44.) : E assim não he censuravel vêr se em Pegas (Peg. 2. For. Cap. 20. pag. 1180.) reduzido , e válido como Nuncupativo hum Testamento feito por Tabellião fóra do seu Territorio , por se mostrar lido , e assignado pelo Testador , e seis testemunhas , reputando-se aqui o Tabellião , como hum Escriptor particular , e a escriptura como a da Ord. d. T. §. 3. : Vêr-se em Macedo (Maced. Dec. 5.) reduzido como Nuncupativo hum Testamento feito em Notas , em que faltou a subscrição do Testador , e Instituição de herdeiro : Vêr-se nos casos de Reinoso , (Reinos. Obs. 48.) e de Pereira (Pereir.

Dec. 51.) válidas, como Nuncupativas, Disposições, que os Testadores, depois de haverem feito Testamentos, quizerão fazer de novo, como Codicillos, declarando suas vontades perante testemunhas, etc.

Com qual formalidade pois, e com quaes requisitos se deva reduzir, como Nuncupativo, o Testamento nullo, de que tratamos neste Artigo? Já Cordeiro (Cordeir. de Testam. Dub. 10. a n.) nos deu hum formulario, ~~mas hum~~ *miscellanea*, e inadequado, *maximè* a esta especie de Testamentos. O certo he, e Principio geral de todos os DD. que, para valer como *Nuncupativo* qualquer Testamento, que aliás não vale como *Escripto*, he necessario que as testemunhas deponhão da vontade do Testador por elle declarada perante ellas; porque dos dictos das testemunhas, e não da *Escriptura* nulla, he que fica dependendo a essencia, e validade do Testamento em qualidade de *Nuncupativo* (§. 45.); e devem concorrer todos os mais requisitos dos Testamentos Nuncupativos: Assim o reconhece o mesmo Cordeiro; (Cordeir. Dub. 1. n. 3 et 21. ibi. = „ Potest valere Testamentum tan-
 „ quam Nuncupativum, *si habeat requisita neces-*
 „ *saria testamenti Nuncupativi*: Concludendum
 „ igitur Testatoris dispositionem, quæ valere non
 „ potest ex nullitate scripturæ propter quencum-
 „ que solemnitatis defectum, reduci potest, tan-
 „ quam Testamentum Nuncupativum, *testibus pro-*
 „ *bandum, qui deponant de voluntate ultima Tes-*
 „ *tatoris*, quin obstat interfuisse Notarium, et
 „ scripturam factam fuisse; quia *sufficit probari*
 „ *dispositio Testatoris verbalis perfecta, et con-*
 „ *summata in forma L. Hac consultissima, Cod.*
 „ *qui Testam. facer. poss.* (et n. 23.) Nec testa-
 „ mentum Nuncupativum aliquam habet dependen-

„ tiam à scriptura , *sed solum ex dictis testium be-*
 „ *ne concordantium , etc.*) e assentárão em taes ca-
 sos Pegas : (Peg. tom. 4. à Ord pag. 240. n. 26. ibi.
 „ = Debet reduci , quamvis nulliter scriptum sit ,
 „ quia cum reducuntur testamenta nuncupativa , et
 „ *testes adponunt de voluntate Testatoris audita ,*
 „ *tale testamentum sumit vires ex testibus inter-*
 „ *rogatis* , et non ab alia scriptura , quamvis fa-
 „ cta sit , etc.) Reinoso : (Reinos. Obs. 48 , aonde ,
 depois de ter defendido que o Testamento Escri-
 pto , mas nullo , pôde valer como Nuncupativo ,
 declara no n. 29. ut ibi. = „ Et ita judicatum . .
 „ ut scilicet , *facta publicatione , et interrogatis*
 „ *testibus , coram quibus Testator disposuerat ,*
 „ *impleretur ejus dispositio , etc.*) Macedo : (Ma-
 ced. Decis. 5. no fim ibi. = „ Permisimus reduce-
 „ re voluntatem defuncti ad publicam formam
 „ *Nuncupativi juxta L. Hac consultissima , et*
 „ *nostram Ord. L. 4. T. 80. §. fin. ; ut si legiti-*
 „ *mi testes de nominatione hæredis testificaren-*
 „ *tur , tale testamentum adimpleretur , etc.*) Cabe-
 do : (Cabed. P. 1. Dec. 169. n. 1 et 2.) Pinheiro :
 (Pinheir. de Testament. Disp. 2. Sect. 6. n. 157.
 ibi. = *Si reperiatur factum cum solemnitate suffi-*
 „ *ciente ad Testamentum Nuncupativum , etc.* et n.
 160.) e Manzio. (Manz. de Testam. T. 4. Q. 3. Sub n.
 39. ibi. = „ *Dummodo solemnia Testamenti Nun-*
 „ *cupativi non desint , etc.*)

§. 47.

Huma vez, que os Reinicolos, e Estrangeiros sustentão como Nuncupativo o Testamento escripto defectuoso de solemnidades; elles mesmos são conformes, que se deve reduzir com as formalidades da celebre L. *Hac consultissima*, da nossa Ord. L. 4. T. 80. §. fin.; Leis estas peculiares quanto aos Testamentos Nuncupativos: Ora, que he o que significa a palavra *Nuncupativum*? „ Nuncupativum „ Testamentum dicitur, quod in eo Testator ultimam suam voluntatem nuncupet, atque *verbis ore prolatis hæredem palam nominet... Nuncupare hoc loco est nominare... lingua et verbis hæredem pronuntiare... hæredis nomen dicere... hæredem voce sua manifestare... hæredis nomen dicere... Nuncupata voluntas Testamentum per nuncupationem factum... Accipitur 1.º latè pro omni testatione voluntatis: 2.º strictè pro hæredis nuncupatione, sive institutione... 3.º strictissimè pro hæredis institutione in testamento nuncupativo facta, et hoc sensu testamento scripto opponitur. „ (Vicat. Vocabul. utriusq. jur. Verb. *Nuncupatio* = Confirma-se Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. a n. 16, aonde, conforme a mesma L. *Hac consultissima*, e outras Romanas, fontes da nossa Ord. d. §. fin., não só prova o mesmo que Vicat., mas os mais requisitos, e formalidades dos Testamentos *Nuncupativos*.*

§. 48.

Segue-se pois do exposto (§. 46, 47) que, para se reduzir como Nuncupativo verbal o Testa-

mento nullo, de que tracto neste Artigo, he preciso que concorram, não só os requisitos geralmente expostos à §. 19 ad 32; mas os mais à §. 33 ad 45 proprios da redução dos Nuncupativos verbaes. Não póde dar-se Testamento escripto na fórma do Principio da dita Ordenação, sem o Testador exprimir verbalmente a sua vontade perante o Tabellião, e Testemunhas, „ *Nullum scriptum testamentum fore, re dari potest, ubi non nuncupatio aliqua* „ (Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 14.) Esta vontade pois, esta nuncupação, e declaração verbal do Testador, he a que deve provar-se por seis testemunhas contestes desde o principio até o fim, e que deponhão, senão da formalidade de palavras, ao menos da substancia, segundo a distincção dos DD. §. 42.

§. 49.

A dúvida maior he esta: Se neste caso basta que as Testemunhas lembradas do acto, a que assistirão, mas esquecidas da formalidade da disposição ou da substancia d'elle, só reconheção (senão forão cruces) as subscripções, que fizerão no Livro das Notas, e a do Testador, sem deporem de palavra alguma, que elle nesse acto proferisse? Se olharmos esta disposição (aliás nulla como feita nas Notas) nos puros termos de Nuncupativa, dependente dos requisitos dos Nuncupativos, he indisputavel a sua nullidade: Se o consideramos, como o de que trata o §. 3. da Ordenação, ficando a escripturação da Nota, como hum escripto particular (o que será muito forçado); nesse supposto será preciso que a Nota venha a Juizo para essa redução, e que nesta se verifiquem os requisitos, que vou mostrar no Artigo seguinte, concorrendo to-

dos; em summa 1.º que appareça em Juizo a Nota: 2.º que o Testador no acto, em que se fez a Escripura, declarou a sua vontade perante seis testemunhas, e *unico contextu*: 3.º que essa Escripura depois de escripta fôra lida ao Testador e Testemunhas: 4.º que o Testador e ellas a subscressem: 5.º que reconheção seus signaes, e o do Testador, etc.

A R T I G O III.

Como deva reduzir-se em pública forma o Testamento de que tracta o §. 3. desta Ordenação.

§. 50.

Devemos considerar esta especie de Testamento debaixo de dous pontos de vista: 1.º quando se pertende reduzir em pública forma como solemnizado com os requisitos do dito §. 3. da Ord. L. 4. T. 80.: 2.º quando como puro Nuncupativo, por carecer d'alguns dos requisitos do dito §. 3: No primeiro caso, devo advertir, que não obsta aqui o que expuz a §. 19 ad 28; porque este Testamento, sendo feito na forma da dita Ord, ainda que no tempo da saude, se pôde publicar e validar na morte do Testador: Com tanto porém, que concorram copulativamente estes requisitos, que exigem os DD. (Ita Fragos. de Regim. Reip. P. 3. L. 5. Disp. 8. §. 3. a n. 105. Conf. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 3. n. 37. Phæb. Dec. 75. r. 2. Barbosa. ad eund §. 3. vide eund. Fragos. infra §. 52)

„ (1.º) debent intervenire sex testes insimul cum
 „ Testatore, quando ipsum scripsit per se, vel
 „ personam privatam: Item requiritur (2.º) quod

„ testes subscribant in eodem Testamento: (3.º)
 „ quod legatur Testamentum coram eisdem: (4.º)
 „ quod testes sint omni exceptione maiores: (conf.
 „ a §. 34.): (5.º) quod post mortem Testatoris
 „ hoc Testamentum publicetur, citatis illis quo-
 „ rum interest. His positis, si contingat deficere
 „ aliqua ex his solemnitatibus, quæ pro forma ad-
 „ hibentur, evanescet Testamentum. ”

§. 51.

Verificados pois todos estes requisitos, he sem
 duvida que na morte do Testador se deve julgar
 publicado e válido este Testamento: Neste caso
 não he necessario, que as Testemunhas vissem es-
 crever, e dictar o Testamento; porque tal circum-
 stancia não exige a Lei; mas basta que *unico con-*
textu seja lido perante o Testador, e Testemunhas,
 approvado e subscripto por elle, ou algúem a seu
 rogo, e pelas testemunhas; e fica dependendo só
 destes requisitos, sem outra alguma especifica nun-
 cupação, a sua validade: Parece, que esta Ordena-
 ção teve por fonte a L. 21. in pr. Cod. de Testa-
 ment., et quemadmod. testam. ordin. ibi = Sed
 „ licet alio tempore dictatum scriptumve profera-
 „ tur testamentum, sufficit uno tempore, eodem-
 „ que die, nullo actu extraneo interveniente, tes-
 „ tes omnes, videlicet simul, nec diversis tempo-
 „ ribus scribere, signareque testamentum. Finem
 „ autem Testamenti subscriptiones, et signacula
 „ testium esse decernimus. (Confira-se a Rota Ro-
 mana ad Luc. Liv. 9. de Testament. Decis. 4. a n.
 6; aonde, que basta reconhecerem as Testemunhas
 a verdade, e ás subscripções, ainda que não depo-
 nhão do contexto: Nem he necessario que o Tes-

tador, depois da leitura, e da subscripção, declare que o approva, e que o confirma: Confira-se também Cordeir. Dub. 3. e Dub. 10. a n. 26.

§. 52.

Quid vero: Se quando, depois da morte do Testador, se publica este Testamento, são já mortas alguma testemunha numeraria, ou algumas dellas, poderá valer só com as vivas, e reconhecimento dos signaes dos Defunctos? O ILL. Mello (Mell. L. 3. T. 5. §. 10. na Nota.) affirma que sim; citando Stryk, (Stryk. us. mod. L. 29. T. 3. §. 4.) e Bochmero; (Bochmer. ad Jus. ff. Tit. Qui. Testam. fac. poss. §. 35.) a que se podem juntar outros DD. (Struv. Exerc. 34. thes. 42. Furgol de Testam. C. 2. Sect. 4. n. 20. Fabr. in Cod. L. 6. T. 13. Def. 1. e outros apud. Manz. de Testam. pag. 329. col. 1.) Porém o grande Mello aqui *magnum erravit errorem*; Porque o nosso Legislador L. 3. T. 18. §. 9. conheceo a differença de *Abertura*, e de *Publicação* de Testamento. *Abertura* se dá propriamente no Testamento escripto, e cozido, que segundo o Direito Romano se fazia na forma da L. 21. Cod. de Testam., a que he semelhante a Ord. L. 4. T. 80. §. 1.: Nestes he que propriamente se dá a *Abertura*. A *Publicação* se dava propriamente no Testamento Nuncupativo, e que não era feito com authoridade pública. (Stryk. §. 2. Jul. Capon. Discept. 291. Dub. 4. a n. 1.) Ora: a nossa Ord. neste §. 3. diz que este Testamento *deve ser publicado* depois da morte do Testador (pelo que participa de Nuncupativo, ut supra §. 2.): He pois huma solemnidade impreterivel, que depois da morte do Testador se inquirão todas as Testemunhas,

que o forão nesse Testamento, citados os Interessados: E basta a falta de huma dellas para se não julgar publicado, e válido este Testamento: Assim a torrente dos nossos Reinícolas com varios Arestos citados, e transcriptos na seguinte Nota (Phæb. Dec. 75., Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 11. et 12., Oliv. de For. Eccles. 2. P. Q. 30. n. 9. Cordeir. Dub. 4. a n. 30. Barbos. in Castig. ad Ord. L. 4. n. 261. Egid. in L. 1. Cod. de Sacross. Eccles P. 4. init. Sub n. 9. ibi " *Testamentum ergo de quo in §. 3. ...cum post mortem Testatoris coram Judice publicari debeat, periculum est nè corruat, si forte testes interim moriantur* ")

Fragos. de Regim. Reip. P. 3. L. 5 Disp. 8. §. 3. n. 117. Pinheir. de Testament. Disp. 2. Sect. 6. n. 163. e 164.

Concordão no caso, em que o Testamento não he escripto por Tabellião público, mas por pessoa privada, e com testemunhas. Gomez na L. 3. Taur. Sub n. 43. Barry de Success. Liv. 11. Tit. 1. n. 1. e 2.

§ 53.

Por outra parte: Já vimos (§. 2.) que esta forma de Testamento não he propriamente *Escripto*, e mais fraterniza com o Nuncupativo; foi hum novo invento, e diversa especie desconhecida do Direito Romano. Conforme a este, (e ao nosso) não pôde dar-se Testamento Nuncupativo, que não dependa, para a sua validade, do depoimento das Testemunhas, que o presenciarão: (L. fin Cod. de Testament. ibi = *Et hoc post mortem Testatoris jurati deponant* etc. Conf. Mul. ad Struy. Exerc.

» 32. thes. 14. pag. 662. Col. 1.) E se morre huma só das numerarias, antes de jurar em juizo a vontade nuncupada do Testador, he pelo mesmo Direito Romano nullo o Testamento Nuncupativo. (Muler supra, Manz. de Testam. T. 5. Q. 6. n. 46, Vin. ad §. 14. Instit. de Testam. Ordin. Sub n. 3.) Ora: se, o de que tractamos, participa mais de Nuncupativo, que de Escripto (§. 2.); he consequente que nem ainda, pelo Direito Romano, pôde subsistir morrendo alguma Testemunha antes de jurar em juizo a sua verdade: Como sem esse juramento pôde a simples subscripção authorizar hum Testamento particular? Como servir de juramento da nuncupada disposição do Testador?

§. 54.

Resta responder a esses DD. que parecem contrarios, (§. 52. Not.): Struv. na Exerc. 34. thes. 42., que seguiu Stryk. us. mod. L. 29. T. 3. §. 4, e a que seguirão Bochmero, e Mello, declarou na these 43, que o exposto na these 42 procedia nos Testamentos, *publica fide confectis, vel a Notario in publicum Instrumentum redactis* os quaes se estribão na propria força sem dependencia de Testemunhas. (Mul. ad Struv. Exerc. 32. pag. 662. Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. in rubr. n. 76.) Mas, continúa Struvio, » *In testamento privata fide condito, nec dictis publica fide jam firmato, obtinet solemnitis apertura* etc. E que he isto senão a *solemne publicação* do Direito Romano, e do nosso Patrio? (§. 52.). O mesmo Furgole referido no §. 52. Not. bem mostra, que tracta ahi dos Testamentos *Escriptos cerrados*; porque, quando no Cap. 2. Secção 5. tra-

ctou da prova dos Testamentos *Nuncupativos*; declarou, que não podem publicar se, se tem morrido alguma testemunha; e a sua rasão he esta; " que *todas* as testemunhas devem depôr em favor da disposição, a fim de que ella seja válida; e o numero das testemunhas, que a Lei exige, não he menos requerido *para a perfeição da prova*, que para a solemnidade. " Neste sentido fallão os mais DD. Em fim, quem quizer ver o erro de Stryk. seguido por Bochmero, e ambos por Mello, (ainda mesmo segundo o Direito Romano, quanto mais o nosso Patrio?) Veja a nova Addição a Manzio de Testamentis, (Tit. 5. Q. 6. ao n. 46. a pagin. 358, Edição de 1726 (que deixo de transcrever porque he muito extensa), e o mesmo Manzio, em outro lugar, (T. 5. Q. 5.) aonde tambem attaca fortemente essa opinião.

§. 55.

Se porem as Testemunhas todas são vivas, mas huma dellas *nega* a sua Subscripção; *quid juris?* Eis aqui o discurso de Muler (Mul. ad Struv. Exerc. 34. thes. 42. propè fin.) " Cum quis testis apertè suum sigillum negat, seque nunquam apposuisse dicit, tunc testamentum suspectum redditur. Cum qui simpliciter non agnoscit sigillum; tunc si sit alienum, redditur suspectum; idem est, cum prætenditur proprium, non tamen apparet forma ita ut non possit discerni. Cum apparet sigillum, tunc Recognoscentis dubitatione ex clusa, præsimitur testamentum validum, et non Suspectum; ita ut potius præsumat pro sigillo, quam pro negante. " De forma que, practicamente fallando, se a Testemunha se vê assignada

por sua letra, e ella nega o seu signal; como de huma testemunha corrupta não pôde depender a validade do Testamento (§. 44. e 45.); se, apesar da sua negação, se identifica a sua subscripção ser verdadeira, ou por comparação com outras suas indubitaveis, ou com testemunhas, que tenham experiencia da forma da Subscripção da tal Testemunha, a sua negação não fará vacillar o Testamento; porque convencida falsa: Se porem elle nega a sua Subscripção, e a verdade della se não comprova por algum daquelles modos, ou se assinou por cruz, e a Testemunha he numeraria; então fica nullo o Testamento. (confira-se o exposto §. 43, e 44.)

§ 56.

Quanto ao 2.º caso figurado no §. 50: Se he nullo o Testamento, de que tractamos neste Artigo, por defeito d'algum dos requisitos recopillados (§. 50), como, por exemplo, senão for subscripto pelo Testador; se faltar a subscripção d'alguma das testemunhas; senão fosse lido perante ellas; senão o ouvissem ler, e assignassem todas ao mesmo tempo etc. Nestes casos sim se poderá reduzir, como *Nuncupativo* verbal na forma da *L. Hac Consultissima* Cod. Qui testam. facer. poss., e da nossa Ord. L. 4. T. 80 §. fin.; mas então a sua Publicação já varia de methodo, e de requisitos, como formalmente, e puro *Nuncupativo*.

§. 57.

Pois que: Se quando este Testamento he válido escripto, ou subscripto pelo Testador na forma do dito §. 3. basta que as testemunhas jurem o

que já vimos (§. 51.); com tudo, se he nullo por qualquer dos referidos defeitos, já a sua Publicação deve variar de forma, e requisitos; e reduzindo-se como puramente Nuncupativo, e como sem escriptura alguma, ou como essa feita só sirva de memoria, devem as Testemunhas precisamente depôr d'alguma nuncupação verbal do Testador, nesse acto, e ser concordes, ao menos, na substancia, e explicitamente, sem remissão a tal Escriptura, como memoria: **Em huma palavra, deve praticar-se o exposto desde o §. 19. ate 32. e desde o §. 33. até o §. 45, e desde o §. 46. até 49. E debalde se tentará reduzir em pública forma, como Nuncupativo verbal na forma do §. 4 da Ord., o Testamento, de que tracto; ou se algumas Testemunhas forem mortas, e não se possam supprir por outras, que fossem presentes; ou se algumas contradisserem o Testamento d'algum modo dos referidos (§. 44.); ou senão estivessem presentes algumas, quando o Testamento se lêo; ou se, não havendo leitura delle, assignassem ignorantes, sem ter ouvido a nuncupação do Testador, de que possam uniformes testemunhar, e como de vista, e ouvida da boca delle; ou senão houver seis contestes, que em hum só acto ouvissem a sua nuncupação etc.**

ARTIGO IV.

Como deva reduzir-se em Nuncupativo o Testamento cerrado feito na forma do §. 1.º e 2.º da Ord., se elle he nullo por defeito d'alguma solemnidade: E se ainda se attender a prejudicada opinião, que o permite, apesar da sua reprobção na 1.ª Parte desta Dissertação.

§. 58.

Se, apesar do exposto na 1.ª Parte, grassar, ou senão arrancar o erro, que lançou altas raizes, e se admittir a redução neste caso com relação implicita ao nullo Testamento, como hum particular escripto, segundo os DD. citados nos §§. 14, e 15, a que se podem juntar outros: (O Addicionador de Phæbo Decis. 187. Altim. ad Rovit. Obs. ad Decis. 95, Nett. de Testam. L. 1. T. 23. n. 5, et L. 2. Tit. T. 3. n. 6. Rocc. Selectar. Cap. 39. a n. 3. Stryk. Vol. 14. Disp. de *Hamburgensium Testamentis* Cap. 1. a n. 41 pag. 255.) Nesse supposto será preciso 1.º que pelas Testemunhas da Approvação se prove uniformemente a Nuncupação implicita do Testador; isto he, proferir elle nesse acto, que aquelle era o seu Testamento, que tudo o conteudo nelle era a sua ultima vontade, que o havia por seu, bom, e valioso etc. He preciso 2.º que se reconheça a identidade do nullo Testamento, e da cedula, a que o Testador fez a implicita relação da sua disposição, e da sua vontade: (Luc. de Testament. Disc. 2. e seguintes. Pinheir. de Testament. Disp. 2. Sect. 4. §. 4. n. 84. Altim. supra ad n. 17. Castilh. Liv. 4. Controv. C. 20. n.

28.) 3.º que a prova desta identidade seja tão demonstrativa, que exclua toda apossibilidade de se poder ingerir Cedula diversa daquella, a que o Testador fez relação implicita. (Cyriac. contr. 444. a n. 21, Gratian. for. C. 973, Rocc. a n. 9.º) 4.º e com o mais rigor possível, que não deixe lugar á menor dúvida. (Harprectr. Disp. 84. n. 1050, Rocca supra a n. 9. Mautiss. ad Luc. Liv. 16. Decis. 19.)

§. 59.

Com effeito : No Acto da Approvação se costuma relatar, dizer o Testador perante as Testemunhas que aquelle, que entrega ao Escrivão, he o seu Testamento, ou por elle escripto, ou a seu rogo por F. (requisito consuetudinario, e mais necessario para provar a identidade da Cedula, e occorrer, que se introduza outra falsa. (Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 73.) Sendo nullo o Testamento quando o Testador o diz escripto por huma pessoa, achando-se escripto por outra, (Gam. Dec. 64.) e que o **he por bom**, firme, válido, e por isso roga ao **Escrivão** que o approve, etc. Neste relatorio do Acto da Approvação, que se diz emanada da bôca do Testador, he que se figura o Testamento Nuncupativo implicito com relação a tal Cedula; e implicita a Instituição de herdeiro com as particulares disposições nella conteudas, *ad instar* do caso, em que o Testador institue herdeiro a Pessoa, que relata em tal Cedula, que se achar *em tal parte*. (Cordeir. Dub. 3. a n. 19, Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 4. n. 85.

§. 60.

Sendo pois nullo hum tal Testamento ; ou 1.º pela falta de perguntas pelo Tabellião (segundo a opinião que está por tal nullidade) : ou 2.º por morrer o Testador depois do Acto da Approvação no momento , em que o havia de assignar ; ou 3.º por não assignar : ou 4.º por não declarar que o ha por bom , e valioso : ou 5.º por defeito de declaração do que assigna a rogo , etc. (seguidas as opiniões , que estão pelo rigor da Lei , e da sua precisa fórmula) : Nestes casos póde sim reduzir-se como Nuncupativo verbal ; mas será necessario 1.º que por seis Testemunhas contestes , e presentes desde o principio até o fim do Acto da Approvação , e conformes nas palavras do Testador , ou ao menos na substancia dellas , (V. §. 41 et 42) se prove que o Testador , entregando elle mesmo , (e não outra pessoa) Barbos. ad Ord. L. 4. T. 80. §. 1. n. 3 et 6.) e na presença de todas as Testemunhas , (Gam. Dec. 69.) da sua mão para a do Tabellião aquelle Testamento , dissera para o Tabellião , que aquelle era o seu Testamento , que a seu rogo lhe escrevêra F. ; que tudo o conteudo nelle era a sua vontade ; que queria se cumprisse , etc. porque nisto he que essencialmente consiste a Nuncupação verbal , e implicita. (Cordeir. Dub. 3. n. 20 , Píñheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 4. §. 4. n. 85. (conf. §. 14. 15 , e 58.)

§. 61.

Será necessario 2.º que as mesmas Testemunhas da Approvação reconheçam seus signaes , e o do

Testador (se elle o assignou), e assim a identidade da Cedula. (§. 58.) (Card. de Luc. de Testament. Disc. 2. n. 6, e 7.) Reconhecidos assim pelas Testemunhas os seus signaes, ou ao menos por algumas (com tanto que outras justamente não neguem os seus) (§. 55); estando o reconhecido Acto de Approvação principiado na Cedula em termos, que não fosse facil inserir outra depois da Approvação, observada a Cautella da Ord. L. 4. T. 80. §. 2; nestas circumstancias já se não poderá duvidar da identidade da Cedula, a que foi relativa a Nuncupação verbal do Testador; e a mesma Cedula assim identificada fica sendo huma parte do Testamento Nuncupativo referente; provada, e bem provada pelas testemunhas na fórma exposta (§. 60 e 61) a Nuncupação: (Card. de Luc. de Testament. Disc. 2. n. 6, e 7.) Não basta aqui o simples reconhecimento das Testemunhas, em que afirmem verdadeiras as suas subscripções no Acto da Approvação; he sim, e juntamente preciso provar-se essa Nuncupação verbal; e tudo deve concorrer simultaneamente.

§. 62.

Se porém o Acto da Approvação não principiar na Cedula, mas em folha separada, e faltar o signal público do Tabellião em todas as folhas, neste caso não deixa de ser controversa a validade do Testamento: (Portug. de Donat. L. 3. C. 16. a n. 66 Cordeir. Dub. 9.) porém deixando aqui essa questão, ao meu proposito digo, que seria mais difficil (ainda provada a Nuncupação verbal) verificar a identidade da Cedula, a que o Testador fez relação; identidade, que deve provar-se com a já

dita precisão (§. 58): Supponha-se ser mulher, ou analfabeto o Testador, que apenas assignou com humma cruz; não he elle possível que, corrupto o Escriptor da Cedula, se ingerisse outra diversa? Como pois se poderá provar a identidade daquella, a que o Testador se referio, com certesa moral? Eu não o posso comprehender: Se o Testamento fica na mão do Tabellião, lá tem tal ou qual presumpção a seu favor; (Altim. ad Rovit. Decis. 95. a n. 4. Rocc. Select. Cap. 39. a n. 13) bem que o Tabellião ainda póde ser corrupto: (Cordeir. Dub. 2. n. 55.) Mas se o Testamento, sem a guarda do Testador, ou depois da sua morte, esteve em diversas mãos, e podia ingerir-se Cedula diversa; como se poderá provar humma infallivel identidade? Ah! E quanto providente foi o novo Codigo Civil da França, (Cod. Civ. dos Francez. Art. 978) prohibindo testarem por tal modo os que não sabem lêr!

§. 63.

Ainda quando a Cedula he só subscripta por letra do Testador, muito pouco confião neste caso alguns DD. da prova da identidade por comparação de letras. (Vejaõ-se Rub. de Testam. C. 32. a n. 710, Gracian. for. Cap. 973. n. 49, Cyriac. Contr. 444. a n. 87.) O Cardeal de Luca (de Testam. Disc. 2.) he mais favoravel, ainda mesmo no caso de não ser o Acto principiado nas costas da Cedula, conforme a cautella d'alguns DD. (Fulgos. Cons. 56. Clar. §. *Testamentum* Q. 44.) a mesma da nossa Ord. T. 80. §. 2: Porém o mesmo Cardeal neste caso, em que possa haver possibilidade de se introduzir outra Cedula, deixa a prova da falsidade ao prudente arbitrio do Julgador,

conforme as occorrentes circumstancias ; no que
tambem assenta Stryk. (Stryk. de Cautell. Testa-
mentor. Cap. 16. §. 23.)

§. 64.

Concluo transcrevendo em comprovação do ex-
posto à §. 58 o discurso de Manz. de Testament.
Tit. 4. Q. 2. sub n. 37. pag. 252, e 253, ut ibi =
» Ut autem implicitum dicatur Testamentum re-
» quiratur (1.) ut referat se Testator ad schedulam
» aliquam, sive ~~Scripturam~~, unde nuncupationis
» declaratio petenda esset... (2.) necesse est, ut in
» illa schedula ad quam Testator se retulit, hæredis
» institutio sit facta... (3.) certa sit schedula necesse
» est, nec generaliter ad schedulam aliquam facta re-
» latio, sine certo subjecto vagari debet... Et quod
» de Scriptura oporteat *in dubium esse*, quod sit
» illa, ad quam Testator se retulit, *decisum est*
» apud Lynker Dec. 480. (4.) Scheda ista, vel
» Scriptura, ad quam Testator se refert, manu
» Testatoris debet scripta, vel ad minimum ab
» ipso subscripta; ita ut manus alterius non suffi-
» ciat, nisi *indubitatè* constet Scripturam volunta-
» te Testatoris esse conscriptam... Aut de identi-
» tate schedulæ, aut voluntate Testatoris deponant
» testes quinque, etc.

DISSERTAÇÃO IV.

Analyse da Ord. L. 4. T. 80 §. 1.º e 2.º e do Assento de 17 de Agosto de 1811. junta a sua Declaração pelo Acordão de 8 de Agosto de 1815.

PRENOÇÃO GERAL.

§. I.

DEBALDE declamou Samuel Stryk. de Cautell. Testament. (Stryk. de Caut. Testamentor. C. 1. §. 15.), que „ retenta testandi Libertate, innumeris controversiis occurrerent Principes, si quisque in sua Provincia Constitutione publica caveat: Unicuique Civium, qui bona sua pleno jure possidet, eandem Libertatem testandi competere debere, quæ militi in Castris constituto competit; scilicet, si voluntatem suam ultimam coram duobus testibus, vel manu sua, ac sigillo expresserit, hanc pro Lege servandam esse, eandem que libertatem circa hæredis institutionem, et substitutionem ipsi competere debere, quam Jura militi indulserunt: Hoc unico excepto, ne liberis, vel parentibus Legitima sine justa causa auferatur. Ita sanè á vanis solemnitatibus liberabuntur Testatores; et bona de quibus *expresse* dispositum non est justissima æquitatis ratione transferentur ad hæredes abintestato... Hoc si factum fuerit experientia testis erit, melius consuli Reipublicæ, amputata controversiarum materia etc. Hæc res in materia testamentaria adeo facilis expeditu est, ut sola voluntas Principis deficiat.

§. 2.

Esta declamação de Stryk. publicada ao universo com aquella sua obra no anno de 1703, nada moveo as attensões dos Legisladores; porque em humas Nações ficarão subsistindo as antigas Leis, que prescrevião as formas, e Solemnidades dos Testamentos, bem como na nossa na dita Ord. L. 4. T. 80. Outras Nações, que Legislarão depois da declamação de Stryk., prescreverão formas de testar com muitas, e rigorosas solemnidades. Taes na França huma Ordenação de Luiz XV. do anno de 1735. conselhada pelo seu grande Chanceller D' Aguesseão, (que commentou Furgol, de Testam. C. 2. Sect. 3.) e renovada no moderno Cod. Civil. (L. 3. P. 1. C. 4. Sect. 1.) Na Prussia o seuCodigo, (P. 2. L. 7. T. 3. Art. 1.) e na Sardenha (Liv. 5. T. 1.)

PRENOÇÕES ESPECIAES.

Fonte da nossa Lei, e de que ella recebe illustração: Combinação da nossa Lei com a sua fonte: Da Lei da França com a mesma Romana: Em que unicamente differe a nossa da Franceza por Luiz XV. em 1735.

§. 3.

Mostrando-se porém (determinão os Estatutos da Universidade) (Estat. da Universid. L. 2. T. 5. C. 2. §. 8, e Tit. 3. C. 6. §. 21.) que a determinação das Leis Patrias he conforme á dos Romanos, nos, informará (o Lente) aos seus Ouyintes, de

„ que o mesmo se acha determinado especifica-
 „ mente por ellas E neste caso aindagará a
 „ verdadeira razão das ditas Leis Romanas pela
 „ *illustração*, que dellas resulta das referidas Or-
 „ *denações*, que com ellas se conformarão, e as
 „ *tiverão por fontes*. „ O grande Mello, (inimigo
 das Leis Romanas, como rubiginosas) vendo hu-
 ma nossa inteiramente conforme huma Romana,
 „ foi obrigado a escrever *Propterea ex eodem jure*
 „ *interpretanda est* = (Mell. L. 4. T. 3. §. 16.)

§. 4.

Eis-aqui pois a Lei Romana, que parece ser
 fonte desta nossa Ordenação: Esta he a Lei. 21.
 od. de Testament. ut ibi =

„ , Hac consultissima Lege sancimus, licere *per*
scripturam conficiendis testamentum, *si nul-*
lum scire volunt, ea quæ in eo scripta sunt,
consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam
involutamque proferre scripturam, vel ipsius tes-
tatoris vel cujuslibet alterius manu conscriptam,
 „ *eamque rogatis testibus* septem numero, civibus
 „ Romanis puberibus, *omnibus simul offerre si-*
 „ *gnandam, et subscribendam*: dum tamen *testi-*
 „ *bus præsentibus, testator suum testamentum*
 „ *dixerit quod offertur*, eique ipse coram testibus
 „ *sua manu* in reliqua parte testamenti subscripse-
 „ rit: Quo facto, et testibus uno, eodemque die ac
 „ tempore subscribentibus, et consignantibus testa-
 „ mentum valere, nec ideo infirmari, quod testes
 „ nesciant quæ in eo scripta sunt testamento. *Quod*
 „ *si Literas testator ignoret, vel subscribere ne-*
 „ *queat*; octavo subscriptore pro eo *adhibito, eam*
 „ *servari decernimus.*”

Nota: Com a Synopsis 35. Basilic. 2. Cap. 16. (o melhor subsidio da interpretação das Leis Romanas Estat. da Universidade. L. 2. T. 3. C. 6. §. 45. e 49.) diz Gotofredo a esta Lei Nota 6. „ Testatori non est omnimodo necessarium, ut præsentibus testibus dictet testamentum, quando ei liceat etiam ipsis absentibus tum dictare, tum scribere: Sic tamen ut illis præsentibus ad signandum, suum esse testamentum profiteatur; et uno, et eodem tempore testes signent, ac subscribant. Nam testamentum non sic absolutum imperfectum est. ”

§. 5.

Já ha combinação da nossa Ordenação com esta Lei Romana: Diz aquella = *Querendo o Testador fazer testamento cerrado, o poderá fazer.* (A Romana; *licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, ea quæ in eo scripta sunt.*) A nossa ” (Depois que escrever, ou mandar escrever seu Testamento etc. (A Romana ” *Scripturam, vel ipsius testatoris, vel cujusvis alterius manu conscriptam* =) A nossa ” *E será cerrado e cosido* = (A Romana ” *Consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam involutamque*): A nossa ” *Elle Testador o entregará ao Tabellião perante cinco testemunhas varões Livres, e havidos por taes maiores de quatorze annos etc.* A Romana ” *Eamque rogatis testibus septem numero civibus Romanis, puberibus omnibus, simul offerre* ” A nossa ” *Perante ellas lhe perguntará o Tabellião: Se he aquelle o seu Testamento, e se o ha por bom, fir-*

„ me e valioso; e, dizendo que sim, fará logo em
 „ presença das testemunhas o Instrumento da
 „ Approvação etc. (A Romana „ *Dum tamen tes-*
 „ *tibus præsentibus, testator suum esse testamen-*
 „ *tum dixerit, quod offertur* ” A nossa ” Nas
 „ costas do proprio testamento, declarando, como
 „ o Testador lho entregou, e o houve por seu,
 „ bom, e firme ” (A Romana, depois das palavras
 acima transcriptas, julgaria superfluo declarar, que
 nas *Costas* do Testamento *cerrado*, occulto igno-
 rado das testemunhas, *ligado e involto*; e depois
 da expressão huma vez por bôca do Testador,
Suum esse testamentum dixerit, quod offertur etc.
 e acrescentar o mesmo que em substancia disse a
 dita Ord.) A nossa ” assignarão todas as cinco
 „ testemunhas, e o Testador. (A Romana ” *Tes-*
 „ *tibus ... offerre signandum, et subscribendum*
 „ *... eique ipse coram testibus sua manu in reli-*
 „ *qua parte testamenti Subscripserit: quo facto;*
 „ *et testibus uno eodemque tempore Subscribenti-*
 „ *bus, et consignatibus*): A nossa ” E não saben-
 „ do, ou não podendo assinará por elle huma das
 „ testemunhas, declarando ao pé do sinal, que
 „ assina por mandado do Testador por elle não
 „ saber, ou não poder assinar ” (A Romana
 „ *Quod si Litteras testator ignoret, vel subscri-*
 „ *bere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibi-*
 „ *to eadem servari decernimus.* ”

Nota: A nossa Ordenação nada mais addic-
 cionou em substancia, senão celebrar-se a sub-
 scripção, e esse acto perante hum Tabellião;
 e só com cinco testemunhas, alem do Tabel-
 lião: E isto em favor dos Testadores; porque,
 segundo o Direito Romano, se o acto senão

escrevesse por Tabellião, e na presença d'elle não assignasse o Testador e testemunhas o Testamento assim cerrado seria preciso, conforme o Direito Romano, que na morte do Testador se abrisse, e as testemunhas o reconhecessem verdadeiro, reconhecendo seus signaes etc. E morta então huma das numerarias, ficaria nullo o Testamento. (Gotofredo na dita L. 21. Not. 8. Furgol. de Testam. C. 2. Sect. 4. n. 20. Fabr. in Cod. L. 6. T. 13. Def. 1.) Não assim, sendo o Acto da Approvação e Subscripções feito por Tabellião, que fica independente de viverem, e se examinarem as testemunhas (Peg. tom. 4. á Ord. pag. 246. n. 75. e 76.); Sendo esta huma das cautellas do antigo Socino (Socin. Reg. 399.) para o caso de morrer alguma das testemunhas: Por outra parte o nosso Legislador só exigio cinco testemunhas, além do Tabellião, considerando, que nos Romanos taes Actos senão escrevião por Tabellião, mas se assignavão por sete testemunhas; e, dando ao Tabellião aqui o credito de duas testemunhas, como na materia sujeita sempre lhe derão as Leis Francezas, e nossas (Ordenação de Luiz XV. de 1735. Cod. Civ. dos Francezes L. 3. P. 1. C. 4 Sect. 1. e neste Reino o deduz de varias Ordenações Peg tom. 6 á Ord. pag. 223. n. 5.); por isso foi, que veio o nosso Legislador a conformar-se com as sete testemunhas, que exigia o Direito Romano: E no caso, que o Testador não sabe, ou não póde assinar, exigio mais huma em nome do Testador, que era a 8. no Direito Romano, e materia de que tractamos.

Vamos á antiga e moderna França: Luiz XV. na famosa sua Lei Testamentaria no anno de 1735. inspirada pelo grande Chancellor o famoso D' Aguesseau accingindo-se nesta parte ao Direito Romano na d. L. 21. Cod. de Testamentis (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 3. n. 22. ibi = Pela Lei *Hac consultissima* 21. Cod. de Testam., de que o Artigo 9. da Ordenação de 1735. he quasi huma traducção litteral =): Ella nos Artigos 9, e 10. (bem estofados por Furgole (o mesmo Furgol. a n. 20.) ordena (1.º) que, se o Testador quizer fazer hum Testamento mystico, ou secreto, deverá assignar as suas disposições, que tenha feito escrever por outro: (assim a nossa Ord. L. 4. T. 80 §. 1.), (2.º) que o papel, que contiver as disposições, se he o mesmo, em que se envolvem, deve ser cozido, fechado, e cerrado. (assim a nossa Ord.): (3.º) que o Testador deva entregar o Papel cozido e fechado perante sete testemunhas, ao menos, comprehendido o Tabellião: (Assim a nossa Ord) (4.º) que feito isto elle declarará, que o conteudo neste Papel he o seu Testamento escripto e assignado por elle, ou escripto por outro e assinado por elle: Sendo necessario, não só que, o Testador declare que o Papel he o seu Testamento, mas ainda, que elle explique se tem sido escripto e assignado por elle mesmo, ou se escripto por mão d'outro, e assignado por elle; e devendo fazer-se disto menção no acto da Approvação: ~~Em~~ Francez se diz *de Subscripção*) (5.º) quando a Approvação não cabe no Papel, que contém as disposições, ou principia em outra folha, em que estavam embrulhadas, dá huma

cautella tal, como a da nossa Ord. L. 4. T. 80. §. 2. (6.º) O Acto da Approvação deve ser assignado pelo Testador, pelo Tabellião, e por todas as outras testemunhas. (7.º) No acto da Approvação do Testamento mystico, ou solemne tudo deve ser *uno contextu* feito, sem divertir a outros actos; bem que seja livre ao Testador escrever, ou fazer escrever, assignar, envolver, e fechar o Testamento em hum tempo, e fazer-se a Approvação em outro. (8.º) Se o Testador não sabe ou não póde assignar, se deve chamar huma testemunha, além do numero de sete, (comprehendido o Tabellião) o qual assignará o Acto de Approvação com as outras testemunhas, e se deverá fazer menção da causa, porque a testemunha supernumeraria tem sido chamada; isto he, *por o Testador não ter sabido, ou por não ter podido assignar*. Esta mesma Legislação de 1735 por Luiz XV. se recopilou no novo Cod. Civil Liv. 3. P. 1. Cap. 4. Art. (mihi) 266. Edição de 1803. tom. 2. pag. 51.

§. 7.

A nossa Ordenação he quasi em tudo conformé com a antiga, e moderna Legislação Franceza: Porém a L. 21. Cod. de Testam. se vê concebida assim = *Quod si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat, etc*, e a nossa Ordenação assim = *Se souber, ou poder assignar; e, não sabendo, ou não podendo*, assignará por elle huma das testemunhas, etc. Póde ser que hum Testador saiba lêr, e não saiba escrever; ou que, sabendo lêr, e escrever, não possa por causa da enfermidade, ou outra accidental: Qual pois seja a interpretação das mysteriosas palavras da dita L. 21, (fonte da nossa

Legislação, e da Franceza) e no caso de ser o Testador totalmente Analfabeto , que nem sabe lêr nem escrever ; hem o discorreu Domat Loix Civil. Liv. 3. *des Testamens* Tir. 1. Sect. 3. pag. 333. de-
baixo do Artigo 17. ut ibi =

„ Ainda que as ultimas palavras deste Texto
„ parecem poder comprehender os Testadores , que
„ não sabem lêr , se tem crido por duas conside-
„ rações não dever dar-se-lhe este sentido. A pri-
„ meira , que estas palavras = *Si litteras testator*
„ *ignoret* = sendo seguidas destas = *Vel subscribe-*
„ *re nequeat* = ellas podem entender-se natural-
„ mente daquelle, que não sabe escrever , ainda que
„ saiba lêr. E , entendendo-se assim este Texto , se
„ referirá a dous casos ; hum , em que o Testador
„ não soubesse escrever , ainda que elle soubesse
„ lêr ; e outro quando o Testador , que soubesse
„ escrever , estaria impedido de assignar por qual-
„ quer indisposição , o que notão estas palavras ,
„ *Vel subscribere nequeat*. E como se tem dito
„ neste Texto , que o Testador póde fazer escre-
„ ver seu Testamento por huma outra pessoa , es-
„ ta clausula marca assás , que não he necessario
„ que o Testador saiba escrever , com tanto que
„ elle possa lêr. A segunda consideração he , que
„ haveria ahi inconvenientes de confirmar os Tes-
„ tamentos secretos das pessoas , que não sabem
„ lêr ; pois que poderia succeder que a pessoa ,
„ que escrevesse o seu Testamento , abusaria da
„ sua confiança , e escreveria outra cousa diversa
„ da sua vontade , e se poderia dizer , que hum
„ tal Testamento seria sem algumas provas ; por-
„ que o Testador não teria elle mesmo huma per-
„ feita certeza de estar escripto o que fosse da sua
„ vontade , e as testemunhas não terião della al-

gum conhecimento. Assim: hum tal Testamento seria contrario ao espirito das Leis; porque ellas não exigem as formalidades nos Testamentos, não para dar huma segurança perfeita, de que, o que elles contém, he a vontade dos que o fazem. He verdade que hum Testador, que não soubesse escrever, nem lêr, poderia escolher para escrever seu Testamento pessoa de huma probidade, que não lhe deixasse alguma dvida, que a sua vontade não fosse escripta bem fielmente; mas restaria sempre a consequencia dos inconvenientes para aquelles, que não podessem fazer, ou que não tivessem feito huma semelhante escolha; e, em geral, hum tal Testamento seria sem alguma prova, pois que elle dependeria da fé de huma testemunha unica, isto he, daquelle que o tivesse escripto. ”

§. 8.

Na verdade o Analfabeto, que não sabe lêr nem escrever, se equipara ao Cego na materia sujeita. (Stryk. Vol. 3. Disp. 15. *de Jur. Analphabetor.* C. 4 a n. 22. ad 26.) E se o Cego não póde testar senão nuncupativamente perante testemunhas: (na fórmula da L. 8. Cod. Qui testam. facer. poss.) que especialidade póde ter o Analfabeto para testar mystica e secretamente? Longe de nós a Novella 69. de Leão, porque não tem authoridade, e menos nesta parte. (Stryk. de Cautell. Testament. Cap. 4. §. 4. no fim.) O mais ainda he que, havendo pessoas, que não sabem lêr, sabem como por pintura, e mecanismo fazer o seu signal; e estes para este fim se comprehendem na mesma classe dos Analfabetos. (Bochmer. ad Pand. Exercit. 75. *de Testamento non praelecto* desde o §. 20, responden-

do a todas as objecções contrarias; e no §. 35. cita como conformes o Coll. Argenter., Brunnemano, e outros, e dá as mesmas razões do citado Domat. além d'outras mais; digno de ser visto.) Tudo assim comprova, e demonstra admiravelmente o grande Bochmero com outros DD., que também cita.

§. 9.

Talvez por estas razões (§. 7, e 8) Luiz XV. na citada Ordenação de 1735, interpretando assim a L. 21 Cod. de Testam. (que já vimos ser a sua fonte, (§. 6.) prohibio no Artigo 11. que, os que não sabem lêr, não possam testar por tal fórma; e o repetio o novo Código Civil no lugar já citado. (§. 6. no fim) Só sim hum tal Analfabeto, quando muito, póde testar mysticamente, lendo-se a sua disposição no acto da Approvação perante as testemunhas, dizendo elle, que aquella he a sua vontade na fórma escripta na Cedula, que se lêo, escrevendo se assim na Approvação, assignando nelle o Tabellião e testemunhas, e hum a rogo do Testador. Assim na França, (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. a n. 101.) e na Prussia. (Cod. Freder. P. 2. Liv. 7. Art. 2. sub §. 10, Bochmer. de Exercit. de Testamento non prælecto.

§. 10.

Que diremos pois da nossa Ordenação, que teve por fonte a mesma Lei 21. Cod. de Testamentis? Ella em Portuguez traduzio as palavras latinas da Lei; e nos deixa na dúvida, (§. 7) que tem occasionado a exposta interpretação: (§. 7, 8, e 9) E qual deverá ser a da nossa Lei? Acaso devemos

suppôr o nosso Legislador menos judicioso, que os Francezes, e outros; e que não pensou o que elles pensarão? Se reflectimos o Principio do mesmo Tit. 8o, ficamos na mesma duvida: Só tendo em vista, que o Acto da Approvação he hum Instrumento público, e consultamos o lugar commum da Ord. L. 1. T. 78. §. 4, ella nos Contractos (menos sujeitos a falsidades, do que os Testamentos, e em que ás testemunhas se lê o que está convencio-nado pelas Partes antes da subscripção) determina ut ibi = E se cada huma das partes *não souber as-*, *signar*, assignará por ella huma pessoa...fazendo *menção*, como assigna pela parte, ou partes, por *quanto ellas não sabem assignar.*” Acaso no tempo das nossas antigas Ordenações, de que foi compilada a Filippina, não costumarião ainda os Anal-fabetos assignar por cruz? Seria novo invento depois dessas Ordenações? Sabemos o contrario pela Diplomatica: (Vejaõ-se as minhas segund. linh. sobr. o Process. Civil Not. 458. pag. 450, 451, 452: Confira-se tambem a Ord. L. 4. T. 102. §. 3.) E se, quanto aos Analfabetos, se explicárão pela mesma fraze os lugares parallelos; a que havemos de attribuir o uso ou abuso de testarem, e assignarem de cruz a Cedula, e a Approvação os Analfabetos?

§. 11.

Se recorremos aos Reinicolas, encontramos nelles variedade, ainda mesmo, quanto á subscripção por cruz nos Testamentos: Huns, como Caldas, (Cald. de Empt. Cap. 34. a n. 14 et Cons. 19. a n. 46.) Peg. tom. 6. ad Ord. pag. 218. a n. 13. e Pegas, (Peg. tom. 4. a Ord. pag. 250. n. 86. et tom. 2. for. pag. 1180, 1181, Cordeir. Dub. 3. n. 35.

Repert. sub verb. *Testamento aberto se faz, etc.*) contendem pela observancia da Lei, não se satisfazendo com a figura de huma cruz, que facilmente se imita: Outros pelo contrario, ainda nos Testamentos: Mas se a propria subscripção, ou d'outra pessoa a rogo do Analfabeto, tem por fim evitar falsidades: (Peg. tom. 6. ad Ord. pag. 219. n. 17, Cald. de Empt. C. 34. n. 14) Se estas são mais frequentes nos Testamentos, e nos dos Analfabetos facilissimas; se toda a razão, e outras Legislações repugnão, a que elles testem secreta e mysticamente; (§. 7, 8, e 9) havemos de crêr que a nossa Ord. L. 4. T. 80. §. 1. ao mesmo tempo que, para evitar nos Testamentos as falsidades, prescreveo tantas fórmãs, facultou que os Analfabetos testassem por esse modo? Que franqueou as portas para nos testamentos delles se maquinarem falsidades? Que interpretou a L. 21. Cod. de Testam., sua fonte, d'outro modo que as mais Legislações?

§. 12.

Admira na verdade que, tendo sido objectos de Assentos Ordenações menos duvidosas, nunca esta = *Se os Analfabetos podem assim testar mysticamente?* = entrasse em dúvida. Ella era mais intrinseca, que a que decidio o Assento de 17 de Agosto de 1811, que só mandou nos Testamentos cerrados observar a fórmula prescripta; mas não attingio esta dúvida, *Se os Analfabetos podem testar nessa fórmula, ainda que assignem por cruz, ou roguem a quem por elles subscrava*: Que objecto mais digno de hum Assento depois de se vêr o ponderado desde o §. 1? Não se venerem taes cruzes, que podem ser a do máo ladrão Não se ad-

mittão taes Testamentos a Analfabetos; como seminarios de falsidades: Interprete-se a nossa Lei pela sua fonte, como se tem interpretado nas mais Legislações: Pelo menos (a continuar o dominante erro), sejam os Magistrados attentos nas qualidades dos Escriptores das Cedulas, que se approvão: Se elles não forem de inteiro credito, se corruptiveis, se afeiçãoados aos herdeiros, ou legatarios melhorados, se os Testadores antes, ou depois de taes Testamentos fizerem, ainda perfunctoriamente, algumas declarações contrarias ao que se acha escripto, etc. sejam faceis em annullar em todô, ou em parte as taes Disposições; e muito mais, sendo escriptos herdeiros estranhos, preteridos os consanguineos benemeritos, attentas as razões expostas na Dissertação 2.ª

Solemidades da nossa Ord. L. 4. T. 80. §. 1. e 2.ª: Quaes Substanciaes; quaes accidentaes? Quaes supprimeis, ou insupprimeis por equipolencia? Qual o Espirito do novo Assento?

§. 13.

Primeira Solemnidade: „Depois que escrever, ou mandar escrever seu testamento, em que declarar sua vontade, o assinará, não sendo escripto por sua mão; porque, sendo escripto por sua mão, abastará ainda que não seja por elle assignado. = Assim a nossa Ordenação: A de Luiz XV. de 1735. Art. 9, requer que o Testador assine as suas disposições, ainda que escriptas por elle mesmo: Talvez pensando que a subscripção hão a que consumma verdadeiramente o acto; e, em quanto não subscripto, poderia ser duvidoso, (ainda

que tudo escripto por mão do Testador) se elle antes da subscripção o houve ou não por consummado: Declara porém Furgole (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 3. n. 21.) que „ esse Art. 9. não exige mais que hum signal posto no fim do escripto, e não he necessario que o Testador assigne „ cada pagina: Tambem a Ordenação não exige „ que, depois do signal, se junte a palavra *Testador*: „ Tambem não he necessario que, no interior do „ Testamento, se exprima que o Testador o tem „ lido, e relido, quando escripto por outra mão, „ porque esta solemnidade não he imposta pela „ Ordenação; e ella não o era pelo Direito Romano „ pela Lei 21. Cod. de Testam. de que o Art. 9. da „ Ord. de 1735 he quasi huma traducção Litteral.”

§. 14.

Segunda Solemnidade: Serd cerrado e cozido, diz a nossa Ordenação; a Lei Romana = *Ligatam, vel tantum clausam involutam que proferre scripturam.* = A Franceza, *clos et scellé*: O dito Assento que na sua generalidade julgou substanciaes todas as formulas deste §. 1., sem se poderem antepôr, nem pospor, ou snstituir-se por equipolencia as formas pela dita Ordenação prescriptas; Este Assento, digo, occasionou que Nicoláo Teixeira d'Abreu Tabellião de Guimarães requeresse ao Chanceller, como Governador, lhe declarasse o modo de executar o Assento, para não incorrer em culpa, visto a prática em contrario, e a impossibilidade de approvar cousa fechada.

§. 15.

O Regedor commettêo o Despacho por Portaria de 8 de Agosto de 1815 a dous Desembargadores de Aggravos, e estes preferirão Acordão nesta forma = *O supplicante observe o uso, e costume, „ como melhor Interprete dos referidos §§. 1. e 2. „ da citada Ordenação, que a este respeito senão „ acha expressamente revogado pela generalidade „ do Assento de 17. de Agosto de 1811. Lisboa 8. „ de Agosto de 1815 =* Dr. Souza S. Payo = *Veiga =*, cujo original ficou em poder do Guardamór: Acordão judicioso, não só pelo seu expresso fundamento, pois que toda a Lei admitte interpretação usual (*Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. L. 23. ff. „ de Legib. „ Si de interpretatione Legis quærat, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuit: optima „ est enim Legum interpres consuetudo „, L. 37. ff. eod. Tit. „ In ambiguitatibus, quæ ex Legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum „ perpetuo judicatarum auctoritatem, vim obtinere debere. =* Estat. da Univers. L. 2. T. 6. C. 6. Mell. Hist. J. C. L. § 125, Not. (e) mas pelas razões, que ao proposito, e conforme a semelhante Ordenação da França (§. 14) discurrêo o Comentador Furgole transcripto na Nota (Furgol. de Testament. Cap. 2. Sect. 3. n. 24, e 25. ibi.) = Na „ verdade a Lei permite testar de forma que as „ disposições não possam ser conhecidas; mas he huma simples faculdade, de que ella não impoem „ huma necessidade: Basta que a disposição seja „ provada de huma maneira a não soffrer dúbida, „ nem equivoco, e que se tenham observado as for-

malidades, que a Lei prescreve para assegurar esta vontade, sem que seja preciso juntar ahi aquellas, que podem fazer as disposições secretas : D'outra parte o Testador póde ter em vista testar de maneira, que as testemunhas e Notorio não conheçam as suas disposições; mas *não he essencial*, que o Testamento seja fechado, e cerrado de maneira que as disposições não possam ser relidas pelo Testador, quando elle quizer : Isto nada tem de commum com *a essencia*, ou as formalidades dos Testamentos. O Testador deve apresentar o Papel fechado, e cerrado, e sellado a sete testemunhas, comprehendido o Notario, ou Tabellião, *ou elle o fará cozer e sellar em sua presença: esta he hum altermativa; Basta pois fazer hum, ou outro, á escolha do Testador.* *

* Este com effeito era o estilo, que observei em Testamentos depois da Ordenação Manoelina sempre perenne até o tempo do Assento : Os Testadores entregavam ao Tabellião os Testamentos em papel, apenas dobrado; o Tabellião os recebia; e, depois das mais Solemnidades, attestando que só o passára pela vista, sem o lêr, para notar, e salvar entre linhas, borrões, etc. o cozia, fechava, e lacrava, e entregava aos Testadores na presença das testemunhas, etc. Que Acordão pois mais illuminado e mais justo, como o transcripto no §. 15?

§. 16.

Terceira Solemnidade : „ Elle Testador o entregará ao Tabellião perante cinco testemunhas

„ *varões Livres , e havidos por taes , e maiores*
 „ *de quatorze annos.* „ Concorda a citada Lei Ro-
 „ *mana , Eamque (Scripturam) ... rogatis testi-*
 „ *bus septem numero , Civibus Romanis , puberi-*
 „ *bus omnibus , simul offerre signandum et sub-*
 „ *scribendum* etc. (Já vimos na Nota ao §. 5. a
 razão porque o nosso Legislador em maior favor do
 Testador , e herdeiros deu a providencia de se en-
 tregar a Tabellião presentes as testemunhas): Con-
 corda a Franceza = *o Testador deve apresentar o*
Papel a sete testemunhas , pelo menos , comprehendido o
Notario , ou Tabellião etc. Esta Solemnidade
 he sem dúvida *substancial*: Não póde o Testador
 apresentar o Testamento ao Tabellião , senão por
 sua propria mão , e de nenhum modo por outra ,
 nem por Procurador ou Mandatario. Cod. Freder.
 P. 2. Liv. 7. T. 3. Art. 2. §. 11. . . . A mesma dic-
 ção = *Elle* = indica personalidade; ex congestis per
 Altim. de Nullit. tom. 2. rubr. 11. Q. 27 , Signa-
 ter Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 8. §. 2.

§. 17.

Quarta Solemnidade: A nossa Ordenação , de-
 pois da entrega do Testamento pelo Testador ao
 Tabellião perante as testemunhas , manda que o
 Tabellião , *perante ellas lhe perguntará , se he*
aquelle o seu testamento; e se o ha por bom , fir-
me , e valioso; e , dizendo que sim , fará logo em
presença das testemunhas o Instrumento da Ap-
provação. A Lei Romana não exigia taes pergun-
 tas por Notario , porque sem Notario se solemniz-
 savão os taes Testamentos (§. 5. na Nota): Exi-
 gia sim , e precisamente que o Testador na entre-
 ga do Testamento perante as testemunhas , e sem

algumas precedentes perguntas, elle mesmo de viva voz perante todas proferisse que aquelle, que offercia para se assignar e subscrever por todos, era o seu Testamento, *ut ibi = dum tamen testibus presentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur* etc. A Lei de Luiz XV. (apud eund., Furgol.) Se concebeo assim = Isto feito (depois da entrega perante as testemunhas) *elle declararã* que o conteudo neste Papel he o seu Testamento escripto, e assignado por elle, ou escripto por outro, e assignado por elle. He pois necessario não sómente que o Testador declare que o Papel he o seu Testamento, mas e de mais que elle explique, se tem sido escripto, e assignado por elle, ou se tem sido escripto por outra mão, e assignado pela d'elle; e o Acto da Subscripção deve disto fazer menção. ” E declara Furgole não ser necesario, que no acto da *Subscripção* (isto he entre nós *Approvação*) se declare que o Testador declarou ahi que elle tinha lido e relido o interior do Testamento escripto por outra mão, e assignado pela sua; porque nem o Direito Romano, nem as Ordenações exigem huma tal formalidade. (nem a nossa Ordenação.)

§. 18.

Tem-se disputado milhares de vezes neste Reino: *Se as perguntas determinadas pela nossa Ordenação são solemnidade substancial, cuja omissão annulle o Testamento?* O Doutor Portugal de Donationibus (L. 3. C. 16. a n. 47.) defendeo nervosamente a affirmativa com fundamentos, que parecem vistos e seguidos no dito Assento, citando pela sua opinião Gama, Valasco, Barbosa, e Ben-

to Pinel , e referindo julgado na sua conformidade : Porém contra essa opinião se tem constantemente julgado ; e que as taes perguntas não são solemnidade substancial , mas accidental , e por outras razões , que se podem vêr nos Arestos e DD. aqui referidos. Pona C. 5. n. 75 , aonde o refere julgado no anno de 1702. Guerreir. for. Q. 28. onde os Senadores conformes convencerão fundamentalmente a opinião de Portugal , e julgarão válido o Testamento , apesar desse defeito no mesmo anno de 1802 : fundamentos e Aresto dignos de serem vistos. Também o Repertorio da Ord. debaixo da Conclusão = *Testamento cerrado se faz*, etc. transcreve huma Nota do Senador João Alves da Costa , em que attesta julgado no anno de 1711 , que se não annullára hum Testamento por falta de perguntas do Tabellião : Hum Senador na Deliberação transcripta em Guerreir. supra n. 19 , attesta outros quatro casos julgados no Senado. Pegas no tom. 4. à Ord. pag. 246. n. 74 refere outra Decisão semelhante , e outras muitas , que vira. João Rodrigues Cordeiro Dub. 6. n. 4. De fórma que esta uniformidade de casos julgados , (além dos que eu vi) por mais de hum seculo , póde formar huma interpretação *usual* da nossa Lei , Interpretação , que admittio o Acordão declaratorio do Assento (§. 15 , e sua Nota); et *maximè* não sendo irracional , nem diametralmente opposto á Lei , como veremos.

§. 19.

O mesmo João Rodrigues Cordeiro , ainda que escreveo nos calliginosos tempos , *rem acu tetigit* , distinguindo dous casos: 1.^o , quando o Testador são , sem oppressão de molestia , ou proximo á mor-

te, elle mesmo , prevenindo as perguntas do Tabellião , se antecipa dizendo-lhe , que aquelle he o seu Testamento , que há por valioso , que escreveo por sua mão , ou pela de F. etc. 2.º quando (e o que he mais frequente) o Testador está opprimido gravemente com a doença , turbado com a cogitação da morte , e apenas póde entregar o Testamento ao Tabellião. No 1.º caso com varias razões , (que ahi se podem ver) assenta que a falta de perguntas não annulla o Testamento: No 2.º sim: Conciliando por este modo a Opinião de Portugal com os contrarios Arestos.

§. 20.

Na verdade: E , quanto á primeira parte da distincção de Cordeiro , e em demonstração da justiça de tantos Arestos , que formão a interpretação *usual* , (§. 18. na Nota) tudo se comprova: (1.) Porque , se interpretamos a nossa Lei , como devemos , (§. 3.) pela Lei Romana , que foi a sua fonte , ella (§. 4. e 17.) não exige perguntas algumas , huma vez que o Testador diga perante as testemunhas que aquelle , que offerece ás suas vistas , he o seu Testamento , que quer solemnisar com as subscripções dellas , e com a sua propria na presença dellas : (2.) Porque , se consideramos omisso na Ord. o caso de prevenir o Testador as testemunhas , e Tabellião , dizendo , antes d'algumas perguntas que , o que entrega , he o seu Testamento etc , neste supposto , lá está o preceito dos Estatutos da Universidade , (Estat. da Universidade Liv. 2. T. 5. Cap. 2. §. 19. digno de ser visto e reverenciado pelos que são aversos ao Direito Romano) nesta parte declaratorios da L. de 18 de

Agosto de 1769 a determinar que , nos casos omissos nas Leis Patrias , devão ser as Romanas a precisa norma das Decisões , maximé , quando racionaveis em si , e adoptadas nas Nações :

§. 21.

(3.) Se recorremos á famosa Lei de Luiz XV. Ella (§. 6 e 17) não exige taes perguntas ; (tendo por fonte a mesma Lei Romana Not. ao §. 6) e se satisfaz abundantemente com que o Testador sem perguntas , logo que offerece o Papel , diz perante o Tabellião e testemunhas que *he o seu Testamento* etc: Lei tambem subsidiaria. Se recorremos á razão , ella aqui assiste: Porque , e por huma parte , qñe necessidade há de perguntas algumas pelo Tabellião ao Testador , quando este , antecipando-se , previne e preocupa aquelle , declarando-lhe o mesmo , que elle lhe havia de perguntar? Bem como ; será necessaria a formalidade da stipulação = *Promittis mihi dare centum*? Quando aquelle , a que se havia de fazer a pergunta , o antecipa dizendo = *Promitto tibi dare centum*? Será preciso que outra vez seja perguntado , e que outra vez responda? Acaso devem multiplicar-se solemnidades em Testamentos ? (Veja-se a regra adoptada no Assento de 23 de Julho de 1811 , e antes no proprio caso em Guerreir. For. Q. 28. n. 13.)

§. 21.

Por outra parte: O mesmo Assento toma em rasão (bem geral e commua) que as solemnidades prescriptas pelas Leis nesta materia *forão decreta-das para evitar as falsidades perigosissimas em*

taes casos: Não he menos, e talvez mais rigorosa a Lei de Luiz XV. semelhante á nossa; e com tudo o seu Commentador Furgole no lugar já transcripto debaixo do §. 15 em a Nota escreveo á face dessa Lei, e Rei = *Que basta que a disposição seja provada de huma maneira a não soffrer dúvida nem equivoco* etc: Ora: se o Testador, no acto da tradição perante as testemunhas e Tabellião, e sem perguntas, declara que aquelle he o seu Testamento, que ha por firme e valioso, que quer se solemnise com a Approvação etc. Se se approva com as mais solemnidades, subscripções etc. que póde aqui entrar de *dúvida* ou *equivoco* sobre a verdade, e identidade da vontade do Testador, e do Testamento? (Veja-se a Questão 28 de Guerreir. Forens; e não ficará que duvidar.) E quanto mais havendo huma Interpretação usual, que não reprovou o Assento? (Como fica demonstrado no §. 18 junto o § 15.)

§. 22.

Se vier em consideração que o exposto desde o §. 18 não excede huma equipollencia da Solemnidade das perguntas, e que o Assento obsta a que as solemnidades da Ordenação se supprão por *equipollencia*: Respondo 1.º que o Acórdão já transcripto (§. 15.) declarou, que o Assento não reprovou a interpretação *usual* desta Ordenação; e já a vimos bem demonstrada no §. 18.: Respondo 2.º que a palavra *equipollencia*, com que se explicou o Assento, significa na nossa linguagem coisa igual no valor, na força etc.: Logo se outras mais circumstancias, além das que a Lei exige, outras mais, não requeridas; solemnidades, e declarações se praticarem em hum Acto de Approvação, que por

si excedão huma *equipolencia*, sem dúvida cessará essa palavra do Assento; porque formão huma mais, que *equipollencia*.

§. 23.

Ora: qual será mais forçoso, declarar o Testador preventivamente sem perguntas, *que aquelle he o seu Testamento* etc; ou, não o prevenindo, e, fazendo-se-lhe as perguntas, responder que *sim* (com que a Lei se satisfaz)? Quem me disser que estas, e a simples resposta, que *sim*, vai encontrar o que sobre a semelhante Lei da França demonstrou Furgole, (Furgol. de Testament. Cap. 5. Sect. 3. a n. 53. ad 59. digno de ser visto) até o ponto de sustentar, ser nullo tal testamento, quando o Testador responde só por esse modo, que *sim*, e não diz explicitamente na forma da mesma Lei Franceza (o que deixo escripto della no §. 17. juncto o §. 6.) que *he o seu Testamento* etc.

§. 24.

Ora: 2.^o a nossa Ord. L. 4. T. 81. §. 5. permite que, o que por algum caso ou doença se tornou mudo e surdo, se souber escrever, e fizer Testamento por sua mão, valerá o tal Testamento: He bem certo que o mudo e surdo não póde testar de palavra, nem na forma do Principio, do §. 3, nem do 4. da Ord. L. 4. T. 80: Só *sim* escrevendo o Testamento por sua mão, e a Lei lhe dá validade: Ou pois ha de ser Testamento *Olographo*, ou *Mystico*: Se Olografo não precisa de outras solemnidades mais do que ser todo escripto por sua mão, e assignado: (Ord. de Luiz XV. Art. 19. Fur-

gol. de Testam. C. 2. Sect. 3. n. 43, Wicat. verb. *Holographa*:) *Se Mystico*, e approved por Tabelião, como, senão por *equipollencia*, se hão de praticar as *perguntas*, ou a declaração de que *aquelle he o seu Testamento*? Vamos á França, e ahi, aonde se permittem testar taes mudos, que sabem escrever, acharemos o modo de supprir aquella solemnidade, por *equipollencia*, authorisado pela mesma Lei; modo qual hé o que declara o Art. 12. da Ord. de Luiz XV. de 1735, aqui transcripto.

„ No caso, em que o Testador não possa fallar,
 „ mas possa escrever, elle poderá fazer hum Testamento Mystico; mas com condição, que o dito
 „ Testamento será inteiramente escripto, datado, e
 „ signado pela sua mão; que elle o apresentará ao
 „ Notario ou Tabellião, e ás outras testemunhas;
 „ e que no alto do Acto da Approvação elle escreverá em sua presença, que o Papel, que elle
 „ apresenta, he o seu Testamento: depois do que
 „ o dito Notario, ou Tabellião escreverá o Acto
 „ da Approvação, no qual se fará menção, que o
 „ Testador tem escripto estas palavras em presença do Notario ou Tabellião, e das Testemunhas „: E quem não adverte o quanto estas Leis Patrias e Franceza são favoraveis á *equipollencia* das solemnidades?

§ 25.

Ora: 3.º, a nossa Lei, que se satisfaz com essas solemnidades *para occorrer a falsidades*, como diz o Assento, ella não exige que o Testador faça declaração, se o Testamento he escripto por sua mão, se por outra pessoa, e do nome do Escriptor: E se isto falta será nullo *ex omissa forma Legis*? Ninguém o dirá: Mas a praxe tem introduzido,

(e se costumão) estas declarações nas Approvações, para mais seguramente se occorrer a falsidades. (Veja se Portug. de Donat. Liv. 3. C. 16. n. 73.) A Lei Franceza as exige (§. 6. e 17.) com as mesmas vistas: E, declarando-se de mais a mais na Approvação, para occorrer a falsidades, o que aliás a Lei não exige se declare, não será isto também huma *sobre equipollencia* á falta de perguntas?

§. 26.

Respondo á principal objecção 3.^o, que essa regra, *que a forma prescripta por Lei para a celebração de algum acto, senão póde supprir por equipollencia*; regra largamente demonstrada pelos DD., (DD. com os quaes Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 58. Cald. Cons. 1. a n. 46. Conciol. ad Stat. Eug. in Prælud. a n. 94.) e adoptada no Assento, ella se limita nestes casos " In his quæ
„ sunt levis solemnitatis ... quando forma non est
„ magnæ importantiæ, considerato effectum ... quan-
„ do cessaret causa formæ adimplendæ ... quando
„ forma ad aliquem finem est constituta, et finis
„ sequatur absque ea ... quando actus factus ean-
„ dem vim habet ... quando forma esset ad aliquid
„ demonstrandum requisita; tunc enim potest ad-
„ impleri per æquipollens etc. (Peregrin. Janin. de Citation. Real. Liv. 2. C. 1. a n. 185. pag. (mihi) 405, tetigit Conciol Suprá n. 102. ibi = *Nisi tamen statutum formam inducens consideret aliquem effectum; quia tunc si effectus sequatur omissio formæ non vitiat*, Cæphal... Menoch... Osasch... Barbos... Cyriac... Carcu... etc: Conf. Barbos. e Tabor Thesaur. Loc. Commun. L. 6. C. 38. A x. 11. ibi = " *quando forma respicit certum*

„ *effectum*; per *equipollens potest effectualiter*
 „ *consequi* etc): A applicação das Limitações he
 facil ao ponderado à §. 18.

§. 27.

Quinta Solemnidade: Accrescenta o mesmo
 §. 1. que o Instrumento da Approvação (depois
 destas Solemnidades) o Tabellião o fará *nas cos-
 tas do proprio Testamento*; declarando como o
 Testador lho entregou, e o houve por seu, bom e
 firme. Como porém a Lei suppunha ser entregue o
 Testamento *cerrado e cosido*; e nesta parte está
 interpretada d'outro modo, e adoptada a interpreta-
 ção *usual* pelo Acordão, (§. 15.) era conforme o
 antigo uso, assim authorisado, e he consequente
 poder e dever o Instrumento da Approvação, aber-
 to o Testamento, ter seu principio logo aonde fi-
 naliza a escripturação: E se toda enche o papel
 entregue pelo Testador, lá está dada a providente
 cautella no §. 2.º da mesma Ordenação. Na França
 ha hum semelhante providencia (Furgol. Cap. 2.
 Sect. 3. n. 26); e cessa a causa, que atormentou
 o nosso Portugal de Donationibus (Portug. de Do-
 nat. L. 3. C. 16. n. 65.) sobre a conciliação do §.
 1. com o segundo: Disputa o mesmo Portugal: (Por-
 tug. a n. 66 usq. ad n. 72. in fin.) Se não observa-
 da a forma do §. 2.º, em que só se commina penna
 ao Tabellião, e senão annulla expressamente o Tes-
 tamento, he elle nullo? Poem duas opiniões, e fi-
 ca indeciso: Porém eu propendo para a nullidade.

§. 28.

Sexta Solemnidade: „ No Instrumento da
 „ Approvação assignarão todas as cinco testemu-

„ *nhas*; e o Testador, se souber, ou poder assignar. E, não sabendo, ou não podendo, assignará por elle humas das testemunhas, declarando ao pé do signal, que assigna por mandado do Testador, por elle não saber ou não poder assignar: E d'outra maneira não será valioso o Testamento. E isto sem embargo de qualquer costume, que em contrario haja em algum Lugar ou Lugares. „ A Lei 21. Cod. de Testam., modelo desta Ordenação se vê concebida assim *— eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto, et testibus uno eodemque die atempore subscribentibus, et consignantibus testamentum valere. Quod si literas testator ignoret, vel scribere nequeat, octavo Subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus.* „ Só a nossa Lei foi mais indulgente, não exigindo outra testemunha, além das numerarias, que assignasse em nome do Testador.

§. 29.

Já vimos á §. 7. a dúvida, de que he susceptivel esta Ord. sobre permittir ou não aos Analfabetos o uso de testar mystica, e secretamente; e a interpretação, que teve na França a L. 21. Cod. de Testam. (fonte de ambas as Legislações): Se, apesar de tantos e tão ponderados inconvenientes, continuar o abuso de admittir Testamentos mysticos dos Analfabetos: Entra aqui outra Questão sobre a intelligencia desta Ordenação nas transcriptas palavras; questão qual he: Senão, declarando acórdão, que subscreve pelo Testador, que *assigna por mandado d'elle, por elle não saber ou não poder assignar*, he nullo o Testamento? Esta Questão he

antiga, e muitas vezes disputada, e julgada variamente: Huns se afferrão á forma de Lei, e ao Decreto irritante della, para decidir a absoluta nulidade: (Gam. Decis. 46., Valasc. Cons. 150. n. 11. Fragos. de Regim. Reip. P. 3. L. 5. Disp. 8. §. 3. n. 110., Valasc. Cons. 149. a n. 10. Portug. de Donat. L. 3. C. 16. n. 46., Peg. tom. 4. á Ord. pag. 269. n. 260.) Outros a julgão supprida pela *equipollencia*, quando o Tabellião no Acto da Approvação attesta que o Testador, por não saber, ou não poder, rogára a F. que assignasse por elle, e que elle de seu rogo assignou, etc. (Pereir. Decis. 81. n. 3. Por esta opinião referem Pereira, e Portug. *supra* muitos Arestos; conf. Cald. de Empt. Cap. 34. n. 22. Optime Fragos. *supra* n. 112., Maced. Dec. 4.) Como porém o Assento não admite supplemento de solemnidades por *equipollencia*, parece sica confirmada a primeira, e refutada a segunda opinião.

§. 30.

Mas, apesar da generalidade do Assento, que não admite *equipollencia*, a segunda das ditas opiniões se deve seguir *in judicando*, quando o Tabellião no Acto da Approvação escreveo, e attestou, que o Testador rogára a F. que por elle assignasse, por não saber, ou não poder assignar, e que o mesmo F. a seu rogo assignára: E isto pelas seguintes razões, a que não será facil responder.

§. 31.

Primeira: Porque nem na Ord. Manoelina, de que foi compilado o §. 1. da Filippina, nem nesta, incumbio o Legislador jámais aos Tabelliães, que

nos Actos das Approvações escrevessem e attestassem que o Testador ignorante, ou impossibilitado rogára a quem por elle assignasse, e que o rogado assignou a seu rogo: Supponhamos os nossos Legisladores, que os Tabelliães nas Approvações se accingirão á prescripta fórma, e que não farião de mais a mais aquella declaração: Por isto seria, que incumbirão, e por preceito comminatorio de nullidade, ao Subscriptor que fizesse essa declaração bem precisa, segundo a L. 21. Cod. de Testam., que tinha em vista nas palavras *ibi = Octavo subscriptore pro eo adhibito*, etc.: Se a Lei mandasse que ambos, o Tabellião, e Subscriptor pelo Testador fizessem essa repetida declaração, bem estava; que a omissão de hum produziu nullidade: Porém, se o Legislador não cogitou que o Tabellião fizesse tal declaração, não se satisfaria com ella se fosse advertido? Bem o discurrirão os DD. da 2.^a opinião, e entre elles o citado Fragoso. (Fragos. de Regim. Reip. P. 3. L. 5. Disp. 8.)

Ibi = „ Ambigi tamen potest an declara-
„ tio omissa a teste, qui signabit pro Testa-
„ tore nesciente signare, vel non valente, pos-
„ sit suppleri per Notarium asserentem in cor-
„ pore Instrumenti Titium videlicet pro Testa-
„ tore subsignasse? Responsio est affirmati-
„ va, quia mens Legislatoris fuit, ut testa-
„ mentorum fraudibus occurreretur; et magis
„ occurritur, si Tabellio declaret pro Testa-
„ tore Titium subsignasse, quam ipse testis;
„ qui id ex post facto efficere potest aut ad-
„ dere: Idcirco plenius intentioni Legislato-
„ ris satisfactum est per Tabellionem, quàm
„ per testem... Verosimile est Legislatorem,
„ si in hoc casu fuisset interrogatus, respon-

„ surum sufficere Notarii declarationem, per
 „ quam fraudes eliminantur.

§. 32.

Acaso a asserção de huma pessoa particular, que declara subscrever a rogo do Testador, terá mais fé pública, e mais credito que a declaração do Tabellião? Não confião as Leis mais das escripturações dos Tabelliães públicos, que das pessoas privadas? Isto não he *equipollencia*, que não admitte o Assento tomada na propria accepção esta palavra; he sim huma maior, e *sobre equipollencia*, mais que huma *equipollencia*, e que o Assento não excluiu: Confira-se o exposto à §. 22 ad 26.

§. 33.

Segunda razão : A Ordenação de Luiz XV., tantas vezes repetida, semelhante á nossa, e que teve a mesma fonte; ella, ao mesmo passo que exigio de mais huma testemunha, que no Acto da Approvação assignasse pelo Testador ignorante, ou impossibilitado, se satisfez com que o Tabellião declarasse a ignorancia, ou impossibilidade do Testador, e qual fôra a supernumeraria Testemunha, que por elle assignára. (Furg. de Testam. Cap. 2, Sect. 3. n. 9., 29, 50, e seguintes.) Quem lêr aquella Ordenação de Luiz XV. em 1735 observará que foi mais exacta, e escrupulosa do que a nossa, em prescrever formalidades para occorrer a falsidades, comminando nullidades, etc.: E se ella se satisfaz com que o Tabellião declare o estado do Testador, a ignorancia, ou impossibilidade de subscrever, sem que seja necessario que o subscriptor

o declare ; se confia mais do Tabellião, do que deste , não será isto huma *sobre-equipollencia*, e mais que *equipollencia*? Não poderemos imitar huma Lei tão sábia , inspirada a Luiz XV. pelo grande Aguessau !

§. 34.

Terceira razão : O nosso Valasco, (Valasc. Cons. 149. n. 16.) que seguiu Fragoso (Fragos. *supra* n. 111) limita a sua opinião (e refere julgado), quando consta por evidencia que o Testador não sabia ou não podia escrever , e as Partes assim o confessavão; ficando por isso superflua a declaração do que assignára a rogo: E quanto mais constando da evidencia pela declaração no Acto da Approvação?

§. 35.

Quarta razão : Tambem a nossa Ordenação exigia que o Testador entregasse o Testamento *cerrado, e cozido*, e que *nas costas do proprio Testamento* fizesse o Escrivão o Acto da Approvação: E com tudo o Acordão (§. 14, e 15) declaratorio do Assento, admittindo a interpretação usual da Lei (e talvez pelas razões expostas na Nota ao §. 15), removeo a dúvida, para se poder continuar o mesmo estilo nas Approvações: E que razão de differença entre essa, e a presente solemnidade? Vejam-se quantos Testamentos se approvárão depois da Ordenação (tenho visto milhares delles), e nelles se observará constantemente, que sempre os Tabelliães costumárão (sem a Lei o mandar) declarar nos Actos das Approvações que os Testadores, por não saberem, ou não poderem, rogavão a quem por elles assignasse, e que a seu rogo assi-

gnavão: Observará que, por isso que os Tabelliães assim o escrevião, nenhum dos Assignantes pelos Testadores já mais o repetia na sua subscripção: Sempre assim se suppoz, e por mais que por equi-vallencia, satisfeita a intenção da Lei: Ora; se o Acordão respeitou esse uso e costume, pela *equi-vallencia* de fecharem, e lacrarem os Tabelliães os Testamentos, que approvão, que diversa razão para que tal declaração, que faz o Tabellião de quem, e porque assignou a rogo do Testador, declaração sempre praticada, não exceda em *equipolencia* á declaração omissa pelo que subscreveo a rogo do Testador? Que irracionalidade haverá neste uso, que seja opposto á intenção da Lei? Pelo contrario, mais cumpre os fins della (§. 31, e 32). E, quanto mais, concorrendo (como sempre foi costume) com a declaração do Tabellião a do subscriptor, ainda que só simplesmente escreve a *rogo*, sem as mais palavras, que, em falta das do Tabellião, lhe incumbia a Lei?

§. 36.

Septima Solemnidade: Da Ordenação mesma se deduz, que tudo se deve praticar *unico contextu* nesse Acto da Approvação; bem que em hum tempo, ou ainda por intervallos se póde antes escrever o Testamento; e só no Acto da Approvação se devem observar as precedentes formalidades. (Furgol. *supra* Cap. 2. Sect. 3. n. 26. Maced. Dec. 4. a n. 2. Solan. Cog. 2. n. 31. e 32.)

Oitava Solemnidade : Ainda que a Ord. nos ditos §§. 1. e 2. não exige expressamente, que o Acto da Approvação, antes de subscripto pelo Testador, por elle, e Testemunhas, seja primeiro lido perante todas, com tudo eu reputo substancial esta solemnidade, e que o Tabellião assim o declare: E isto 1.º, porque esta Ordenação dá o nome de *Instrumento* ao Acto da *Approvação*, de que com effeito depende toda a validade do Testamento (Peg. tom. 4. á Ord. pag. 46. n. 70. Cordeir. Dub. 10. n. 2.); e tambem a mesma Ord. no Principio, quando he feito em livro de Notas, não exige expressamente a solemnidade da Leitura: Mas humas Leis do Reino se interpretão pelas outras, o menos expresso em humas pelo mais claro em outras (Cordeir. Dub. 9. n. 22. Dub. 15. n. 47. Dub. 17. n. 7. Dub. 41. n. 31.): Com especialidade nas materias testamentarias, e quanto á leitura das Escripturas (Bochmer. ad Pand. Exerc. 75. *De Testamento non prælecto* §. 31 e 41.): Ora: nós temos Lei, que exige leitura em geral de todo o Instrumento público antes das subscrições. (Ord. L. 4. T. 78. §. 4 e 5. aonde Pegas.)

§. 38.

2.º Porque pelas Leis da França he necessaria a Leitura tanto dos Testamentos escriptos por Notarios, como entre nós no caso da Ord. L. 4. T. 80. no Principio, como dos Mysticos approvados, como entre nós no caso da dita Ord. §. 1., e nestes só quanto ao Instrumento da Approvação: E o mais

he que lá na França exigem as Leis que os Tabelliães fação menção de que lérão os Instrumentos Testamentarios (Domat. L. 3. *des Testamens*. T. 1. Sect. 3. debaixo do Art. 1. pag. 330. Col. 2., Furgol. C. 2. Sect. 3. n. 15. junto o n. 86.); o que aliás senão presume. (Signanter Bochmer. *supra* Sub. §. 41. et generaliter Moraes de Execut. L. 4. C. 1. n. 30. Sed. vide Peg. tom. 12. ad Ord. L. 2. T. 42. in pr. n. 14. ¶ Corruit: Bem que esta Solemnidade, que for omissa, se poderá provar por Testemunhas, que realmente interveio: Vejão-se as segundas linhas sobr. o Proc. Civ. Not. 458. n. 4.)

DISSERTAÇÃO V.

Sobre Testamentos entre Filhos; ou quando sós contemplados; ou quando juntamente pessoas estranhas se misturão com Legados, que abi se lhe deixão.

P A R T E I.

Quando se dispõe só entre Filhos.

P R E N O Ç Ã O G E R A L.

§. I.

João Baptista Furgole, este moderno Jurisconsulto da França * no seu Tractado de Testamentos (Cap. 2. Sect. 1. n. 29.) judiciosamente escreveu que „ não ha materia, que seja mais embaraçada „ nos Escriptos dos Interpretes, que a dos Testamentos dos ascendentes em favor dos seus des-

„ cendentes, que se chama = *inter Liberos*. ” Elle
ahi disse, „ que, para a desenvolver com exactidão,
„ e evitar os rochedos, e escolhos, em que tinham
„ cahido os Auctores, seja augmentando, ou di-
„ minuindo as formalidades, que ahi são precisas,
„ seja em fim dando ao Testamento *inter Liberos*
„ mais amplitude de privilegios que a Lei lhe não
„ dá, he preciso fixar-se aos Textos, que são em
„ numero de quatro, os quaes confirmão todas as
„ disposições de Direito sobre esta materia; o 1.^o
„ a L. ult. Cod. fam. creise; o 2.^o a L. 21. §. 1.
„ Cod. de Testament.; o 3.^o a Novell. 18. Cap. 7;
„ o 4.^o a Novella 107. ”

* Deixando de referir os empregos, e applicações deste grande Escriptor, basta para seu elogio o Mercurio de França do mez de Março de 1745, aonde, depois de varios, e bem merecidos louvores sobre esta Obra dos Testamentos, se conclue, ut ibi = (no seu Prefac. pag. xi.) „ *Tudo ahi he em fim profundado*
„ *com huma erudição perfeita digna do Au-*
„ *ctor; e pode-se dizer que este Tractado me-*
„ *rece ser metido na ordem dos Livros origi-*
„ *naes, que são em pouquissimo numero.* ”

§ 2.

Elle, depois de ter fundamentalmente analysado aquelles quatro Textos, conclue. (n. 85) „ Nós
„ temos crido ser necessario entrar neste detalhe,
„ para fazer conhecer na sua pureza o espirito do
„ Direito Romano: Os Auctores se tinham delle
„ muito e longemente apartado e as suas decisões
„ tinham adquirido hum tal credito, que não se

„ examinavão quasi mais as difficuldades sobre os
 „ principios , e sobre as regras estabelecidas pelas
 „ Leis; e a variedade mesma , a contrariedade , que
 „ se acha em suas decisões , augmentando as diffi-
 „ culdades , fazem , que se não saiba mais , o que
 „ se ha de seguir ; e que tudo he arbitrario : porque
 „ aonde se pôde achar huma regra certa para se fi-
 „ xar em huma materia , de que se tem , por assim
 „ dizer , sepultado as regras no cahos das opiniões
 „ dos Interpretes ? ”

§. 3.

Estas (§. 1. e 2.) são verdades , que eu posso
 tambem confirmar com a prova da experiencia por
 mais de quarenta annos , em que versei o Foro ,
 em que mil vezes occorrêrão questões sobre taes
 Testamentos , e em que me foi precisa a lição dos
 DD. Não temos Lei Patria expressa : Os Reïnico-
 las sempre assentárão constantemente , que os Tes-
 tamentos entre filhos não são comprehendidos na
 generalidade da Ord. L. 4. T. 80 , e regulavão as
 Decisões pelo Direito Romano , como subsidiario ,
 e pela variedade de opiniões dos Interpretes arbi-
 trarias. (Vejaõ-se os citados ao diante no §. 28.)
 Trabalharei pois quanto me for possivel em discor-
 rer sobre esta materia , até vêr se descubro , e for-
 mo algum systema fixo , que sem maior hesitação
 se possa seguir.

Razões, que inventarão (e em que também variarão) os Interpretes do Direito Romano para justificar o favor, e especialidades dos Testamentos entre filhos, isentos das regulares solemnidades.

§. 4.

He bem certo, que pelo Direito do Digesto não tinham Testamentos taes privilegio algum; e os Pais em seus Testamentos se devião conformar com as regras estabelecidas em geral para todos os Testadores: Só os Imperadores forão os primeiros indulgentes, dispensando algumas (n^o todas) daquellas solemnidades, e estabelecendo as Leis citadas no §. 1. (Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 10. §. 1. Manz. de Testam. in Append. Tit. 16. n. 9. Gilken. in L. Hac consultissima §. 1. n. 3 et 10. Cod. de Testam. Idem Stryk. Vol. 2. Disp. 19. *de Jure testandi inter liberos*. Cap. 1. n. 11.) E quem nos certifica que a generalidade da Ord. L. 4. T. 80 adoptou o Direito do Digesto, e abandonou as Constituições dos Imperadores, e Direito novo? Supponhamos porém que não as abandonou; passemos a indagar as suas razões, que idearão os Interpretes.

§. 5.

Huns attribuem este privilegio ao Direito reverencial, e obediencial, que os filhos devem tributar aos Pais em quanto vivos; que devem continuar ás suas cinzas; e que seria impiedade faltarem ao implemento da sua vontade: outros sustentão que a

prerogativa de testar sem as ordinarias solemnidades foi introduzida tão sómente em favor dos filhos , como quasi senhores dos bens dos Pais em quanto vivos , e como seus herdeiros *abintestato* pela razão natural *etiam nullo condito testamento*: Outros , que este privilegio fôra estabelecido nem só em favor dos Pais , nem só em favor dos filhos ; mas que o favor de todos deu causa ao privilegio. Todas estas opiniões , ou aliás meras conjecturas , e em si d'algum modo contrarias , recopilarão com outros DD. Harprectr. Disp. 50 = *De admixtione personæ extraneæ in dispositione parentum inter Liberos* = a n. 12. ad n. 15. Stryk. Vol. 2. Disp. 19. de *Jure testandi inter liberos*. Cap. 1. a n. 16., et de *Cautellis Testamentorum*. Cap. 10. §. 1. Manz. de Testam. in Append. Tit. 16. in princip. n. 11. Veja-se porém Domat transcripto no §. 29.

Nota: Se as Solemnidades nos Testamentos em geral forão estabelecidas por Direito Romano , e pelas modernas Legislações para occorrer a falsidades frequentes , e praticadas nos Testamentos , o que he constante , e innegavel: Eu , *si dicendum quod res est* , não vejo que essas razões em geral sejam forçosas , ~~para fazerem~~ cessar aquellas , e fundamentarem tal privilegio , que em grande parte as dispensa: Tem hum Pai no nosso Reino a liberdade de deixar o Terço a qual filho quizer , ou nomear Prazos , no que consiste grande parte do seu patrimonio ; huma disposição do Pai não está ella igualmente sujeita a falsidades , como as dos mais Testadores? Faz o Pai hum Testamento Olografo todo escripto pela sua mão ;

Não póde ella falsamente imitar-se? Se se admitte a opinião, que basta hum escripto particular subscripto só pelo Pai e assignado por outro, não póde a subscripção imitar-se falsamente? E que direi da fallibilidade dos reconhecimentos das Letras? Acaso, quando o Pai deixa o seu pingue Terço a hum filho, ha de variar aqui a fé de huma Comparação judicial em differença da sua fé, quando se tracta da prova de hum contracto, como quizerão alguns DD.? Não ha o mesmo objecto de falsidade interessante? Se se admitte (o que he erro, que mostrarei) huma nuncupação verbal provada só por duas testemunhas, sobre a disposição de hum pingue Terço do Pai; que cousa mais facil, como corromper duas testemunhas, e mulheres, que os DD. aliás aqui admittem? Que razões pois mais superficiaes, como as do Codice contra as do antigo Digesto, e como as que ideárão os DD.? (§. 4. e 5.) Accresce que, se o Direito introduzio a necessidade de Insinuação solémne para as Doações, que os Pais fazem aos filhos (*L. Donationes quas parentes* Cod. de Donat. Gomez 2. var. C. 4. n. 18. Molin. de Just. Disp. 243. Cardoz. verb. *Donatio* n. 9.^o), e entre nos de seus Terços, (Assent. de 21. de Julho de 1797.) que diversa razão para que taes disposições de ultima vontade sejam menos solémes? As razões, pelas quaes se inventou a necessidade da Insinuação, (Veja-se a minha Dissert. 3. no Fasciculo de Dissertações juridico-praticas §. 4. pagin. 15. et 16.) cessão ellas, quando o Pai testa entre nós de seu Terço a favor de hum filho? Ah! E quem

nós diz que o nosso Legislador não pensou assim, quando estabeleceu a geral Ord. L. 4. T. 80, sem limitar os Testamentos dos Pais? Valhame Deos! Lembrou-se dos Privilegios, que o Direito Romano concedeo aos Testamentos dos Soldados, escrevendo a Ord. L. 4. T. 83, e não se lembrou do Direito Romano quanto aos Privilegios dos Testamentos dos Pais entre filhos? Quem nos diz que o nosso Legislador não quiz imitar a Lei da Hespanha L. 2. T. I. 5. Recopil.?

A R T I G O II.

Pessoas, ás quaes póde competir esse Privilegio (em termos habeis); e a favor de quaes filhos, ou descendentes.

§. 6.

Não se duvida que este privilegio compete ao Pai e Mãe a favor dos filhos Legitimos, seus herdeiros necessarios: (L. 21. §. 1. L. fin. in fin. Cod. fam. ercisc. Novell. 107. in proef. et C. 1. Manz. in Append. T. 16. Q. 1. n. 1. et Q. 2. a n. 1. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 8. n. 18. Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 2. et Vol. 2. C. 2. a n. 1.) também compete á Mãe Nobre a favor de seus filhos successiveis, e quando o são, (Quando sejam successiveis a ellas os filhos. Vide Guerreir. Tr. 2. Liv. 1. C. 3. n. 113.) em falta de Legitimos. (Ita Coccej. jus controuv. L. 29. T. 1. Q. 5. Stryk. de Caut. testament. C. 10. sub. §. 5. Manz. T. 16. Q. 2. n. 12.) *Quid* a favor dos Naturaes, e não espurios? Os DD. aqui varião (Manz. a n. 8. Stryk. d.

C. 10. §. 5., et d. Disp. 19. C. 2. a n. 14.) Eu distinguo que, se os Naturaes são filhos de peão, e seus herdeiros necessários, sim: (ainda que em huma opinião não haja nelles patrio poder) porque a Ord. L. 4. T. 92. para a successão os equipara aos Legítimos; e aqui huma das razões he o direito da successão dos filhos, (§. 5.) bem como gozão do privilegio as mãys, que não tem poder patrio: Se os Naturaes são filhos de Nobre ou espurios, não: porque insuccessiveis abintestato. (Guerreir. Tr. 2. L. 5. cap. 8. a n. 40. Vide Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 7. §. 5. n. 197.) Os Avós e mais Ascendentes gosão do privilegio em favor dos descendentes, (Todos os DD. citados.) ainda sendo vivo o Pai dos Netos ou Bisnetos; (entre nós, quanto á disposição da Terça em favor delles.) (Bem que esta questão he opinativa, Stryk. d. Disp. 19. C. 2. a n. 10. Manz. d. Q. 2. a n. 3.) *Quid vero* se o Neto hé filho espurio da Mãy, que lhe não póde succeder, mas só aos consanguineos maternos ex Ord. L. 4. T. 93., se, viva a Mãy, compote esse favor ao Avô em beneficio do Neto, que aliás pôde instituir herdeiro, (Que o Avô póde instituir herdeiro o Neto filho do filho espurio, he mais provavel. Guerreir. Tract. 2. L. 3. C. 6. a n. 40), ou, tendo morrido a Mãy, he immediatamente seu herdeiro? (Vide late Guerreir. For. Q. 93.) He Questão, que não vejo tractada; mas, se a Mãy vive, eu sustentaria aqui a negativa, (Pelas razões de Stryk. d. Disp. 19. Cap. 2. a n. 10, bem que póde deffender-se a affirmativa, seguida a regra, que este privilegio he concedido *ratione reverentiæ*, que os Netos devem aos Avós, Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 2. Manz. d. Q. 2. n. 4.) *Quid* se o filho ou filha tiver renunciado a herança? (Veja-se Stryk.

proxime §. 7.: Em quanto a ser concedido em razão da reverencia, e não do poder patrio, concorda Mul. ad Struv. Exerc. 32. pag. 671. col. 2.

§. 7.

Quanto aos filhos legítimos *per Rescriptum Principis*; se compete aos Pais este privilegio de testar em favor delles? Eu, ainda que reconheço as muitas differenças, que ha entre os Legitimados *per Rescriptum* conforme o Direito Romano, e o Patrio, (França ad Mend. P. 2. L. 1. C. 2. §. 1. a n. 6. Guerreir. Tr. 2. L. 1. C. 5. a n. 4.) com tudo nestes Pais e Filhos considero todas as razões inductivas do privilegio, como serem Pais e filhos, deverem estes áquelles a reverencia, serem seus herdeiros abintestato, (Peg. tom. 2. à Ord. pag. 10. Cap. 1. et pag. 71. n. 169.) e sigo os DD., que assim o firmarão nos Legitimados conforme o Direito Romano: (Stryk. de Cautell. Testament. Cap. 10. §. 5. no fim, et Vol. 2 d. Disp. 19. C. 2. n. 27., aonde justamente limita „ *Si liberi legitimi non ad-*
 „ *sint; his enim existentibus, uti a successione*
 „ *excluduntur; ita quoque in testamento extra-*
 „ *neorum loco habebuntur.*”) Este favor porém não he reciproco em geral em favor dos Ascendentes. (Stryk. de Caut. Testam. Cap. 10. §. 8.º Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 7. §. 5. n. 196.

ARTIGO III.

Com quaes solemnidades, conforme a genuina interpretação das Leis Romanas, possão, e devão testar os Pais, e Ascendentes validamente em favor dos Descendentes.

§. 3.

Hoc opus hic labor est: Antes porém que me proponha á analyse das Leis Romanas, que tractarão destes Testamentos, quaes unicamente as referidas no fim do §. 1., e em que unicamente sem critica, e sem conciliação se fundão alguns DD. para provar suas desparatadas Proposições: Devo prenotar 1.^o como indubitavel, que são diversos quanto á essencia, e solemnidades o Testamento do Pai entre filhos, e a Partilha de bens, que o Pai faz entre seus filhos sem que, do que as Leis determinão a respeito desta feita pelo Pai entre elles, e das suas respectivas solemnidades, se possa fazer argumento para o Testamento Paterno, e suas respectivas solemnidades. (Stryk. Vol. 2. d. Disp. 19. C. 1. n. 24, et Cap. 3. n. 40. Card. de Luc. de Testament. Disc. 75. n. 17. Manz. de Testam. T. 16. Q. 6.) 2.^o que a primeira das ditas Leis, que he a 26. Cod. Famil. erscircund. he do Imperador Constantino datada em 321; a segunda, que he a Lei Hac Consultissima 28. Cod. de Testamentis, he dos Imperadores Theodosio, e Valente datada em 439; a terceira, que he a Novella 18. Cap. 7. he de Justiniano datada em 537; a quarta, que he a Novella 107, he do mesmo Justiniano, no anno 13.^o do seu Imperio (que corresponde ao anno de 540,

porque subio a Augusto no anno de 527, (Heinecc. Histor. Jur. Roman. L. 1. §. 386.) e assim 3.º he a Novella 107. a ultima Legislação dos Imperadores Romanos a este respeito , e como ultima revogatoria de todas as antecedentes nas partes, em que esta ultima lhe he opposta, e constituiu o Direito novissimo, que se deve seguir. (Stryk. d. Disp. 19. Cap. 1. n. 15, et Cap. 3. n. 34. Heynecc. Elem. Jur. Civ. Secund. Ord. Instit. in præfat. (*ubi generaliter*) Estat. da Univ. L. 2. T. 5. C. 2. à §. 4.

§. 9.

Principiemos pois pela L. 26. Cod. Fam. erciscund. de Constantino. Deixo a extensa analyse, que a esta Lei fez Furgole; (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. n. 32. até 41.) accusando o que Treboniano nella inserio da Lei de Constantino dada em 321 , e as muitas palavras proprias, que lhe accrescentou: Deixo de glossar com Furgole as suas palavras, e a propriedade do seu sentido: Basta-me só dizer, que tracta primariamente da partilha feita pelo Pai, que o Juiz *familiæ erciscundæ* deve observar, ainda que menos solemne; partilha differente na essencia , e solemnidades do Testamento paterno: (§. 8.) E basta-me dizer que, supposto nessa Lei se encontrem estas palavras = *Sive quocumque alio modo scripturæ quibuscumque verbis vel indiciis inveniantur relictæ* etc. esta Lei nesta parte (em que se fundão muitos DD.) foi correctá pelo Direito novissimo da Novella 107. (Stryk. d. Disp. 19. Cap. 3. n. 34. (conf. §. 8.) Furgol. n. 53.) bem que todo o seu contexto supõem escriptura imperfeita, e nada de nuncupação verbal.

§ 10.

Quanto ao 2.º Texto na L. 21. §. 1. Cod. de Testament. Ella he bem clara, ut ibi = *Ex im-*
perfecto autem testamento voluntatem tenere de-
functi, nisi inter solos liberos, a parentibus
utriusque sexus habeatur non volumus etc. Sobre esta Lei Nota Furgole 1.º, que só falla do Testamento *imperfecto*, e não da partilha da herança; mas sustenta (o que logo veremos a §.) que só falla do Testamento Escripto, e não do Nuncupativo: 2.º que essa *imperfeição* se deve entender *da solemnidade*, e não da vontade. (o que logo veremos a §. em que consiste, ou quando a imperfeição da vontade.)

§. II.

Quanto ao 3.º Texto, qual a Novella 18. C. 7. Furgole a transcreve, e da sua letra deduz 1.º, que ella ordena que, se o Pai quer partir seus bens entre seus filhos, ou deixar precipuos, elle o deve fazer, se he possivel, por Testamento, isto he, por hum Testamento revestido das formalidades de Direito, o que se induz destes termos, *et indubitata-*
ment det filiis utilitatem. D'outra parte, os Legisladores não tem já mais dado o nome de Testamento sem epitheto, senão áquelle que he revestido das solemnidades prescriptas: 2.º que, senão póde fazer hum tal Testamento, póde fazer partilha, exprimindo em hum detalhe em hum escripto todas as cousas, que elle quer partir, e elle deve signar este escripto, ou fazello signar a todos os seus filhos, entre os quaes elle fizer a partilha; depois do que huma tal disposição, sem outra forma, será vá-

lida e efficaz: 3.º, que a partilha deva ser total, dos bens, e individual, e clara etc.: 4.º, que da mesma Novella se infere invencivelmente, que não tem já mais sido permittido aos ascendentes dispôr *inter Liberos* por hum Testamento Nuncupativo imperfeito; etc.

§. 12.

Em fim o mesmo Furgole a n. 51. prosegue, ut ibi =

„ Resta-nos ver a Novella 107, que he o ultimo dos Textos, que temos annuciado. No Prefacio o Imperador Justiniano refere a L. ult. Cod. Fam. ercisc. como do Imperador Constantino, ainda que os recortes, e addições, que Treboniano ahi fez noCodigo Justiniano mudão totalmente o sentido, e as disposições.

„ Depois Elle falla da Lei de Theodosio, aonde se faz menção das disposições imperfeitas *inter liberos*, isto he, o §. 1. da L. 21 Cod. de Testam.; ajuntando que estas Leis tinham cahido em hum tal ponto de obscuridade pelas explicações, que se lhes tinham dado, que era preciso advinhar para lhe dar huma verdadeira interpretação *

* E quem não nota aqui a facilidade, com que os DD. por palavras fugitivas, deduzidas dessas Leis, dizião arbitrariamente o que querião, sem attender esta Novella.

„ Para esclarecer pois esta materia escura por causa dos termos, em que as Leis precedentes erão concebidas, e ainda mais pelas explicações dos Interpretes, foi que Justiniano estabeleceo

„ esta nova Lei; o que tem feito entender assás
 „ claramente, que esta nova Lei he a unica, que
 „ se deve consultar, e que as precedentes são abro-
 „ gadas, pelo menos, para os pontos, que são regu-
 „ lados na Novella 107. Assim tudo consiste em
 „ bem conhecer o espirito, e o sentido desta Novel-
 „ la 107, como sendo a unica Lei Romana, que
 „ subsiste sobre a forma das disposições imperfei-
 „ tas *inter liberos*.

„ Não he nas Glossas, nem nas Explicações
 „ dos Interpretes, que são de diversas opiniões,
 „ mas no Texto mesmo, que se deve buscar este
 „ espirito, e este sentido verdadeiro: O Capitulo
 „ primeiro determina que, se hum pai, ou outro
 „ ascendente, que sabe escrever, quer dispor *inter*
 „ *Liberos*, elle deve fazer hum escripto, em que
 „ elle marcará *por sua mão a data, os nomes de*
 „ *seus filhos, as porções, em que elle os institue;*
 „ e tudo não por cifras, ou notas, mas tudo por
 „ extenso por letras sem abbreviação, a fim que a
 „ sua disposição seja em tudo clara, e indubitavel.

„ Elle deve fazer a mesma cousa pela mesma
 „ forma, se elle quer dividir seus bens a seus filhos,
 „ ou deixar certas cousas a certos, fazer certas ins-
 „ tituições. Se elle quer fazer alguma disposição
 „ em favor de sua mulher, ou d'alguma outra
 „ pessoa estranha, por Legados, fideicommissos,
 „ ou outra liberalidade particular, elle deve não
 „ sómente escrever tudo pela sua mão propria;
 „ mas ainda declarar em presença de testemunhas,
 „ que elle mesmo tem feito aquelle escripto; e isto
 „ basta para fazer valer as disposições, ainda que
 „ o Testador, que parece ter querido testar por
 „ escripto, e fazer hum Testamento solemne, não
 „ tenha observado as outras solemnidades. (aqui

„ transcreve Furgole a Novella , e conclue). Estas
 „ ultimas palavras significão , que o Imperador
 „ não toca mais as formalidades dos Testamentos ;
 „ e que elle não entende fazer outra mudança , se-
 „ ão que as duas operações da sua mão pela Es-
 „ criptura , e da lingua pela declaração feita ás
 „ testemunhas * attribuem todo o effeito ás dispo-
 „ sições escriptas sobre o papel em favor das pes-
 „ soas estranhas. ” Confirma-se a interpretação de
 Domat. transcripto no §. 29.

* Se o Testador , ou outro por elle esereve
 qualquer Testamento e se lê por elle , ou por
 Escriptor perante cinco testemunhas , fica em
 todo o caso válido e solemnizado pela nossa
 Ord. L. 4. T. 80. §. 3.

*Consectarios , que se deduzem desta genuina e
 mais sólida interpretação das Leis Romanas ,
 apesar das extravagancias das opiniões dos In-
 terpretes , quanto Inter Liberos.*

PRIMEIRO CONSECTARIO.

§. 13.

„ Depois de ter feito huma analyse exacta
 „ dos Textos , que fallão das disposições in-
 „ ter Liberos , (conclue Furgol. a n. 74) não res-
 „ ta mais , senão resumir , e referir em poucas pala-
 „ vras as condições precisas para a validade destas
 „ disposições. A primeira destas condições he , que
 „ a data seja marcada da propria mão do Testa-
 „ dor : A segunda , que o Pai , ou outro Ascenden-
 „ te escreva tambem por sua mão o nome dos seus

„ filhos, as porções, ou os bens, que elle deixa a
 „ cada hum. A terceira, que tudo isto seja escripto,
 „ to, *não por notas, cifras, ou abbreviações*, mas
 „ por Letras, e tudo por extenso, de maneira
 „ que não possa ali haver nem ambiguidade, nem
 „ equivoco. A quarta, que elle observe as mesmas
 „ cousas, quando elle fizer huma partilha de seus
 „ bens. Tudo isto he assim regulado pelo Cap. 1.
 „ da Nov. 107. Se todas estas condições são ex-
 „ actamente adimplidas, não he necessario que
 „ o Testador assigne a sua disposição, nem que
 „ elle a faça assignar por seus filhos, porque a
 „ Lei não exige esta solemnidade (Nisto *ultimò*
 „ concordão Stryk. d. Disp. 19. C. 3. n. 36. Harpr.
 „ ad §. 3. Instit. de Testam. n. 136).

EXORNAÇÃO DESTES REQUISITOS.

§. 14.

Quanto ao primeiro: A *Data* = Assentão os DD. que esta deve conter o dia, mez, e anno sob pena de nullidade, (com Carpzov., Manz. de Testam., Gracian. e outros. Stryk. vol. 2. d. Disp. 19. C. 3. n. 1. et. melius in Tract. de Caut. Testam. Cap. 10. §. 11. Cresp. de Valdaur. Obs. 50. n. 11.) bem que se póde supprir por equipollencia, (Stryk. d. Disp. 19. Cap. 1. n. 2. com Gracian. for. C. 235. n. 9.) ainda que o contrario quiz persuadir Macedo em caso diverso. (Maced. Decis. 3: doutrina, que só póde proceder em outros Testamentos, mas não nestes dispensados d'outras solemnidades, como bem declarão, Stryk. de Caut. Testam. C. 15. §. 42. Harprectr. ad §. 3. et 4. Instit. de Testam. a. n. 196, Manz. de Testam. T. 4.

Q. 3.) Mas como esta data (conjecturão alguns DD.) só tem por fim saber-se, qual foi o primeiro Testamento, se o Pai fez muitos, que apparecem na sua morte; he consequente ser válido, sendo unico, aquelle que apparece sem data; (Assim, e por conjectura propria o quizerão persuadir alguns DD. como o Card. de Luc. de Testament. Disc. 75. a n. 11, e outros que refere Stryk. d. Disp. 19. C. 1. n. 2: porém eu duvido muito da solidez dessa declaração dos DD., attentas as contrarias razões de Harprectr. ao §. 3. Instit. de Testam. a n. 196, e de Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 10. §. 14, aonde juntamente refuta o Card. de Luca) mas, se apparecem dous, sem algum ter data, ambos são nullos pela incerteza (Stryk. d. Diss. 19. C. 3. n. 2.)

§. 15.

Quanto ao segundo requisito: Que o Pai *escreva por sua mão os nomes de seus filhos; as porções, ou bens que deixa a cada hum*: Neste requisito concordão uniformemente os DD.: (Stryk. d. Disp. 19. Cap. 3. n. 3., et de Caut. Testam. C. 10. §. 6.) Só sim discordão notavelmente no caso, em que o Pai não observa igualdade entre todos os filhos na sua disposição; dizendo huns, que este privilegio só póde verificar-se, quando o Pai dispoem entre todos com igualdade, e não quando com desigualdade. (com muitos DD. o Card. de Luc. de Testam. Disc. 26. n. 17. Vide Domat. infra §. 29.) Outros mais fundamental, e racionalmente sustentão o privilegio, ainda quando o Pai dispõem entre filhos com desigualdade: (Assim com muitos DD. Stryk. d. Disp. 19. C. 3. desde o n. 16 até o n. 30. Harprectr. ad §. Instit. de Testam. n. 265. Mant.

de conjectur. L. 16. T. 2. a n. 20. Manz. de Testam. in Append. T. 16. Cap. 3. a n. 11. Idem Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 12. Card. de Luc. de Testam. Disc. 27. n. 7. *ubi optimé* = Pinheir. de Testam. Disp. 2. sect. 7. §. 5. n. 198. Gam. Dec. 61. Cabed. Decis. 199.) Outros distinguirão entre a pequena ou notavel desigualdade. (Mas tal distincção he reprovada, huma vez que as Legitimas de cada hum dos filhos fiquem illesas (e entre nós não se póde dizer *desigualdade*, quando o Pai dispõem do Terço a favor de quem quer) Stryk. d. Disp. 19. C. 3. n. 16. Manz. supra n. 14. Struv. Exerc. 32. thes. 20. §. Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 12: Luc. supra n. 7. in fin; (onde admite provas da maquinação, que occasionou essa desigualdade.) Gam. Dec. 61. Pereir. Decis. 32. n. 11. (aonde do Legado do Terço) Veja-se Torr. de Pact. L. 3. C. 12. n. 154).

§. 16.

Quanto ao terceiro requisito: Entende o commum dos DD. que o Pai, ainda mesmo neste menos solemne Testamento, deve instituir seus filhos nas suas Legitimas, sem que esta solemnidade se subentenda dispensada na Novella, nem aqui entre o favor da Clausula codicillar subentendida nos Testamentos *inter Liberos*. (Assim contra outros o defende Stryk. d. Disp. 19. C. 3. a n. 4. e largamente de Cautell. Testament. C. 10. á §. 10, conf, Manz. supra a n. 1.) A nossa Ord. assim o suppoem; e só suppre presuppositivamente a Instituição dos filhos, quando o Pai dispõem da Terça (Ord. L. 4. T. 82. in pr. Veja-se a minha Dissertação sobre a Instituição de herdeiro, quando ne-

cessaria nos Testamentos): Mas, feito assim o Testamento a favor de filhos, não são necessarias testemunhas nelle. (Nett. de Testam. L. 1. T. 3. n. 5. Luc. de Testam. Disc. 26. n. 7. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 8. n. 5. aonde outros muitos DD. Idem Luc. Disc. 14. n. 7. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 18)

§. 17.

Quanto ao quarto requisito : Que seja escripto por extenso , e não por notas, cifras, ou abbreviaturas: Neste requisito tambem concordão os DD; (Stryk. d. Disp. 19. C. 3. n. 32 , et de Caut. Testament. C. 10. §. 15. Manz. supra in Append. T. 16. Q. 3. a n. 13.) principalmente se devem evitar numeros arithmeticos , faceis de emendar , diminuir , ou addir ; notas desusadas não intelligiveis ; não assim se são usadas , e intelligiveis sem dúvida. (Stryk. em ambos os citados lugares.)

CONSECTARIO SEGUNDO.

§. 18.

A torrente dos DD., favorecendo os Testamentos *inter liberos*, além do justo, os admittem tambem por Escriptos particulares exarados por qualquer terceira pessoa , e só subscriptos pelos Testadores, ainda sem testemunhas : Porque (dizem os DD.) o mesmo he escrever o Pai o Testamento por sua propria mão, que assignallo com a sua subscrição: *Paria sunt scribere vel subscribere; et dispositio loquens de scribente, locum quoque habet in subscribente* etc. (Assim Nett. de Testam. L. 1. T. 3. n. 5. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 8. a n. 6, aon-

de cita os mais Reinicolas , Valasco , Gama , Pinheiro e Negreiros etc. com outros Stryk d. Disp. 19. C. 3. a n. 35 et de Cautell. Testament. C. 10. §. 20. Manz. de Testament. in Append. T. 16. Q. 3. n. 23. Luc. de Testam. Disc. 14. Struv. et Mul. Exerc. 32. thes. 18. e Mul. ibidem pag. 672. Col. 2. *X. sin autem* , et pag. 671. Col. 12. *in medio*. Pinheir. de Testament. Disp. 2. Sect. 7. n. 192. Gam. Dec. 61. Pereir. Dec. 32. n. 2. Peg. tom. 4. a Ord. pag. 254. a n. 122 , ad 130.) Porém , e por huma parte: Nós já vimos que pelo Direito do Digesto erão estes Testamentos sujeitos ás solemnidades commuas a todos os Testadores. (§. 4.) As Leis do Codigo os privilegiarão ; mas todo o privilegio he stricto: A Novella 107, revogando essas antecedentes do Codigo , (§. 12) exigio o que temos visto. (§. 12, e 13) Aonde citão jámais esses DD. alguma Lei Romana , que dê privilegio expresso ao Testamento só subscripto em escriptura particular pelos Ascendentes , sendo escripto por terceira pessoa ? Só recorrem áquelles Principios geraes para fundar sua Opinião ; como que se hum Privilegio , (qual o da ultima Novella) stricto por natureza , podesse admittir interpretação *extensiva* a este caso , *faltando a identidade de razão* : Aonde aqui a *identidade de razão* em materia tão delicada , e sujeita a falsidades ? (Veja-se Boehm. Exerc. 80. §. 8.) Não será mais facil fingir huma pequena Subscripção , que todo o extenso contexto de hum Testamento ?

§. 19.

Por outra parte: O grande Furgole (Furgol. de Testam. C. 2. Sect. 1. n. 83., e 84.) convence errada essa opinião com razões tão incontestaveis , co-

mo estas , ut ibi = „ Ainda menos ha lugar de
 „ crêr que o signal do Pai posto no Testamento
 „ *inter liberos* basta , segundo o mesmo Direito ,
 „ sem que elle tenha escripto pela sua mão a da-
 „ ta , o nome de seus filhos , e os bens , que elle
 „ deixa a cada hum ; porque esta precaução , sendo
 „ assignaladamente prescripta no Cap. 1. da No-
 „ vell. 107. para a validade de huma tal disposi-
 „ ção , e não havendo ahi nada no resto da Lei ,
 „ d'onde se possa induzir , que o signal do Testa-
 „ dor em huma Escriptura feita inteiramente por
 „ outra mão deva bastar para a fazer valer , he
 „ indispensavel cumprir as outras condições , que
 „ ella impõem neste lugar , ainda que o Testador
 „ assigne a sua disposição : Porque , quando se po-
 „ desse dizer que o Cap. 3. da Novell. 107. corri-
 „ ge o Cap. 1. por respeito aos actos da partilha ,
 „ o que não he nem verdade , nem verosimil , por-
 „ que seria preciso presumir huma correcção de
 „ huma parte da Lei por huma parte da mesma
 „ Lei , o que se não pôde imaginar sem imputar ao
 „ Legislador huma variação viciosa , e indecorosa ,
 „ não se poderia suppôr a mesma correcção , por
 „ respeito ás disposições , que são differentes dos
 „ actos da partilha ; (conf. §. 8. na Nota) porque
 „ o Cap. 3. da Novella não falla taxativamente se-
 „ não das partilhas , e não das outras disposições
 „ *inter liberos*. Assim se deve regular a este res-
 „ peito pelo Cap. 1. da Novella 107. He pois pre-
 „ ciso dizer , que o signal do Testador não pôde
 „ supprir as formalidades , que a Lei exige para a
 „ validade destas sortes de disposições. ”

„ A Novella 119. Cap. 9. não tem abrogado
 „ estas formalidades , ou precauções nos Testamen-
 „ tos *inter liberos* ; porque , se esta Novella tem

„ dispensado o Testador de escrever elle mesmo o
 „ nome do seu herdeiro , ou de fazer a nuncupa-
 „ ção , como tinha sido ordenado pela L. 29. Cod.
 „ de Testam. , confirmada pela Novella 66 , isto
 „ não respeita mais que os Testamentos *perfeitos* ,
 „ e não os Testamentos *inter liberos* , como pare-
 „ ce das ultimas palavras do Cap. 9. da Novella
 „ 119. *Si omnino reliquam observationem in Tes-*
 „ *tamento Testator observaverit.*” Concorda o Es-
 tatuto Marchico-Badense , de quo Harprectr. Disp.
 84. n. 1112.

§. 20.

Quando porém possa continuar este convencido erro (§. 18, e 19) de bastar hum Testamento só subscripto pelo Testador , e sem algumas Testemunhas , que o presenceassem , ainda nesse supposto , que cousa será mais facil como haver á mão huma folha de papel assignada em branco por qualquer pessoa , extorquida com algum honesto e licito pretexto ? Que cousa mais facil como escrever-se nella hum Testamento falso ? Ora os DD. , que seguirão essa opinião (§. 18. Nota 1.ª) , e os mais exactos , não deixarão de prever este inconveniente ; e , para o precaverem , huns exigem huma subscripção do Testador nesta forma = *Ego Titius approbo omnia superius scripta* = : (Harprectr. ad §. 3. Instit. de Testam. n. 146. Stryk. vol. 2. d. Disp. 19. n. 43 , et de Cautell. Testament. Cap. 10 §. 20 : Esta subscripção a dizem *geral* e que basta (mas precisa) com Valasc. e Pereir. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 7. n. 193. Pereir. Dec. 32. n. 8. no fim) Outros exigem outra mais especial por este modo = *Ego Titius profiteor , quod dispositionem supra Scriptam legi , confirmo , et ea observari volo ; et*

hac subscriptione approbo = : (Stryk. nos lugares citados; e com outros muitos DD. Rub. de Testam. Cap. 27. a n. 314. ibi = " Clar. enim §. *Tes-*
tamentum n. 4. loquendo de tali Testamento
 ,, affirmat requiri *specialem subscriptionem*; quia
 ,, ubi Lex pro forma requirit, quod aliquis propria
 ,, manu scribat, ut habetur in his terminis disposi-
 ,, tum in Auth. *Quod sine* Cod. de Testam; tunc
 ,, intret opinio Barthol. . . volentis subscriptiones
 ,, speciales in Scripturis fieri; cum alioquin suppo-
 ,, nendo unam scripturam pro alia, patens janua
 ,, aperiretur fraudibus, seu falsitatibus, quæ in
 ,, testamentis præcipuè solent fabricari; et Lex ipsa
 ,, hanc testamentariam materiam valde suspectam
 ,, habet. Supradictam sententiam, quod in Testa-
 ,, mento *inter Liberos* requiratur *specialis* subs-
 ,, criptio, tenuerunt etiam *Alex., Raudens., Mi-*
 ,, *chael Crass., Ibad Piso, Joan. Daut., Nicol.*
 ,, *Rexsner., Castr., Bald.* et alii relati per Berlich..
 ,, *quia per facile charta vacua a patre ad alium*
 ,, *finem subscripta, posset supponi, et in ea hujus-*
 ,, *modi testamentum conscribi* " Confirma-se Peg.
 tom. 4. ad Ord pag. 261. n. 172., aonde com ter-
 minantes Leis mostra qual he a subscripção *especial*
 do Testador, em casos semelhantes precisa para
 occorrer a falsidades nos Testamentos: Confirma-se
 Valasc. Cons. 67. n. 11. Sobre a necessidade da
 subscripção *especial* vejam-se os DD. apud Stryk.
 Vol. 15. na ultima Addição Cons. 5. n. 11. pag.
 33.) E não basta apparecer huma Escripura, em
 que no exordio diga o Testador =; *Ego Titius*
profiteor, quod ea omnia quæ sequuntur, sunt
mea voluntas inter Liberos = porque podia ser,
 ou que o Testador, depois de escrever essas palavras,
 morresse; ou deixasse de testar, ficando aberta

nessa folha a porta para ahi se escrever Testamento: (Stryk. nos lugares citados) Nem basta que nas costas do papel escreva o Testador = *Este he o meu Testamento* = . (o mesmo Stryk. Caut. Testam. Cap. 10. sub §. 20. *Ÿ. Adeo ut nequidem.*)

§. 21.

E acaso bastará huma simples subscripção do Testador, sem outra sua declaração, por alguma daquellas formas? (§. 20): Haverá Dr. Sensato, que admitta aqui huma subscripção tão simples sem concurso de Testemunhas? Quantos se satisfazem escrevendo, ainda mais simplesmente, que basta a simples subscripção do Testador sem testemunhas, omittindo esta especial declaração? A cada passo os encontramos; bem que muitos fazem precisa a *general.* (V. o §. 20. Not. 1.^a)

CONSECTARIO TERCEIRO.

§. 22.

Que estes Testamentos sem testemunhas, ou sejam escriptos inteiramente pelos Testadores, ou só subscriptos por elles, quando os filhos o negão, e não confissão verdadeiros, devão comprovar-se taes; parece que obstava a Novell. 73. que, aonde não ha testemunhas, repugna a toda a prova por comparação de Letras: Porem Stryk. (Stryk. Vol. 2. Disp. 19. C. 3. a n. 61. Harprectr. ao §. 3. Instit. de Testam. n. 174) optimamente demonstrou que a dita Novella não comprehendendo a prova da verdade destes Testamentos pela comparação de Letras: E communmente nisto assentão os DD.

(Stryk. Supra , et de Caut. Testam. C. 10 Sub. §. 19. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 8. a n. 7. Card. de Luc. de Testam. Dise. 26, 27, e 74): Varião sim sobre a exactidão da prova neste caso; mas entre nós está estabelecida a praxe, de bastarem testemunhas, que reconheçam a Letra do Testador, e que além dellas concorra huma comparação judicial, e solemne, (com os communs requisitos) (Veja-se as Segund. Linh. sobr. o Process. Civ. Not. e a Dissert. 8. na Collecç. das Dissertações em Supplemento ao mesmo Tract. §. 31. pag. 297) pelos Escrivães do Auditorio. (Guerreir. *suprà* a n. 8. Valasc. Cons. 67. n. 14. Pinheir. de Testament. Disp. 2. Sect. 7. §. 5. n. 191. Pereir. Decis. 32. a n. 4. Ao nosso Valasco segue aqui Amostaz. de Caus. piis L. 1. C. 6. a n. 20.; deixa porém a fé da Comparação judicial ao prudente arbitrio do Juiz.)

§. 23.

Se o Testamento do Ascendente se acha, ou na mão de algum seu amigo confidente, ou fechado na Cómmoda, Arca, ou Gaveta, em que o Testador conservava fechados os seus Papeis mais importantes, mais facilmente se comprova a verdade, e a identidade do mesmo Testamento. (Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 19.) Não assim, se apparece em alguma outra parte da casa, onde o Testador tinha Escripturas, ou cousas de pouca entidade sem guarda nem fecho, se presume abandonado e desprezado. (Stryk. d. §. 19. *¶ Quando verò*): Se o Testamento não he todo escripto pelo punho do Testador, mas só subscripto com alguma das precisas (§. 20) especies de subscrição; como em poucas Letras he mais facil a imitação com falsidade,

aqui deve exuberar o arbitrio do Juiz para abandonar a comparação, tendo em vista as doutrinas dos DD. citados na Nota (Card. de Luc. de Testam. Disc. 6. Cyriac. Contr. 444.); *et maxime* se occorrem algumas presumpções de falsidade, (de quibus Luc. Supra a n. 9.) *maxime* se faltão adminiculos da verdade. (Veja-se, e não se omitta Rub. de Testament. Cap. 28. a n. 385, porque nenhum melhor tractou a materia do reconhecimento de taes Testamentos por testemunhas, e comparação judicial.)

CONSECTARIO QUARTO.

§. 24.

Da genuina interpretação (á §. 8) das Leis do Codigo e Novellas, que Legislarão sobre Testamentos *inter liberos*, se infere que não permitirão já mais aos Pais testar nuncupativamente só com duas Testemunhas sem escriptura alguma; como bem deduzio o grande Furgole (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. n. 43, citando juntamente o Presidente Fabr. de Errorib. Pragmaticor. Decad. 35, e Henrys tom. 2. Liv. 5. Q. 35.) escrevendo. „ Deve se observar que esta Lei (*Hac con-*
„ *sultissima* 21. §. *Ex imperfecto* 1. Cod. de Tes-
„ tament.) falla *particularmente* do Testamento
„ imperfecto, e não da partilha da herança; mas
„ pode-se entender tanto do Testamento escripto
„ como do nuncupativo? Muitos Auctores tem
„ crido a affirmativa verdadeira, porque não ha
„ ahi termo, que possa induzir que esta Lei seja
„ limitada a huma só destas duas especies de Tes-
„ tamentos: Mas esta opinião, ainda que muito
„ acreditada, sobre tudo no Parlamento de Tolo-

„ sa, não tem algum fundamento no Direito: Por-
 „ que o §. *Ex imperfecto*, sendo collocado depois
 „ do principio da Lei, que não falla mais que do
 „ Testamento escripto, e solemne, não póde en-
 „ tender-se mais, que do Testamento escripto *in-*
 „ *ter Liberos*. O §. 2. da mesma Lei, que pres-
 „ creve a forma do Testamento nuncupativo, não
 „ diz já mais, que hum tal Testamento imperfecto
 „ valha entre filhos; mas sómente, quando ahi ha
 „ cinco testemunhas em favor dos successores *abin-*
 „ *testato*, entre os quaes os filhos tem a primeira
 „ ordem: E nem a L. ultima Cod. Famil. Ercis-
 „ cund., nem a Novella 18. Cap. 7., nem a No-
 „ vella 107, nem outro algum Texto permite aos
 „ Ascendentes testar sem formalidade, mais que
 „ por escripto sómente, e não por nuncupação. „

§. 25.

Eu, que li essa torrente de DD., (Valasc. Cons.
 67. n. 14, Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 7. §.
 5. n. 195. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 8. n. 17. Ne-
 greir. de Testam. L. 3. Cap. 4. n. 6; (e o peor
 he, que os seguio o nosso grande Mell. L. 3. T.
 5. §. 16.) Molin. de Inst. Disp. 128. n. 1. Stryk.
 vol. 2. Disp. 19. C. 1. n. 25, e Vol. 2. Disp. 19.
 cap. 3. a n. 73, et de Cautell. Testament. C. 10.
 §. 21. no fim, Manz. de Testam. in Append. T.
 16. Q. 3. n. 39. Struv. Exerc. 32. thes. 18. e mi-
 lhares, que omitto.) seguindo huns a outros como
 aves, ou ovelhas, e que estava imbuido no mesmo
 erro: Eu, que via que elles admittião aos Ascen-
 dentes testar nuncupativamente só com duas teste-
 munhas maiores de toda a excepção, (*Todos* os ci-
 tados; mas que devão ser maiores de toda a exce-

ção, Stryk. d. Disp. 19. C. 3.) até o ponto de admitirem aqui duas mulheres, (o mesmo Stryk. n. 75. Muler ad Struv. Exerc. 32. thes 18. pag. 672. Col. 2.) me propuz indagar (depois da Lição de Furgole), se elles citavão alguma Lei Romana expressa, que permittisse aos Pais testar assim; e se se enganaria Furgole nas ultimas transcriptas palavras. Depois de muita lição me desenganei, observando que nenhum já mais se funda em Lei Romana expressa, e só fundão a sua opinião em paridades de razão; em huma pia, e benigna extensão daquellas especiaes Leis, (que tractarão diversos casos) etc. como que na mão dos Interpretes, e no seu poder estivesse contra o Direito do Digesto, (§. 4.) e mesmo contra o do Código, e Novellas idear, ou augmentar novos privilegios aos Testadores, que as Leis lhes não concedem; perdendo de vista a regra: que os Privilegios pessoaes recebem só interpretação *restrictiva*, e de nenhum modo a *extensiva*; (Stryk. Vol. 4. Disp. 24. C. 3. Boehmer. ad Pand. Exerc. 14. Guerreir. de Privil. C. 3. a n. 16: optime ad rem id. Boehmer. Exerc. 80. §. 8.) e ignorando que os Testamentos são mais odiosos que favoraveis. (Dissert. 2: em toda.)

§. 26.

De todos os DD, que li, o que mais se cansou, e esforçou a sustentar, sem Lei expressa, essa opinião, foi Muler a Struvio (Essa L. fin. Cod. Famil. Erciscund. falla das partilhas feitas pelo Pai, caso diverso do Testamento, (§. 8.) e foi revogada pela Novella 107: (§. 9.) Nem huma só palavra se encontra ahi de nuncupação verbal; e he audacia ampliar privilegios de caso a caso, *maximè*

em materia odiosa. (§. 25.) Eis-aqui o seu (bem disparatado) discurso : „ Testamentum imperfe-
 „ ctum paternum inter Liberos esse , etiam si sine
 „ scriptis sit ordinatum , probatur (1.º) *ex L. fin.*
 „ *Cod. Fam. Ercisc.* , ubi per vocem *Testamenti* ,
 „ non solum illud , quod *scriptis* conficitur , verum
 „ etiam *nuncupativum* intelligi *potest*. Nec adver-
 „ santur verba sequentia : *Scripturae quibuscumque*
 „ *verbis vel indiciis inveniuntur relicta* ; quia
 „ sententiam *non restringunt* , ut Anton. Fab . . . ,
 „ sed eam *ampliant*. Parum etiam adversatur
 „ *Auth. si modo Cod. eod. Tit.* , quæ Testamen-
 „ tum patris , de quo actum fuit in præcedenti L.
 „ fin. , *appellat scripturam* , et præcipit , ut ei-
 „ dem subjiciatur vel ipsius parentis , vel omnium ,
 „ inter quos fit partitio , Liberosum subscriptio :
 „ Responderi enim *potest* cum glossa (Quem argu-
 argumentará hoje com a Glossa , depois de vêr a re-
 provação della ; e da sua authoridade na L. de 18.
 de Agosto de 1769 , deixando a censura , que já
 della fizerão os DD. ? Veja se Heinecc. Histor Jur.
 Roman. Liv. 1. §. 418. (Confira-se Mell. Freir.
 Hist. Jur. Civ. Lus. §. 129 na Nota a.) Bem que , só
 porque a Glossa o diz ; e ainda que ahi tentou ad-
 mittir a prova imperfeita por duas testemunhas ,
 ainda femeas , como nos Testamentos dos Solda-
 dos , segundo a L. Lucius ff. de Testam. milit. E
 quem deo a Accursio o poder de estender o privi-
 legio dos Soldados aos Pais ? Bem que o mesmo
 Accursio conclue com o mais antigo Glossador Mar-
 tinho (de quo Hein. supra §. 416.) ut ibi = *Mar-*
 „ *tinus vero putabat ei* (*Legi Inter omnes* 26. Cod.
 „ fam. Ercisc.) *in totum derogatam* , *ut hodie pa-*
 „ *ter minus solemniter testari non possit* , *nisi*
 „ *faciat quæ hac Authentica* (tirada da Novella

„ 107.) *dicuntur*, et exigebat numerum septem
 „ *testium.*” Ora se os DD., que referem muitas
 opiniões, são vistos seguirem a ultima, que não
 reprovão; eis-aqui Accursio contra essa mesma opi-
 nião, porque seguio ao Glossador Martinho) in
 „ verbis: *si modo Auth. istam loqui in eo tantum*
 „ *casu quo pater in scriptis fuerit testatus.* (E
 por ventura só porque a Auth. falla strictamen-
 te do caso, em que o Pai testou *in scriptis*, e
 deu ahi a fôrma a esse Testamento, (§. 12.) po-
 derá inferir-se que permittio o Nuncupativo com
 duas testemunhas?) (2) Idem probat L. *Hac con-*
 „ *sultissima* 21. §. 1. Nam iste §. *ampliat di-*
 „ *ctam L. fin:* Ergo etiam de testamento in scrip-
 „ tis, atque nuncupativo intelligi *poterit*; quia am-
 „ pliatio in iisdem terminis loquitur, in *quibus*
 „ *Lex quæ ampliat* (Dizer-se que o §. 1. da L.
 21. Cod. de Testam. amplia a L. fin Cod. fam.
 Ercisc. he sonho, visto o dito §.: Bem que essa L.
 fin., que se diz ampliada, e esse mesmo §. 1. tudo
 se revogou finalmente pela Novella (Nota 1.^a) De-
 „ inde verba dicti §. 1., sunt generalia, *possunt-*
 „ *que omnia accommodari ad testamentum nuncu-*
 „ *pativum.* Quod enim de *scriptura* ex Auth.
 „ *Quod sine C.* de Testam. asseritur, ibi recte res-
 „ pondet ibi *glossa* hoc procedere cum testamen-
 „ tum pater condidit in scriptis. *Ratio ob quam*
 „ *testamentum paternum imperfectum receptum*
 „ fuit, non modo testamento in scriptis convenit,
 „ verum etiam nuncupativo. (Identificar em ra-
 zão a permissão de testar hum Pai *in scriptis*
 na forma do C. 1. da Nov. 107, com a per-
 missão de testar nuncupativamente com duas tes-
 temunhas e mulheres, he irrisorio: Porque, tes-
 tando o Pai na fôrma do dito Cap. 1., he mais

difficil fabricar-se hum Testamento falso, do que testando nuncupativamente, e provando-se a vontade do Pai com duas mulheres: Que cousa mais facil, que corromper duas mulheres, ou homens? Figure-se entre nós o Pai dispondo, em favor de hum filho, do Terço que vale muitos mil cruzados: ha de confiar-se a prova só de duas mulheres? A nossa Ord. L. 4. T. 80. §. fin. só na hora da morte permite, e não em outro tempo, testar nuncupativamente; e se ahi, e nesse unico caso admite por testemunhas mulheres, he concorrendo homens e no grande numero de seis: Tal he o odio do nosso Legislador aos Testamentos Nuncupativos, que só os permite naquella urgente necessidade, em differença do Direito Romano, que os permittia em todo o tempo. (Cordeir. Dub. 2. n. 20) Tal o odio ás provas das ultimas vontades por testemunhas, que só as permittio nesse caso!) Aliàs Litterarum „ imperiti hoc beneficio defraudarentur: (Acaso o Analfabeto fica privado de testar? Não póde elle testar nuncupativamente com cinco testemunhas, mesmo conforme o Direito Romano? (§. 24.) „ Cum tamen *idem valeat* quod scriptum, quàm „ quod verbis prolatum; cum utroque casu voluntatem nostram ex æquo explicemus, nihil dubii „ subest; quare saltem scriptura parentis Liberi obligari, voluntate vero ore prolata, et testibus „ comprobata obstringi non debeant. (Que vale o mesmo testar *in Scriptis* o Pai, ou nuncupativamente concedo, testando nuncupativamente ao menos com cinco testemunhas; mas que vale o mesmo testar *in Scriptis*, ou nuncupativamente só com duas mulheres, que provem a sua vontade, ninguem o dirá sem erro. (Not. 3.) Quando „ do Pater nuncupative testatur non opus est, ut

„ requisita d. Auth. *Quod si sine* observet, quia
 „ modum testandi in scriptis ibi tantum determi-
 „ nare voluit Imperator, sed sufficit si duos ad
 „ minimum testes adhibeat (Não ha texto, em que
 se permitta aos Pais testar nuncupativamente só
 com duas testemunhas; e, sem texto, que o con-
 ceda, nenhum Interprete póde dar-lhe tal privilegio.)

§. 27.

Eis-aqui os fundamentos dessa opinião: He pre-
 ciso não ter lido, e ponderado o exposto desde o
 §. 8. até o 12, e nos §§. 24, e 25 para de hum
 golpe de vista não ridiculisar taes fundamentos:
 Basta advertir em geral; que só por argumentos de
 possibilidades, e de paridades se tentou extender
 hum privilegio, ou idear-se huma nova fórma de
 testar nuncupativamente só com duas testemunhas
 sem apoio de Lei alguma: Vêmos o quanto judi-
 ciosamente increpou a taes Interpretes o grande Fur-
 gole transcripto nos §§. 1, 2: Porém eu ex *abun-*
danti vou ridiculisar mais esses fundamentos pela
 ordem, com que os notei.

NOTA E REFLEXÃO.

§. 28.

Por mais que vi os Reinicolos não encontrei de-
 cisão alguma, que julgasse válidos Testamentos
 Nuncupativos entre Pais e filhos só com duas teste-
 munhas: Só tractarão o caso de serem escriptos, ou
 só subscriptos pelos Testadores; como se vê em
 Gam. Dec. 61. e 109. em Cabed. Dec. 197, em Va-
 lasc. Cons. 67., em Pereir. Decis. 32. em Thom.

Valasc. Alleg. 61. n. 29, e 30, em Peg. tom. 4. à Ord. pag. 254. a n. 122., e Phæb. Decis. 187. a n. 17.

A R T I G O IV.

Discurso, e declamação de Domat (Domat L. 3. T. 1. Sect. pagin. 324) Sobre estes Testamentos inter Liberos.

§. 29.

„ Ha ainda outra especie de Testamentos , que
 „ se tem crido dever recortar desta secção , que he
 „ a dos Testamentos , que se chamão *entre filhos* ,
 „ isto he , disposições , que hum Pai pode fazer en-
 „ tre seus filhos , seja em forma de Testamento , seja
 „ em forma de partilha. Distingue-se esta sorte de
 „ Testamentos de todos os outros por esta razão ,
 „ que estas sortes de disposições erão tão favora-
 „ veis no Direito Romano que , de qualquer manei-
 „ ra que hum Pai se tivesse explicado da sua in-
 „ tenção para a disposição de seus bens entre os
 „ filhos , seja por hum Testamento começado e não
 „ acabado , *sivè captum* neque *completum testa-*
 „ *mentum* , ou por huma carta , *sivè per epistolam*
 „ ou por qualquer outro *escripto* que fosse , *sivè*
 „ *quocumque alio modo scripturæ* , *quibuscumque*
 „ *verbis* , *vel indiciis inveniantur relictæ* ; esta
 „ vontade , toda informe , como ella fosse , devia
 „ ser executada (L. 16. 21. e L. ult. Cod. Fam.
 „ Ercisc. L. 21. §. 1. Cod. de Testam.) ; O que pa-
 „ rece ser daquelle espirito do Direito Romano ,
 „ que dava aos Pais huma authoridade tão absoluta
 „ sobre seus filhos , que ao principio podião des-

herdallos sem alguma causa: Porque esta licença nas disposições dos Pais entre seus filhos não parece fundada sobre o favor do interesse dos filhos; pois que em contrario o interesse commum dos filhos he, que seus Pais conservem a igualdade natural entre elles. Assim: a consideração dos filhos não he hum motivo, que faça favoravel a disposição dos Pais, quando elles fazem desvantagens a alguns de seus filhos em comparação, e de mais que os outros: E se este favor dos filhos devesse ser considerado nas difficuldades da validade das disposições dos Pais entre seus filhos, conduziria antes a annullallas, se ellas fossem defectuosas das formas necessarias para as fazer valer, quando ellas ferissem a igualdade, que deve conservar a união dos Irmãos.

„ Esta licença tão vaga das disposições informes a respeito dos filhos foi limitada por Justiniano, que pela sua Novella 18. C. 7. ordenou que ellas fossem assignadas, ou pelo Pai, ou pelos filhos. E pela sua Novella 107. elle ajuntou, que o Pai subscreveria a data; que elle escreveria por sua propria mão os nomes de seus filhos, e que escreveria tambem pela sua mão, e tudo por extenso e não em cifras, nem abbreviaturas, as porções, que elle regulasse para cada hum. Mas, ainda que parece que todas estas precauções deverião bastar para a validade destes Testamentos, mesmo sem testemunhas, muitos Interpretes tem crido que alguma destas Leis não dispensa da necessidade de testemunhas: E aquelle dos Interpretes, que se póde dizer mais habil, * sendo consultado sobre huma questão da validade de hum Testamento de hum Pai entre seus filhos, tem sido de voto, que o numero de testemunhas

„ he ahí necessario; e que todo o testamento de
 „ hum Pai entre seus filhos he nullo, sem esta for-
 „ malidade; e elle responde a todas as Leis, que
 „ se vem de marcar, que alguma o não dispensa.

* Domat falla aqui , (quanto a mim) de
Cujacio , que assim o sustentou em huma
 Consulta , como se vê em Nett. de Testament.
 L. 1. T. 3. a n. 3., ainda que o mesmo Netto
 o confuta.

„ Por todas estas considerações he que se tem
 „ crido que , ainda que o uso dos Testamentos ou
 „ partilhas entre filhos seja recebido em algumas
 „ Provincias, e que ahí se confirmem, ainda que
 „ defectuosos de solemnidades, como isto não he
 „ hum uso universal, não se deve dar indistincta-
 „ mente como regra, que as disposições informes
 „ de hum Pai entre seus filhos devem subsistir;
 „ porque seria huma jurisprudencia muito vaga, e
 „ muito incerta; pois que deixaria a liberdade aos
 „ Pais de se dispensarem de todas as sortes de for-
 „ malidades em seus testamentos, e não haveria
 „ algum tão informe, que se não fizesse valer, se
 „ se desse aos termos destas Leis a extensão inde-
 „ finida, que parecem ter; o que parece convir pou-
 „ co ao character da pureza, e clareza necessaria,
 „ para estabelecer regras precisas, como ellas o de-
 „ vem ser. Assim seria para desejar * que sobre
 „ este objecto houvesse algumas regras fixas, seja
 „ para sujeitar estes testamentos ás formas dos ou-
 „ tros, ou para regular as de que senão podesse
 „ dispensar; assim como se tem feito em alguns
 „ costumes, que tem regulado as formas das par-
 „ tilhas, que fazem os Pais entre seus filhos. Al-

„ guns não admittem estas partilhas, senão quando
 „ os filhos ahi tem consentido; e outros ordenão
 „ que ahi se observe a presença de hum Notario,
 „ e de duas testemunhas da mesma forma que em
 „ todos os outros testamentos; tendo julgado ne-
 „ cessario, que huma disposição tão séria, e tão
 „ importante, como hum Testamento entre filhos,
 „ seja feita com tanto de applicação, e de exacti-
 „ dão, como hum Testamento, que chama herdei-
 „ ros estranhos; e, sobre tudo, quando hum Pai
 „ quer fazer algumas desigualdades entre seus fi-
 „ lhos; e que ahi ha menos de inconvenientes a fa-
 „ vorecer a igualdade entre os filhos, e de exigir
 „ nas disposições dos Pais formalidades, que são
 „ faceis, do que approvar indistinctamente as dis-
 „ posições informes, e mal concertadas, que dão
 „ sujeito aos filhos de se dividirem.

* Estes votos e desejos de Domat se vêm cheios e bem logrados com as legislações modernas, depois das Obras d'elle, que se vão expôr no seguinte.

A R T I G O V.

Legislações modernas das Nações a este respeito.

§. 30.

Depois que escreveu Domat, Luiz XV. na sua Ordenação de 1735, desde o Artigo 15 substanciada por Furgole, (Furgol. Cap. 2. Sect. 3. n. 33, e 34) e renovada no novo Código Civil, (Cod. Civ. L. 3. P. 1. C. 4. Sect. 1.) determinou que » Nos Paizes

„ do Direito escripto os ascendentes podem tam-
 „ bem testar em favor de seus descendentes sómen-
 „ te por disposições Olografas , e que sejam inteir-
 „ ramente escriptas , datadas , e assignadas pelo
 „ Testador ; mas todas as disposições *inter liberos*,
 „ que não forem revestidas desta forma , são decla-
 „ radas nullas no Artigo 16 ; isto he , se o Testa-
 „ mento Olografo não he inteiramente escripto , da-
 „ tado , e assignado da mão do Testador. Quanto
 „ aos actos de partilha feitos pelos ascendentes em
 „ favor de seus descendentes , elles serão igualmen-
 „ te nullos , senão são inteiramente escriptos , da-
 „ tados , e signados pelo Pai , ou outro ascenden-
 „ te , que faz a partilha ; ou se elles não são pas-
 „ sados diante de dous Notarios , ou Tabelliães ;
 „ ou diante de hum Notario , e duas testemunhas.”

§. 31.

O moderno Cod. Frederic. P. 2 Liv. 7. T. 11.
 Art. 2. desde o §. 17. legislou sobre toda a mate-
 ria , e sobre tudo o que tenho exposto , nesta forma.

„ Comprehende-se no numero dos Testamen-
 „ tos privilegiados o Testamento , que hum Pai
 „ faz entre seus filhos , sem observar alguma das
 „ solemnidades exteriores. Este privilegio não per-
 „ tence senão aos ascendentes ; e por isso os filhos
 „ não podem fazer huma semelhante disposição
 „ entre seus ascendentes. (Conf. §. 6, e 7.)

„ A fim que o Testamento de hum Pai entre
 „ seus filhos possa subsistir , he preciso 1.^o que el-
 „ le seja feito por hum ascendente , isto he , pelo
 „ Pai , ou pela Mãe , ou pelos Avós ; elle mesmo
 „ será válido , ainda que o Pai , ou Mãe tenham pas-
 „ sado a segundas nupcias : 2.^o que a disposição só

„ respeite aos filhos , e que ahi nada seja legado
 „ a estranhos : (Veja-se a 2.^a P. desta Diss.) 3.^o
 „ que a disposição tambem não respeite mais que
 „ os filhos , que devem ser necessariamente institui-
 „ dos herdeiros , ou desherdados : (conf. §. 16.) 4.^o
 „ que o Testamento seja aperfeiçoado , acabado , e
 „ completado , como convém , *que o anno e o dia*
 „ *ahi sejam marcados ; e que elle seja escripto , e*
 „ *assignado da propria mão do Testador* : Assim :
 „ *a simples assignatura não será bastante* , ainda
 „ quando ella fosse acompanhada do signal d'algu-
 „ mas testemunhas : Igualmente alguma declaração
 „ feita *de viva voz* , ainda quando em presença de
 „ testemunhas , nem codicillo , nem outro acto não
 „ poderão valer sobre o pé de Testamento entre
 „ filhas. (conf. §. 8. ad 12 , 15 , 18 , 19 , e a §. 24.)
 „ 5.^o que o Pai , e Mãe instituão precisamente seus
 „ filhos por herdeiros , e lhes deixem pelo menos a
 „ legitima a este titulo , ou que elles os desher-
 „ dem : (conf. §. 16.) Donde se segue que , se os
 „ filhos são preteridos , todo o Testamento he nul-
 „ lo : Se elles tem sido desherdados sem causa , el-
 „ les poderão infirmar o Testamento em virtude
 „ da querella de inofficiosidade. „

E §. 23, ibi = „ E quando o Testamento não
 „ poder valer , como hum Testamento paterno ,
 „ elle não será jámais válido , em quanto contém a
 „ partilha de bens feita por Pai entre seus filhos ;
 „ porque nós abolimos esta distincção , que não tem
 „ algum fundamento nas Leis , e que he sujeita a
 „ diversos inconvenientes. „

§. 32.

Nota-se no moderno Codigo de Savoya , Livro 1. Tit. 1. que , prescrevendo ahi em geral a fórma dos Testamentos , não privilegiou de modo algum , quanto a menores solemnidades , os Testamentos entre Pais e filhos ; e só apenas no §. 24 lhe dêo este favor = „ Tudo o que for deixado, de qualquer maneira que seja , nas disposições d’ultima vontade áquelles , a que a legitima he devida , se julgá deixado em razão desta. Nós queremos a estes fins , que se tenha ahi sempre por expresso o titulo honoravel de instituição para todos os effeitos , que elle póde operar de Direito = Bem como a nossa Ord. L. 4. T. 82. no Principio supprime a necessaria instituição de herdeiro , quando o Pai só dispõem da Terça.

Já no fim da Nota ao §. 5. lembrei huma antiga Lei da Hespanha referida pelos DD. com os quaes Nett. de Testament. L. 1. T. 3. n. 7. conforme a qual nos Testamentos entre filhos se requerem as mesmas solemnidades commuas aos mais Testamentos ; Lei que foi recopilada da L. 3. do Touro , que escreveo , e commentou Gomez.

C O R R O L L A R I O ,

E reflexão sobre tudo o exposto.

§. 33.

Nós não temos Lei expressa sobre este objecto , ainda que não faltão razões para o conjecturar comprehendido na generalidade da Ord. L. 4. T. 80. (§. 5. na Nota) : Se o julgamos omisso na Lei Patria ,

to a estes. Estat. da Univers. L. 2. T. 5. C. 2. §. 4. 5. e 7. (conf. §. 8. Not. c): Ora: não se póde dar interpretação, e conciliação mais exacta e genuina daquelles Direitos, como a do moderno Furgole (§. 8. até 12, 13, 19, 24): Elle convence que a Novella 107., este ultimo Direito a este respeito, e nada das antecedentes Leis, deve ser a norma da Decisão: As razões ponderadas na Nota ao §. 5. aqui conspirão, e não menos o discurso do grande Domat transcripto no §. 29., sem replica em contrario: Por outra parte; os mesmos Estatutos L. 2. T. 5. C. 3. §. 7. mandão que, quando o Uso moderno das Nações se conforma com algumas Leis Romanas, são e devem ser applicaveis: Ora: já vimos (a §. 30) as modernas e bem polidas Legislações das Nações mais sabias, e civilisadas, que adoptarão a dita Novella 107. Cap. 1., postergadas todas as outras Leis Romanas; não permitindo d'outro modo privilegio algum aos Testamentos de Pais entre filhos.

CONSECTARIOS DESTA REFLEXÃO.

§. 34.

Daqui hé consequente (1.º) que o Pai só testa validamente entre filhos sem outras solemnidades, conformando-se com a forma prescripta na Novella (§. 12); na Lei da França, (§. 30) e na da Prussia (§. 31.): (2) que no mesmo assim formalizado Testamento, e sem dependencia d'outro mais solemne, póde desherdar os filhos; porque, ainda que repugnarão alguns DD. exigindo hum Testamento mais solemne, o permite a mais sólida opinião, (Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 18. et Vol. 2. Disp. 19. *De Jure testandi inter Liberos* Cap. 4. a n. 59. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 29. no fim.) que adoptou o Cod. Frederico (§. 31.) (3); que, se o Pai fizer hum Testamento assim formalizado, e passe a approvallo judicialmente, mas for nulla a Approvação, poderá valer pelo privilegio; com tanto que declare que, não valendo como escripto solemne, valha como testamento entre filhos. (Coccej. jus contr. L. 29. T. 1. Q. 11. Vide Stryk. Vol. 2. Disp. 19. C. 1. n. 22.

§. 35.

Pelo contrario (4.º) he nullo o Testamento escripto por mão alheia, e subscripto só pelo Pai, ainda que a subscripção se reconheça, (§. 18. 19, 30, e 31) sendo errada a opinião dos Estrangeiros e Reinicolas, que derão validade a tal Testamento (§. 18, e 28): Em fim (5) he nulla a disposição nuncupativa testamentaria só com duas tes-

temunhas e depende do numero de seis , regular nos mais testamentos nuncupativos. (§. 24, 25 , 26 , 27 , 30 , e 31). Estas parecem ser as sólidas efixas regras , que se devem seguir , apezar das diversas , e erradas interpretações dos DD. (§. 1 , e 2.)

A R T I G O VI.

He preciso tambem , que a vontade do Pai , ou Mãe fosse perfeita , e consummada :

§. 36.

He nullo o Testamento paterno , quando imperfecto *ratione voluntatis*. (Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 7. §. 5. n. 209. Valasc. conf. 74. n. 14. Stryk. de Caut. Testam. Cap. 10. §. 9 , et Vol. 2. Disp. 19. C. 1. a n. 18. Harprect. Disp. 44. *De Testamento ratione voluntatis imperfecto* a n. 2. , et n. 86. et 87. Manz. de Testam. T. 3. Q. 7. n. 16.) Exemplificação os DD. esta imperfeição de vontade (omittindo os casos de estar o Pai demente , ser dolosamente suggerido etc. (1.º) quando o Testador , principiando a testar , e em quanto estava dispondo , foi prevenido com a morte , ou demencia antes de consummar a disposição de todos os seus bens ; ficando certa em parte , e incerta no resto , que o Testador intencionava dispôr quando emudeceo. (Stryk. et Pinheir. *supra* , Harprectr. *supra* a n. 16. Barry de Success. L. 10. T. 15. n. 1. Manz. *supra* n. 3) (2) quando , depois de ter instituidos os filhos , e ter disposto do Terço , intencionava impôr ao successor do Terço algumas condições , que dava idéa querer impôr ; e entre tanto morreo , emudeceo , ou enlouqueção (Harprectr. *supra*

a n. 19. Manz. sub n. 3. *¶. Idem etiam* = Barry supra n. 1. Menoch. L. 4. Præs. 5. n. 6.) ect.

§. 37.

Se porém o Pai, tendo já escripto, e subscripto o seu Testamento na fôrma da Novella 107. Cap. . (§. 12, 30, 31.), e assim com quanto bastava para a sua validade, quiz que se chamasse Tabellião para o approvar; mas morreo, ou antes de vir o Tabellião, ou antes de feito o Acto da Approvação; neste caso subsiste válido o seu Testamento particular, pelas razões que terminantemente expõem os DD.: (Stryk. Vol. 2. Disp. 19. *de Jure testandi inter liberos* Cap. 1. n. 22. Harprectr. Disp. 44. *de Testamento ratione voluntatis imperfecto* a n. 67, e n. 124.) Da mesma fôrma: Se hum Testador tiver testado nuncupativamente perante o sufficiente numero de Testemunhas, e, completa inteiramente a sua disposição, disser, chame-se hum Tabellião para escrever este meu Testamento, e morrer antes de vir o Tabellião, ou antes de concluir a Escriptura, subsiste válido o Testamento Nuncupativo. (Harprectr. supra a n. 34. Nett. de Testament. Liv. 1. T. 15. n. 13. Cald. de Empt. Cap. 19. n. 9. Reinos. Obs. 48. n. 18. Pereir. Dec. 51. Phæb. Dec. 188. ex n. 17.) Não assim, se pôde constar que não quiz haver o seu Testamento por perfeito, e consummado, sem ser escripto por Tabellião. (Quaes sejam as conjecturas, que indicão a imperfeição, e inconsummação da vontade, seria extenso, se as referisse; e cumpro aqui com remissão a Harprectr. d. Disp. 44. aonde *ex professo*; a Nett. supra T. 5. a Cresp. de Valdaur Obs. 52. a n. 24. a Altemar ad Rovit. L. 2. Obs. 41. Guerreir. Tract. 2. L. 5. C. 7.

a n. 85. ad 99., et Cap. 9. a n. 104., Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 6. n. 162., Barry de Success. L. 10. T. 15. Rub. de Testament. Cap. 9. a n. 430, e sobre todos Torr. de Pact. futur. Success. L. 3. Cap. 12. a n. 51. Idem Pinheir. Disp. 2. Sect. §. 3. ad n. 323.

§ 38.

Quando se argúe nullidade do Testamento pela razão *da imperfeição da vontade*: na dúvida se presume perfeita, em quanto senão prova que o Testador, além do que havia disposto, intencionava dispôr ainda mais; bem entendido, que só milita a presumpção da perfeição da vontade, se o Testador tem já instituído herdeiro. (Harprectr. supra a n. 166 ad 171. Nett. supra n. 17. Menoch. L. 4. Præs. 5. a n. 2. Brunneman. na L. 25. ff Qui testam. fac. poss. n. 5., Torre supra n. 58.

A R T I G O VII.

Quando o segundo Testamento do Pai inter liberos pôde revogar o primeiro: E quando sem outro segundo Testamento se deva julgar revogado.

§. 39.

O commum dos DD., interpretando a Novella 107. Cap. 2. de que foi tirada a Authentica *Hoc inter Cod. de Testamentis*, distinguem nesta forma: Que, se o Pai fez primeiro Testamento entre filhos com os requisitos da mesma Novella, que fiação referidos, (à §. 12, 30, e 31) e depois com os mesmos requisitos faz segundo entre os mesmos filhos, não he preciso que o segundo seja solemn-

sado com outros mais requisitos : e o segundo , só porque segundo, revoga o primeiro : Se porém o Pai no segundo Testamento testar a favor de estranhos , he necessario 1.º que especial , e expressamente revogue o primeiro Testamento com menção d'elle : 2.º que o revogue perante sete testemunhas ; e só assim o segundo Testamento , feito em favor de estranhos , pôde revogar o primeiro feito na dita fôrma em favor de filhos. (Assim com muitos DD. Stryk. Vol. 2. Disp. 19. Cap. 5. et de Cautell. Testament. Cap. 10. §. 31. Manz. de Testam. in Append. Tit. 16. Q. 5. Sabell. §. *Testamentum* = Mant. de conjectur. ultim. vol. L. 6. T. 2. a n. 15. et 19.) O mesmo , quando no segundo Testamento , ou os filhos são instituidos com desigualdade , ou com elles se mistura pessoa estranha ; porque tambem neste caso não vale o segundo Testamento sem expressa revogação do primeiro , e sem a solemnidade de sete testemunhas. (Stryk. de Caut. Testam. Cap. 24. §. 19. *¶. sin autem inæqualiter instituti* etc ; O que no nosso Reino se pôde applicar , quando o Pai no primeiro Testamento tinha instituido todos os filhos com igualdade ; e no segundo deixou o Terço ou a hum só filho , ou a hum estranho.)

§. 40.

Tambem o Commum dos DD., (Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 7. §. 5. a n. 203.) exceptuando o nosso Bento Gil , (Egid. na L. 1. Cod. de Sacross. Eccles. P. 2. §. 3. a n. 5.) avanção a Proposição ; que o segundo Testamento do Pai menos Solemne (isto , quanto a mim , he o feito na dita fôrma §. 12. 30, e 31) he capaz de revogar ~~he~~

primeiro inteiramente solemne, como qualquer solemnisado nas formas da nossa Ord. L. 4. T. 80: E exemplifica Gama (Gamma Decis. 109) ainda o caso, em que, fazendo o Pai dous Testamentos solemnes approvados na forma do §. 1 da dita Ordenação, o segundo revogatorio se mostrava nullo, por se não provar a tradição da cedula pelo Testador ao Tabe!lião.

§. 41.

O Cod. Frederico já citado, (§. 30) depois de prescrever essa forma de testar conforme o Cap. 1. da Novella declarou no §. 21. que „ Quando o „ Pai ou a Mãi fizerem semelhantes Testamentos, „ e elles não tenham datas dos tempos, em que são „ feitos, nenhum delles poderá subsistir: Se hum „ dos dous Testamentos he datado, elle será o uni- „ co válido: Se ambos dous são datados, o ultimo „ terá a preferencia. ”

§. 42.

Ainda que, conforme a genuína interpretação do Capitulo 2. da Novella 107, erão erradas essas opiniões, e distincções (§. 39. e 40.), e em todo o caso, em que o primeiro Testamento entre filhos era solemnisado na forma do Capitulo 1.º da mesma Novella, não cedia a segundo Testamento do Pai entre filhos, sem que no segundo indistinctamente se praticassem os requisitos do Capitulo 2.º da mesma Novella; isto he, huma expressissima revogação do primeiro, e a solemnidade de sete testemunhas, como contra essas opiniões fundamentalmente demonstrou, e convenceo Furgole: (Fur-

gol. de Testam. C. 2. Sect. 1. a n. 58 até o n. 72.) com tudo elle depois em outro lugar (O mesmo Furgol. C. 11. n. 47.) com a famosa Ordenação de Luiz XV. do anno de 1735, declarou *ut ibi.* =

„ Quando os filhos são instituidos em o primeiro, e em o segundo Testamento, he ella precisa huma revogação especial do primeiro? A Novella 107. C. 2. tinha decidido a questão pela affirmativa; e que huma primeira disposição imperfeita, mas válida em favor dos filhos, não podia ser revogada, senão por huma disposição perfeita em presença de sete testemunhas, ainda que ella fosse tambem entre filhos, assim como o temos mostrado no Cap. 2. Sect. 1. Mas a Ordenação de 1735 nos induz a decidir, que huma disposição posterior válida entre filhos, e que he revestida das formalidades prescriptas nos Artigos 15 e 16 (acima §. 30.) revoga de pleno direito, sem clausula expressa de revogação, hum primeiro Testamento, ainda que perfeito, *jure communi*, tambem entre filhos; porque ella attribue ao Testamento, de que ella tem regulado a fórma, o mesmo effeito e a mesma virtude, que tem os que são revestidos das formalidades ordinarias do Direito. Eis-aqui porque todos os filhos, tendo hum privilegio igual, que se destroe pelo mutuo concurso, he preciso reduzillos aos termos do Direito Commum. ” etc.

Nota: A Ordenação de Luiz XV. adoptou aqui a primeira distincção dos DD. referidos no §. 39; e não menos a adoptou o Cod. Frederico transcripto no §. 41 no fim.

COROLLARIO, REFLEXÃO, E CONSECTARIOS.

§. 43.

Se na materia sujeita , e segundo a demonstração no §. 33 , se observarem (como devem observar neste Reino) a pureza da Novella 107. com as modernas concordantes Legislações ; proscriptas do Foro essas erradas opiniões dos DD. ainda Reimícolas, e entrarem em collisão dous Testamentos de hum Pai *com igual e sufficiente solemnidade* * conforme estas Legislações, temos nos §§. 39, 41, e 42 regras certas, fixas, e invariaveis sobre a preferencia de hum dos Testamentos: Porém se grasar o erro das opiniões referidas §. 18, §. 25, §. 26, 28 junto o §. 40 , que absurdos não serão consequentes, quando occorresse huma tal collisão de Testamentos? Eu passo a desenvolvellos.

* Digo = *com igual e sufficiente solemnidade* = Porque, se hum delles for assim formalizado, e o outro não, he bem certa a regra da L. 2. ff. de Injust. rup. , do §. 2. Instit. Quib. mod. Testam. infrat. , juntas a L. 18. ff. de Leg. 3. , a L. 3. §. ult. ff. de Adim. legat. , a L. 36. §. 3. ff. de Testam. mil. : E assim ; (neste supposto) a hum primeiro Testamento escripto todo pelo punho do Testador, e com as solemnidades das ditas Legislações, só poderá prevalecer hum segundo, ou quando feito com as mesmas formalidades, ou quando ainda mais solemne com as geraes prescriptas nos quatro casos da Ord. L. 4. T. 80: mas não hum Testamento só subscripto pelo

Testador , ou escripto todo por elle , destituido das peculiares solemnidades , ou provado por duas Testemunhas etc.

§. 44.

Primeiro Absurdo : Se occorrerem dous Testamentos do mesmo Pai ambos formalisados na fórma da Ord. L. 4. T. 80. §. 1., (como no caso de Gamma (ut §. 40) hum com todas as solemnidades desta Ordenação , e outro defectuoso de huma dellas substancial , mas segundo , não será absurdo abandonar o primeiro válido , e respeitar o segundo nullo ? O Pai , não postergou elle o seu privilegio , accingindo-se a testar em ambos os Testamentos na fórma da Lei ? (Veja-se Coccej. jus contr. L. 29. T. 1. Q. 11.) Que differença aqui de favor de filhos para não aproveitar a hum o Testamento válido , e aproveitar a outro o Testamento segundo nullo ? Cessará aqui a regra da L. 18. ff. de Legat. 3. , em quanto firma , que o Testador nunca se subentende , que pelo segundo Testamento nullo se quiz apartar do primeiro válido ?

§. 45.

Segundo absurdo. Figure-se hum filho melhorado pelo Pai no seu Terço por hum Testamento em tudo solemne , ou conforme a Ord. L. 4. T. 80. no Principio , ou conforme o §. 1., ou conforme o §. 3 ; e este Testamento , o primeiro , não será elle o maior absurdo (por essa opinião §. 40) julgallo revogado por hum segundo do Pai menos solemne , e mais exposto a falsidades , como se só for subscripto pelo Pai , sem testemunhas ; ou se nuncupa-

tivo provado só por dous Varões, ou fêmeas? Póde isto caber em juízo sensato? Há de falhar aqui a regra = *Per quascumque causas res nascitur* etc.? Há de falhar aqui a outra da Ord. L. 3. T. 59. §. 3., e 11., e L. 4. T. 37. §. 3? O menos solemne há de revogar o solemne? O que póde ser facilmente falso ao revestido das solemnidades, com que as Leis occorrêrão ás falsidades? A prova testimonial á Instrumental?

§. 46.

Terceiro absurdo. Apparece hum Testamento do Pai todo escripto por sua Letra, e juntamente subscripto, com os mais requisitos da Novella, e modernas Legislações, e que conforme a ellas equivale ao solemne; e contrapõe-se hum só subscripto pelo Pai, sem Testemunhas, que o presenciassem, e este segundo: Qual será mais facil de se fabricar falso? Hum todo escripto, e subscripto pelo Testador, ou o outro só subscripto por elle? Ninguem dirá, que o primeiro: E há de ceder hum e primeiro, menos possivelmente falso, a outro e segundo mais possivelmente falso? Como póde aqui entrar algum daquelles favores, que prenotei no §. 5 a favor do Pai, ou a favor de hum filho contra o outro, ou a favor do Pai, e juntamente de hum filho, e não do outro?

§. 47.

Quarto absurdo. Supponha-se hum filho assistido de hum Testamento todo escripto conforme a Novella, e modernas Legislações melhorado no Terço do Pai, (que póde ser muito importante) e

competir com outro, que só com duas testemunhas, e talvez mulheres, finge huma ultima disposição Nuncupativa do Pai: Qual deverá ser mais attendido? Não há de prevalecer o primeiro indubitavel, e que as Leis authorisáo como solemne, a duas testemunhas *de facili* corruptiveis?

Nota: Taes, e outros taes seriáo os absurdos, que, seguidas essas opiniões, resultariáo de dous Testamentos do Pai: Deixemos, e proscrevamos o imperio da opinião: Não sigamos cegamente erros convencidos; não nos afferremos a esses DD. sem critica: Sigamos a verdade com as Leis mais sabias tão depurada, e na delicada materia de ultimas vontades tão sujeitas (pela presumpção de todas as Leis) a falsidades: Sigamos o mais sólido e seguro; e lembremo-nos aqui do que judiciosamente escreveo Furgole transcripto nos §§. 1. e 2., que tenho mostrado ser realidade.

P A R T E II.

Legados deixados a pessoas estranhas em Testamentos entre filhos.

§. 48.

São conformes os DD. em que, testando o Pai só com as solemnidades precisas para valer seu Testamento entre filhos, e sem o concurso d'outras mais solemnidades, só vale no disposto a favor delles, e hé nullo, * no que ahi dispõem em favor de *pessoas estranhas*. (*ex professo* Harprectr. Disp. 50 = *De admixtione personæ extraneæ in*
Ee

dispositione parentum inter Liberos = Cod. Freder. P. 2. L. 7. T. 11. Art. 2. §. 18. et 20. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 2. n. 18. Altim. ad Rovit. L. 2. Obs. 41. n. 8: Idem Guerreir. L. 5. C. 8 n. 27; Stryk. vol. 2. Disp. 19. Cap. 4. n. 1. Muler ad Struv. Exerc. 32. thes. 19.) Também não duvidão, que nesta materia, e para o dito fim se reputão *pessoas estranhas*, todos os que não entrão no numero de filhos, e descendentes do Testador; como a mulher do Testador, os Irmãos d'elle, os Afilhados, os Enteados, e Padrastos, e Madrastas; ainda os Pais, e Mães do Testador, e os mais consanguineos, e affins. (Cod. Freder. supra §. 20. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 2. a n. 22. *plenissime* Harprectr. supra a n. 21. Stryk. d. C. 4. a n. 9.) Também concordão, em que no Testamento dos Pais Escripto ou Nuncupativo se podem deixar Legados a pessoas estranhas, intervindo mais solemnidades, além das sufficientes para a validade dos Testamentos entre filhos.

* Os Legados assim nullamente deixados aos Estranhos accrescem aos filhos, ou ficão em favor delles na herança do Pai. Stryk. vol. 2. Disp. 19. Cap. 4. n. 1, L. 21. §. 1. Cod. de Test. Harpr. n. 225.

§. 49

Pelo que respeita ao Testamento escripto pelo Pai, em que se deixão legados a pessoas estranhas, a Novella 107 hé a unica a conceder esse Legados em favor de pessoas estranhas; com tanto que o Pai escreva todo esse Testamento por sua propria mão; e que em presença de Testemunhas declare,

que elle mesmo o tem escripto; e que elle quer que valha o que está escripto; e isto basta. (Furgol. de Testament. Cap. 2. Sect. 1. n. 56. Pinheir. de Testam. disp. 2. Sect. 7. §. 5. n. 201. Mul. supra pag. 675. Col. 1. et pag. 676, et 677. Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 8. n. 27.) Como porem não declara perante quantas Testemunhas deverá fazer essa declaração, aqui varião os DD. sobre o numero preciso: Huns assentão, que basta a prova regular de duas testemunhas: (Pinheir. supra: Por esta opinião referem tambem muitos DD. Mul. supra pag. 676. Col. 2., Stryk. de Caut. Contract. Cap. 10. §. 24, Struv. Exerc. 32 thes. 19, Harprectr. supra a n. 237.) Outros, e melhor, conciliando a Novella com a L. ult. §. 3. Cod. de Codicill. assentão que deve concorrer com aquella escripturação e declaração pelo Testador o numero de cinco Testemunhas; (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. n. 57., Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 24. et vol. 2. Disp. 19. Cap. 4. a n. 47., e outros referidos por Harprectr. supra n. 237. M. Coecej. jus Contr. L. 29. T. 1. Q. 9. in fin.) Opinião mais fundamentada, e conforme a nossa Legislação, (na Ord. L. 4. T. 80. §. 3) e das Nações. (O Cod. Freder. no lugar citado, e a Ordenação de Luiz XV. de 1735. no Art. 18. apud Furg. C. 2. Sect. 3. n. 35 recortarão absolutamente dos Testamentos entre filhos todas as pessoas estranhas.)

§. 50.

Os Pais nesses Testamentos só podem substituir filhos entre si, mas não a elles pessoas estranhas. (Harprectr. d. Disp. 50. n. 193. Stryk. de Caut. Testam. C. 10. §. 23. Mul. ad Struv. Exerc.

32. pag. 674. Col. 2. Coccej. d. Q. 9.) Alguns DD. limitão, quando he hum só filho, e quando a elle util; (Mul. et Harprectr. supra) mas o Cod. Frederico (P. 2. L. 7. T. 11. Art. 2. §. 20.) reprovou taes limitações, adoptando talvez a opinião de Stryk. (Stryk. d. §. 23. §. *Id quoque*) Nem tambem valem os Legados ahi deixados a estranhos (*Latissime* Harprectr. a n. 199.) *Quidnos pios?* Veja-se a Dissertação 6.^a seguinte.

§. 51.

Pelo que respeita aos Testamentos Nuncupativos dos Pais: Eu já mostrei a §. 24, que elles não podem testar nuncupativamente com numero de testemunhas menor do commum, com que devem testar os mais Testadores: Porem os DD. da opinião contraria limitão este caso, e exigem nos Testamentos e Codicillos dos Pais, em que se deixa algum Legado a pessoa estranha, o numero de Testemunhas preciso nos mais Testamentos. (Harprectr. Citat. Disp. 50. a n. 223. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 19. pag. 677. Col. 1, in fin. et Col. 2.)

DISSERTAÇÃO VI.

Disposições em favor de Causas Pias são sujeitas ás Leis Civis; e não podem valer sem as solemnidades, que estas Leis exigem em geral para a validade dos Testamentos.

Exorna-se a doutrina de Mell. L. 3. T. 5. §. 17.

Serei por ventura censurado irreligioso, porque me opponho a alguns famigerados privilegios da Causa Pia? Eu vejo que vou lutar contra huma Decretal, contra as suas razões, contra outras, que idearão alguns pios Escriptores; contra o innumeravel Esquadrão delles; contra decisões de Senados da Europa, e dos nossos; (Basta ver, por todos, o que recolligio a favor dos Testamentos e Legados em beneficio da Causa Pia, e dos seus privilegios Paulo Rubeo Jur. Consult. Romano, Resolut. Practicab. circa Testament. aliasque Disposit. ad Pias Caus. Cap. I. aonde *non plus ultra.*) porem eu vou dissertar afeiçoado em Leis das Nações e da nossa; em Principios do Direito Publico hoje recebidos; em Votos de DD. Canonistas, e Civilistas Orthodoxos; e com a razão mesma: Terei partido contra a Censura d'alguns. Demonstrarei pois humas Proposições geraes; e depois passarei a deduzir Consecrarios especiaes.

P R O P O S I Ç Ã O I.

O Direito Romano dos Imperadores Pios, e Orthodoxos, ainda que permite testar em favor de Causas Pias, exige nos Testamentos as solemnidades das Leis Civis, e sem ellas he nullo o que se deixa á Causa Pia.

§. I.

Esta Proposição tem clara prova na L. 13. Cod. de Sacros. Eccles. e nas palavras = *quod tamen alia omni juris ratione munitum sit.* = Não faltarão DD. pios, além do justo, que quizerão tergiversar esta clara Lei, com humas palavrinhas da L. 1. no mesmo Tit.; sem advertirem que esta foi de Constantino no anno de 321, (não dispensando as solemnidades, que em geral exigião as mais Leis) e que a 13.^a foi posterior de outros Imperadores no anno de 455, e esta nas transcriptas palavras removia qualquer dvida: Com effeito: nesta Proposição assentão os Juristas, Canonistas, e mesmo todos os aceros defensores da Causa Pia. (Stryk de Caut. Testam. C. 12. §. 1. Rieger. P. 3. §. 412. Gmeiner Inst. Jur. Eccles. Sect. 2. §. 368, Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 9. n. 263. Amos-442. de Caus. pias L. 1. C. 5. n. 2. Paul. Rub. de Testament. Cap. 4. tot. Furgol. de Testam. C. 2. Sect. 1. n. 110, e 111. Optime Harprectr. Disp. 50. a n. 104: Assim o reconheço o Papa Alexandre III. no celebre Cap. 11. de Testam.)

P R O P O S I Ç Ã O II.

As Leis de muitas Nações Christãs põem de solemnidades dos Testamentos, e Disposições a favor da Causa pia, ao nível de todos os mais sem especial privilegio algum.

§. 2.

Não fallo da L. 3. do Touro na Hespanha, (que transcreveo Gomes no seu Commentario) que, quando negou aos Testamentos entre filhos a validade, não sendo revestidos das solemnidades commuas a todos os mais Testamentos, he bem consequente que negou o mesmo favor ás Causas Pias: Lembro a famosa Ordenação de Luiz XV. (inspirada por seu Chanceller o grande Aguessau) datada em 1735, que poz as disposições Pias ao nível de todas as mais em geral, para depender a sua validade das formas, e solemnidades dos mais Testamentos; (Furgol de Testament. Cap. 2. no fim, e Secção 1. n. 115, e Secção 3. a n. 40, e Cap. 5. Sect. 4. sub n. 43.) o que assim, antes desta Ordenação, se julgava no Parlamento de París. (Chopin. Monasticon, L. 2. T. 1. Art. 28. Charond. L. 13. Resp. 14., e nas QQ. de Dir. P. 4. T. 9. C. 2.) Lembro o Codigo Frederico (P. 2. Liv. 7. T. 11. in pr. e Art. 2. Sub §. 20.), que não só classificou como Testamentos privilegiados aquelles, em que se dispoem a favor da Causa Pia; mas expressamente lhe denegou esse privilegio. Lembro o moderno Codigo de Savoya, (Liv. 5. T. 1.) que, dando a forma geral a todos os Testamentos, não privilegiou de modo algum a Causa Pia.

P R O P O S I Ç Ã O III.

A nossa Ordenação seguiu nesta parte o Direito Romano : As subsequentes Legislações nada respeitdrão os favores (ou alguns) da Causa Pia.

§. 3.

A nossa Ord. L. 1. T. 62., ao mesmo tempo que foi zelosa em fazer cumprir promptissimamente as disposições pias, ella no §. 24 ut ibi. = E tu-
 „ do o que por bem deste Regimento mandamos,
 „ que se faça na execução dos Testamentos, se fa-
 „ rá, e cumprirá nas Cédulas, ou Codicillos, sen-
 „ do feitos conforme as nossas Ordenações, * e
 „ Direito **, para serem valiosos. ” Ordenação
 que até agora não indicou algum Reinicola, que
 eu tenha visto, nem attingio o grande Mello.

* Como não temos outras Ordenações, que dem a fórma a Testamentos, e Codicillos, sen-
 não a do L. 4. T. 80, e 86, a que esta Ord.
 tractando das Disposições pias, faz remissão,
 devemos necessariamente observallas nesta ma-
 teria.

** Quando, como aqui, o nosso Legisla-
 dor na Ordenação faz remissão ao Direito, se
 entende do Romano, e não do Canonico, co-
 mo bem advertio Peg. ao dito §. 24. n. 3. A
 outra L. 3. T. 64 bem declarada na L. de
 18 de Agosto de 1769, ainda nos casos omis-
 sos, nos faz com a primeira preferencia subsi-
 diario o Direito Romano; *et maxime* aqui o

de Imperadores não já Pagãos, mas Christãos.
(§. 1.)

§ 4.

A Lei de 9 de Setembro de 1769 no §. 21, e o Alvará de 20 de Maio de 1796, tendo em vista o Poder Legislativo competente aos Summos Imperantes Temporaes sobre as materias Temporaes, e sobre as Disposições Pias, se oppozerão diametralmente aos Testamentos, em que a Alma (esta Causa Pia) fôsse instituida herdeira, e a herança se houvesse de distribuir em applicações Pias: E isto até o ponto de annullar quaesquer Legados, ainda profanos, deixados nos mesmos Testamentos nulos, como declararão os Assentos. (Assentos de 29 de Março, e de 5 de Dezembro de 1770; de 9 de Abril de 1772; e de 21 de Julho de 1797.) E isto quando o principal Privilegio da Causa Pia consistia na Instituição de herdeira; sendo só disputavel a validade dos Legados pios em Testamento, em que hum Vivente fosse herdeiro, mas nullo esse Testamento. (Como se vê e nota em Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 9. §. 5. n. 357, e 358.)

§. 5.

Por outra parte: Duvidava-se se o Legado em favor da Causa Pia era *demonstrativo*, ou *taxativo*, (Castilh. L. 4. Controv. C. 54. a n. 21. Furgol. de Testam. Cap. 5. Sect. 4. n. 43.) é a Causa Pia tinha a seu beneficio a regra, que em dúvida se devia julgar pela opinião a ella favoravel: (Barbos. de Jur. Eccles. L. 2. C. 13. n. 46, Boehm. Exerc. 80. §. 25.) Porém a tal favor não respeitou hum Assento, (de 2 de Março de 1786, declarando

quanto ao passado o que assim estava determinado quanto ao futuro pelo §. 20 da dita L. de 9. de Setembro) que o decidio *taxativo*, e não *demonstrativo*, de que os effectos serão mais vantajosos. (ex Castilh. d. Cap. 54. tot.) A Ord. L. 4. T. 81. §. 6 só por puros motivos de caridade christã permittio ao servo da pena (bem entendido, com as solemnidades Legaes) testar da Terça para certas applicações pias; favor, e dispensa strictos por natureza: Em fim a Provisão de 18 de Janeiro de 1765 (referida pelo Dr. Fernand. Thomaz no Repertor. das Leis Extravag. Letr. C. n. 718.) declarou, que as causas testamentarias são por sua natureza *meramente temporaes*, e por tanto he só pelo privilegio concedido pelo Soberano, que algumas pertencem ao conhecimento do Juizo Ecclesiastico.

P R O P O S I Ç Ã O IV.

A Legislação do Papa Alexandre III. no Cap. 11. de Testament. só póde ter força de Lei nos Estados Temporaes dos Papas: As razões deste Capitulo são menos plausiveis: As que augmentarão os Aduladores, e sequazes dos favores da Causa Pia, são ridiculas; e justas em si mesmas as Leis dos Summos Imperantes a este respeito.

§. 6.

Do Principio do Direito Publico, hoje não ignorado pelos que são medianamente instruidos, deduz ao nosso proposito o grande Furgole, (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 1. n. 112, 113, 114.) que „ He verdade, que o Papa Alexandre III. respon- „ dendo a hum Bispo da sua dominação temporal

„ em o Cap. *xi. n* de Testam. declara válidas as
 „ disposições feitas em favor da Igreja, se ellas
 „ são feitas em presença de duas ou tres testemu-
 „ nhas; porque estas materias devem ser decididas,
 „ não segundo as Leis humanas, mas segundo o
 „ que está escripto nos Livros sagrados, *in ore duo-*
 „ *rum, vel trium testium stat omne verbum*. Mas
 „ a Causa Pia não tem a este respeito nada que
 „ não seja communicado aos Particulares; pois que
 „ o Cap. *Cum esses 10*, que precede immediata-
 „ mente, e que he tirado de huma Decretal do
 „ mesmo Papa feita para servir de Lei em os seus
 „ Estados particulares, como nota *Molin. de Just.*
 „ *et Jur. tr. 2. Disp. 133. n. 4*, declara bons os
 „ Testamentos feitos perante o Paroco, e duas, ou
 „ tres testemunhas, segundo hum costume geral da
 „ Igreja, que se regulava, e não pelas Leis huma-
 „ nas, mas pelas Leis Divinas.

„ D'outra parte; as disposições do Direito Ca-
 „ nonico, que, como se tem notado, não tem si-
 „ do feitas mais que para servir de Lei nos Esta-
 „ dos do Papa, não devem prevalecer, em mate-
 „ ria puramente temporal e profana, sobre as Leis
 „ dos Principes Temporaes; porque a Jurisdição
 „ da Igreja se limita só ao Espiritual, se senão ex-
 „ ceptuão as Terras, que são do Património de S.
 „ Pedro, e debaixo da denominação temporal do
 „ Soberano Pontifice. ”

§. 7.

O grande Gibert. Corp. Jur. Canon. tom. 3.
 Tit. 4. Sect. 6. pag. 241 depois de succar todos os
 Textos do Direito Canonico nesta materia, elle pe-
 los mesmos Principios escreveo, *ut ibi* = „ *Collecti*
 Ff 2

„ Textus, qui subtrahunt Legi Civili Causas Pias,
 „ easque privativè subjiciunt Canonibus, restrin-
 „ gendi sunt ad Terras ditionis Pontificiæ, ubi Ca-
 „ nones pro Legibus haberi possunt, Papa id ità
 „ præcipiente, cum supremam in Temporalibus ibi
 „ habeant potestatem; ad alia loca extendi non va-
 „ lent, invitis aliis Principibus Supremis, cum istí
 „ ipsi in Temporalibus non subjiciantur; ideoque
 „ illorum Legibus circa Temporalia, quam ha-
 „ bent a suis Autoribus, auferre sine injustitia non
 „ potest: ” Confira-se Manz. de Testam. in Ap-
 pend. T. 18. Q. 5. a n. 3. *ubi optimè.*

Nota : Os Estatutos da Universidade de Coimbra não cessão a cada passo de desabusar, e fazer desabusar aos afferrados ás Maximas Ultramontanas ; declarando Legislatoria-mente, que o Poder dos Papas sempre foi e he stricto e limitado (fóra das Terras da sua dominação) ao *espiritual* ; que sobre as materias *Temporaes* não tem os Papas poder *directo* nem *indirecto* ; e que ainda as Leis Civis devem regular os Direitos das Pessoas Ecclesiasticas ; os bens Temporaes da Igreja, por natureza propria dependentes do Poder Temporal etc. Veão-se os mesmos Estat. Liv. 2. T. 4. C. 1. §. 30. Cap. 2. §. 12. Cap. 4. §. 10, e 11., e Tit. 8. C. 2. §. 29. As nossas citadas Leis (§. 3, 4, 5.) nos mostram o exercício do Poder neste caso pelos nossos Imperantes.

§. 8.

Que direi das razões expressas, e fundamentaes do mesmo Cap. 11 *de Testamentis* ? Eis-aqui o

Texto com suas razões ,, Relatum est, quod cum
 ,, ad vestrum examen super relictis Ecclesiae causa
 ,, deducitur, vos, nisi septem vel quinque idonei
 ,, testes intervenerint, inde postponitis judicare.
 ,, Mandamus quatenus, cum aliqua causa talis ad
 ,, vestrum fuerit examen deducta, eam *non secun-*
 ,, *dum leges, sed secundum decretorum statuta,* *
 ,, tractetis, tribus, aut duobus legitimis testibus
 ,, requisitis: Quoniam scriptum est: *in ore duorum*
 ,, *vel trium testium stat omne verbum* = ” (Na-
 da mais.)

* Estes *Estatutos dos Decretos* diz ahí a
 Glossa, erão os mesmos que dictavão = *in ore*
duorum vel trium testium stat omne verbum =
 quaes o Can. 1. Dist. 48, e a Caus. 2. Q. 5.
 no Principio: E que paridade tem os casos re-
 feridos nesses Canones com a prova das dispo-
 sições Pias? E que razão menos plausivel?
 Quantos casos não ha decididos no Direito Ca-
 nonico, em que não bastão duas Testemunhas,
 e he necessaria Escripura para prova? Eu re-
 firo dous na Collecção de Dissertações em sup-
 plemento das segund. linh. Diss. 5. §. 6. pag.
 124, e outras Mæstort. de Justit. LL. Roman.
 L. 2. Dub. 44. O certo he, que Alexandre III.
 só aqui quiz Legislar como Senhor Temporal
 para os seus Estados: Se quiz Legislar pa-
 ra todo o Orbe, e esse foi o seu systema, o
 devemos suppôr (e desculpar) imbuído nas ma-
 ximas das falsas Decretaes. He preciso não lêr
 Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 3. Tit. 2. Cap. 2.
 para ignorar a intendencia, que os Papas ti-
 nhão nesse tempo sobre as causas testamenta-
 rias por commissão, ou connivencia dos Sum-

mós Imperantes , para ignorar o quanto essa disciplina foi variando ; e para não entender pela historia dos tempos a causa desta Decretal, e o seu nenhum uso etc.

§. 9.

Que direi das razões, que vergonhosamente creverão os Aduladores , os sequazes do favor da Causa Pia , os afferrados áquella Decretal ? Eu mesmo me horroriso referillas no presente illuminado seculo : Não posso dispensar-me para melhor as convencer face a face : Eis-aqui as que dos mais DD. deduz Pinheiro. (Pinh. de Testam. Disp. 2. Sect. 9. n. 264.) » *Facultas testandi valde ad causas pias absque solemnitatibus juris civilis, introducta est auctoritate Summi Pontificis; cum in rebus ad bonum animæ, finemque supernaturalem conducentibus omnis alia potestas subordinata est. Unde nulibi gentium per aliquam legem civilem impediri, vel abrogari potest dictum privilegium testamento ad causas pias concessum.* » E em outra parte. (n. 357.) » *In d. Cap. Relatum privilegiantur simpliciter pia relictæ... nec ipsæ Leges Civiles ea poterant irritare, cum pertineant ipsius Testatoris, et sic soli potestati Ecclesiasticæ, et Spirituali subjiciatur etc.* » Ainda he mais escandaloso Paulo Rubeo (C. 1. n. 62.) quando ao proposito escreveo = » *ubi agitur de pia causa Canon prævalet Legi... Summus Pontifex in hac materia pia potuit derogare Legibus Civilibus, quoniam ipse plenissimam habet potestatem in Principes Seculares, quatenus finis supernaturalis, bonumque animarum Spirituale postulat.* » Tambem Amostaz. de Caus. piis escreveo a razão.

(L. 1. C. 6. n. 1. Seria puerilidade, e pedantismo futilizar no presente Seculo semelhantes razões; tendo-se ponderado o exposto a §. 6.^o, e muito mais ponderando-se as que em resposta passo a transcrever.) „ Ad excludendas fraudes in aliis testamentis „ amplior numerus requiritur; quæ cum cessent in „ testamento pio duorum numerus sufficit ad pro- „ bationem. Tum, quæ spiritu Dei aguntur, Legi- „ bus humanis non subjacent. Cap. 2. Caus. 19. Q. „ 2. Cap. 18. de Regul. ”

§. 10.

„ Nec dicas: escreveo Rieger (Rieg. P. 3. „ §. 415.) a potestate Legislatoria Civili exercitio „ consiliorum evangelicorum conditis legibus ne- „ quidem posse impedimentum poni, et in testa- „ mento ad pias causas cessare finem Legum civi- „ lium solemnitate adstruentium, quum opus „ tam sanctum periculo fallaciarum non videatur „ esse obnoxium, nec etiam dolo agat, qui per- „ suadet alteri, ut honorem Dei promoveat, et „ laudabili munificentia pias causas prosequatur.

„ Quid? Infert ne pater familias vim consiliis „ Evangelicis, si instituto fidei commissio hæredi- „ bus, et posteris suis omnem illud ad quoscum- „ que, et ob quascumque causas alienandi facul- „ tatem adimat? Quanam ergo fronte Summum „ Imperantem Civilem peccati argues si testamen- „ ta pia contra fraudes solemnitatum adparatu „ muniat, certumque genus hominum ab eorum „ factione simpliciter excludat. Consulit Christus „ exercitium consiliorum evangelicorum, sed præ- „ cipit etiam obedire Principibus: (ad Roman XIII.) „ Potest testamentum ad pias causas esse indiscre-

„ tum , potest officere pietati , qua complecti tene-
 „ mur posteritatem nostram ; potest offendere gra-
 „ titudinem , qua remunerari convenit beneficia no-
 „ bis præstita ; potest lædere charitatem , qua co-
 „ gnatis potius egestate pressis jubemur succurrere ,
 „ quam splendido opere æternitati nominis consu-
 „ lere. Legislatores ergo christiani nulla reprehèn-
 „ sione digni sunt , quod testamenta pia a jugo
 „ solemnitatum , quibus reliqua testamenta obno-
 „ xia esse voluerunt , olim non exemerint ” Con-
 „ corda Gmeiner (Gmeiner Sect. 2. §. 368.)

§. II.

Em quantos se realizará a declamação de Stryk?
 (Stryk. Programm. *de Favore Testamentorum non
 favorabili* = Vol. 14. pag. mihi 312.) Declama-
 elle , além do mais , ao nosso proposito ” Imo et
 „ ea quæ piis causis relinquuntur , ut plurimum ex
 „ pravis affectibus procedunt. Sæpissimè quæ Mi-
 „ nistris Ecclesiæ , Templis , Pauperibus legantur ,
 „ non ex alia intentione proveniunt , quàm ex studio ,
 „ ut post mortem laudibus publicè prædicetur Tes-
 „ tator ; et hac ratione pallium quærat innume-
 „ ris vitiis , quibus aliàs scatuít , aliisque offendi-
 „ culo fuit defunctus Ita *fastus* et *superbia*
 „ impellit homines ad Legata ad pias causas ... Sed
 „ et *avaritia* haud paucos inducit ; cum enim per
 „ omnem vitam tenacissimi fuerint , et proximo
 „ indigenti , non modo non decima , sed nec milles-
 „ sima parte bonorum suorum succurrere voluerint ,
 „ nunc , cum bona sua etiàm inviti dimittere te-
 „ nentur , incipiunt liberales esse , credentes , satis-
 „ fieri posse suo officio , si in testamento pauperi-
 „ bus quamvis parce satis prospiciant ”

Nota: Será preciso não ler a Dissertação 1.^a para não attribuir aos Summos Imperantes o poder de Legislar privativamente sobre materias Testamentarias sem restricção alguma, conforme o exige o Estado Civil da Republica: Será preciso attribuir aos Summos Pontifices hum poder Legislativo universal sobre os contractos, e todas as disposições, acções, e bens, formas etc. de todo o individuo no Orbe Catholico, tributar-lhes os poderes directo, e indirecto, para esta Decretal prevalecer ás Legislações Civis, que prescrevem as solemnidades dos Testamentos etc: E que absurdos!

P R O P O S I Ç Ã O V.

Todas as razões Politicas, Civis, e Theologicas conspirão para que as disposições em favor da Causa Pia dependão das Ordinarias Solemnidades precisas em todas as mais ultimas Vontades.

§. 12.

Eis-aqui o Discurso do grande politico, e jurista Domat (Domat, L. 3. T. 1. Sect. 3. pag. 334. Col. 2.)

„ Alguns Interpretes tem crido, que se devem
 „ dispensar da regra explicada neste artigo os Le-
 „ gados pios, e que devem subsistir em hum Tes-
 „ tamento, mesmo que só tenha duas testemunhas,
 „ e ainda que huma das testemunhas seja huma mu-
 „ lher: E elles tem ainda extendido o favor destas
 „ sortes de Legados a fazer valer testamentos nul-
 „ los por outros defeitos mais essenciaes que os das
 „ formalidades. Mas, qualquer que seja o favor dos

„ Legados pios , as Leis não os tendo exceptuado
 „ desta regra , elles ahi são comprehendidos da
 „ mesma forma que outras disposições tão favora-
 „ veis , como os Legados aos domesticos , a paren-
 „ tes pouco accommodados , ou outras pobres pes-
 „ soas , ou para restituições , ás quaes o Testador se
 „ creria obrigado: A Liberdade de fazer semelhan-
 „ tes excepções das regras passa os limites da in-
 „ terpretação ; e haveria muitos inconvenientes nes-
 „ ta Licença , que não he boa , senão para multipli-
 „ car processos , de que tem assás outras fontes.
 „ Assim : parece mais justo e mais natural de se
 „ seguir a Lei , e de preferir á Liberdade de ser
 „ ferida , e offendida , a necessidade de ter regras
 „ fixas , esperando , que seja providenciado por hu-
 „ ma outra Lei aos Legados pios. Pois que d'ou-
 „ tra parte , se os Testadores temem que algumas
 „ nullidades anniquilem as suas disposições pias ,
 „ que elles poderão fazer em seus Testamentos ,
 „ elles tem duas vias para se providenciarem , e
 „ precaverem ; huma e a mais segura , he executa-
 „ rem elles mesmos as suas boas intenções , e faze-
 „ rem as suas Liberalidades , em quanto vivos , antes
 „ que de as remetter para depois de suas mortes
 „ sobre huns bens , em que elles não terão nada : E
 „ a outra , tomar hum bom conselho para os seus
 „ testamentos. ”

Eis-aqui o Discurso do moderno , e mais fami-
 gerado Theologo , João Vicente Patuzzi.

„ Hinc etiam in testamento ad pias causas certæ
 „ sunt præstitutæ solemnitates , ut suum valorem
 „ sortiantur , quas potius corrumpunt , quàm ex-
 „ plicent , et interpretentur Theologi , dum adeo
 „ extendunt , ut etiam illis minimè servatis , fortas-
 „ se etiam contemptis , adhuc testamenta valere

„ affirmant quidem , sed minime probant. Pietas
 „ veró causæ , nimirum quòd Legatum , et testa-
 „ mentum cedat in utilitatem animæ Testatoris ,
 „ non subtrahit materiam a subjectione Legum ,
 „ cum hæc in rebus temporalibus sita sit , quæ
 „ Principum justis Legibus subjicitur , quæ certæ
 „ sunt et sancté custodiendæ ; et non licet illas
 „ juxta privatorum interpretationem plus justo ,
 „ vel extendere , vel corrumpere. Sufficiat quidem
 „ hæc voluntas Testatoris ex testamento minus so-
 „ lemni , et pietas causæ , ut ante sententiam Judi-
 „ cis vim habeat obligandi ; at illam extendere
 „ etiam post sententiam Judicis , est ordinem per-
 „ vertere , et debitam Principibus et Legibus obe-
 „ dientiam et subjectionem excutere. Sibi autem
 „ imputare debet Testator si pia ejus voluntas non
 „ impletur ; quippe qui sibi consulere poterat , vel
 „ dum in vivis erat , pia opera per se præstando ;
 „ vel idoneo et legitimo Testamento de rebus suis
 „ juxta Leges disponendo. Præterea et hîc Locum
 „ habet regula a *Genetto* , et *Natali Alexandro*
 „ tradita , cujus meminimus Reg. 4 nimirum hære-
 „ dem teneri Testatoris voluntatem implere eo pla-
 „ ne modo , quo justus Judex judicaret. Porro jus-
 „ tus Judex judicavit Testamentum nullum esse :
 „ Cur igitur huic sententiæ tuta conscientia hæres
 „ se conformare nequibit ? Legatur *Juveninus tom.*
 „ *l. Res. Cas. Consc. C. 5. §. 4. Q. 10 :*

*Consectarios, que desta resolução se deduzem, e
Convicção de varias opiniões sobre diversos
Casos.*

§. 13.

Consectario primeiro. Assim he que na Alemanha lancou altas raizes a Decretal de Alexandre III., e ahi por costume antigo, e constante se julga na sua conformidade, como além dos Orthodoxos (Rieg. P. 3. §. 414. Gmeiner. Sect. 2. §. 368. et seqq.) attestão os mesmos Protestantes. (Carpzov. P. 3. Cons. 4. Def. 53. Lauterb. in Coll. ff. de Testam. milit. §. 48. Stryk. de Caut. Testam. C. 12. §. 1. Bochm. ad Decretal. L. 3. T. 26. §. 19. et ad Pand. Exerc. 80. C. 1. á §. 9. Leiser. in supplem. Spec. 351. med. 12. Vol. 11.) Assim he que em outras Nações se observa a mesma Decretal; (como se póde ver em Paul. Rub. de Testam. C. 1. a n. 35. ad 59.) e na nossa vemos observado em alguns Arestos (Arestos, que se encontrão em Gamma Decis. 380. in fin. Valasc. Cons. 67., França ad Mend. Arest. 27. Themud. Dec. 202.) o mesmo Direito Canonico: Porém a origem deste costume lá na Alemanha, (e bem verosimil origem) a descobrio Bochmero, (Bochmer. ad. Pand. d. Exercit. 80. C. 1. sub. §. 9.) e foi esta: O Papa Alexandre III. nos dous Capitulos 10, e 11. de Testam. em ambos os quaes se fundou na mesma regra da Lei Mosaica e Evangelica = *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum* = comminou a pena de excommunhão (*Latae sententiae* diz a glossa) a todo aquelle, que se attrevesse a rescindir taes testamentos, (que as mesmas Decretaes relatão

contrários ás Leis humanas): Recebido na Alemanha o Direito Canonico , todos temêrão incorrer na Censura comminada , tanto as Partes interessadas , como os Julgadores ; todos temêrão ser reputados hereticos : Eis-aqui a bem verosimil origem desse costume na Alemanha , aonde os mesmos DD. reconhecem , que nunca houve a este respeito Lei Regia em contrario.

§. 14.

Ora : Temos visto a origem desse costume na Alemanha sem Lei Regia , que se lhe oppozesse , nem Lei , que em geral fizesse subsidiario o Direito Romano. Os mesmos motivos terião os Arestos das mais Nações (§. 13. Nota). Mas que direi da nossa ? A Ordenação Affonsina nada legislou a este respeito : A Manoelina no Liv. 2. T. 35. §. 24 (de que foi compilada a Filippina já transcripta no §. 3.) estabeleceo , ut ibi = E todo o que » por bem deste Regimento Mandamos que se fa- » ça na execução dos Testamentos , que alguns fi- » nados fizeram , se fará , e comprirá em todo nas » cedolas , codicillos , que isso mesmo por alguns » finados forem feitas , *sendo feitas segundo o Di- » reito quer pera serem valiosas* ” Tractava todo o Titulo 35 da execução de Legados pios : E se o Senhor D. Manoel determinou conditionalmente , que só serião exequiveis *sendo feitos , segundo o Di- » reito quer para serem valiosos* , eis-aqui adoptando já nesta parte o Direito Romano , que sujeitou os Legados e disposições pias ás ordinarias solemnidades dos Testamentos (§. 1.) : Por outra parte : A Ord. Affonsina L. 2. T. 8 , e a Manoelina L. 2. T. 5. (de que foi compilada a Ord. Filipp. L. 3. T. 64.) mandavão geralmente , que em falta de

Lei, estilo da Côrte ou costume geral legitimo, mandavão decidir os casos omissos nas Leis Patrias, estilos, e costumes, pelas Leis Imperiaes, *posto que os Sacros Canones determinem o contrario*. A Ordenação Filippina, e subsequente Legislação determinarão o que já vimos a §. 3.

§. 15.

Que diremos pois desses, (§. 3. Nota) ou quaesquer outros Arestos, em que as provas a favor da Causa Pia se regularem por aquellas Decretaes, e por essas exuberantes favores, que lhes tributarão os Interpretes? Ou havemos de dizer, que temêrão a excommunhão comminada por Alexandre III. (como os da Alemanha ut §. 13.), ou que ignoravão estas tão claras Legislações, (§. 3. e 14.) ou que as transgredirão formalmente: Estes são os Arestos, em que recae com propriedade a censura dos Estatutos da Universidade (Estat. da Univers. L. 2. T. 6. C. 8. §. 11.): E poderá aqui idear-se hum estilo de julgar contra o espirito da nossa Legislação? Aonde haverá lugar a huma interpretação *Usual*, não havendo Lei duvidosa, que fosse objecto dessa interpretação? (L. 38. ff. de Legib.)
 „ *Não ha tempo algum, nem costume, por mais*
 „ *antiga, inveterado, e immemorial, que elle seja*
 „ *que não deva ceder á verdade, assim que esta*
 „ *se manifesta, e dá a conhecer claramente.* (bem ao nosso proposito os mesmos Estatutos Liv. 2. T. 5. C. 3. §. 15, conduzem a L. de 18. de Agosto de 1769. §. 14.)

§. 16.

Consectario segundo: He opinião muito contro-versa entre os DD. : Se, annullado por defeito de alguma solemnidade o Testamento, em que qual-quer pessoa he instituida herdeira, subsistem ou não esses legados pios nelle deixados, apesar desse defeito d'alguma solemnidade Legal? Huns DD. sustentão a subsistencia dos Legados pios, pelo geral favor da Causa Pia, que não depende dessas formalidades Legaes: (Gam. Decis. 380, Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 9. §. 5. n. 357. Amosraz de Caus. piis Liv. 1. C. 11. n. 4. citando estes outros muitos DD. Rub. de Testam. C. 60. a n. 40. com outros Guerreir. Tr. 2. L. 5. C. 9. n. 65, e 71.) Outros pelo contrario defendem nullos os Legados pios, quando se annulla o Testamento, em que havia herdeiro instituido, como accessorios, dependentes da validade do principal. (Egid. na L. 1. Cod. de Sacross. Eccles. 5. P. §. 2. n. 15. Barbos. de Jur. Eccles. Liv. 2. Cap. 13. Sub n. 43. e Liv. 3. Cap. 27. n. 95.)

§. 17.

Nesta variedade pois das opiniões oppostas, a segunda he a que se deve abraçar: 1.^o pelas razões dos DD., que a defendem: 2.^o pelo ridiculo das dos contrarios, que se podem ver no citado Pinheiro: 3.^o pelo systema, que sigo, e tenho demonstrado nas cinco Proposições, e mais especialmente: 4.^o pelo systema da nossa Legislação: Pois que, quando o Testamento he absolutamente nullo, o ficando todos os Legados, como temos exemplos;

(Exemplos , quaes (1.) o da Ord. L. 4. T. 82. §. 3 (2.) o da L. de 9 de Setembro de 1769. §. 21, e Alvará de 20 de Março de 1796, aonde, quando a Alma he instituida herdeira, se annullão absolutamente todos os Legados, ou sejam pios, ou profanos) e só he unicamente exceptuado o caso de se rescindir o Testamento pela Querella Inofficiosi. (Ord. L. 4. T. 82. §. 1.)

Consectario terceiro: He outra Questão muito controversa : Se, quando hum Pai faz hum Testamento Olografo na fórma da Novella 107. Cap. 1, e Leis concordantes das Nações, unico que admitto sem outras solemnidades na Dissertação 5.^a, e neste Testamento deixa alguns Legados pios, são ou não estes válidos, como accessorios do Testamento válido do Pai, sem outras mais solemnidades, que esse Testamento do Pai não exige ? Questão que por hum a parte, e pela validade dos Legados pios, tem varias razões, DD., e ainda Arestos. (Como se póde ver em Harprectr. Disp. 50 = *De admixtione personæ extraneæ in dispositione parentum inter Liberos* = desde o n. 90 até o n. 103.) E por outra parte, a negativa, que mostra a nullidade dos Legados pios, escriptos em tal Testamento, tem outras mais fortes razões, DD. em maior numero, e gravidade, e outros Arestos. (Como tambem se póde vêr no mesmo Harprectr. desde o n. 104 até o n. 136; respondendo desde o n. 137 a todas as objecções contrarias.) Se pois occorrer esta Questão, se deve abraçar a 2.^a opinião negativa : 1.^o porque mais fundada em si mesma pelos DD.: 2.^o porque conforme ao systema, que aqui tenho defendido : 3.^o porque adoptada pelo Codigo Frederico : (Cod. Freder. P. 2. Liv 7. Tit. 11. Art. 2. §. 20, *¶. On n'est pas.*) 4.^o porque expressamente seguir

da em hum Aresto moderno da França, que refere Furgol. (Furgol. de Testam. Cap. 2. Sect. 3. de-
baixo do n. 43. Vid. Boehm. ad Pand. Exerc. 80. C.
1. §. 14. et Torr. de Pact. futur. success. L. 3. C.
12. a n. 162 aonde tambem segue a 2.^a opinião.)

§. 18.

Consectario quarto : A' vista do exposto na
prova das cinco Proposições, e nos precedentes Con-
sectarios, he bem consequente, que cessa entre nós
a grande Questão : Se o Legado deixado a pessoa
profana em Testamento pio, sem solemnidades le-
gaes, he, ou não válido ? E cessa o muito, que
com Reinicolas, e Estrangeiros escreveo, e mon-
tuou sem critica o Senador Guerreiro, (Guerreir.
Tr. 2. L. 5. Cap. 9.) depois de Pinheiro, (Pinheir.
de Testament. Disp. 2. Sect. 9. desde o n. 263 até
o n. 368.) e Amostazo, (Amostaz. de Causis piis
L. 1. Cap. 6, 7, 11, e 12.) que só teve trabalho
de copiar.

§. 19.

Consectario quinto : Que os Senhores Provedo-
res tão faceis em seguir sem critica o seu Manual,
e Director, qual o Senador Oliveira de *Munere*
Provisoris, tendo em vista a nossa Legislação, que
exige hum Testamento solemne e válido conforme
as nossas Ordenações, e Direito Romano, e só á
sua execução, e jurisdição dos mesmos Magistra-
dos sujeita os Testamentos válidos, (§. 3, e §. 14.)
sigão a regra, que lhes prescreve o mesmo Olivei-
ra, (Cap. 1. §. 23. n. 56.) e Pegas; (Peg. tom. 4.
ad Ord. pag. 229. n. 2.) e não sigão jámais o mes-
mo Oliveira, em quanto admite como válidas as

disposições pias provadas, só por duas testemunhas, ou por Escriptura do Testador sem outras solemnidades: (Oliveir. d. C. 1. n. 58.) Não sigão indistinctamente a opinião de Oliveira, (d. C. 1. §. 26. n. 60, e 61.) em quanto faz exequiveis as ultimas vontades confessadas, e approvadas pelos herdeiros; porque essa regra escripta por Oliveira tem distincção entre a Confissão, e Reconhecimento por filhos, que só pôde supprir o defeito de solemnidades do Testamento paterno; mas não em outro caso, por serem de Direito público as solemnidades, que não supprem taes reconhecimentos: (Veja-se Torr. de Pact. futur. Succesion. Liv. 3. Cap. 12. a n. 58 et n. 204. (quidquid dicat n. 205, porque falla no errado supposto de valer o Testamento pio com as solemnidades dos Testamentos *inter liberos*) Não será jámais praticavel a collisão de dous Testamentos pios, e a disputa sobre qual delles he exequivel, (Disputa *de qua* Oliveir. §. 27. n. 62. Amostaz. de Caus. piis L. 1. C. 7. a n. 16. Bochm. ad Pand. Exerc. 80. C. 2. §. 7.) depois de ponderado o que fica exposto: Tênhão advertido com o seu Manual, (o mesmo Oliveir. d. Cap. 1. §. 25. n. 59.) que não são juizes competentes para conhecer de semelhantes questões, que devem remetter ao Juizo Ordinario.

Nota: A nossa Ord. L. 4. T. 81. no Principio e §. 3 prohibe aos impuberes a facção testamentaria indistinctamente: E cessa entre nos a questão: se podem testar *ad pia*. (Questão, de qua Amostaz. L. 1. C. 5. n. 26.) Também prohibe que o filho, que não tem bens castrenses, ou quasi, possa testar, ainda consentindo o Pai; e cessa entre nos a questão: se

póde testar a favor da sua Alma. (de qua late Amostaz. d. C. 5. a n. 14.) Prohibe no §. 4 absolutamente, que o prodigo interdicto possa testar; e são ociosas entre nos as questões, se póde testar ad pia (Questão, de qua Amostaz. d. C. 5. a n. 34. et ad omnia Manz. de Testam. in Append. T. 19. a n. 5.) Assentão os defensores da Causa Pia, que he nullo o Testamento *ex defectu voluntatis imperfectæ*: Regule-se a decisão pelas distincções, que expressa, e remissivamente fiz na Diss. 5. §. 36, 37. 38, porque o Testamento pio não póde ser mais favoravel, que o *inter Liberos*.

P A R T E II.

Testamento em todo, ou na maior parte da herança pio, ou na menor parte della: E neste ultimo caso: Privilegios espurios dos Legados pios.

§. 20.

Se a Alma he instituida universal herdeira, he sem dúvida que he inteiramente nullo o Testamento, ainda quanto a alguns Legados profanos: (§. 3. 4, e 17.) Se quasi o todo da herança do Testador (não fallo de ascendentes, e descendentes) hé distribuido em Legados pios, e só huma minima parte da herança resta para o herdeiro instituido, póde entrar aqui a dúvida: Se este Testamento quasi todo pio he comprehendido nas nossas Leis, para se dever julgar nullo; como feito em fraude indirecta das mesmas Leis; pois que quasi tudo cede em beneficio da Alma?

§. 21.

Não duvidão os DD. „*Testamentum esse pium etiam si non sit instituta causa pia; dummodo Legata pia in testamento majorem partem hereditatis absorbeant*” (Jul. Capon. tom. 4. Discept. 293. n. 66, et tom. 3. Discept. 205. n. 72., Boss. de Testam. piis tom. 2. T. 12. §. 2. Amos-
 taz de Caus. piis L. 1. C. 5. n. 1.) E que razão de differença? As vistas do Testador, distribuindo quasi tudo em Legados pios, não são unicamente a sua Alma? As Leis podem ellas fraudar-se indirectamente? Certamente não. (Barbos. et Tabor The-
 saur. Locor. Commun. L. 6. C. 44. Ax. 9. ibi = „Fraudibus via non est aperienda ... ut occurratur fraudibus jus admittit Latam interpretatio-
 nem ... dicitur fieri fraus, quoties constitutio vel Lex per indirectum, et cautelam redditur elusoria etc.) E que outra cousa he instituir a Alma herdeira, deixando ao Testamenteiro em premio e pelo trabalho huma pequena porção; ou distribuir tudo em Legados pios, e instituir por herdeiro nessa pequena porção o Testamenteiro? E se estas as vistas do Testador; se esta a fraude; quaes são as vistas e os fins das Leis? Tal deve ser a sua interpretação.

§. 22.

Os Legados pios deixados em Testamentos solemnes, e válidos, tem em particular alguns privilegios verdadeiros, a que não obsteão as nossas Leis Patrias; mas outros, que o vulgo dos Interpretes lhes dá, são só forjados no cerebro dos mesmos Interpretes, os quaes se podem ver em Bochmer.

ad Pandect. Exercit. 80. = *De Privilegiis Legatorum piorum genuinis et spuris* = A elle remetto os Leitores; advertindo-os, que leão com a Critica de Bochmero a Tiraquello de *Privil. Caus. piæ*, e a Barbos. de Jur. Eccles. Liv. 2. C. 13, e Liv. 3. Cap. 27. de *Legatis ad pias causas*.

Quaes são verdadeiramente ás causas pias que possam gozar desses privilegios genuinos? Veja-se o citado Bochm. Exerc. 80. Cap. 1. á §. 2. Manz. de Testam. in Append. Tit. 19. a n. 12. Stryk. de Caut. Testam. C. 12. a §. 10. Luc. de Testam. Disc. 19. Amostaz. de Caus. piis Liv. 1. C. 1. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 9. §. 1. et 2. Barbos. de Jur. Eccles. L. 3. Cap. 27.

DISSERTAÇÃO VII.

Sobre os Testamentos Reciprocos entre os Conjuges.

PRÉLUÍO.

Origem e progressos dos Testamentos Reciprocos.

§. 1.

Os Testamentos Reciprocos entre os Conjuges não foram conhecidos no Direito Romano, nem delles tiveram idea os Jur. Consult., que aliás reprovavão todos os pactos sobre heranças. Na Alemanha já

erão praticados antes da introdução do Direito Romano. (Stryk. vol. 11. Disp. 26. = De Testam. Conjug. Reciproc. a §. 5. Harprectr. Disp. 45. = De Reciproci inter Conjug. sed doact. testam. thes. 10.) As mais Nações, que pozerão em prática estes Testamentos, ou imitarão aquelles Povos do Norte, ou aliás passarão os pagãos a fazer os Testamentos reciprocos que a L. 19. Cod. de Pact. permittia aos soldados com a cláusula = *Ut ad eum qui superstes fuisset, res ejus, cui carnis finem vitæ attulisset, pertineret* = formula expressa na citada Lei: E isto por não haver diversa razão para que aos pagãos senão permittisse o que aos soldados, quanto á forma e substancia das Disposições, e especialmente aos Conjuges, se permittia, (Como adverte Gothofred. á mesma Lei, ibi: „ Non valet conventio inter duos facta de mutua Successione, L. 4. de Inutilib. Stipulat... Non valet inter virum et uxorem V. Cujac. 16. obs. 39. e ad L. 20. de verb. obl. Valebit ergo hujusmodi conventio inter solos milites? Paponius 20. Arrestor 2. Arr. 1. alt, uso hodie receptum esse in Gallia, præsertim inter nobiles, ut in societate omnium bonorum alter alterum heredem possit instituere. Mottoman. Cons. 1. Scribit hujusmodi donationes inter vivos factas valere etc. Id. Gothofred. ad L. 5. C. de pact. convent.)

§. 2.

O nosso Mell. Freir. L. 3. T. 5. §. 36. refere não só huma Lei dos Wisigodos, mas Monumentos de Seculo 13. em diante, nos quaes se celebravam neste Reino pactos successorios, e Testamentos reciprocos. No tempo que escreveni Valasc.

Cons. 7. se praticavão, e sempre se ficarão praticando nesta, e nas mais Nações.

Vejão-se Stryk. Vol. 11. Disp. 26. §. 8. Pinell. Sellectar. Jur. Disput. C. 10. n. 50. Osrunnem. ad d. L. 19. C. de pact. Gam. Decis. 231. §. 258. *Latissime* Harprectr. Disp. 45. thes. 9. Castill, L. 2. C. 18. n. 18. Huber. in Prælect. ad Institut. de Testam. Ordin. §. 19. in fin. Carol. de Meau in Jus Leodiens. obs. 47 Vinn. ad §. 13. Inst. de Testam. Ordin. Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 261. a n. 174.

C A P I T U L O I.

Quaes os Testamentos Correspectivos: Quaes os Simultaneos: Quaes os Reciprocos. Diferenças entre huns e outros. Effeitos de huns e outros.

S E C Ç Ã O I.

Quaes os Correspectivos.

§. 3.

Estas diversas especies de Testamentos, suas diferenças, e diversos effeitos se achão *ex professo* tratados por Harprectr. Disp. 38. = *De Testamentis correspectivis* = aonde pôde vêr-se. Eu só me satisfarei deduzir d'elle algumas prenoções, porque sei ser livro raro, e muito raro neste Reino. Depois de Harprectr. fazer varios preludios sobre a origem de Testamentos, natureza, e indole delles, e sobre o que he *correspectivo* em todo o sentido juridico, passa na thes. 9. a definir o Testamento

correspective, assim: " Testamentum, quod a duobus vel pluribus personis, sive uno eodemque actu, sive actibus separatis, eo modo conficitur, ut vel ex verbis ipsarum expressis, vel valde urgentibus circumstantiis appareat, quod altera persona non aliter de suis bonis ita disposuisset, quàm si etiam altera de suis facultatibus ordinatam voluntatem, vel adhuc ordinandam, immutatam reliquerit, si altera ex post facto eam revocet, illa etiam ab altera pro revocata haberi debeat. Conferat omnino Castill. Contr. p. 2. C. 18. n. 20. et 67. Mevius ad Jus Lubecens. p. 3. T. 1. art. 10. n. 36. §. seqq. Mull. ad Struv. Exerc. 32. thes. 43. alique complures mox etiam laudandi. " Definição real, que está mesmo indicando o que he, e em que casos só se póde verificar o Testamento *correspective*.

Adde Stryk. Vol 11. Disp. 26. De Testament. Conjug. reciproc. §. 75 et 79. Bochmer, ad Jus Dig. Tit. de Injust. rupt. n. 10.

§. 4.

Na thes. 10 prova, que estes Testamentos se podem fazer por toda a especie de pessoas, e por todas as fórmãs e solemnidades legaes: Na 11, 12, e 13, e seguintes trata da sua validade, natureza, e solemnidades: Na thes. 19 declara, para se dizerem *correspectives* as vontades de dous ou mais Testadores: " Requiritur ut ista voluntas sit *correspective* ita nempe, ut quemadmodum in contractibus vel aliis negotiis inter vivos *consensuum* *correspectivitas*, dum videlicet unus consentit in hoc, contemplatione consensus alterius in aliud

negotium, inter duo hæc negotia, sive duos contractus, correspectivitatem inducere intelligitur; Cælius Bich. Decis. Rot. Roman 410. n. 29, (Conf. Urceol. de Transact. Q. 97. Pacion. de Locat. C. 15. Cyriac. Contr. 90. Menoch. L. 6. præ. 12.) ita etiam in proposito voluntates duorum non saltem vulgarem, seu qualem qualem, sed tam arcte connexum ad se invicem respectum haberi debent, ut vel ex disertis disponentium verbis, vel circumstantiis in ejusmodi simultaneo testamento occurrentibus, satis clare pateat conditores ejusmodi dispositionis eandem non aliter, hoc ipso modo, quo eandem adornarunt, condituros fuisse, quàm si illa utrinque inviolabiliter custodirentur, sicque altera alterius intuitu, causa, atque contemplatione confecta fuerit. (Anton. Fabr. in Cod L. 6. T. 5. Def. 18. n. 13. Brunne-man. Cons. 38. n. 29.)

§. 5.

Ista vero voluntas (prosegue Harprectr. thes. 20.) vel *expresse* declaratur, vel saltem *tacite*, sive verbis vel expressis vel æquipolentibus, ut in primis advertit Amat. Dunozett. Decis. 756. n. 8 et 9 in verbis (cum in paucorum manibus sit) relatu haud indignis: = Nec visa fuit applicari limitatio hujus communis sententiæ, respectu casus, quando ad tales institutiones deventum fuerit *per modum pacti*, unde colligitur, eas non processisse ex *mutua affectione*, sed *correspective ad testamentum alterius*, ita, ut una revocata evanescat altera, sive tanquam ratione correspectivitatis, sive tanquam cessante causa, ob quam emanavit: quoniam nulla in præsent

„ *intercessit conventio ipsorum testantium expressa*
 „ etc. Prout neque meretur allegari pactio saltem
 „ tacita quam *pariter existimarunt pro limitanda*
 „ *eâdem communi sententia.*”

§. 6.

Eis-aqui as especies que passa a figurar Harprectr. na mesma thes. 20. nas quaes a corresponsividade he expressa, e condicional: 1.^a Se disserem os Testadores: = Que no caso que algum delles em vida de ambos, ou depois da morte de hum delles mudar de vontade, tambem a sua ficará havida por revogada: Ou no caso de hum mudar de vontade ficaráõ nullas e sem effeito, como revogadas todas as Instituições, e substituições por elles feitas. (Confira-se Gratian. for. C. 908. a n. 5.) 2.^a Se a mulher, tendo huma unica filha, a institua herdeira, e lhe substitua hum filho do marido havido do seu primeiro matrimonio; com esta condição, se o marido instituindo o dito seu filho substituir tambem a filha da Testadora. (Conf. Struv. Exerc. 32. thes. 42.) Ou se hum irmão no seu Testamento disser: = Se meu irmão no seu Testamento constituir hum Fideicommisso em favor de meus filhos, eu tambem o constituo em favor dos seus. (Confira-se Peregrin. de Fideicommiss. art. 33. n. 60. Menoch. Conf. 408. n. 2. Surd. Dec. 98. n. 4. Anton. Fabr. in Cod. L. 6. T. 6. Def. 11. in fin. Barry de succession. L. 2. T. 5. n. 7.)

§. 7.

3.^a Se os Conjuges, ou outros Testadores pacteão entre si que reciprocamente se deverão instituir herdeiros; não adimplindo hum este pacto,

fica sem effeito a Instituição, que o outro faz a seu favor: „ Eo quod in hunc casum illius voluntas „ omnino deficiat, et in ultimis voluntatibus, quæ „ reciprocitatem habent, æque ac in hujusmodi „ conventionibus semper illa conditio censetur ad- „ juncta, nisi aliud acciderit alterius culpa; et talia „ testamenta correspectiva habentur pro uno; hinc- „ que uno non secuto, vel non servato, nec alte- „ rum servari æquitati conveniat, ut in puncto „ definiunt Besold Heeser Pecch. de Tes- „ tam. Conjug. etc.

§. 8.

4.^a Se nos Pactos dotaes, ainda que revogaveis, se haviam estipulado as successões reciprocas futuras; e depois, passados annos, em diversos Testamentos se instituem herdeiros, presume-se correspectiva a Instituição. 5.^a „ Si contestatores *etiam* „ *alia Lege vel conditione expressa* in casum voluntatis ab altero mutatæ, suis liberis, vel aliis heredibus prospexerint, Carpzov. . . . Quamvis enim certum sit, quod nemo ad certum heredem scribendum ulla conventionem adstringi valeat, nec facultas testatori suam voluntatem pro arbitrio mutandi auferri valeat; tamen non ambigendum, quin uterque contestator in casum, si alter voluntatem mutaverit, suam etiam voluntatem pro lubitu revocare, et, quod illa pro revocata haberi debeat, ordinare, Castell. L. 2. C. 18. n. 24. 66. 70. ubi etiam statuminat quod si talis dispositio vel expresse vel tacite annexam habeat conditionem, vel modum, tunc illa, vel hoc, ex uno latere deficiente, dispositio etiam quoad alterum corruat.

§. 9.

He tacita a correspondência nos casos, que o mesmo Harprectr. passa a expor nas theses 21. 22. 23. 24. quaes são, Primo; „ Si duorum conjugum „ bona (*entendo aos que casão por contrato sem „ comunicação*) non divisim, seu seorsim; sed „ conjuncta et unica dispositione *tanquam commu- „ nia, et non divisa bona* relinquerunt; tunc enim „ prorsus indubitatum reputatur maritum non ali- „ ter quam *contemplatione secure consentientis „ voluntatis uxoriæ*, et vice versa uxorem non „ nisi *intuitu voluntatis maritalis suæ pariter „ consonæ*, ita disposuisse; et dum utique non dis- „ tincta, *sed confusa utriusque bona utriusque „ propinquis relictæ sunt*, ei etiam non aliter, „ quam sub hoc respectu, *communi consensu reli- „ ctum Fideicommissum placuisse*; adeoque *Testa- „ mentum hoc casu revera esse correspondivum.* „ Cui consequens esse dicunt, quod tunc quidem „ neutri conjugii libertas testamentum pro sua parte „ revocandi adempta sit; neque morte ipsorum al- „ terutrius insequente, etiam superviventis testa- „ mentum confirmetur. Verum si tamen alter, vel „ adhuc vivo altero, vel jamjam defuncto, testa- „ mentum suum revocet; tunc etiam alterius tes- „ tamentum in totum revocatum censendum sit; „ et proinde nullatenus existimandum, quasi con- „ jugis, testamentum pro sua parte revocantis, „ consanguinei, ei, qui sine expressa sui etiam tes- „ tamenti revocatione, prior facto concessit, cum „ hujus Propinquis nihilominus succedant; sed ejus- „ modi Testamentum in totum expiret, prout „ nempe juris est in omnibus actibus correspondivis, „ quorum uno corridente etiam corrumpit alter. Idque

„ tanto confirmatuus asserendum ex eo, quia tunc
 „ unusquisque conjux non solis suis, *sed utriusque*
 „ *heredibus*, nec de propriis tantum, sed *de com-*
 „ *munibus confusis, et commixtis bonis*, prospe-
 „ ctum voluit. Unde satis dispalescere arbitrantur
 „ DDres, neutrum ipsorum hoc modo dispositu-
 „ rum fuisse, ut heredes sui conjugis *de suis quo-*
 „ *que bonis* quicquam participarent, si non vicissim
 „ *sui heredis* de bonis alteruis semissem ha-
 „ bitari, atque ita eodem plane censendi forent.
 „ Cessante vero causa Institutionis, ejus etiam cau-
 „ satum, ipsam institutionem, vel substitutionem,
 „ tam fideicommissariam, quam directam cessare,
 „ juris est apertissimi, L. ult. Cod. de Instit. e Su-
 „ bstit. „ etc.

§. 10.

Continuando o mesmo Harprectr. „ Quando
 „ duo, et præcipue Maritus et uxor simul testantur
 „ et alter alterum heredem instituit, sub ipso hoc
 „ onere, sive conditione, *ut omnia ea bona, quæ,*
 „ *post decessum ultimò morientis ex mutua ipso-*
 „ *rum hereditate supererunt*, relinquantur huic,
 „ aut illi, superviventi, postquam præmorientis
 „ hereditatem adivit, illam mutuam voluntatem,
 „ etiam pro sua parte immutare non posse, dica-
 „ mus cum aliis, ea maximè ratione, quod mutuo
 „ quasi consensu utriusque patrimonium consolida-
 „ tum, et ad unicum patrimonium redactum sit;
 „ et unusquisque non saltem de suis, verùm etiam
 „ de alterius consensu, sive ambo de utriusque bo-
 „ nis reciproce disposuerit: quam sententiam,
 „ post alios, operose propugnat Sim. Van. Leeu-
 „ ven. Censur. for. Lib. 3. C. 11. n. 7. et seqq.

„ Jacob. Cooren. in Observ. rer. judicat. obs. 11.
 „ et ab aliis Laudati. ”

§. 11.

„ Secundo: talis tacita Correspectivitas (thes.
 „ 22.) etiam illi testamento inesse censetur, si duo
 „ conjuges, iisdem in tabulis ita testentur: *Quod*
 „ *ex Liberis communibus, v. g. soli filii in bonis*
 „ *paternis, et in bonis maternis etiam filiae sole*
 „ *succedere debeant.* (Suppõem o caso possível,
 „ de não haver comunicação de bens, ainda ha-
 „ vendo filhos.) Nam et tali casu cuivis quidem
 „ conjugui Libera suum testamentum, quantum ad
 „ ejus bona, revocandi facultas verissime competit;
 „ sed tamen si postmodo illorum alterius volunta-
 „ tem mutaverit, etiam alterum testamentum ideo
 „ revocari, seu pro tali haberi necesse est; quia
 „ vix dubitari potest, quin hæc duo testamenta
 „ sunt *correspectiva*, et eorum unumquodque,
 „ alterius causa, atque contemplatione isto modo
 „ confectum, cum et pater, et mater si seorsim
 „ testati essent, sive quilibet solus de sua familia
 „ disposuisset, longe aliter testaturi fuissent. Quis
 „ enim hoc mente concipere potest; vel patrem
 „ hoc modo ut filias a suo patrimonio in totum,
 „ vel matrem ut filias a suo excludere, sine altero
 „ conjugue testaturum fuisse? An non facillime fieri
 „ potest ut pater in tali simultaneo testamento, ei,
 „ quem inter Liberos impensissime diligebat, de
 „ suo patrimonio, ideo, sciens prudens nihil quid-
 „ quam relinquat, quia scit, ei magis consultum
 „ fore per institutionem a matre factam, cujus
 „ bona suis propriis longe maioris scit æstimatio-
 „ nis? Et ut mater vicissim nihil ex suis bonis de-

derit uni liberorum, cui tamen meliorem eorundem portionem datura fuisset, nisi illam a Patre longe opulentiore honoratum vidisset? Cum itaque amborum parentum testamenta ita correlative se ad invicem habeant, ut alterum ab altero pendere videatur, aliter esse non potest, quam, ut uno mutato, etiam alterum simul reputetur mutatum, licet nulla expresse mutationis offeratur probatio. Recte quippe Alexander, in unaquaque tali dispositione, vulgarem illam clausulam = *Rebus sic stantibus* = (Vejase Castell. P. 4. C. 59. n. 11.) subintelligi scribit ad L. 34. Cod. de Transact. Videatur operose hæc enucleans Faber de Error. Pragmat. Decad. 52. Error. 4. 5. et 6. et in Cod. Subaud. L. 6. T. 5. Def. 18. ”

§. 12.

” Tertio : (thes. 23.) DD. talem correlativevitatem dispositionum etiam inde eliciunt, si duo conjuges, vel alii duo contestatores non solum *simultanea*, uni chartæ incripta, dispositione utantur, verum etiam mutuam suam institutionem *conjunctim* faciant, sive ita ut non maritus primum, et post illum etiam uxor suam dispositionem, Legatis, et institutionibus separatam declarer, sive alter tum demum, ex quo alter universa suæ ultimæ voluntatis capitula absolvit, quid etiam ipse post mortem suam fieri velit, disponat; sed v. g. sese mutuo instituant: *Secus non potest non esse si conjunctim, ut sæpe fit mutua institutio facta sit*, Hecser ... Tralatium enim est, quod conjuncta seu connexa habeantur pro uno; eo quod sit individua etc.

§. 13.

„ Quanto (thes. 24.) Idem tunc quoque obti-
 „ nere scribit Mevius *si unius testamentum abs-*
 „ *que altero subsistere, sive suum effectum sorti-*
 „ *ri non possit*, ubi ita Statut. Hamburg. cautum
 „ refert ex L. 3. T. 1. art. 17. addens, etiam hanc
 „ rationi et Juri consentaneam sanctionem in aliis
 „ quoque foris admitti debere. Sed hanc traditio-
 „ nem non nisi cum magno temperamento admit-
 „ tendam arbitrantur, si nempe præmortui Conju-
 „ gis voluntas, nequidem pro parte effectam sor-
 „ tiri queat, per ea quæ tradit Castell. d. C. 8. n.
 „ 34. Bened. Pinell. Sellectar. Jur. L. 1. C. 10. §.
 „ 6. ibi: = qui non aliter sua bona alii tertio re-
 „ liquisset, *nisi copulata prædictis* = e §. 33. in
 „ Verbis: = Et ita nullatenus firma manebit illa
 „ Maioratus et Fideicommissi perpetui constitutio,
 „ *eo quod forsitan unius testatoris bona non suffi-*
 „ *cient* ad eas condiciones et onera, quæ ad celebri-
 „ tatem memoriæ regulariter imponuntur, ex quo
 „ etiam voluntatis defectus in testatore colligitur:
 „ Addantur omnino, quos porro collaudat Lim.
 „ ad Molin. de Primog. L. 4. C. 2. n. 84. Fer-
 „ nand. Vasq. de Success. „ etc.

§. 14.

„ Imo Quinto (continua a mesma thes. 24.)
 „ et tunc eidem doctrinæ de correspectivis locum
 „ aperiendum existimat, Mev. d. Loc. n. 43. *quan-*
 „ *do evidenter constat duos Conjuges ideo recipro-*
 „ *cum invicem testamentum condidisse, ut unus ab*
 „ *altero heres institueretur*, sic, ut proinde, tali
 „ etiam in casu, testamento ex alterutro latere re-

„ vocato, illud etiam ex altero revocatum censea-
 „ tur; subscribit Heeser. Loc. cit. n. 140 Berlich.
 „ Dec. 92. n. 5. Menoch. de Præs. L. 4. præ. 105.
 „ n. 20. Duker. de hodiern. testand. jur. C. 4. thes.
 „ 19. Mull. ad Struv. Exerc. 32. thes. 43. Quamvis
 „ enim Valascus Cons. 7. etiam talibus in casibus,
 „ quando nempe *ex ipsa institutionis præfatione*
 „ *vel ex aliis verbis, aut conjecturis* haud obscure
 „ liquescit, prædefunctum non aliter fructus suæ
 „ hereditatis uxori suæ relicturum fuisse, quam si
 „ etiam illa, post ipsum superstes promissa serva-
 „ ret, nihilominus præmortui dispositionem, ob
 „ supervenientis revocationem pro tacite revocata
 „ non habendum esse adstruat; tamen late hoc no-
 „ mine ipsum refellit Castill. C. 18. n. 67. Mierez
 „ de Maior. p. 1. q. 23. n. 3. et acuratissimus ex
 „ nostris Franzkius L. 2. Res. 11. n. 29. ubi scribit,
 „ decum Laudati Valaschi vel ex eo, si plane im-
 „ probabile videri, quod hujusmodi institutio sit
 „ conditionalis. Nam cum talibus in casibus negari
 „ vix possit, aliquod tacitum quasi pactum, seu Vi-
 „ cissitudinariam, et reciprocam quandam conven-
 „ tionem de se, vel suis invicem instituendis, su-
 „ besse. Mierez de Maior. p. 4. q. 22. n. 14. Castill.
 „ d. C. 18. n. 23. Schilter. Exerc. 39. §. 58. in verbis
 „ = Ultimæ Conjugum voluntates reciprocae *in*
 „ *prævio consensu mutuo* de sese invicem instituen-
 „ do fundantur, ac subsistunt. =

§. 15.

„ Utique etiam illud non improbabiler ad-
 „ strui videtur, quod et mutuae fidei sive taciti
 „ promissi observantia subsequi, ac proinde ejus-
 „ modi reciproca vel in suo utrinque valore relin-
 „ qui, vel si alter illorum, utroque adhuc in vivis

„ agente voluntatem mutaverit , reciproce ab altero
 „ ro facta institutio , evidenter cessante ejus causa
 „ finali pro similiter revocata haberi debeat. Pectr.
 „ de Testam. Conjug. L. 1. C. 44. n. 6. ibi: =
 „ Si apparet evidenter causam finalem institutionis
 „ cessare, censeam et ipsam quoque institutionem
 „ extinguere. Neque enim circumveniri debent voluntates
 „ testantium. ”

§. 16.

„ Adde, quod satis expressum censeatur, quod
 „ ex præfatione , vel aliis contentis dispositionis,
 „ vel probatis et urgentibus conjecturis deducitur;
 „ cum et hæc evidentem voluntatem inducere passim
 „ dicantur, L. 74. ff. de Legat. 1. Jung. Castill.
 „ Loc. cit. ubi n. 34. his æquissime addit, durissimum
 „ fore, ut contra evidentem prædefuncti voluntatem,
 „ tali dispositioni non credamus inesse hanc conditionem,
 „ nisi aliud acciderit culpa superviventis, arg. L. 54. §. 1. in fin ff. Locat.
 „ L. 21. Cod. de Pact. Quod etiam admittunt nostri Antecessores
 „ David Magivus, et Christ. Bessold. d. Cons. 121. n. 29. Facit etiam L. 1. §. ult.
 „ cum LL. seqq. ff. de Admend. Leg. ubi etiam ex capite gravis inimititiæ voluntas mutata,
 „ et legatum vel fideicommissum ademptum præsumitur,
 „ Pectr. d. Loc. n. 7. Ex quo ita generaliter Benedict. Pinell. d. C. 10. §. 30. Hanc,
 „ inquit, resolutionem intellige, non solum in institutionibus,
 „ verum etiam in Legatis, et aliis quibuscumque particularibus
 „ testamentariis dispositionibus: Nam quomodocumque constiterit testatores
 „ non aliter relicturos, quam si ab altero etiam certa bonorum pars conferatur,
 „ quæ ab

„ initio placuit, non retinebit relictus Legatarius,
 „ aut fideicommissarius. ”

Não deixão de ser correspectivos os Testamentos, ainda que feitos em diversas Cartas, quando assim o persuadem circumstancias demonstrativas da correspectividade: *Vid. eund. Harpectr. thes. 33.*

§. 17.

Quanto ao sujeito destas Disposições correspectivas; podem ser quaesquer Con-Testadores, Conjuges, Irmãos, Socios ou outros. *Harpectr. thes. 28.* O seu objecto póde ser huma Instituição, ou substituição correspectiva em geral; ou em particular hum Legado, hum fideicommisso, hum codicillo etc. *Harpectr. thes. 29.*

Estas Disposições assim correspectivas parecem em effeito aquellas Disposições captatorias reprovadas pelo Direito Romano, as quaes, dividindo-se em diversas especies, huma dellas era esta = *Instituo te, si institueris me* = *Si me heredem instituis, te heredem instituo* = *Tibi lego, si mihi legaveris* = *Torr. de Pact. futur. Success. L. 3. C. 6. a n. 14.* As razões desta prohibição nas Leis Romanas se vêm esboçadas pelos DD. *cum quib. Torr. supr. a n. 16.* E por isto he que Antonio Fabr. in *Cod. L. 6. T. 5. Def. 18. n. 22.* e outros DD. as julgão nullas. Porém hoje está conhecida essa superstição dos Romanos, e são permittidas estas Disposições correspectivas, *Mell. Freir. L. 3. T. 5. §. 36. Videndus Stryk. us. mod. L. 18. T.*

5. §. 12. et de success. ab Intest. Diss. 8. C. 12. §. 36. Thomaz. Not. de us. prat. ad Pandect. L. 28. T. 5. Ainda mesmo conforme ao Direito Romano na L. Captatorias. ff. de hered. instit. estava decidido : „ Captatorias institu-
 „ tiones non eas Senatus improbavit, quæ mu-
 „ tuis affectionibus judicibus provocaverunt, sed
 „ quarum conditio confertur ad secretum alie-
 „ næ voluntatis. ” Lei, de que muitos DD.,
 e com elles Torr. de Pact. futur. Success. L. 3. C. 6. n. 34. deduzem (mesmo conforme ao Direito Romano) esta conclusão: „ Non erit
 „ captatoria ultima voluntas eorum, qui affe-
 „ ctione mutua, parique dilectione provocati,
 „ se invicem heredes instituunt, horum enim
 „ valet testamentum, cum affectione potius,
 „ quam mutuae nuncupationis impulsu, id fa-
 „ cere censeatur... Quod procedit, sive ex in-
 „ tervallo facta sit institutio, sive in eadem
 „ Charta. ” E por tanto applicada a dita Lei a estes testamentos reciprocos e correspectivos, vem a concluir o citado Harprectr. thes. 25. que
 „ passim DD. eas (Dispositiones) potius mu-
 „ tuis conjugum affectionibus provocatas, sic-
 „ que non improbatas, quam captatorias, dicen-
 „ das existimant per ipsam L. 70. de hered. instit. maxime cum captatio hereditatis do-
 „ lum involvat, qui in dubio non præsumitur;
 „ præsertim inter fratres, Dunnozett. Decis. 218. n. 27. et inter conjuges, tanquam so-
 „ cios divinæ et humanæ domus, Valasc. Cons. 7. n. 6. in verbis = Inter Conjuges in dubio
 „ præsumit Senatus institutionem ex mutua
 „ affectione factam = Jung. Manz. de Test. val. vel inval. T. 6. q. 25. n. 8 et 19. Cas-

„ till. d. C. 18. n. 26 , cumprimis in casu si
 „ maritus et uxor palam et expresse ita invi-
 „ cem convenerint , quod ipsi se ipsos , vel
 „ suos invicem heredes instituere vellint: Ex
 „ quo hanc quoque formam , si duo , in re præ-
 „ senti , testentur , et se invicem heredes insti-
 „ tuant , haud improbatam omnes pronuntiant ,
 „ Peregrin. de fideicommiss. art. 33. n. 62.
 „ Quia tamen Conjuges , pro ratione circun-
 „ stantiarum , fraudes facile præsumuntur , ob-
 „ servante Prukmano Vol. 2. Cons. 1. n. 431 ,
 „ quocirca hæc omnia circumspecto prudentis
 „ Judicis arbitrio committenda arbitramur ; ut ,
 „ in alio licet puncto , similiter sentit Schil-
 „ ter. Exerc. 39. thes. 56. et in terminis Cas-
 „ till. d. C. 18. n. 23. in fin. ibi : „ Ideo cum
 „ casus se offerat , non ita de facili judican-
 „ dum est , ut Valascus affirmat ; sed inspectis
 „ verbis dispositionis , et voluntate testatoris
 „ considerata , maturius hæc res definienda =
 „ Benedict. Pinell. Sellectar. Jur. Interpret. L.
 „ 1. C. 10. §. 42. in fin. ubi scribit , quod si
 „ unus ex conjugibus post factam utrinque
 „ reciprocam Institutionem *in forma capta-*
 „ *toria occulte dissimulate* testamentum mu-
 „ taverit , et institutionem in conjuge factam ,
 „ in alium transtulerit ; tunc etiam corruiere
 „ debeat alterius conjugis Institutio ; quia tunc
 „ præcedens Institutio appareat formaliter cap-
 „ tatoria ; ac propterea hoc in casu vitiosa sit
 „ et improba , et inter personas conjunctas plus
 „ detestanda , ex qua proinde nullum commo-
 „ dum debeat reportari. Et sub hac ipsa decla-
 „ ratione etiam illa , quæ supra a nobis sunt
 „ tradita , accepta volumus. ” Veja-se ainda

melhor Furgol. Trait. des Testam. C. 5. Sec. 3. desde o n. 16. aonde optimamente sustenta, ainda mesmo pelo Direito Romano, as Disposições captatorias, em quanto não tem o dolo, e a fraude por fundamento; e este dolo e fraude se não provão concludentemente. Concorde com tudo o exposto nesta Nota o Card. de Luc. in Conflict. Leg. et ration. obs. 79. digno de ser visto; e só notado na ignorancia das antiguidades Romanas a respeito dos herediptas, que descobrirão Thomaz. Diss. de Captator. Instit. e Binkervek. Diatr. de Captator. Instit. Stryk. de Success. ab Intestat. Diss. 8. C. 12. §. 34.

S U B S E C Ç Ã O.

Effeitos que produz o Testamento Correspectivo.

§. 18.

„ Effectus (continua o citado Harpreetr. thes.
 „ 35.) hujusmodi Dispositionis correspectivæ (si
 „ per remotionem eos primò expendere velimus)
 „ non est in eo positus, ut illius conditores *facul-*
 „ *tate eandem si velint mutandi* ob hanc corres-
 „ *pectivam* ejus indolem *priventur*. Supra enim
 „ jám diximus, quod, juxta indubia Romani Juris
 „ placita, quidquid alii ineptiant, in hoc quoque
 „ articulo, usu Fori receptissima, fatente, novissi-
 „ me D. Schilter. Exerc. 39. §. 59. ibi: = Jure
 „ tamen Romano in Foro nostro utimur, adeoque
 „ et hoc illius principio: Testamenti factionem re-
 „ gulariter valide renunciari non posse, = nulla
 „ revocationis, ceu optime favorabilis, observante
 „ Gratian. for. C. 48. n. 23. præclusiva conventio

„ ullatenus valeat : nequidem jurata ; de qua opti-
 „ me Linglois in Comment. ad 5. Dec. Justinian.
 „ Dec. 24. n. 1. ubi bene advertit, facile fieri pos-
 „ se, ut ille qui revocat suam voluntatem, eo loco
 „ et angustia temporis constitutus sit, unde con-
 „ testatorem suum de hac mutatione commonere
 „ non valeat: Vel cum præjudicio Piæ causæ con-
 „ juncta. Card. de Lugo de J. et J. Disp. 24. Secc.
 „ 2. n. 45. Sarment. Sellectar. Jur. Interpr. Q. 2.
 „ C. 4. n. 2. Cyriac. Contr. 360. n. 5. ”

§. 19.

„ Quod effatum quod etiam ad correspectiva
 „ testamentà pertineat, dubitandum non est cum
 „ Anton. Fabr. in Cod. L. 6. T. 5. Def. 18. n. 15.
 „ ubi ita = An ergo fatendum erit licere Super-
 „ stiti conjugi voluntatem præmortui conjugis cir-
 „ cumvenire revocato testamento eo tempore, quo
 „ suum revocare nequeat is, qui jam est defunctus?
 „ Utique. Id enim tolerabilius est, quam ut adima-
 „ tur superstiti libera testandi facultas, quam sibi
 „ adimere nemo potest. = Et in Tract. de Errorib.
 „ Pragmaticor. Decad. 52. Err. 4. in verbis = Cer-
 „ tum est, nulla penitus pactione, nulloque reme-
 „ dio posse fieri, ut sibi quisquam præripiat testan-
 „ di facultatem, aut ejus facultatis libertatem
 „ constringat, quoniam id contra Leges foret,
 „ adeoque contra bonos mores. Et hoc sane recep-
 „ tior DD. sententia, et traditio est, superstitem
 „ conjugem jus habere revocandi quandocumque
 „ sui testamenti. = Pecck. de Testam. Cons. L. 1.
 „ C. 44. ubi vide omnino. Nempe Licet alterutro
 „ illorum defuncto, hujus quidem voluntatem su-
 „ pervivens nullo modo mutare queat, sed eandem,

„ ceu jam per obitum sui conditoris confirmatum
 „ illibatam, et intactam relinquere cogatur. Mev.
 „ p. 9. Dec. 142. . . tamen suam voluntatem, quo-
 „ libet respectu illa correspectiva cum altera sit,
 „ pro suo arbitrio mutare potest hoc nullatenus
 „ obstante, quod sollemnis conventio de non revo-
 „ canda tali correspectiva dispositione inter ejus
 „ auctores inita fuerit, et hæc haut infrequenter
 „ nostris obligatoria appellitetur; cum hoc non
 „ alio, nisi illo respectu, fiat, quo plura in Libris
 „ nostris necessaria dicuntur, ad quæ quis pariter
 „ non absolute; sed dumtaxat hypothetice nisi
 „ alio commodo carere malit, obstrictus dicitur.
 „ Ut proinde non obstant ea, quæ de contractibus
 „ correspectivis tradit Actolin. Res. 88. n. 17. et
 „ seqq. (*Et melius idem Harprectr. Disp. 45. a*
 „ n. 213. ad 235.)

§ 20.

Prossegue Harprectro na thes. 36. defendendo
 contra Fabr. in Cod. L. 6. T. 15. Def. 18. com o
 mesmo Fabr. Def. 19. e com o nosso Pinell. Selle-
 ctar. C. 10. §. 42. que taes Testamentos não são
 nullos. Na thes. 37. ataca o mesmo Pinello em
 quanto devolve ao Fisco a herança que recebeu,
 reputando-o indigno, o Conjuge, que revogou o
 Testamento correspectivo; e provando admiravel-
 mente o erro de Pinello. Passa depois na thes. 38.
 a firmar este effeito = „ Si Testamentum corres-
 „ pectivum ab altero illius conditore, verbaliter,
 „ vel realiter revocetur, tunc hæc ipsa voluntatis
 „ duorum, vel plurium contestatorum correspecti-
 „ vitas hoc operetur, *ut simul etiam alterius tes-*
 „ *tamentum, seu in totum, seu in quantum illud*

„ *correspectiveum est, pro expresse vel tacite re-*
 „ *vocato habendum sit*; fatente ipso Anton. Fabr.
 „ d. Def. 18. his verbis finalibus = ut præmortui
 „ conjugis testamentum, hoc ipso revocetur, quod
 „ superstes suum revocat = et Brunnem. Cons. 38.
 „ n. 19. et Seqq. Quibus gemina tradit Menoch.
 „ L. 4. præ. 165. n. 20. etc ... Ea namque omni-
 „ um actuum correspectiveorum atque correlativo-
 „ rum natura et conditio est, ut sive confirmato
 „ uno, sive destructo, etiam alterum confirmari
 „ vel destrui necesse sit etc.

§. 21.

E depois de hum largo discurso sobre os
 actos correspectivos, correlativos, e individuos etc.
 conclue ao nosso proposito a n. 377. ut ibi: „ Ita
 „ si etiam duo contestatores, ab initio quidem, ad
 „ quid certi reflexerint, ad quod nisi contestator
 „ suam dispositionem direxisset, alter etiam suam
 „ dispositionem plane aliter concepisset, hac ipsa
 „ se invicem respiciente dispositione ab alterutro
 „ illorum ex post facta revocata illa etiam ab al-
 „ terutro intelligitur revocata. Prout enim hujus-
 „ modi dispositiones in ipsa sua ordinatione, sive
 „ *constitutione* se invicem respiciunt, et altera,
 „ alterius contemplatione, seu respectu, conficitur;
 „ ita non dubitandum, quin etiam in illarum *Re-*
 „ *solutione* eadem obtineat *Correspectivitas*, et
 „ jura ex illa proficientia pariformiter obtineant,
 „ L. 35. de R. J. Ex quo optime Fabr. Decad. 52.
 „ Err. 5. pag. 32. = Habet, inquit, hæc res na-
 „ turalem intellectum, ut qui non erat ita testatu-
 „ rus, si vel contestatorem nullum habuisset, vel
 „ diversam sui contestatoris voluntatem prævidis-

„ set, nunquam credi debeat in ea voluntate non
 „ pariter præstiterit. = Et Magirius ac Besoldus
 „ = *Fatemur*, inquit, quod in Contractibus,
 „ et ultimis voluntatibus, quæ reciprocationem ha-
 „ bent, semper tacita hæc conditio inesse videatur,
 „ nisi aliquid acciderit alterius culpa, L. 45. §. 1.
 „ in fin. ff. de Locat. d. Cons. 121. n. 29. Unde
 „ etiam hanc ipsam *revocationem correspectivam*
 „ vocat Amatus Dunozettus Decis. Rot. 756. n. 6.
 „ et incassum eundem impugnat Barry de Succes-
 „ sion. Test. et Intest. L. 10. T. 1. n. 41. =

§. 22.

Amplia-se 1.º este Efeito dos Testamentos
 correspectivos, seja qual for o modo, com que um
 dos Contestadores revogue pela sua parte o Testa-
 mento; com tanto que seja válido o segundo revo-
 gatorio, Harprectr. thes. 39. *Quid* se o segundo
 for nullo, e só se sustente por effeito da clausula
 codicillar? Vid. Harprectr. a n. 386. ad 393. Am-
 plia-se 2.º „ Ut nihil intersit *sive alter contestator*
 „ *jam mortuo altero, sive illo adhuc superstite,*
 „ *et vivo, sed ignorante hanc revocationem Testa-*
 „ *mentum suum revocat:* „ Harprectr. thes. 41.
 onde assim o comprova: E accrescenta na thes. 42.
 „ Si alteruter contestantium, non saltem vivente
 „ verum etiam *sciente Contestatore* tale Correspe-
 „ ctivum testamentum revocaverit = „ E neste
 caso distingue com bons DD. o caso de viver mui-
 tos annos o Conjuge sciente depois que o outro re-
 vogou o Testamento correspectivo, e ter aptidão
 e tempo de revogar tambem a Disposição pela sua
 parte, e entre o caso de morrer em breve tempo,
 sem ter essa aptidão e possibilidade: De forma que

no primeiro se presume confirmada a sua vontade, assim mesmo a pesar de ter variado de vontade o outro contestador, e de assim o saber; no segundo caso não.

§. 23.

Amplia-se 3.^o este Effeito „ tametsi ex tali „ revocatorio testamento hereditas postmodum non „ adeatur; sed heres in illo v. g. a superstite Con- „ juge institutus ante hunc moriatur, vel heredita- „ tem adire recuset, atque ita *Testamentum quo- „ cumque modo destituatur*, eo quod notorie per „ posterius Testamentum jure perfectum prius „ rumpatur, idque sine discrimine, sive aliquis ex „ hoc heres existat sive non, §. 2. Inst. quib. mod. „ Test. infirm. Neque enim Testamenti vis et „ substantia ab additione hereditatis dependet; sed „ ab institutione L. 1. ff. de hered. instit. §. 34. „ Inst. de Legat; et satis est tabulas talis revoca- „ torii ita esse ordinatas, ut ex iis hereditas adiri „ potuerit. Unde licet hereditas ex illo postmodo „ non adeatur; tamen tabulæ ipsius corresponsivæ „ Dispositionis, ceu semel receptæ, non restituun- „ tur etc. Harprectr. thes. 44.

§. 24.

Passa o mesmo Harprectr. thes. 45. a fazer esta Distincção = „ Si ipsa *heredis institutio*, „ altera alterius intuitu, sit facta, tunc per revo- „ catorium superstitis testamentum etiam totum „ testamentum ab altero conditum, sicque non „ solum institutio, verum etiam Legata, et reli- „ qua capitula simul revocata censi debeant.... „ Nisi ex æquitate diversum sentiendum etc. (Isto

„ he quanto aos mais Legados , não se viciando o
 „ util e válido pelo inútil ; e cumprindo-se a von-
 „ tade do Testador no que dispoz , e era indepen-
 „ dente da correspectiva vontade do outro.) Si
 „ tale testamentum tantum *quoad aliquod particu-*
 „ *lare relictum* v. g. Legatum , aut fideicommis-
 „ sum correspectivum sit , tunc in thesi hac tradita
 „ tanto planius et apertius , quoad talem saltem
 „ partem verificari queunt , Pinell. . . . Menoch. de
 „ Præsumpt. l. 4. Præs. 172. n. 4. ubi scribit ,
 „ quod maritus Legaverit uxori ob id , quod et ipsa
 „ uxor reliquit marito ; et maritus deinceps revocet
 „ Legatum , præsumatur , quod et uxor marito re-
 „ lictum revocare voluerit. „

§. 25.

Na thes. 46. segue e comprova a hypothese do Card. de Luc. de Legat. Disc. 32 : Na Thes. 47. amplia o effeito dos Testamentos correspectivos no caso , que a hum Comtestador irmão sobrevenhão filhos , e o Testamento pela sua parte se rompa ; ou ao caso que hum dos Comtestadores venha pela mudança do estado a ser intestavel.

§. 26.

Segundo effeito dos Testamentos correspectivos ; (quando na realidade o são , applicadas as Doutrinas do §. 6 até o §. 13.) he que , revogada por hum dos Conjuges a sua disposição , a que foi correspectiva a do outro , não só o que a revoga , e falta á fé fica privado do emolumento que havia de receber da disposição do outro Comtestador , mas deve restituir os redditos , que tiver percebido ,

Harpectr. thes. 51. (Se bem que na Disp. 45. n. 228. segue o contrario) Castilh. L. 2. C. 18. n. 66. et 67. *Aliter* nos Testamentos simplesmente reciprocos, em que ha differença, e em que só procede a Doutrina de Valasc. Cons. 7. n. 7. *¶*. *Si sextum* = Harpectr. supr. Vid. infra Not. ao §. 33.

Veja-se sobre tudo o exposto desde o §. 3. o Cod. Frederic. P. 2. L. 7. T. 9. o Cod. de Sardenh. L. 5. T. 1. §. 25. Luc. Ferrar. Verbo = Testamentum = art. 5. a n. 11. Harpectr. Disp. 39. n. 32. et Disp. 45. n. 79.

S E C Ç Ã O II.

Quaes Testamentos são Simultaneos; quaes os simplesmente Reciprocos; quaes os seus effeitos; quaes suas differenças.

§. 27.

» Nec omne Reciprocum testamentum est Cor-
 » respectivum: Neque etiam e contra omne Corres-
 » pectivum Reciprocum est: Neque omne Simul-
 » taneum, sive duplex testamentum etiam Corres-
 » pectivum est: Neque etiam vice versa omne Cor-
 » respectivum est Simultaneum.” Harpectr. d. Disp.
 39. thes. 30. Por isso os Correspectivos, de que tractei na Secção precedente, não devem confundir-se com os de que agora tracto.

§. 28.

» A *Simultaneo*, sive ut illud etiam appellat
 » Schilter. Exerc. 39. thes. 58. *duplici* testamento,

„ *correspectiveum* in eo differt , quod sæpe tum Con-
 „ juges , tum alii *duo* simul in una Carta testen-
 „ tur , et vel ita , ut quilibet suum peculiarem ,
 „ cumque tertium , heredem instituat ; vel ut ipsi
 „ se mutuo ad successionem vocent ; ita , ut in prio-
 „ ri casu testamentum tantum *Simultaneum* sit
 „ sed *non Reciprocum* , nec semper *correspectiveum* .
 „ In secundo verò casu non solum *Simultaneum* ,
 „ seu simul a duobus uno actu ordinatum ; verùm
 „ etiam *reciprocum* ; et tamen haudquaquam *cor-*
 „ *relativeum* ; ac proinde liberrime (ita nempe
 „ ut propterea alterum non corruat , sed in suo va-
 „ lore plenissimo permaneat) revocationi , etiam
 „ mortuo jam altero Contestatore obnoxium habea-
 „ mus etc. ” Harprectr. supr. thes. 31.

§. 29.

„ *Correlativeum a Reciproco* testamento in
 „ eo differt , quod accurate et proprie loquendo il-
 „ lud solum mereatur appellari *Reciprocum* , quan-
 „ do Conjuges ipsi , itemque fratres , Sorores et alii
 „ sese invicem ipsos *reciproce* , et mutuo heredes
 „ instituunt , Græveus L. 2. conclus. 117. n. 4.
 „ Besold. Cons. 121. n. 20. æque scilicet ac reci-
 „ proca appellatur substitutio quando invicem illi
 „ ipsi , qui heredes instituti sunt etiam substituun-
 „ tur , L. 64. de Leg. 2. Fusar. de Substit. q. 524.
 „ Verum *correlativeum* etiam tale esse potest , ut
 „ Conjuges seipsos non instituant heredes , sed v.
 „ gr. quosdam ex suis Liberis (*sendo casados sem*
 „ *communicação de bens ainda havendo filhos*) in
 „ solo paterno alios et e contra in solo materno pa-
 „ trimonio instituant etc. ” De forma que não bas-
 „ ta ser hum Testamento *Simultaneo* , ou *Reciproco*

para ser *correspectivo*, e ter os effeitos de *correspectivo*, não se identificando com elle alguma das circumstancias expostas na Secção 1.

§. 30.

Com especialidade 1.^o „ Illa testamenta quæ a
 „ duobus seu Conjugibus, seu fratribus, seu aliis
 „ eodem in loco præsentibus iisdem Notario et tes-
 „ tibus, uno quasi momento sive actu continuo,
 „ confecta sunt, haudquamquam vocamus *correspe-*
 „ *ctiva*: ” Harprectr. Disp. 39. thes. 4. 2.^o „ Illa
 „ omnia, quibus duo simul testantes Conjuges vel
 „ *se invicem ipsos* sive universali, sive particulari
 „ titulo honorantur, *vel suis cognatis* in casum,
 „ si etiam primum morienti supervivens moriatur,
 „ *benigne provident*, nempe ultimo moriturum
 „ universali fideicommisso utriusque cognatis, sive
 „ cognationi exsolvendo, onerantes; tametsi nam-
 „ que, etiam isto respectu, mutua Conjugum tes-
 „ tamenta *correspectiva* haud inepte salutari, ad-
 „ vertat Franzkius Res. 1. n. 25. et hoc modo ado-
 „ mata evidentem respectum ad se invicem ha-
 „ beant, tamen nulli dubitamus, quin et in tali
 „ casu, quilibet Conjugum, etiam altero nescio,
 „ imo plane invito, quin et illo jam mortuo suum
 „ proprium testamentum pro liberrimo arbitrio mu-
 „ tare valeat etc. ” Harprectr. thes. 5.

§. 31.

„ Multo minus ergo 3.^o illa Conjugum testa-
 „ menta pro *Correspectivis* haberi poterunt, quan-
 „ do conjugum unus, *hac sola spe fretus*, quod
 „ etiam alter ipsum heredem sit instituturus, eun-
 „ dem instituit: Sicut enim DD. talem dispositio-

„ nem non tam in præmiū mutue institutionis,
 „ ab altero separatæ, quam ob connubialem affe-
 „ ctionem principaliter factam, præsumendam exis-
 „ timant Frazk ... Tulden ... Mev ... Alciat ...
 „ Ita dicunt, quod, licet ab altero sperata Institu-
 „ tio deficiat; tamen altera per se, et seorsim con-
 „ sistens, inde hand evanescat; cum et illa testa-
 „ menta, quæ conjuges simul et reciproce ita con-
 „ dunt ut alter ab altero vel palam heres nuncu-
 „ patur, vel in una eademque carta instituatur,
 „ duo sunt testamenta a se invicem separata, quo-
 „ rum alterum ab altero nihil habet dependentiæ,
 „ Cardin. de Lugo ... Dis. Præses ... neque illud
 „ quod conjugem ad testandum induxit, dum ma-
 „ ritus etiam omnia sua bona uxori, ejusdemque
 „ propinquis, hac consideratione, et respectu, re-
 „ liquit, quod et uxor marito ipsiusque propinquis,
 „ sua bona vicissim certo relictura esset, testamen-
 „ ti naturam quod in se revocabile, mutare valeat,
 „ Struv. Exerc. 32. thes. 43. Carpzov. p. 3. C. 2.
 „ D. 14. n. 5. ” Harprectr. thes. 6.

§. 32.

„ Sed neque 4.^o testamentum ex eo, si duo
 „ fratres vel alii agnati, præsentibus eodem Nota-
 „ rio, et testibus, eadem in Carta, vel simultaneæ
 „ nuncupationis actu, *palam et præsentèr alter*
 „ *alterum ex asse hæredem instituat promiscue*
 „ *redditur correspectivum.* Ut enim conjectura a
 „ correspectivitate desumpta concludat, *manifes-*
 „ *tum esse debet, quod quilibet fratrum, vel*
 „ *agnatorum ea sola ratione, quia ipse vicissim*
 „ *ab altero heres instituebatur, ad reciprocā*
 „ *hujusmodi dispositionem commotus fuit, ita ut*

„ *possibilitas ; per fraternam vel agnaticam af-*
 „ *fectionem ipsum motum fuisse , omnino cesset ;*
 „ ubi vero simul et consideratio mutui præmii , si-
 „ ve Institutionis alteri remunerandæ , et mutua af-
 „ fectio propter nexum fraternum , et bona ulterius
 „ in familia conservandi desiderium , præsumpta ,
 „ æqualiter militant ; ibi dici non potest , quod
 „ hæc ipsa fraterna , vel agnatica affectio ab illo
 „ commode seu vicissitudinariæ institutionis inte-
 „ resse dependeat ; sic ut una revocata , etiam al-
 „ teram revocatam intelligi oporteat. Defectus nan-
 „ que causæ supremam defuncti dispositionem tum
 „ demum cessare facit , *si probetur Testatorem si-*
 „ *ne illa non fuisse ita dispositurum* , prout opti-
 „ me Alexandr. ad L. cum donationis. n. 7. Cod.
 „ de Transact. Atque ita in terminis Rotam Roma-
 „ nam decidisse recenset Guilielmus Dunozetus in
 „ Decis. Rot. Roman. Decis. 298. ubi n. 2. rectis-
 „ sime dicit , quod , cum ultimæ voluntates sint
 „ ambulatoriæ ad extremum usque spiritum , sic ,
 „ ut libera disponendi , rursusque mutandam suam
 „ dispositionem , facultas cuilibet , ad mortem us-
 „ que , competat ; proinde illi , qui heredes se invi-
 „ cem instituerunt , suam intentionem ad actus
 „ omnino et semper revocabilis , nec ullatenus ab
 „ alterius voluntate pendentis , nativam indolem
 „ accomodasse ; et proinde se invicem ita instituis-
 „ se censi debeant , ut cuilibet ipsorum maneret
 „ libera revocandi facultas ; et hoc ipsa revocatio
 „ a propria cujuslibet voluntate penderet. Quibus
 „ convenienter nullam deceptionem in alterutrum
 „ redundare posse , notabiliter addit , cum ita fuer-
 „ rit natura actus. ” Harprectr. thes. 7.

§. 33.

„ Quod itaque 5.^o de eo sentiendum, si con-
 „ juges, fratres, aliive conditores simultanei tes-
 „ tamenti *expresso pacto de non revocanda mutua*
 „ *institutione, et fideicommissaria, in Casum,*
 „ *si etiam novissimus decesserit, utriusque Co-*
 „ *gnatorum substitutione, sese invicem obstrin-*
 „ *xerint;* an nec tale testamentum erit *correspe-*
 „ *ctivum;* ac proinde, licet unus suam dispositio-
 „ nem, præprimis post mortem alterius revocet,
 „ tamen ultima prædefuncti, de ipsius substantia
 „ ordinata, voluntas suo robori relicta intelligi
 „ debet; ita ut v. g. non solum ipse conjux, agna-
 „ tus, vel frater, prædefuncto superstes, ab eodem
 „ relicta tota hereditate per omnem suam vitam,
 „ plenissime uti frui; sed et post ejus obitum
 „ ipsius Cognati, una cum prædefuncti cognatione
 „ (non obstante quod hæc a superviventis successio-
 „ ne, contra Literam istius simultanei Testamenti,
 „ omnino exclusa sit) ad Fideicommissum, a præ-
 „ defuncto, sub certa spe suæ Cognationis ad alte-
 „ rius bona consimiliter admittendæ ordinatum de
 „ jure admitti debeant? Sane hoc Testamentum
 „ pro Correspectivo diserte agnoscit Gratian for.
 „ C. 908. n. 2. et n. 4. ac proinde revocato alte-
 „ rius Testamento, etiam altero ipso jure irritari
 „ contendit, Francisc. Linglois ad 50. Dec. Dec.
 „ 24. q. 10. per L. penult. Cod. de Legat; et ex
 „ eo quod talis reciproca institutio, quam deinceps
 „ alter revocat, sit captatoria, ac proinde reproba-
 „ ta, ceu cui dolus revocantis, de quo ex eventu
 „ judicandum existimat, causam dedisse existiman-
 „ dum sit. Sed tamen *posthabita ista correspecti-*
 „ *vitae* cum Oldrad. Corneo, Roderico, Bertran-

„ do, Simone de Prætis, Gailio , Tiraquello , et
 „ Dunozetto etiam hactenus inter nostrates de *Re-*
 „ *ciprocis Testamentis* receptissima sententia a lau-
 „ dato Gratiano et aliis admittitur , quod , cum
 „ hic tot habeamus Testamenta , quot personas
 „ testantes ; ideo , licet tale reciprocum Testamen-
 „ tum in eadem membrana , eodem loco , præsentibus
 „ eisdem Notario , et testibus *cum correspecti-*
 „ *vitae unius ad aliud* , et propter mutuam affe-
 „ ctionem , addita prohibitione illud non revocan-
 „ di , confectum fuerit ; tamen etiam hactenus su-
 „ perstitis voluntas sit ambulatoria ad extremum
 „ usque halitum : Eo quod nemo quisquam seu ex-
 „ presse , seu tacite ad non revocandam suam dis-
 „ positionem sub ullo colore se obstringere valeat ,
 „ juxta text. vulgarissimos in L. 22. de Legat. 3.
 „ L. 15. Cod. de Pact. Valasc. Cons. 7. n. 7. etc. ,
 „ Ita Harprectr. d. Disp. 39. thes. 8. aonde prosegue
 comprovando esta these , e confutando as objecções
 contrarias.

Seria para desejar neste Reino huma Legis-
 lação tão simples e decisiva como a do Código
 Frederico , citado na Nota ao §. 26. e de ou-
 tras Nações , que , declarando correspectivos
 todos os Testamentos Simultaneos , e Recipro-
 cos , e fazendo-os irrevogaveis pelo Comtesta-
 dor , que sobrevivesse , occorresse a tanta varie-
 dade de casos , e a tantas opiniões de DD.
 Para recorrermos ao uso daquellas Nações ,
 como em subsidio , e supplemento deste caso
 omisso nas Leis Patrias , poderá objectar-se o
 recebimento do Direito Romano nesta materia
 de Testamentos , como se nota na Ord. L. 1.
 T. 62. §. 24. nas palavras = „ Testamentos...

„ ou Codicillos sendo feitos conforme as no-
 „ sas Ordenações e *Direito* para serem valio-
 „ sos = „ *Direito*, que Peg. *ibidem* entende
 do Romano. Poderá objectar-se a Ord. L. 4.
 T. 84. §. 2. que faz revogaveis *ad Libitum*
 dos Testadores os Testamentos, prohibindo
 toda a opposição, que se faça á sua pretendida
 revogação; Liberdade mais exagerada no §. 4.
 e 5. concorda a Ord. L. 4. T. 37. no fim do
 Princ. 5. = Porque todos os actos, que são or-
 denados para o tempo da morte, se podem re-
 vogar e mudar até a morte = etc.

Entre tanto somos obrigados com o Com-
 mum dos DD. e systemas do *Direito Romano*
 (em parte digo) observar as differenças entre
 os Testamentos *Correspectivos* e os simples-
 mente *Simultaneos e Reciprocós*: Mas, depois
 de ponderado o exposto na 1.^a e 2.^a Secção, e
 feitas justas combinações, não será facil en-
 contrar hum Testamento propriamente *Corres-*
pectivo, e com os caracteres necessarios para
 se capitular *Correspectivo*, com todos os seus
 effeitos, que deixo expostos desde o §. 18. E
 os mais frequentes são os *Simultaneos, e sim-*
plesmente Reciprocós. O mesmo Harprectr.,
 que na Disp. 39. tinha admittido os Testamen-
 tos *Correspectivos*, e os effeitos delles, que
 vimos na Secção 1.^a, elle depois na Disp. 45.
 thes. 24. desde o n. 213. até 235. ataca alta-
 mente os mesmos *Correspectivos*; elle licencia
 ao Conjuge sobrevivente para livremente os revo-
 gar da sua parte; elle finalmente (exceptuado
 o unico caso de se verificar dolo no Conjuge
 sobrevivente) o exonera da Restituição do com-
 modo, que percebesse do Testamento do pre-

defuncto, ut a n. 228. ad 233. com gravissimos DD.

O Codigo civil dos Francezes art. 968. acabou de suffocar toda a dúvida no futuro, determinando que: „ Hum Testamento não poderá „ ser feito em o mesmo acto por duas ou „ mais pessoas; ou seja em proveito de hum „ terceiro, ou seja a titulo de disposição re- „ ciproca e mutua. ”

S U B S E C Ç Ã O.

Indole, natureza e effeitos dos Testamentos Simultaneos, e Reciprocos, e differenças dos Correspectivas.

§. 34.

Os Testamentos *Simultaneos* e *Reciprocos*, ainda que feitos em huma só carta, se reputão tantos e diversos quantas as pessoas dos Testadores, Stryk. de Cautell. Testam. C. 24. §. 21. Manz. in Append. de Testam. T. 22. n. 21. Valasc. Cons. 7. n. 3. Daqui vem 1.^o que, ainda que „ Unius conjugis „ testamentum ex aliqua causa forte irritum fiat, „ alterum tamen subsistit ” Stryk. supr. §. 21. 2.^o que, ainda que o Testamento escripto pelo marido, e feito *vulgo* de mão commum com sua mulher, em que se instituem herdeiros, seja nullo, quanto á instituição, que o marido escreva em seu favor (sobre o que se veja Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 258.) com tudo sempre pelo que respeita á parte da mulher fica válido no mais; e pelo que respeita á parte do marido Vide Gam. Decis. 231. Valasc. Cons.

138. Cardos. Verb. = Testamentum = Sub n. 79. Fragoz. p. 3. L. 4. Disp. 7. §. 1. n. 21.

§. 35.

3.º Que , sendo o Testamento assim simplesmente *reciproco* (sem os verdadeiros caracteres de *correspective* §. 3. e seg.) pôde qualquer dos conjugues , ou em vida , ou depois da morte do primeiro falecido revogallo livremente pela sua parte , e dispôr arbitrariamente dos seus bens. Manz. supr. art. 22. a n. 21. Peg. rom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 261. n. 174 *ubi judicatum*, Castell. L. 2. Contr. C. 18. a n. 16. Gam. Decis. 185. 231. et 245. Stryk. de Cautell. Testam. C. 24. a §. 21. et Vol. 11. Disp. 26. = *De Testament. Conjug. reciproc.* = §. §. 72. *ex professo* Harprectr. Disp. 40. = *De Reciproci inter conjuges sed coacti testamenti revocatione* = thes. 11. ibi : „ Quilibet conjugum sic „ testatorum , tum adhuc *vivo altero* , et tum *gnaro* , et *conscio* talis mutationis , tum totaliter „ ejus *nescio* , imo plane invito , et contradicente , „ tum ex illo *jam mortuo* , suum proprium restamentum , seu de sui ipsius propriis bonis confectum , pro sua parte pro liberrima arbitrii plenitudine mutare , vel in totum revocare queat. ” Este he o Estilo de julgar em todas as Nações , como com os DD. dellas mostra o citado Harprectr. thes. 12.

Muitos DD. declamão altamente contra esta absoluta liberdade do constestador , que sobrevive , figurando entre ambos hum tacito pacto , e huma clausula = *Rebus sic stantibus* = accusando infiel ao que sobrevive , frau-

dulento, de má fé etc. como se pôde vêr now que refere o citado Harprectr. thes. 11. y. *Tametsi* = e largamente disertou Stryk. vol. 11. Disp. 26. §. 73. Opinião que seguiu o Código Frederico citado na Nota ao §. 26.

Porem (e á unica excepção das Nações em que há semelhantes Leis, que prohibem ao supervivente a revogação do Testamento reciproco) a essas objecções respondem admiravelmente o citado Harprectr. a n. 84. e Disp. 39. a n. 54. et 66. Gratian. for. C. 908. a n. 7. Ulric. Huber. in Prælect. ad Instit. L. 2. T. 17. a n. 3. Pinheir. de Testam. Disp. 6. Secc. 3. n. 71. et 72. Mas como estes Testamentos Reciprocos dos conjuges são frequentemente os mais expostos a fraudes, suggestões etc. Stryk. d. Disp. 26. §. 98. et 99; então, constando do dolo ou fraude, com que o defuncto foi illudido pelo sobrevivente, fica este responsavel por toda a decepção e engano, Veja-se Harprectr. Disp. 39. n. 273. et 274. juntos os num. 73. et 480. et Disp. 45. n. 234. Molin. de Instit. Disp. 152. n. 4. Pinheir. Supr. n. 73. Valasc. Cons. 7. no fim. E, não havendo na reciproca disposição tal influxo de vicio, prevalece a referida opinião; (§. 34. e 35.) a menos que o Testamento por alguma das circumstancias expostas no §. 3. e seg. se não capitule propriamente *correspective*.

§. 36.

Amplia-se 1.º esta commua resolução ao caso, em que os Conjuges tenham casado por Carta de ametade, e disponhão reciprocamente, em quanto

conservação em commun os bens. Harprectr. Disp. 45. thes. 14. Amplia-se 2.º ao caso, em que, tendo casado por contracto, e só com communicação dos adquiridos, dispõem reciprocamente destes, em quanto ainda em commun. Harprectr. thes. 15.

Excogitarão os DD. varios remedios, e cautellas, com que lisongearão os Testadores, que testão simultanea e reciprocamente, para ficarem firmes, e jámais revogaveis, pelo que sobreviver, as suas Disposições: Huns remedios sem dúvida futeis, e inefficazes; outros plausiveis. Tratarei pois delles em particular no seguinte

C A P I T U L O II.

Remedios e Cautellas inventadas pelos DD. para sustentar irrevogavel pelo Contestador, que sobrevive, a vontade do predefuncto. Quaes destas Cautellas sejam proficuas. Quaes frustradas, e inuteis.

§. 37.

Primeiro Remedio ou Cautella: Este he, formalizar hum Testamento correspectivo com aquellas expressões, que ficão expostas no Cap. I. desde o §. 3. Mas, conforme os mesmos DD., (a não haver Legislação, como em algumas Nações, Not. ao §. 26.) o mais que póde resultar de hum tal Testamento he, não privar ao Contestador sobrevivido da faculdade de revogar pela sua parte a Disposição; mas de ficar sem effeito a do predefuncto só na parte, em que correspectiva á do Conjuge, ou Contestador sobrevivido. Harprectr. Disp. 45. thes. 24. desde o n. 213 até o n. 236. (Veja-se abaixo o §.).

§. 38.

Segundo Remedio ou Cautella: Esta, e a providente he declarar o Contestador que, no caso que o que sobreviver não cumpra a sua vontade, nem o que ambos reciprocamente dispõem, em tal caso ficará privado do cômodo de sua herança, e seus bens passem a tal pessoa desde logo etc. Meier. de Maior. p. 1. q. 23. n. 12. Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 261. n. 175. Bem como pôde condicionar, que restitua os fructos percebidos, Harprect. Disp. 45. a n. 266. (Veja-se abaixo o §.).

§. 39.

Terceiro Remedio ou Cautella: Pode o Testador revogar pela sua parte o Testamento, por mais que convencione e estipule de não o revogar; ou a promessa e estipulação seja feita ao Contestador, ou o seja ao herdeiro instituido, ou ao proximo parente, aliás herdeiro abintestato; ou a promessa seja no mesmo Testamento, ou fóra delle em outra Escriptura; ou seja extrajudicial, ou ainda judicialmente perante o Magistrado, e confirmada a sua promessa com Decreto judicial; ou seja feita com as vistas na conservação da Familia; ou (o que mais he) ainda que a promessa de não revogar seja feita em Capitulos matrimoniaes; ainda que se estipule e convencione pena ao Testador, no caso que revogue o testamento; porque até a mesma estipulação, e convenção da pena neste caso he nulla; e ainda mesmo hum Esposo illudido com tal promessa não tem acção de dolo contra a herança do Testador, conforme a mais seguida opinião:

Harprectr. Disp. 45. thes. 17 até 22. desde o n. 128. até o n. 192.

§. 40.

Terceiro Remedio ou Cautella: Inventário alguns DD., e seguirão outros como proficua esta Cautella: Testar o marido, não só dos seus bens, mas juntamente dos da mulher; e consentir esta, approvar e subscrever a Disposição do marido: Porque sendo assim, dizem, morto o marido não pôde a mulher mudar de vontade, nem revogar o seu consentimento: 1.º porque fica hum só, unico e individuo testamento; 2.º porque a mulher foi vista obrigar-se como por modo de contracto etc. etc. Ita Pecch. de Testament. Conjug. L. 1. C. 43. Mull. ad Struv. Exerc. 32. thes. 43. Castill. L. 2. C. 18. a n. 38. Stryk. vol 11. Disp. 26. Pinheir. de Testament. Disp. 6. Secc. 3. §. 3. a n. 79. Gabriel Pe-reir. Decis. 11. n. 3 et 4 etc.

§. 41.

Porém o citado Harprectr. Disp. 45. thes. 23. desde o n. 198 até o n. 212. defende o contrario com razões fortissimas; ou a mulher consinta no acto, em que o marido testa de seus bens, ou consinta antes, ou depois Esta opinião seguem tam-bem Huber. in Prælect. ad ff. de injust. rupt. §. 4. pag. 237. Brunneman. Decis. 24 et ad L. 22. n. 6. de Legat. 3. Stryk. Vol. 11. Disp. 26. §. 93. Só sim convem com alguns DD. Harprectr. 211. ”
 „ Quod si uxor marito testamentum facienti saltem
 „ hactenus consentiat, ut de Commodis quæ uxor eã
 „ ipsius mariti bonis ipso præcedente habitura
 „ esset, simul disponat, exempl. grat. de usufra-

„ctu uxori in bonis praeuortui mariti competitu-
 „ro, tunc uxorem non amplius a consensu semel
 „præstito resilire valere, eo quod hic consensus ni-
 „hil aliud sit, quam pactum, quo uxor suo lucro
 „statutario, vel consuetudinario renuntiat, eo fi-
 „ne et animo, ut illud ad heredes mariti transire
 „possit. ”

Na verdade: hum tal consentimento se se ca-
 pitula hum contracto entre vivos, que póde
 fazer-se em Testamento (Solano. Cog. 2. a n. 13.)
 para como tal ficar irrevogavel, Solano. a n. 58.
 reincidia em huma Doação entre vivos univer-
 sal, nulla por falta de reserva para testar, e
 por falta de Insinuação; e ainda como Doa-
 ção entre marido, e mulher revogavel até á
 morte della. Se se capitula Doação *causa mor-
 tis* independente de reserva, e de insinuação
 fica exposta á sua revogabilidade até a morte;
 e não póde valer como reciproca, por não ser
 correspectivamente igual. Só sim solemnizado
 esse consentimento da mulher, ou em Escri-
 ptura de Testamento feita em Notas na fórma
 da Ord. L. 4. T. 80. pr.; ou em Acto de Ap-
 provação sendo secreto o testamento na fór-
 ma, que ensina o citado Solano n. 40: ficará esse
 consentimento como *causa mortis*, sujeito sim
 a poder ser revogado; mas tambem a poder
 ser confirmado com a morte da mulher, se el-
 la o não revogar expressa, ou tacitamente. As
 formulas de Doações ou Consentimentos, que
 nos deixou o citado Pinheir. de Testam. Disp.
 6. Secc. 3. a n. 90. ficão sujeitas á mesma cen-
 sura.

Quarto Remedio ou Cautella: Muitos DD. sustentão irrevogavel a Disposição Reciproca testamentaria, firmada com juramento; senão por força do Direito Civil, por força do Canonico; DD. que referem Stryk. de Cautell. Testam. C. 24. §. 24. e Manz. de Testam. in Append. T. 22. a n. 17. Se esta Cautella fosse segura, seria facil impetrar Provisão de Dispensa da Ord. L. 4. T. 73. (que se concede) e jurarem-se os Testamentos feitos em Notas, ou os cerrados no Acto da Approvação. Porem contra esta Cautella está a torrente dos DD. que recolligio o citado Harprectr. Disp. 45. thes. 20. a n. 158. ad 172. et Disp. 39. a n. 154. Vejam-se largamente sobre esta Questão as Opiniões, que cummulou Pinheir. de Testam. Disp. 6. Secc. 3. §. 1.

§. 43.

Quinto Remedio ou Cautella: Diz Stryk. Us. mod. L. 28. T. 3. §. 5: „ Diversum obtinere ex-
 „ istimarem, si (conjuges) invicem inter se pa-
 „ ctum iniissent de non revocando hoc Testamento
 „ invito altero, illudque in Testamento expressum
 „ sit, hoc casu enim non tantum adest conventio
 „ utrinque obligatoria, quæ irrevocabilem disposi-
 „ tionem facit; sed etiam alterius interest ne, se in-
 „ vito, testamentum revocetur; cum semel ex in-
 „ tercedente promissione jus ipsi quæsitum, et dis-
 „ positio in favorem utriusque condita sit; quod
 „ optime casu illustravit Nicol. Res. 10. n. 25 „
 E acrescenta na Epigrafe do §. 6. = Modo pacto nihil obstat. =

§. 44.

Porem esta Cautella não he segura , e contra ella se oppoem com todas as forças , e grande aparato de DD. e razões o citado Harprectr. a n. 127. Na thes. 25. e 26. amplia : ainda que os Conjuges convencionem „ *quod Testamentum non aliter quam concordi et mutuo utriusque consensu revocationi obnoxium esse debeat*. Semelhantemente na Thes. 29. defende ser revogavel o Testamento , ainda que os contestadores „ *Sibi invicem promittant quod in casum Testamenti ab alterutro revocati, omnia bona ipsius alteri contestatori, ex tunc donata censeri debeant; vel quod in casum testamenti revocati, ipsius Dispositio ut vera donatio subsistere debeat* „ $\equiv$ vel $\equiv$ „ *Sive revocavero, sive non revocavero hoc meum testamentum universa mea bona tibi donata sunt* etc.

Semelhantes Questões são hoje ociosas : Porque : supponhamos se possam fazer Contractos e Doações em Testamentos ; ou as taes Doações passam a ser *inter vivos* e irrevogaveis , ou ficção com a natureza das ultimas vontades : *Si prius* , valem naquillo , que podem al er sem Insinuação : *Si secundum* , nada ha que embaraça poderem revogar-se.

§. 45.

Quid plura? Depois de Harprectr. na Disp. 45. até a thes. 34. ter exposto vinte cautellas (e entre ellas as mais notaveis , que tenho tratado) inventadas pelos DD. ; depois de as haver nervosa

e solidamente confutado, rompe na thes. 36. n. 355. nesta absoluta Proposição: „ Nulla cautella, nul-
 „ lum remedium excogitari possit, quibus libera
 „ testamenti factio impediatur; nequis condat Tes-
 „ tamentum, vel jam conditum revocet .. Anton.
 „ Fabr. . ubi certum esse dicit, *quod nulla penitus*
 „ *pactione nulloque remedio fieri possit, ut quis*
 „ *sibi praecripiat facultatem testandi, aut istius*
 „ *facultatis Libertatem constringat.* „

§. 46.

Só sim e unicamente podem os Testadores pro-
 videnciar as futuras revogações pelos Conjuges, ou
 contestadores sobrevivivos, por dous modos: Hum
 delles (já acima tocado no §. 37.) he, fazendo
 Testamento não só *Simultaneo* e *Reciproco*, mas
 juntamente *Correspectivo*, com clausulas mutuas e
 expressivas da necessaria correspectividade, segundo
 fica mostrado no Cap. 1. §. 3. e seg. Porque então, se
 senão impede (nem ainda assim por tal modo póde
 impedir) que o constestador, que sobrevive, revo-
 gue pela sua parte, e quanto aos seus bens, a sua
 disposição; sempre, e pelo menos fica cessando, e
 como revogada a Disposição do predefuncto na
 parte, em que era correspectiva á vontade do que
 sobreviveu e revogou; para em consequencia este
 ficar privado de todo o emolumento, que lhe re-
 sultasse da Disposição do conjugue predefuncto; co-
 mo fica mostrado no dito Cap. §. 18. e seg. E
 neste caso obrão os effeitos do Testamento *Corres-*
pectivo o que não póde obrar o simplesmente *Re-*
ciproco, como assim adverte o mesmo Harprectr.
 Disp. 45. n. 392.

§. 47.

Outro e segundo modo he o já tocado acima no §. 2. que o mesmo Harprectr. na Thes. 42. expõem, ut ibi: „Et ultimo loco saltem *unicuique*, „*certum et securum remedium conjugibus eriant* „*per viam testamenti reciproci*, seu mutuam de sua „família, irrevocabiliter disposituris, subministra- „mus, si velit, alterum ex asse instituere valeat, „sed tamen in casum, si supervierurus tandem „etiam moriatur, et reciprocum testamentum im- „plere nolit, *ipsum universali gravet fideicom-* „*misso*, suis (puta præmortui) proximis cognati- „tis, qui tempore mortis primùm morientis, vel „quo supervivens demum fato concedet, ei proxi- „mi sunt, etiam cum omnibus, si cognationi suæ „adhuc plenius et pinguius prospicere velit medii „temporis fructibus plene restituendo.” *Conf. eund.* Harprectr. Disp. 39. thes. 56.

§. 48.

Na thes. 35. da Disp. 45. propõem o mesmo Harprectr. outros dous modos de precaução: 1.º „Si Testator dicat: Volo hoc meum testamentum „valere, et si contingat, me illud mutare, et aliud „condere, hoc postremo loco conditum valere no- „lo, *quia illud simulatum, fictum, et per me-* „*tum factum erit*, hoc solo fine, ne indignatio- „nem meorum consanguineorum incurram.” 2.º „Si dicat: Quod si aliud testamentum a me con- „ficietur, tunc omnia in isto disposita, in illo se- „quente repetita conscantur.” Mas por estas for- „mulas se vem a incidir na celebre clausula *Erro-* „*gatoria* de que tratão largamente os DD., com os

quaes os nossos Pinheir. de Testam. Disp. 6. Sec. 2. §. 2. Nett. de Testam. L. 1. T. 14. e entre os Estrangeiros os melhores: Stryk. de Cautell. Testam. C. 24. §. 53. e seg. Cyriac. Contr. 360. Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 79. = *De Clausulis Testamentorum* = C. 2. a n. 133. Fabr. in Cod. L. 6. T. 5. Def. 9. Coccey Jus Contr. L. 28. T. 3. q. 12; e outros mais que refere Thomaz. Not. de Us. hodiern. ad Pandect. L. 28. T. 3. aonde em poucas palavras decide. A estes DD. pois se deve reccorrer nos casos occorrentes; ou seja para formalizar com a dita clausula algum Testamento; ou seja para a disputa dos seus effeitos, e quando ou não careça delles.

Só não devo preterir com Thomaz. Supr. e á Instit. L. 2. T. 17. e Stryk. Us. mod. L. 28. T. 3. §. 7. que o que os mais dizem sobre a tacita revogação pelo decennio, se deve entender com a exposição destes Modernos,

C A P I T U L O III.

Quando os Conjuges cada hum por si só, ou ambos juntamente possam no Testamento alterar os pactos antenupciaes, dispôr o contrario do pactuado nelle, em seu prejuizo, ou dos substituidos: Quando tendo casado por Carta de ametade podem hum só, ou ambos juntamente variar no Testamento etc.

§. 49.

Principiarei pelos Testadores, que tem casado por Carta de ametade: Estes, que aliás por contracto entre vivos não podem variar para o matri-

monio conforme o Direito commum , sem varias solemnidades , que demonstrarei n'outro lugar ; não tem embargo , a que por Testamento possam livremente variar ; de fórma que , tendo antes casado por Carta de ametade com universal communicação de bens , dissolvão esta communicação , e cada hum teste dos bens , com que entrou para o casal ; sejam mais ou menos os de hum , que os de outro. He porém necessario que ambos simultaneamente concordem de uniforme consentimento ; e não basta que hum delles em seu Testamento , ainda deixando algum Legado ao outro , disponha , que elle se levante com os bens da sua parte , como se vê julgado em Guerreir. for. q. 51. porque como deliberou hum Senador *ibidem* n. 12 et 13. „ Commu-
 „ nicatio a Lege inducta L. 4. T. 46. vel procedit
 „ ex dispositione hominis , ut sentit Barbos. in L.
 „ 11. §. fin. n. 60. de Solut. matr. vel ex disposi-
 „ tione Legis , ut tenet citat. Barbos. in L. Si con-
 „ stante in princ. n. 134. Si procedit ex dispositio-
 „ ne hominis , absque consensu uxoris non potest
 „ dissolvi quamvis maritus voluisset... Et multo
 „ minus si procedit ex dispositione Legis : Unde
 „ venit quod Barbos. d. T. 46. in princ. n. 3. dum
 „ asserit , quod Conjuges possunt facere ne huic
 „ communicationi sit locus , loquitur per verbum
 „ *Conjuges* in numero plurali ; quia foret iniquum ,
 „ quod alter ex Conjugibus invito alio ab illa pos-
 „ sit resilire , contra omnem naturam contractuum.”

Sendo certo , que qualquer Testador póde testar dos bens de seu herdeiro , *de quo* vid. Harprectr. Disp. 38. = *De suprema voluntate de bonis heredis.* = Peg. de Maior. C. 4. a n. 59º Fuzar. de Substit. q. 648. Se hum casado

por Carta de ametade deixar ao outro ou o usufructo de seus bens, ou algum Legado com a expressa condição, de que elle, além do Legado, que sahirá dos bens do Testador, se levante com os bens, com que entrou para o casal, sem usar da communicação legal; e, havendo esta expressa condição, o que sobrevive acceita o Legado, he visto condescender com a vontade do Testador, e renunciar tambem a communicação legal; cessando nestas circumstancias a hypothese de Guerreiro *supra*. Veja-se Bagn. C. 62. n. 44. aonde amplia, que este Legatario se prejudica, ainda que aliás lhe pertencesse mais na herança do Testador; Bersan. de Ultim. volunt. C. 1. q. 2. a n. 13. e de Compensat. C. 2. q. 30. a n. 38.

§. 50.

E se ambos os Conjuges, que assim tem casado por Carta de ametade, assim o declarão no Testamento reciproco, que os bens de cada hum, com que entrou para o Casal, passarão a seus respectivos herdeiros, passando a dispôr cada hum desses seus em particular, deixando hum ao outro todo o avance, que seus herdeiros aliás podião ter, observada a communicação universal; ou por semelhantes palavras demonstrativas de ser esta a sua vontade: Bem como, *vice versa*, tendo casado por contracto sem communicação de bens podem de uniforme consentimento variar no Testamento; com tanto que, ou assim o expressem, ou as suas disposições sejam directamente oppostas aos Pactos nupciaes: Voet. ad Pandect. L. 23. T. 4. n. 60: e com tanto que o Conjuge, que sobrevive, não revogue pela sua parte

o Testamento , e recorra outra vez ao estipulado nos Pactos antenuptiaes. Voet. *supra* sub n. 62.

§. 51.

O mesmo , que assim procede no todo , procede na parte : Porque bem podem os conjuges , que tem casado por contracto , e só com communicação de adquiridos , por meio de Disposição testamentaria e reciproca renunciar hum a favor do outro , ou deixar-lhe os mesmos adquiridos , aliás communis. Harprectr. Disp. 80. = *De Renuntiatione Acquas-tus Conjugalis* = n. 763.

§. 52.

Resta só a dúvida : Se hum dos Conjuges por si só no Testamento póde revogar os pactos successorios reciprocos estipulados no contracto antenuptial : Muitos DD. disserão , que taes pactos successorios entre os esposos são mixtos , que participão em parte de contracto , e em parte de ultima vontade , em quanto tem por fim a successão de herança em todo ou em parte depois da morte dos Paccionantes , e Contractantes ; e em consequencia os dizem revogaveis por qualquer dos Conjuges. Stryk. Vol. 11. Disp. 26. §. 83. Boehmer. Exerc. 71. C. 2. §. 1. 2. e 3. Stryk. de succession. ab intest. Diss. 8. C. 5. §. 37. Harprectr. Disp. 35. thes. 19.

§. 53.

Mas em contrario prevalece a mais sólida opinião , conforme a qual os pactos antenuptiaes successorios entre os Conjuges são actos verdadeiros.

mente entre vivos, e irrevogaveis, e não póde hum dos conjuges sem simultaneo consentimento do outro alterallos. Boehmer. supra C. 2. á §. 6. Harprectr. in Tract. Academ. de Success. Tr. 4. thes. 17. n. 6. Anton. Fabr. in Cod. L. 5. T. 9. Def. 7. et 8. Stryk. supr. §. 86. Voet. ad Pandect. L. 23. T. 4. n. 59. et 62. etc.

Tem porem estes pactos successorios reciprocos perdido esta efficacia e effeitos: 1.º se nascêrão do matrimonio filhos, que sobrevivão, *aliter* morrendo em vida dos conjuges: 2.º se o matrimonio não chegou a ser consummado com copula: 3.º Se o matrimonio hé illegitimo: 4.º Se ha divorcio perpetuo por adulterio, ou graves sevicias, caso em que o pacto claudica, e o conjuge criminoso nada herda pelo tal pacto; mas só o conjuge innocente; *aliter* se o divorcio he só temporal *quoad mensam et thorum*. Vid. Stryk. de success. ab intest. Diss. 4. C. 1. et Diss. 8. C. 5. á §. 42. ad 47. Puttman. Adversar. Jur. L. 2. C. 1. pag. 28.

S E C Ç Ã O U N I C A .

Quando podem ou não os Conjuges testando de mutuo consentimento, ou cada hum em particular privar da successão as pessoas substituidas por suas mortes nos pactos antenupticiaes.

§. 54.

Primeira Hipothese: Se os pais, irmãos, ou ainda estranhos, dotando algum dos conjuges, condi-

cionário que, dissolvendo-se, sem ficarem do matrimonio filhos, os bens dos Doadores passassem por morte dos Dotados a tal ou tal pessoa, a tal ou tal familia: Neste caso não podem os conjuges, ou aquelle, a quem se dotarão os bens com o dito pacto, testar delles em prejuizo dos substituidos. Groenewegen. de Legib. abrog. ad L. 5. Cod. de Pact. Convent. Voet. ad Pandect. L. 23. T. 4. n. 61. Peck. de Testam. Conjug. L. 1. C. 6. n. 1.

Bem entendido que, se foi Dotador o Pai ou o irmão dos bens communs, e gravarão juntamente as Legitimas do filho, ou filhas dotadas, tem estes a Liberdade de dispôr o equivalente ás suas Legitimas, abandonados os substitutos etc. Vide Voet. ad Pandect. supr. n. 66.

§. 55.

Segunda Hypothese: „ Si parentes, aliive do-
 „ tem vel propter nuptias donationem sponso spon-
 „ sæve dantes, pacto dotali non aliud circa data a
 „ se caverint, quam ut soluto matrimonio bona re-
 „ deant ad Latus unde provenerunt, non videtur
 „ hoc ipso, voluisse ipsis conjugibus ademptam de
 „ rebus talibus judicio supremo disponendi faculta-
 „ tem; sed tantum exclusisse communionem illam
 „ universalem, quæ ex Hollandia, Ultrajectina,
 „ et Locorum aliorum (*como no nosso Reino pela*
 „ *Ordenação L. 4. T. 46.*) Lege per nuptias indu-
 „ citur, ubi pactis dotalibus nihil in contrarium
 „ actum est; ac designasse quendam succedendi
 „ ordinem in casum, quo aliud suprema voluntate
 „ conjugum dotatorum dispositum non est; eo
 „ modo quo et ipsi conjuges de suis bonis propriis

„ disponentes per pacta dotalia , quo ordine suis
 „ Liberis sine ulteriori prole decedentibus , succedi
 „ velint , hoc ipso neutiquam Liberis ademptam
 „ volunt de bonis istis a parente sic paciscente pro-
 „ fectis testandi facultatem. „ Voet. Supr. Sub n.
 62. Peck. Supr. n. 2.

§. 56.

Terceira Hipothese: „ Si conjuges in bona
 „ sua propria pacto antenuptiali non se mutuo ,
 „ sed alios sibi successores designaverint , siquidem
 „ generaliter , veluti dum placuit , ut soluto matri-
 „ monio bona redeant ad Latas illud , unde profe-
 „ cta sunt , non impediuntur hoc ipso , tum in Hol-
 „ landia , tum Ultrajecti (*bem como neste Reino*)
 „ de bonis suis aliter disponere , aliosque sibi here-
 „ des instituere , vel illos qui in pacto dotali vi-
 „ dentur Comprehensi , in maioris , aut minoris
 „ vocare hereditatis suæ partes „ Voet. Supr. n.
 63. Groeneweg. ad L. 5. Cod. de Pact. Convent. n.
 2. e 3.

Nas hipoteses dos dous §§. antecedentes
 não pôde com effeito dizer-se constituida subs-
 tituição fideicommissaria e irrevogavel em fa-
 vor dos consanguineos do lado de cada hum
 dos Conjuges , porque os Fideicommissos são
 odiosos. Fuzar. de Substit. q. 290 , e não se
 subentendem sem conjecturas urgentes. Pinheir.
 de Testam. Disp. 4. Secc. 8. §. 2. a n. 1162 ,
 e essas palavras = tornarão os bens ao lado
 donde provém , = ou semelhantes , se devem
 entender , quanto possível for , em favor dos con-
 juges , e quanto menos lhe prejudiquem. Peg.
 tom. 3. for. C. 32. n. 46.

§. 57.

Quarta Hypothese: „ Sed et si certæ personæ

„ tabulis dotalibus designatæ sint , ad quas sua bona soluto matrimonio pervenire, seu redire jubent, etiam tunc libera conjugibus facultas est alios testamento vocandi; quam quibus ex antenuptiali conventionē quæsitā fuerat successionis spes. Sive enim hanc certarum personarum designationem tabulis dotalibus comprehensam jure successionis intestatæ sustineri dicas cum nonnullis, sive jure successionis testatæ cum aliis, (quod et verius, quia tales spe nominantur pacto dotali in spem successionis, qui aut nullo modo, aut non ita, aut non soli. sed una cum aliis a Lege ad Conjugum paciscentium successionem vocantur) evidens est utique, tam Legitimæ tam testamentariæ successionis ordinem supremo posse judicio commutari, ac adimi successionem iis quibus vel Lege, vel anteriore testamento adscripta erat ... Hinc cum pacto dotali id actum proponeretur, ut liberi posterioris matrimonii parenti binubo in maiorem succedere portionem, quam liberi prioris thori, aut vice versa, pacti hujus mutabilitatem adstruxit Johan. a Someven de Jur. Növercar. C. 3. Secc. 1. n. 4. Carpzov. Def. for. p. 2. Const. 43. Def. 16. Sand. Dec. Frisic. L. 2. T. 2. Def. 7. Similique modo si antenuptiali conventionē placuisset conjugibus, ut post mortem conjugis ultimo superstitis bona æquali quantitate cederent tum primi morientis, tum ultimi superstitis cognationi; non modo communi consensu conjux uterque vivus testamento potest illum alterare ordinem successionis,

„ sed et ultimus superstes post obitum conjugis
 „ prædefuncti de suo patrimonio adhuc Liberrimam
 „ habet testandi facultatem, adeoque alios subro-
 „ gandi in Locum Cognationis suæ, tabulis dota-
 „ libus ad successionem vocatæ, salva manente
 „ conjugis prædefuncti ordinatione quantum ad
 „ suum patrimonium, suamque cognationem facta
 „ in pactis dotalibus, nullo testamento revocatis,
 „ atque ita morte tantum firmatis. Castill. L. 2.
 „ C. 18. a n. 32. „ etc. Voet. Supr. n. 63.

§. 58.

Quinta Hypothese: „ An autem hæc pacto-
 „ rum antenuptialium mutatio circa successionem
 „ *in res suas proprias*, etiam tunc conjugibus per-
 „ missa sit, cum illi ipsi, quibus per pacta succes-
 „ sio destinata fuit, ex consensu ac voluntate con-
 „ jugis destinantis simul in eisdem tabulis dotali-
 „ bus sibi soluto matrimonio bona restitui stipulati
 „ sunt, merito dubites? Immutabilia utique per
 „ talem stipulationem hac in parte fieri pacta hu-
 „ jusmodi dotalia, ex eo statuendum videtur, quod
 „ negotium jam non amplius in nudo successionis
 „ intestatæ, vel testatæ ordine designato subste-
 „ rit, sed in plenum, perfectumque abiit contra-
 „ ctum, a quo sine consensu ejus, cujus interest,
 „ sola conjugis unius voluntate recedi jura non si-
 „ nunt... Diversum foret, si non certæ personæ
 „ pacto dotali ad successionem designatæ, sed tan-
 „ tum id actum esset *ut bona ad Latus illud, un-*
 „ *de profecta revertentur*, et pactionem talem
 „ sponsi, sponsæve nomine de bonis sponsi spon-
 „ sæve propriis conceperit forte parens superstes,
 „ aut tutores tales, quibus ex Lege vel statuto

„ competebat ab intestato succedendi jus: Eo quod
 „ tunc non sibi, sed sponso sponsæve talem viden-
 „ tur fecisse pactionem et eos representasse, su-
 „ umque iis ministerium honoris ergo ex more
 „ accomodasse: quo casu non impeditam esse
 „ conjugibus pacti dotalis mutationem, colligi po-
 „ test ex Leg. Mulier. 72. §. ult. ff. de Jur. dot.
 „ etc. Voet. Supr. n. 64. Confer. Harprectr. Disp.
 „ 35. a n. 199.

C A P I T U L O IV.

Instituindo-se communmente os Conjuges (que não tem filhos) herdeiros gravados, ou Usofrutuários: Ou simplesmente dispondo, que o que restar por morte do ultimo passará aos substituidos: Ou concedendo liberdade de alienarem os bens do predefuncto para as suas necessidades: Quid ergo juris in utroque Casu?

S E C Ç Ã O I.

Quid, quando simplesmente dispõem, que o que restar por morte do ultimo passe aos herdeiros do Conjuge Testador?

§. 59.

A Lei 54. ff. de S. C. Trebelian. estava concebida nestes termos: „ Titius rogatus est, quod
 „ ex hereditate superfuisset, Mevio restituere:
 „ Quod medio tempore alienatum, vel diminutum
 „ est, ita quandoque peti non poterit, si non in-
 „ tervertendi fideicommissi gratia tale quid fa-
 „ ctum probetur; verbis enim fideicommissi bonam

„ *fidem inesse constat.* Divus autem Marcus, cum
 „ de fideicommissaria hereditate cognosceret, his
 „ verbis *Quidquid ex hereditate mea superfue-*
 „ *rit, rogo restituas*, et viri boni arbitrium inesse
 „ credidit. Judicavit enim erogationes, quæ ex he-
 „ reditate facta dicebantur, non ad solam fidei-
 „ commissi diminutionem pertinere, sed pro rata
 „ patrimonii, quod heres proprium habuit, distri-
 „ bui oportere etc.

§. 60.

Mas depois a Novella 108. C. 1. na Auth.
 Contra cum rogatus. Cod. ad S. C. Trebell. alterou
 aquella antiga Jurisprudencia, ut ibi: „ Contra,
 „ cum rogatus fuerit quis, ut sine Liberis dece-
 „ dens, quod tunc ex hereditate superest restituat,
 „ *vel aliis hujusmodi fideicommissi verbis grava-*
 „ *tus, quartam institutionis fideicommissario*
 „ *restituere cogitur.* Super hoc igitur et cautio-
 „ nem, nisi a defuncto remissa sit, exponet. Quod
 „ si contingat eam diminui, aut ex ipsius subs-
 „ tantia suppleretur, aut ea deficiente, in rem actio-
 „ ne, et hypothecaria fideicommissario uti permit-
 „ titur adversus rerum acceptores. Ex causa tamen
 „ dotis, seu propter nuptias donationis, seu capti-
 „ vorum redemptionis, vel si non habeat unde fa-
 „ ciat expensas, *hujus quartæ permittitur dimi-*
 „ *nutio.*”

§. 61.

Sobre a intelligencia destas Leis escreverão lar-
 gamente Brunneman. nos seus Commentarios. Pi-
 nheir. de Testam. tom 2. Disp. 4. Secc. 8. §. 6. a.
 n. 1236. Fuzar. de Substit. q. 545. Peregrin. de Fi-

deicom. art. 40. Bagn. C. 10. Tudo o que elles
escreverão mais pratico se reduz a estas Conclusões.

§. 62

Conclusão 1.^a: Supposto seja Questão opinati-
va; se, exceptuada só *a quarta* da herança para o
Fideicommissario, pôde o herdeiro gravado alienar
livremente, e a seu arbitrio as tres partes, sem dis-
tincção de serem ou não as alienações feitas com
intenção de fraudar o Fideicommissario; *ut Latis-
sime* Bagn. d. C. 10. a n. 9. ad 12. Peg. de Maior.
tom. 3. §. 33. n. 3 e 4. com tudo na variedade
de opiniões prevalece como mais justa, natural, e
no meu arbitrio mais fundamentada a que distingue
serem illicitas as alienações, ainda que não toquem
a quarta, se são feitas em fraude do Fideicom-
missario, e com animo de introverter o Fideicom-
misso. Pinheir. supra n. 1240. Brunnem. in d. L. 54.
ff. ad Sct. Trebell. n. 5 et in d. Auth. contra. a n.
8. Fusar. supra q. 545. n. 3 e 4. Esta opinião he a
recebida no uso hodierno, como adverte Voet. ad
Pandect. L. 36. T. 1. sub n. 54. Conf. Senator apud
Peg. 3. for. C. 35. n. 504 et de Maior. supr. n. 13
et 16.

He verdade que „ in dubio animus interver-
„ tendi fideicommissi in fiduciario presumen-
„ dus non est; sed probatio ex indiciis mani-
„ festis per eum, qui se fraudatum ait fieri
„ debet. ” Voet. supra, Peregrin. n. 51. Man-
tic. de conjectur. L. 10. T. 4. n. 21. Porém
este dolo, e fraude conjecturalmente se presu-
me 1.^o „ quando gravatus alienavit omnia bo-
„ na et simul quartam illam restituendam fi-

„ deicommissario ; sicuti enim malus animus
 „ detegitur quoad quartam restituendam , pari-
 „ ter detegitur quoad alia bona : 2.^o quando
 „ sine aliqua sua utilitate gravatus alienat , ut
 „ si nihil ex pretio rei venditæ emit , vel quid
 „ simile fecit : 3.^o quando alienatio est facta
 „ non urgente necessitate , vel justa causa : 4.^o
 „ quando alienatio est facta conjunctæ perso-
 „ næ : 5.^o quando gravatus pretium alienatæ
 „ rei reliquit personæ , cui bona ipsa relinque-
 „ re non poterat : 6.^o quando in contractu fue-
 „ runt insolita observata : 7.^o quando alienans ,
 „ et postea ejus heres semper stetissent in pos-
 „ sessione bonorum alienatorum , tunc enim
 „ præsumitur in fraudem facta alienatio : 8.^o
 „ quando in articulo mortis facta esset donatio
 „ vel alienatio esset facta cum confessione de
 „ pretio recepto. ” Todas estas conjecturas
 comprovão Fusar. q. 549. desde o n. 7 até 14.
 Menoch. Cons. 226 e 334.

§. 63.

Conclusão 2.^a Podem alienar-se todos os bens
 do Fideicommisso com boa fé , e ainda mesmo a
 quarta nos casos exceptuados na dita Novella , e
 semelhantes , quaes são : 1.^o a causa do Dote , ou
 seu augmento , ou se trate de se constituir , ou de
 se restituir : 2.^o a Doação *ante nuptias* : 3.^o re-
 dempção de captivos , ainda estranhos do herdeiro
 gravado : 4.^o a necessidade de alimentos do grava-
 do e sua familia : 5.^o a Doação pia feita á Igreja ,
 Fusar. a n. 20. ad 32. Bagn. C. 10. a n. 16. Decla-
 ra porem no n. 22. que „ resolutiones contentas in
 „ istis casibus locum non habent , si heres gravatus

„ dodrantem dilapidavit , seu male consumpsit ; in
„ istis nanque Contingentiis , quartam fideicommiss-
„ sario debitam minuere non potest prætextu alicu-
„ jus causæ ex relatis in prædictis casibus. ”

§. 64.

Conclusão 3.^a Póde ser , que os herdeiros do
gravado fiquem só obrigados ainda a menos do que
á quarta , ou ainda mais que á quarta no caso , que
segundo o Direito da Holanda (aonde como neste
Reino ha entre os conjuges communição univer-
sal) figura e resolve com outros DD. Voet. ad Pan-
dect. L. 36. T. 1. n. 56. ibi : ” Observandum ta-
„ men, ab iis quæ in d. Nov. 108. proponuntur ;
„ diversam esse illam facti speciem in Hollandia
„ admodum frequentatam , qua conjuges una tabula
„ testantes se invicem heredes scribunt cum alie-
„ nandi potestate , sed ea lege , ut quæ apud ulti-
„ mum morientem residua fuerint reperta , æqua-
„ liter in duas partes inter primi morientis , ac ul-
„ timi superstitis heredes Legitimos dividantur : qui-
„ pe quo casu, sicut illud solum videtur dividendum,
„ quod conjuge supremo moriente supererit , etiam-
„ si quartam non constituat ejus , quod moriente
„ primo conjuge in communi conjugum massa re-
„ pertum fuit , sic ut neque cautio pro quartæ
„ partis restitutione , neque Inventarii confectio
„ peti possit ; tum quia per concessam expresse alie-
„ nandi facultatem , etiam quartæ ipsius alienandæ
„ Licentia videtur a testatore concessa esse , (uti
„ concedi potest secundum Mantic. de conjectur.
„ L. 10. T. 24. n. 21.) tum per alias rationes addu-
„ ctas a Jacob. Coren. Cons. 23. n. 22. . . . Ita quo-
„ que e contrario cedit Lucro heredum primi mo:

„ rientis, quod superstes forte massam patrimonii
 „ auferit admodum industria, labore, aliisque mo-
 „ dis, eo quod ex utriusque conjugis simul testan-
 „ tis voluntate id unum videtur inspicendum esse;
 „ quantum ultimus superstes sive auctum, sive di-
 „ minutum post se cum morietur, relinquit, ut
 „ inter utriusque conjugis cognatos in duas semis-
 „ ses dividatur; prout pluribus Curiae Supremae vo-
 „ tis decisum commemorat Jacob. Coren. obs. 12.^o

§. 65.

Conclusão 4.^a Quando os Testadores, instituindo-se mutuamente, se concedem a faculdade de alienar; e, depois de concedida, passam a dizer, que o que restar por morte do ultimo passe a seus herdeiros, ou a tal pessoa; em tal caso pôde o que sobreviver alienar o todo sem reserva da Quarta, pôde doar etc, e ainda mesmo dispôr por ultima vontade; de fôrma que o fideicommisso só fica subsistindo para o caso, que não aliene nem disponha em todo ou em parte. Bagn. C. 10. a n. 24. ad 29. Porém Brunnem. na d. Auth. n. 10. não amplia tanto a liberdade de alienar o todo, senão *seclusa dolo ac fraude, cui omnibus modis occurrendum*, Menoch. L. 4. præf. 188. n. 15. E na verdade, quanto a mim, concedida a faculdade de alienar no commum uso de fallar, (que predomina ás ultimas vontades) nunca entenderia concedida a faculdade de doar, ou testar a favor de terceira pessoa em exclusão do substituido; nem admittiria huma livre e illimitada liberdade de alienar em fraude do mesmo: Veja-se Fusar. q. 546. a n. 7. et q. 549. a n. 3. Voet: Supr. n. 54. Muito mais quando na dúvida se deve fazer toda a favoravel

interpretação contra o herdeiro escripto em favor dos herdeiros mais proximos. Veja-se a Dissert. sobre o favorável e odioso dos Testamentos.

§. 66.

Conclusão 5.^a Não pôde o herdeiro assim gravado (senão se lhe concede a faculdade de alienar) testar dos bens do defuncto, Bagn. n. 14. Brunnem. Supr. n. 12. Pinheir. Supr. n. 1242. Voet. n. 54. a menos que se lhe não conceda poder de instituir herdeiro nesses bens, ou dispôr delles, porque a palavra = *dispôr* = comprehende todo o tempo e acto, ou entre vivos, ou por testamento, se senão restringe, permittindo-se-lhe dispôr *em vida*. Bagn. a n. 23. 30. 43. 44. et 46. Fusar. q. 549. a n. 12.

§. 67.

Conclusão 6.^a Tudo quanto o herdeiro gravado comprou com dinheiros productos de bens vendidos da herança; o preço mesmo dos vendidos, se existe ao tempo da sua morte; as cousas vendidas, se torna a resgatallas ou comprallas; o preço que se deve das que vendeu *habita fide de pretio*, tudo passa *como restante* por sua morte ao fideicommissario; bem como tudo quanto o gravado alienou para pagar as dividas suas proprias, e que não erão passivas dessa herança. Bagn. a n. 55. Pinheir. n. 1245. Fusar. q. 545. a n. 43. Voet. supr. n. 54.

§. 68.

Conclusão 7.^a Se o herdeiro gravado nada alienou, ou se alienou, mas ficou salvo muito mais da

quarta, tudo o que não alienou, e lhe resta passa ao substituído. Voet. n. 54. Pinheir. n. 1224. Fusar. q. 545. n. 38. Bagn. n. 5 e 6. Sim lhe permitem nesse caso os mesmos DD. deduzir a Quarta Trebellianica; de fôrma que *vice versa*, não alienando nada o gravado, sempre possa para si, e seus herdeiros deduzir essa *quarta*: Veja-se sobre o uso das Quartas Falsidia, e Tribellianica neste Reino a minha Dissert. 9.^a no Supplement. ao Trat. das Acções Summar.

§. 69.

Conclusão 8.^a Quanto aos fructos, que se achão por morte do gravado, Os DD. fazem distincção de tres casos: 1.^o Se o Testador disse = Por morte do ultimo pagará a meus herdeiros *tudo o que restar da minha herança* =: 2.^o Se disse = tudo o que ao tempo da sua morte *restar de seus bens*: 3.^o Se disse = tudo o que *restar da minha herança e bens* = No 1.^o Caso resolvem, que os fructos produzidos da herança do Testador passão ou ficão aos herdeiros do herdeiro gravado: No 2.^o e 3.^o Caso não, pelas diversas razões, que expõem Bagn. C. 10. n. 59, 60 et 61, e Pinheir. de Testam. Disp. 4. Secc. 8. §. 6. n. 1246. Porém os Testadores e Escriptores dos Testamentos pela maior parte são rusticos, e não sabem distinguir o que em senso juridico he dizer = de minha herança = ou = de meus bens = ou = de minha herança e bens = Elles confundem herança com bens, e bens com herança: E, não se devendo interpretar as ultimas vontades de pessoas idiotas, e escriptas por outras taes, segundo os apices de Direito, mas só segundo o natural sentido, e conjecturada vontade; Card. de Luc. de Fideicommiss. Disc. 58. n. 3. quanto a mim os fru-

ctos já colhidos dos bens da herança, que hade restituir-se por morte do gravado, pertencem aos herdeiros deste, sejam quaes forem as palavras da substituição; e muito mais porque os taes fructos já não são da herança do Testador, que elle mandou passar por morte do gravado; mas são deste, e da sua herança, L. 18. §. Quoties. ff. ad Sct. Trebell. Carvalh. de Testam. P. 4. C. 3. n. 52. Tondut. Civ. C. 77. n. 7.

§. 70.

Conclusão 9.^a „ Si heres gravatus restituere
 „ quidquid ex hereditate ipsius mortis tempore su-
 „ pererit, *Quartam* fideicommissario vivens resti-
 „ tuat, aliaque bona *sibi* retineat, non potest fi-
 „ deicommissarius post mortem heredis gravati,
 „ quod supersit, vel aliquid petere, quasi videatur
 „ inter eos initum tantum pactum de amplius non
 „ petendo „ Bagn. C. 10. n. 54. Fusar. q. 545. n.
 40. Gom. 1. var. Sub n. 16. Barry de Success. tes-
 tat. et intest. L. 8. T. 3. n. 73.

S E C Ç Ã O II.

*Quid, quando a liberdade de alienar se res-
 tringe e limita para as suas neces-
 sidades?*

§. 71.

Da necessidade se faz menção na L. 1. Cod. de Oper. Libert. na L. 4. §. 2. ff. de Muner. et honor. na L. 5. ff. de Offic. Procons. L. 7. §. 4. ff. quod vi aut clam, L. 20. Cod. de Negot. gest, e em outros Lugares. Difine-se por Stryk. vol. 12.

Disp. 2. C. 1. §. 6. „ Vis compulsiva premens , et
 „ cogens id facere , quod aliàs non faceremus , li-
 „ citumque redens id quod aliàs secundum leges
 „ illicitum est. ” No C. 3. §. 2. expõe qual he a
 necessidade illicita ; e no §. 5. ao nosso proposito
 diz : „ Illicita porro necessitatis allegatio est , si
 „ necessitas affectata , et data opera facta , cum
 „ nemo ex ea necessitate , in quam sponte se con-
 „ jicit , se tueri et juvari debeat : Necessitati enim
 „ sponte se injicienti , allegantique non succurritur.
 „ Si igitur qui laute , et prodigaliter vivendo omnia
 „ profundit et evertit , atque deinde pauper , et
 „ inops factus sit , sicque in necessitatem incidit ,
 „ et ita postea ob paupertatem , seu magnam fa-
 „ mis necessitatem furtum committit , haud licitam
 „ necessitatem allegare poterit , cum hujusmodi
 „ necessitas nec justa , nec excusabilis , sed illi im-
 „ putanda sit qui in eam se conjicit etc.

§. 72.

Fundado nestes Principios , e no proprio caso
 de que tractamos , propõem Bagn. C. 10. n. 65. esta
 Questão : „ Quid dicendum si Testator fideicom-
 „ misso ordinato concessit gravato , ut possit pro
 „ suis necessitatibus , et pro redemptione propriæ
 „ personæ alienare ? Et respondetur , quod cum ne-
 „ cessitas triplex sit , scilicet *fatalis* , ut siquis ca-
 „ su incidit in latrones ; *naturalis* , ut expensa fa-
 „ cta in infirmitate , et familiam alendo ; et tan-
 „ dem necessitas *data opera* , ut siquis contraxit
 „ debita sponte ; vel commissit aliquod delictum :
 „ Si occurrat necessitas *fatalis* vel *naturalis* vel
 „ alia justa , ut puta pro solvendis collectis , vel
 „ in refectione domus , vel conservacione agrorum ,

„ pro utraque ex istis necessitatibus poterit grava-
 „ tus alienare, arg. text. in L. 36. §. 1. de Legat.
 „ 3. Si autem necessitas *superveniat data opera*,
 „ tunc distinguendum est; si enim data fuit opera
 „ causa evertendi fideicommissum, alienare non po-
 „ terit. L. 54. ff. ad Sct. Trebell. Si autem gra-
 „ vatus contraxit debitum aliquo juvenili calore,
 „ vel commissit aliquod maleficium ex inimicitia
 „ vel casu, tunc pro sua persona redimenda alie-
 „ nare potest; quia testator hoc concessit expres-
 „ se, aliàs non posset libere alienare nisi usque ad
 „ legitimam, et ex causis, de quibus in Auth. Res.
 „ quæ Cod. Commun. de Legat.

§. 73.

„ Quid tamen dicendum si gravatus, eamque
 „ facultatem habens alienandi pro suis necessitati-
 „ bus, an propter primas alienationes prodigaliter
 „ factas perdat illam facultatem alienandi in fu-
 „ turum pro veris, fatalibus, naturalibus, et jus-
 „ tis necessitatibus? Et videbatur respondendum
 „ facultatem illam perdidisse, eo quod gravatus
 „ male consummens bona fideicommissi indignus
 „ est æquitate ejusdem fideicommissi, arg. text. in
 „ L. Matrem 80. in fin. ff. ad Sct. Trebell. ibi. =
 „ *Sed fideicommissi repetitio erat: cujus æquitas*
 „ *deficit iis, qui multa ex hereditate consumpsis-*
 „ *se proponuntur* = Nihilominus tamen responde-
 „ tur, adhuc posse gravatum eam facultatem a
 „ testatore concessam habentem alienare in casu ne-
 „ cessitatis, licet de tempore præterito male alie-
 „ naverit: Voluntas nanque testatoris servanda est,
 „ et ista divisibilia sunt, scilicet mala consumptio
 „ de tempore præterito, et necessitas de præsentī,

„ arg. L. 23. §. 1. ff. Pro Soc. Ideoque propter ne-
 „ cessitatem fatalem , naturalem , et justam alie-
 „ nare poterit ; durat nanque alienandi facultas a
 „ testatore concessa ; dummodo tamen ad modum
 „ congruum et necessarium alienatio fiat , et non
 „ ultra. Bald. Cons. 20. n. 1 e 2. Alienationes au-
 „ tem primæ male factæ possunt adveniente tem-
 „ pore restitutionis revocari , text. in d. Auth Res-
 „ que etc . . . Heres fideicommisso gravatus , habens-
 „ que a testatore facultatem alienandi pro suis ne-
 „ cessitatibus , vel in suis necessitatibus poterit alie-
 „ nare bona fideicommisso subjecta , *dummodo ta-*
 „ *men necessitas sit evidens* , et alienatio fiat eo
 „ modo , quo permissa est , et non sit superflua in
 „ quantitate , et respectu loci , et temporis adsit
 „ oportunitas , cessetque omnis suspicio fraudis. ”

Concordão substancialmente Pinheir. de Tes-
 tam. Disp. 4. Secc. 8. §. 6. n. 1220 e 1221.
 Peregrin. de Fideicom. art. 40. n. 47 e 49. Fu-
 sar. de Substit. q. 537. Peg. de Maior. tom. 4.
 §. 32. n. 2. e 14.

§. 74.

E ainda que Noguero. alleg. 14. n. 35. diz
 que toda a alienação dos bens do Fideicommisso se
 presume feita com causa necessaria , com tudo jus-
 tamente adverte Stryk. de Cautell. Testam. C. 21.
 Membr. 2 §. 18. que „ Caveat is , in quem talis
 „ alienatio facienda , ut instrumento alienationis
 „ inseri curet causam indigentiaë . . . ne alioquin bo-
 „ na alienata a successoribus revocentur. ” Et §. 19.
 „ Cautus hoc casu sit is , in quem talis alienatio
 „ facienda , ut inquirat in causam ipsius carcera-

tionis; utrum propter gravati delictum, seu culpam contigerit, an vero ob infortunium? Nam qui ob delictum in carcerem detruditur, vel propterea quod prodigalitate sua temere grande æs alienum contraxerit, indignus merito est, ut ei extra ordinem succurratur... *præsertim si data opera forsitan ad subvertendum ipsum fideicommissum.* Et denique nullo modo excusari potest, qui ipse se in necessitatem conjecit." Et §. 20. Quamvis quoque invitis fideicommissariis hæc alienatio fieri possit, adeoque minus necessaria, eorum citatio existat; securius tamen hoc casu procedit Emptor, si quoque curet, ut citentur fideicommissarii, ut videant omnia geri bona fide. Quid enim si ipse Fideicommissarius vellet creditum solvere?... Prudenter enim et bona fide, non culpose et imprudenter talis alienatio est facienda, Card. de Luc. de Fideicommiss. in Append. n. 306. " E concludo o mesmo Stryk. no §. 21: " Ita recensui et deliberavi potiores casus, quibus caute de Fideicommisso disponi potest. In genere autem adhuc circa illos annoto, nihil in hisce casibus consultius esse, *quam si solemne decretum Magistratus cum exacta causæ cognitione interveniat.* Quamvis enim omnis hæc dispositio etiam sine tali decreto et causæ cognitione subsistat; modo causæ necessitas sufficiens alienationem urserit; quia tamen illa ipsa postea in dubium vocari potest, præsertim fideicommissariis prætendentibus, alia adhuc extitisse bona, ex quibus vel æs alienum exsolvi, vel alimenta; aut dos præstari potuissent, et veniet, ut onus probandi, alia scilicet præter hæc bona non extitisse devolvatur ad alienantem, vel potius præsentem possessorem, a quo revocantur... Hoc

„ vero gravi onere liberabitur , et onus probandi
 „ devolvit in impugnantem alienationem bonorum
 „ fideicommissariorum , si , prævia judiciali causæ
 „ cognitione , alienatio suscepta fuerit. Cum enim
 „ pro Judice ejusque gestis præsumatur Certe
 „ quoque præsumptio militabit pro justa causa alie-
 „ nationis etc. ” *Conf.* Fusar. de Subst. q. 535. n.
 26. et q. 542. n. 17.

§. 75.

São porém desnecessarias todas estas precau-
 ções se os nossos Testadores disserem que o ulti-
 mo, que sobreviver, poderá alienar os bens para as
 suas necessidades, e a seu beneplacito e livre arbi-
 trio; porque então sem justificação das causas da
 necessidade póde livremente alienar. Noguieroll. supr.
 n. 44. Fusar. q. 537. n. 6. Peregrin. de Fideicom.
 art. 40. n. 46. ad 52. Bagn. C. 10. n. 68.

§. 76.

Mas adverte Pinheir. de Testam. Disp. 4. Secc.
 6. §. 6. n. 1221. que „ Si gravatus, qui rem fidei-
 „ commissariam ob dictas necessitates alienavit,
 „ postea adquirat alia bona teneri ex acquisitis sa-
 „ tisfacere fideicommissario. ” Fusar. q. 535. n. 23.

Tudo o exposto se comprova com as Dou-
 trinas, Aresto, e Tenções, que nos deixou
 transcriptas Peg. de Maior. tom. 4. §. 22. n.
 1. e seg. Nota-se nas Tenções dos Senadores,
 que não attendêrão a ter sido pobre por culpa
 o marido vendedor, e ter consumido os seus
 bens luxuriosamente; bastou constar que, quan-

do vendeo estava reduzido ao estado de pobreza , fosse qual fosse a causa della : E só os mesmos Senadores julgarião (como declaração) nulla a alienação , se fosse „ *data opera cau-*
 „ *sa evertendi fideicommissi , quod quidem in*
 „ *dubio non præsумitur , nisi ex conjecturis ,*
 „ *et circumstantiis fraus detegatur.* ”

C A P I T U L O V.

Quando os Conjuges , que reciprocamente se instituem durante a vida do que sobreviver , se subentendão simples usufructuarios , ou herdeiros gravados : Diversos effeitos , que resultão de se julgarem só usufructuarios , ou realmente herdeiros gravados.

S E C Ç Ã O I.

Quando se subentendem usufructuarios , ou herdeiros gravados.

§. 77.

Os DD. pela maior parte confundem os termos desta Questão , misceleneando humas especies com outras : eu pois e brevemente me proponho distinguir diversas especies , em que são diversas as opiniões e resoluções dos mesmos DD. Primeira Especto : Esta he a celebre Questão : ” An institutus in usufructu , et alio coherede post ejus mortem instituto habendus sit loco Legatarii ; an vero heres universalis , detracta usufructus mentione , censeatur ? = Assim a propõem Bagn. C. 8. na rubrica : elle *ex professo* se propoz disputalla :

elle no n. 2. expõem a opinião, de que o conjugue assim instituido se reputa herdeiro universal gravado com fideicommisso; expondo no n. 3. com varios DD. succintamente os fundamentos desta opinião, que tambem referem Guerreir. tr. 2. L. 4. C. 2. n. 44. Peg. de Maior. tom. 5. C. 117. a n. 90. Rocc. Sellectar. C. 30. a n. 8. Altim. ad Rovit. L. 1. Obs. 46. a n. 1. Urceol. for. C. 38.

§. 78.

Porém o mesmo Bagn. desde o n. 4. propõem a Opinião contraria; isto he, que o Conjugue assim, e por aquella formalidade instituido, se reputa só Legatario; e que os chamados por sua morte são logo propriamente os herdeiros, que podem adir a herança, transmittilla etc. citando, entre outros, por fautores desta opinião, Castell. de usufruct. Gall. de Tract. Pacion. de Locat. etc. Esta mesma opinião assim in *abstracto* seguem, além dos ahi citados, Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 2. n. 40. Conciol. de hered. Solvent. debit. defunct. art. 1. n. 175. aonde refere outros innumeraveis; assentando, que esta opinião he a mais sólida e conforme á vontade dos Testadores; isto he, que o ultimo dos Conjuges, concebida assim a Instituição, fique só Legatario, e simples usufructuario. *Adde* Peg. de Maior. tom. 5. supra a n. 97. Rocc. supr. a n. 11.

O certo he, que esta questão he toda conjectural, Rocc. Supr. n. 15. *¶* = *Hec tamen* = Belon. de Jur. accrescend. tom. 2. C. 7. q. 16. n. 362. Bagn. C. 8. n. 6. E esta, que caracteriza usufructuario o Conjugue assim instituido, ao mesmo passo que in *abstracto* mais

seguida, ella se deve seguir mais indubitavelmente quando concorrem conjecturas, entre as quaes (que expõem Bagn. Belon. e Rocc.) as mais notaveis são, as que passo a expôr.

§. 79.

1.^a Se o Conjuge foi repetidas vezes no Testamento denominado usufructuario. Rocc. supr. n. 16. Guerreir. n. 43. Bagn. n. 33. Belon. n. 363.

2.^a „ Si institutio in usufructu legitur coarctata *vita durante*, quod pariter indicat restrictio, nem ad simplicem usumfructum, absque ullo proprietatis commercio. ” Rocc. n. 17. Guerreir. n. 44. Bagn. n. 7. Conciol. supr. art. 1. n. 177. Belon. n. 367. Peg. sub n. 101.

3.^a E principalmente pela expressão = quod *tantummodo* ejus vita naturali sit (uxor) usufructuaria omnium bonorum, ex qua taxativa aperte desumitur, ut sit simpliciter usufructuaria. ” Rocc. n. 18. Altim. ad Rovit. supr. n. 8.

4.^a Quando o Testador com a palavra = *ex nunc* = chama herdeiros por morte da mulher. Rocc. n. 20. Por exemplo: = Instituo minha mulher usufructuaria de todos os meus bens, e desde agora instituo depois da sua morte a Sempronio. = Bagn. n. 34.

5.^a Quando os chamados por morte do Conjuge, que sobreviver, logo no testamento são denominados *herdeiros*. Rocc. n. 21. et 22. Belon. n. 363. Bagn. n. 18. 19. 20. 21. et 35: Ou se chama Legatario o usufructuario, Bagn. n. 37. ou se chama o usufructo Legado. Belon. n. 364. Altim. n. 9.

6.^a Quando os chamados por morte do conjuge o são com palavras *directas* de Instituição de herdeiros. Rocc. n. 25. Bagn. n. 25.

7.^a Se o Testador remette ao Conjuge sobrevivente a obrigação de caucionar *de bene utendo*, Rocc. n. 28. Guerreir. n. 46. et 47. Bagn. n. 9. ou de fazer Inventario. Bagn. n. 16. 26. et 31. Conciol. n. 180.

8.^a A observancia depois da morte do Testador, como se os herdeiros chamados depois da morte do Conjuge, que sobreviveo, figurarão como herdeiros em algum acto, prestando consentimento para vendas etc. Rocc. n. 27. Bagn. n. 29. Vell. Diss. 47. n. 57.

9.^a Se o Testador prohibio que senão molestasse o Conjuge usufructuario. Guerreir. n. 45. Bagn. n. 8. Belon. n. 360. Conciol. n. 178.

10.^a Se se fez algum particular Legado ao Instituido no usufructo. Bagn. n. 22. et 23. Bagn. n. 40.

11.^a Sendo Conjuges os Testadores, porque este he o costume geral instituirem-se usufructuarios; costume, com que se presume se conformão. Bagn. n. 27. et 28.

12.^a Se o Testador se explica, que o Conjuge em sua vida *gozará* de seus bens. Bagn. n. 30. Peg. de Maior. n. 98. et 99. Tondut. Civil. C. 87. n. 4.

13.^a Quando (entre nós quanto ao Terço) he substituido á mulher, ou por ella ao marido, o filho commum; porque, se o marido ou mulher se presumem amados quanto ao usufructo, o filho se presume mais amado quanto á propriedade. Bagn. n. 32.

14.^a Quando o Testador diz = Instituo minha mulher *tão sómente no usufructo*, Bagn. n. 44.

Belon. n. 366. , ou com a Clausula = Em quanto conservar huma vida vidual e honesta : = Bagn. n. 45. Belon. n. 367. ou se a privou , se passasse a segundas nupcias. Belon. 365. Bagn. n. 51.

Veirão-se todas estas conjecturas bem demonstradas na Rota ad Card. de Luc. L. 9. de Testam. Dec. 18. Omitto outras, que são menos frequentes , e poderão achar-se nos citados Belono e Bagna.

Quando no Legado geral do usufructo, deixado á mulher, se comprehendia o usufructo dos Legados particulares deixados a diversas pessoas. Veja-se Rocc. Select. C. 22. Castell. de usufruct. C. 47.

Quando o Legado do usufructo deixado á mulher se compensa com a divida das arras, dote etc. Veirão-se Castell. supr. C. 46. Portug. de Donat. L. 1. prælud. 2. §. 6. a n. 46.

§. 80.

Segunda Especie : „ Quando uxor est heres „ instituta ab initio , in executione tamen fuit dictum , ut sit usufructuaria sua vita durante , et „ sine tanta difficultate uxor illa censenda est heres „ proprietaria , ea ratione , quia cum fuerat a principio heres constituta , expressio ususfructus post „ dispositionem facta , virtualiter aliud non importat , nisi prohibitionem alienationis ; ita ut uxori „ casualis ususfructus , non vero formalis sit relictus. ” Altim ad Rovit. obs. 46. n. 6. Cyriac. Contr. 145. n. 57. Belon. de Jur. accrescend. C. 7. q. 16. a n. 390. Urceol. for. C. 38. n. 20. Vell. Diss. 47. a n. 29. Rot. in Collect. ad Castell. de Var. qq. Dec. 2.

§. 81.

Com mais forte razão nesta segunda especie se deve julgar a mulher herdeira gravada: „ Si Testator eum, quem post uxoris, vel alterius mortem vocavit, non instituerit, sed substituerit, puta dicendo = Instituo uxorem, vel alium in usufructu donec vixerit, et post illius mortem *substituto* Titium in omnibus bonis meis = quia tunc censetur uxorem, seu alium sine dubio heredem universalem instituisse, et illam gravasse quod post mortem suam Titio restituat... Non solum si Testator usus fuerit verbo *substituto*, sed etiam usus fuerit aliquo verbo communi; (*Conf. Pinheir. de Testam. Disp. 3. Secc. 3. n. 24.*) puta si dixerit = post mortem uxoris seu alterius volo quod bona mea *perveniant* ad Titium; nam cum verba communia sui propria significatione denotent substitutionem fideicommissariam; ideo Titius per ea vocatus, non intelligitur in dictis bonis institutus, sed substitutus per fideicommissum; et uxor seu alius, censetur in tota hereditate institutus, et fideicommisso gravat.” Conciol. supr. a n. 182. Bellon. d. q. 16. a n. 438.

§. 82.

E muito melhor „ quando uxor est vocata pluries heres universalis... si alter sit vocatus substitutus... quando uxori prohibuit alienationem.” Altim. supr. a n. 3. Urceol. supr. n. 14. aonde diz: „ Non versamur hic in simplici institutione heredis in solo usufructu, sed et ulterius eidem addita fuit a Testatore prohibitio alienationis, ex qua resultat, quod usufructus efficitur de formali ca-

„ sualis, heresque in eo casu institutus in usufructu cum tali prohibitione alienationis dicitur „ etiam heres in proprietate etc.” E, ainda que alguns DD. não derão este effeito neste caso á prohibição de alienação, elles são assás confutados de erro pelo mesmo Urceol. n. 16. e por Bellon. n. 387. e outros.

§. 83.

Não menos he forçosa conjectura de ser a mulher, (ou o marido) instituida herdeira gravada, vêr-se no Testamento encarregada de pagar os Legados, ou dividas, que deixa o Testador: Urceol. n. 25 et 26. Bellon. n. 388. (Se bem que Rocc. Sselect. C. 30. n. 30. refuta esta conjectura) ou se a deixa usufructuaria *pleno jure*. Bellon. n. 389: ou finalmente se o Testador „ adjiciat aliqua verba, „ quæ non possint ad usumfructum adaptari, sed „ tantum ad proprietatem.” Bellon. a n. 378. aonde figura os Exemplos.

§. 84.

Terceira Espezie: „ Si Testator æque principaliter relinquat uxori et proprietatem et usumfructum, puta, dicat = Instituo uxorem meam heredem, et usufructuariam omnium meorum bonorum = censebitur quidem heredem universalem instituisse: Sed quia incompatible est, eam esse heredem, et sic proprietariam, et habere usumfructum, ideo in ejus erit electione, utrum velit esse heres, an vero simplex usufructuaria: et si malit esse heres tenebitur hereditatem illi restituere, qui post ipsius mortem vocatus est. „

Bellon. a n. 408. E muito mais concorrendo alguma das circumstancias expostas nos §§. 81. 82. e 83.

Ainda Bellon. n. 413. figura outra; *Scilicet*: Se o marido institue sua mulher *Senhora Usofructuaria* de seus bens, sem a copulativa e = então a julga simples *Usofructuaria*. Se porem diz = que a institue *Senhora e Usofructuaria* então defende ser herdeira gravada.

*Reflexão geral sobre estas Especies
e Censura dellas.*

§. 85.

Assim como he conjectural (§. 78. Not.) ser a mulher instituida (ou o marido) só no usufructo, e não na propriedade; da mesma forma diz o citado Bellon. n. 376. que „ Si ex verbis aut conjecturis colligere possimus testatorem habuisse „ uxorem pro proprietaria; tunc sine dubio censetur heres universalis, et per fideicommissum „ gravata hereditatem ei restituere, qui post „ ipsius mortem vocatus est. „ Ora: os Testadores, os Escriptores de seus Testamentos, os Notarios são communmente idiotas, que ignorão a força, ou accepção juridica das palavras, com que os escrevem! Quantas vezes a este respeito não tenho encontrado clausulas mutuamente oppostas e contradictorias; já indicando simples *Usofructuario*, já herdeiro gravado o *Conjuge sobrevivente*, e conjecturas por huma e outra parte, em termos que causão perplexidade? Na mutua collisão pois de Conjecturas se devem contrabalançar, e prevalecer as de maior pezo. Deve sondar-se a verosimil vonta-

de contra a superfície das palavras: Circumstancias extrinsecas não são de menor momento. Se eu visse dous Conjuges sempre unidos em affectos, sem consanguineos proximos, ou com elles, mas menos gratos, seria para mim huma forçosa conjectura de que se instituirão herdeiros: Pelo contrario, que só Usofructuarios se os visse ou menos unidos em outros tempos, ou com parentes proximos e muito gratos; ou houvesse alguma presumpção de suggestão da parte do Testador sobrevivivo, ou alguma declaração, ainda verbal, que o morto tivesse feito em vida, ainda que sem solemnidade. Estas são as regras mais geraes e communs da interpretação destes Testamentos, que se achão em Menoch. de Præs. L. 4. Præs. 133. e 134. em Mantic. de Conjectur. em Domat Loix Civil. L. 3. T. 1. Secc. 6. e 7. pag. 344. Mell. Freir. L.

S E C Ç Ã O II.

Effeitos diversos, que resultão de serem os nossos Conjuges (ou quaesquer outras pessoas) simples Usofructuarios universaes, ou herdeiros gravados.

§. 86.

Primeiro e diverso effeito: Se o Conjuge sobrevivivo he simples Usofructuario, logo o chamado herdeiro póde adir a herança do Testador; e a transmite a seus herdeiros, ainda que faleça em vida do Usofructuario. Rocc. Sellectar. C. 30. n. 33. Peg. de Maior. tom. 5. C. 117. a n. 99. Bagn. C. 8. n. 4. E, pelo contrario, sendo o Conjuge sobrevivivo herdeiro gravado, se o chamado e substi-

tuido por sua morte morre em vida do dito Con-
 jugue, caduca o Fideicommisso , e ficão os bens
pleno jure livres no poder do herdeiro gravado.
 Bagn. n. 2. Salgad. in Labyr. Cred. p. 1. C. 2. §.
 un. n. 25. Fusar. de Subst. q. 480. Castell. de Usufr.
 C. 8. a n. 37.

Para haver essa transmissão he necessario ,
 conforme a antiga Jurisprudencia , que o pro-
 prietario em vida do usufructuario , ou adisse
 a herança por algum acto ou facto , ou a po-
 desse transmittir a seus herdeiros por huma das
 tres cabeças *ex potentia suitatis* , *ex potentia*
sanguinis , *ex jure deliberandi*. (direitos que
 expõem os DD. com os quaes Guerreir. tr. 2.
 L. 4. C. 8, 9 et 10.) De outro modo , ou não
 adindo o proprietario em quanto vivo , ou não
 a podendo transmittir a seus herdeiros por al-
 guma destas cabeças , e cessando a transmissão
 caducava a herança em favor do usufructuario
 universal , como largamente comprova Rocc.
 Sellectar. C. 30. a n. 33. respondendo a tudo
 o contrario. Porém hoje , que o Alvará de 9
 de Novembro de 1754 transfere a posse civil
 com todos os effeitos de natural ao herdeiro
 escripto , e isto ainda que eñle seja ignorante :
 Buxett. de Confuss. Jur. C. 2. n. 100. Constan-
 tin. ad Stat. Urb. annot. 41. a n. 52. E esta
 posse se transmite ao herdeiro do herdeiro ,
 parece cessa hoje esse Direito Romano , quanto
 á necessidade de huma das tres cabeças , para
 por qualquer dellas poder haver transmissão ;
 pois esta se verifica pelo ministerio da Lei. Por
 outra parte ella tambem se concede pela res-
 tituição *in integrum ex capite justæ ignoran-*

tie. Guerreir. sup. C. 10. n. 19. Fontanell. Dec. 484.

Se porém são muitos os substituidos ao herdeiro gravado, e hum delles morre antes del-
le, se se dá ou não o direito de accrescer en-
tre os substituidos. Veja-se Cardos. de Jur. Ac-
crescend. Illat. 26. Bellon. de Jur. Accrescend.
C. 6. q. 21.

§. 87.

Segundo e diverso effeito: O usufructuario uni-
versal he obrigado caucionar *de bene utendo*, sem
a differença de se provar primeiro causa ou dissi-
pação: Caução de que *ex professo* tractou Bagn. C.
7. e o Cod. Frederic. P. 2. L. 4. T. 5. E ainda que
Fusar. de Subst. q. 515. obrigue o herdeiro grava-
do caucionar ao Fideicommissario, *sive gravatus*
dissipet bona, sive non, etiam quod nulla suspi-
cio extet contra gravatum, ut n. 7 et 8. com tudo
tal Caução a respeito dos bens de raiz *recessit ab*
aula; nem tambem o herdeiro gravado he obriga-
do a Caucionar os moveis do uso quotidiano. Ve-
jão-se o Card. de Luc. de Fideicommiss. Disc. 200.
e Valasc. Cons. 184. n. 15. Só sim o herdeiro gra-
vado, sendo requerido deve fazer Inventario, assim
como o usufructuario. Guerreir. tr. 1. L. 3. C. 2. et
L. 4. C. 2. Com outra differença, que o herdeiro
gravado o não deve fazer, em quanto não he requere-
do. Fusar. q. 512. n. 6. *Aliter* o usufructuario.

§. 88.

Terceiro e diverso effeito: Geralmente „ Lon-
„ ge maius censetur jus heredis gravati, quàm usu-
„ fructuarii, cum ille interim, donec fiat casus re-
Ss

„stitutionis, dicitur verus ac perfectus dominus,
 „quod de usufructuario dici non potest.” Card.
 de Luc. de Credit. Disc. 157. n. 5. Guerreir. tr. 4.
 L. 7. C. 8. n. 14 et 15.

Estravagancearia eu do meu instituto se me propozesse dinumerar todas as differenças, fazendo combinações particulares dos direitos do usufructuario, com os do proprietario e herdeiro gravado: Satisfaço-me, quanto aos commodos, e obrigações do usufructuario, remetendo-me a Castill. de usufruct. a Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 2 e tr. 4. L. 7. C. 7. Bagn. C. 7 e 64. E, quanto ao herdeiro gravado, remettendo-me ao mesmo Guerreir. tr. 4. L. 7. C. 8. a Urceol. for. C. 20. a Pinheir. de Testam. Disp. 4. Secc. 8. §. 12. e segg.

S E C Ç Ã O III.

Quid, se os nossos Conjuges se deixão hum ao outro, não o usufructo universal, mas de quota parte, ou de coisa certa em Legado? Quando se subentenda semelhantemente deixada a propriedade, ou sómente o usufructo?

§. 89.

Aquella Questão: „An instituto aliquo herede in usufructu, atque post illius mortem dato alio herede in proprietate, primus dicendus est heres pleno jure fideicommisso gravatus, vel potius usufructuarius etc. Questão de que tractei no principio deste Cap. „Ista questio (diz assim o Card. de Luc. de Legat. Disc. 3. n. 3.)

„ extranea este a casu controversiæ; cum vere et
 „ proprie illa procedat, ubi agitur de dispositione
 „ universali, in qua intrare valeat ratio caducatio-
 „ nis, vel absurdi, ut decedat quis pro parte tes-
 „ tatus, et pro parte intestatus: Secus autem ubi
 „ de Legato seu dispositione particulari, in qua
 „ non dignoscitur illa implicantia, quæ viget in
 „ hereditate, ut ad tempus, vel sub conditione re-
 „ linquatur: Ideoque potius intrare videtur altera
 „ Quæstio; an tempus mortis in Legato adjectum,
 „ illud reddat conditionale, nec ne, adeo ut Legata-
 „ rio præcedente priusquam conditio verificetur, in-
 „ tret ne caducatio etc.? E desta Questão da caduca-
 „ ção he prejudicial ou preliminar a outra: „ An
 „ bonorum controversorum relictus esset solus usus-
 „ fructus formalis contradistinctus a proprietate,
 „ vel potius e converso censeatur relicta proprie-
 „ tas? Primo enim casu caducatio non intrat: In
 „ altero autem ea remanet certa. ” Card. de Luc.
 Supra n. 13.

§. 90.

Ora, reasumindo o nosso Bagna quanto esta-
 va escripto até o seculo passado pelos DD. sobre
 esta materia, no Cap. 9. firma com os mesmos DD.
 estas conclusões: I.^a „ Quando res sive in specie,
 „ sive in quantitate certa legatur, vel donatur,
 „ causa que adjicitur, *ad usum, seu pro usu Le-*
 „ *gatarii, vel Donatarii*, substantia Legati, vel
 „ donationis non mutatur, sed plena rei Legatæ,
 „ vel donata proprietas Legata seu donata dicitur,
 „ quæ ex causæ adjectione non mutatur, transit-
 „ que res légata, seu donata ad heredes Legatarii
 „ seu Donatarii, L. fin. ff. de usufr. ear rer. L.

„ 32 §. Species ff. de Donat. L. 22. §. qui fratris
 „ ff. de aliment ” etc. Bagn. d. C. 9. n. 23.

§. 91.

2.^a „ Similiter (*idem Bagn. n. 25.*) quando Le-
 „ gatum certum est, vel donatio est certa, sive
 „ in specie, sive in quantitate, licet testator, vel
 „ donator dicat, quod relinquit seu donat *ut uta-*
 „ *tur fruatur*, seu *ad usum et usumfructum*, vel
 „ *ad utendum fruendum*; Legatum vel donatio non
 „ mutatur, sed plena proprietas Legata, seu do-
 „ nata censetur, estque legatum perpetuum, do-
 „ natioque perpetua est, atque transmittitur ad
 „ heredes Legatarii seu Donatarii; verbaque illa,
 „ *ut utatur fruatur; seu ad usum et usumfru-*
 „ *ctum*, seu, *ad utendum fruendum* apposita cen-
 „ setur in gratiam ipsius Legatarii vel Donatarii;
 „ et inserta potius ut causa, quàm ut conditio. ”

§. 92.

3.^a „ Similiter etiam (*Bagn. n. 28.*) quando
 „ Legatur certa res, vel quantitas certa, et testator
 „ addit, *ad alimenta*; seu, *ut inde alimenta ha-*
 „ *beat*, illa nanque verba apposita censentur in
 „ gratiam Legatarii, et potius inserta, ut causa,
 „ quàm ut conditio; ideoque Legatum non minui-
 „ tur, plenaque proprietas legata dicitur; trans-
 „ mittiturque Legatum ad heredes Legatarii, nisi
 „ adjectum fuerit, *ut Legatarius mortis suæ tem-*
 „ *pore, rem, vel quantitatem certam ei Legatam*
 „ *restituatur*. L. 4. ff. de alim. et cibar. Legat. L.
 „ 22. §. Qui fratris. ff. eod. tit. etc. ”

§. 93.

4.^a „ Similiter (Bagn. a n. 29.) quando res
 „ vel quantitas certa relinquitur, testatorque addit
 „ *pro suis necessitatibus ... seu ad habitandum,*
 „ seu, *ut eo legatarius gaudere possit,* seu, *ut ex*
 „ *ea re redditus percipiat* etc. ” Conclusões, que
 comprova com Castill. de usufruct. C. 30. n. 10,
 11, 14, e 15. Vell. Diss. 47. n. 17. Surd. de Ali-
 ment. T. 2. q. 1. e outros.

Todas estas Conclusões, além dos DD. ci-
 tados por Bagn., se comprovão com as Doutri-
 nas de Cald. de Nomin. q. 2. e de Pinheir. de
 Emphyt. Disp. 6. Secc. 1. n. 5.

§. 94.

Limita porém Bagna estas Conclusões a n. 53.
 ut ibi: „ 1.^o Casu quo dictum fuerit *toto tempore*
 „ *vite sue*, ipsius Legatarii seu donatarii, seu *in*
 „ *vita*, aut *quousque*, *dum*, *donec*, vel *quandiu*
 „ *vixerit*; tunc enim, mortuo Legatario, seu do-
 „ natario, res seu quantitas certa Legata, vel do-
 „ nata non transibit ad illius heredem, seu ad he-
 „ redem donantis, vel legantis, vel ad substitutum
 „ Legatarii, vel ad ipsum donatorem: Illa nanque
 „ verba Legatum, seu donationem restringere vi-
 „ dentur ad vitam tantum Legatarii, seu donata-
 „ rii, et non ultra dispositionem extendi permit-
 „ tunt. Arg. L. 10. ff. de us. et habit etc. ” (Et a
 n. 56.) „ Maxime procedit hæc limitatio, si in
 „ Legato dictum fuisset, quod res seu quantitas
 „ certa, relinquebatur Legatario, *ad utendum*, seu
 „ *ad utendum et fruendum quandiu vixerit, tan-*

„ *tum*, vel *tantummodo*, aut *dumtaxat*; per istas
 „ nanque taxativas omnis dubitatio perpetuitatis in
 „ Legato, et transmissionis ad heredem ipsius le-
 „ gatarii de medio tollitur.” *Conf.* Card. de Luc.
 de Legat. Disc. 3. n. 16. Castell. de usufr. C. 30,
 n. 33.

§. 95.

Prosegue Bagna a n. 61. Limitando 2.^o „ quan-
 „ do ex aliquibus verbis, vel conjecturis appareat
 „ testatorem voluisse legare solum usumfructum.”
 (*Conf.* Pinheir. supr. n. 5. in fin. Castell. supr. n. 12.
 Card. de Luc. supr. n. 17.) „ 3.^o quando testator
 „ dixit, quod *Legabat alimenta ex prædio*, hæc
 „ enim dispositio alimentorum Legatum continet.
 „ 4.^o quando dixit quod Legatarius nihil ultra ali-
 „ menta percipere debeat ... 5.^o Si Legatarius es-
 „ set filius spurius etc.” Limitação ultima, que
 passa a dilucidar a n. 64.

Outros casos, ou especies, em que só se su-
 bentende Legado o usufructo simples, e não a
 propriedade, havia exposto o mesmo Bagn. d.
 C. 9. a n. 8. que ahi podem vêr-se, e em La-
 gunes de Fructib. p. 1. C. 6. em Castell. de
 usufr. C. 29. Pereir. Decis. 110. E tudo se re-
 duz a esta Regra, *de qua* Card. de Luc. de
 Legat. Disc. 3. n. 15: „ Aliud est relinquere
 „ usumfructum bonorum; adeout Legatum
 „ principaliter dirigetur ad ipsum usumfruc-
 „ tum, aliud vero relinquere bona ad usum-
 „ fructuandum, cum id non adversetur Lega-
 „ to proprietatis. Castell. de usufr. C. 30. n.
 „ 4. etc.”

Effeitos diversos de ser legada a propriedade, ou só o usufructo de coisa ou quantidade.

§. 96.

São os mesmos com pouca differença; que fiação acima expostos, quanto á universalidade da herança; porque o usufructuario de coisa particular tambem he obrigado caucionar de bene utendo; Bagn. C. 7. n. 53; e, sendo legada a propriedade, não ha tal obrigação. O Legatario da propriedade, sem a clausula *vita durante*, transmitta aos proprios herdeiros o Legado. (§. 90. e seguintes) O Legado do usufructo de alguma coisa ou quantidade acaba por morte do usufructuario; e ou passa ao herdeiro, ou ao substituto, se o tem. (§. 94.)

D I S S E R T A Ç Ã O VIII.

Se he nullo o Testamento sem Instituição de herdeiro.

Em que casos se póde sustentar a sua validade.

Se a Instituição de herdeiro he requisito substancial para a validade dos Testamentos conforme a nossa Legislação.

§. I.

A Doutrina de Mello Freire L. 3. T. 5. §. 29. em quanto pertendeo sustentar, que todo o Testamento he válido sem Instituição de herdeiro, fundando-se nas Doutrinas de Vigl. ad Princ. Inst. de Testament. n. 32. de Stryk. Us. mod. L. 28. T. 5. §. 1. de Gama e seu Add. Decis. 196. no exemplo de hum Testamento de Martinho Gil de Souza do anno de 1300. transcripto por Brandão P. 6. no Append. Testamento, que constava só de Legados: e finalmente com huma Lei de Castella L. 1. T. 4. L. 5. Recopil; esta doutrina, digo, de hum homem tão sabio póde illudir os Principiantes, que jurão nas Doutrinas de hum tão grande Mestre, sem outras luzes, e sem vagarem pela Jurisprudencia Lusitana adoptada, e seguida no nosso Foro; sem vagarem pelos diversos usos modernos das Nações etc. Por tanto, e para occorrer a prejuizos, me proponho demonstrar 1.º Que no rigor da

nossa Legislação Patria, he a Instituição de herdeiro huma solemnidade intrinseca, e essencial para a validade do Testamento. Exporei 2.^o as diversas Legislações a este respeito. Mas, reconhecendo que esta solemnidade foi huma das superstições das Leis Romanas, e adoptada pela nossa Legislação Patria, e seguida no uso do nosso Foro, exporei 3.^o os casos e circumstancias, em que unicamente pôde seguir-se a opinião de Mello, e salvar-se o Testamento sem expressa Instituição de herdeiro.

§. 2.

Antes que me proponha a 1.^a Demonstração mostrarei em 1.^o lugar, que os DD. Exemplo, e Leis, em que se funda Mello, não podem provar a sua Proposição tão absoluta. Viglio, este D., que cita Mello, he nervosamente confutado e convencido por Nett. de Testament. L. 1. T. 6. n. 3. e seg. bem como Scalon. de Testam. L. 4. C. 1. §. 1. a n. 4. que tentou defender o mesmo Stryk no Uso mod. L. 28. T. 5. §. 1. tal Proposição não prova; mas só que a Instituição de herdeiro (que suppõem necessaria) se pôde fazer por quaesquer palavras expressivas da vontade do Testador, sem necessidade das antigas formulas dos Romanos. Na Decis. 196. de Gama se sustenta a validade do Testamento sem expressa Instituição de herdeiro; já pela clausula codicillar; já porque a mulher do Testador foi chamada Testamenteira; palavra como Synonima, E, a não ser por estes fundamentos, diz o Addicionador de Gama, que seria injusta a sentença.

§. 3.

O Exemplo do Testamento de Martinho Gil

nada confirma, porque não se attende ao que se fez, mas ao que se devia fazer: E que Exemplo podia fazer e offerecer hum Testamento feito em tal tempo? se bem que na Era de 1300, em que foi feito, ainda não estava introduzido neste Reino o Direito Romano, como se assenta pelos sabios. Em fim fallo com as palavras de Pinheir. de Testam. Disp. 3. Sect. 2. n. 21. „ *Quod opponitur ex*
 „ *Lege Castellæ, per quam in eo Regno validum*
 „ *sit testamentum absque hæredis institutione,*
 „ *nullius momenti est, quia per eam Legem so-*
 „ *lum fuit introductum, ut relicta per ultimam*
 „ *voluntatem, qua hæres non institueretur, va-*
 „ *lerent in ratione Legati, vel fideicommissi,*
 „ *quod hæres ab intestato præstare teneretur, ut*
 „ *notat Molin. Disp. 124. n. 11. et supponit*
 „ *aperte Anton. Gom. in L. 24. Taur. Sub n. 1. et*
 „ *Alter Molin. de Primog. L. 2. C. 8. Sub n. 34.*
 „ *dum aiunt, quod per illam Legem non requiri-*
 „ *tur hæredis institutio ad valorem legatorum,*
 „ *seu Fideicommissorum, et apertius Azeved....*
 „ *ubi ait, quod in casu illius Legis habet hære-*
 „ *ditatem ille, qui de jure debet succedere, id est*
 „ *hæres Legitimus, seu ab intestato. Unde in*
 „ *rigore per eam Legem solum effectum est, ut*
 „ *testamentum carens institutione hæredis habe-*
 „ *ret vim codicilli, non autem quod esset verum*
 „ *testamentum: Addo præterea non pugnare,*
 „ *quod per Legem aut Legitimam consuetudinem*
 „ *introduci possit peculiaris quædam species ulti-*
 „ *mæ voluntatis, qua sine hæredis institutione*
 „ *res defuncti directe conferantur personis ab eo*
 „ *nominatis, quemadmodum hæreditas datur per*
 „ *testamentum, ita ut quod hoc conveniat cum*
 „ *vero testamento, et differat quatenus propri-*

„ *um hæredis institutionem non includit.* „, Taes e tão inconcludentes são as provas da tentativa de Mello. Se elle queria apartar-se do Direito Patrio podia ajuntar tambem como provas as Leis de outras Nações, que ao diante se exporão nos §§. 9. e 10. Mas tal Proposição he diametralmente oposta á nossa Legislação, que seguiu neste Artigo a Romana, como passo a demonstrar.

D E M O N S T R A Ç Ã O I.

A Instituição de herdeiro he huma das solemnidades intrinsecas, e substanciaes, conforme a nossa Legislação Patria.

§. 4.

Todos sabem que a nossa Legislação Patria, feita pelos nossos primeiros Legisladores, teve por modello na maior parte o Direito Romano. Por este Direito era a Instituição de herdeiro huma solemnidade intrinseca, e substancial do testamento; e o defeito della o annullava, *L. 1. ff. de hered. instit. L. fin. ff. de jur. Codicill. L. 3. ff. de his que in testam. delent. L. 2. §. 4. ff. de vulgar. Text. in §. Ante Hæred. Instit. de Legat. §. In Primis. Inst. de Fideicom. hered. Nett. de Testam. L. 1. T. 6. Almeid. all. 2. n. 1.* Deixada a razão desta Jurisprudencia Romana, que excogitou Fabr. Lib. 14. Conjectur. C. 20. n. 7. a mais provavel ideada pelos DD. he esta: Que, como o testamento segundo a sua definição, he huma justa sentença, isto he, totalmente perfeita, e completa, tal não seria, faltando a Instituição de herdeiro, como se deduz da *L. 1. ff. de hered. instit.* e da *L. fin. ff. de*

jur. Codicill. Assim o citado Netto n. 2. Se esta razão he adequada discorrão os Criticos; outra não encontro nos DD. theoreticos. A de Manz. de Testament. T. 6. n. 25. que „ *hæredis institutio est fundamentum et basis testamenti* „ he huma razão, que *petit principium*.

§. 5.

Neste systema pois de Direito Romano he que a nossa Legislação na Ord. L. 1. T. 62. §. 24. diz: „ E todo o que por bem deste Regimento „ mandamos que se faça na execução dos testamentos se fará e cumprirá nas Cédulas ou Codicillos, sendo feitos conforme nossas Ordenações, e „ *Direito* para serem valiosos. „ Pegas no Commentario a esta Ordenação judiciosamente adverte „ *familiare esse nostris Legibus cum volunt, ut casus aliquis per Ordinationem decidatur, loquitur per hæc verba* = segundo nossas Ordenações, e conforme nossas Ordenações = : *At vero cum volunt ut ipsa Ordinationis dispositio declarationis recipiat a jure civili, loqui per verba* = nossas Ordenações, e *Direito* = *Sic aliæ loquuntur Ordinationes, sic ista in præsentia, ut infra* §. 32. et T. 78. §. 2. L. 2. T. 26. §. 19. L. 3. T. 59. §. 23. L. 5. T. 117. §. 13. „ etc. Logo, huma vez que esta Ordenação L. 1. T. 62. §. 24. só faz exequivéis os Testamentos, que forem feitos *conforme nossas Ordenações e Direito* para serem valiosos, entendendo-se a palavra = *Direito* = pelo Romano, segue-se que só são válidos os que, conforme o Romano, tiverem Instituição de herdeiro; porque a este he relativa esta Ordenação.

§. 6.

No mesmo Systema do Direito Romano, como adoptando-o neste Artigo, he que a Ord. L. 4. T. 86. no principio diz = „Codicillo he huma dis-
 „posição de ultima vontade *sem instituição de*
 „herdeiro; (como essencial solemnidade do Testa-
 „mento) e por isso se chama Codicillo, ou Ce-
 „dula por diminuição, que quer dizer pequeno
 „testamento, quando huma pessoa dispõem de al-
 „guma cousa, que se faça depois de sua morte,
 „sem tratar nelle de *direitamente instituir, ou*
 „*desherdar a algum, como se faz nos Testamen-*
 „*tos.*” E isto como sendo a Instituição de her-
 deiro directa huma propria, e essencial solemnidade dos Testamentos.

Como, segundo o Direito Romano, huma das differenças entre os Testamentos e os Codicillos, he que nos Testamentos se póde dar e tirar herança; e nos Codicillos se não póde dar nem tirar *direitamente*, limitados só alguns casos, que largamente expõem Nett. de Testam. L. 1. T. 23. (*quidquid dicat Coccej. Jus Controv. L. 29. T. 7. q. 5.*) por isto he que a citada Ord., tendo em vista esta differença de Direito Romano, e ser essencial no Testamento a Instituição de herdeiro, exprímio aquellas misteriosas palavras: *Sem tratar nelle de diretamente instituir ou desherdar, como se faz nos Testamentos.*

§. 7.

Em fim : no mesmo Systema do Direito Romano, (conforme o qual o Pai deve necessariamente instituir herdeiros os filhos legítimos, e, não os instituindo, ou desherdando justamente, he o Testamento nullo. *Nett. L. 2. T. 4.*) he que a *Ord. L. 4. T. 82.* no princ. determinou que „ Se o Pai, ou „ Mãy fizerem testamento, e sabendo que tem fi- „ lhos ou filhas, tomarem a Terça de seus bens, „ e a deixarem a quem lhes approuver, posto que „ no testamento não sejam os filhos *expressamente* „ *instituidos ou desherdados*, mandamos que o tal „ testamento valha, e tenha effeito : por quanto „ pois tomou a Terça de seus bens no Testamento „ e sabia, que tinha filhos, parece que as duas par- „ tes quiz deixar aos filhos, e os *instituiu nellas*, „ posto que dellas não faça menção expressa; e as- „ *sim devem ser havidos por instituidos herdei-* „ *ros, como se expressamente o fossem em favor* „ *do Testamento.* ”

Já antes da nossa Legislação, e nos tempos de Bartholo, Baldo, Jasão etc. era Questão disputada: Se a Instituição de herdeiro se podia inferir por conjecturas? Como se pôde vêr em *Nett. de Testam. L. 2. T. 3. n. 2.* Pinheir. de *Testam. Disp. 3. Secc. 4. a n. 52.* Por isto he que a dita *Ord.* em favor do Testamento seguiu a Opinião de Bartholo na *L. Gallus n. 5. de Lib. et posth.* aonde disse, que bastava ser o filho tacitamente instituido, para ser válido o Testamento sem expressa Instituição de herdeiro; como bem adverte Gabriel Pereir. *Decis. 78. n. 1. Confer. Almeid. alleg. 2. n. 2 et 3.*

Mas, por isso mesmo que aqui admittio em favor do Testamento a Instituição tacita dos filhos nas duas partes, quando o Pai dispõem da sua Terça, por isso presuppoz necessaria geralmente a Instituição de herdeiro em todos os Testamentos para a sua validade, *ex DD. supra, Signanter Valasc. Cons. 68. Sub n. 2. Confer. Cald. de Nominat. q. 9. n. 7. Almeid. supr. Nett. L. 2. T. 2. Sub n. 10.*

§. 8.

Se recorremos á interpretação usual destas Ord. (§. 5, 6, e 7.) notamos que Valasco, que escreveo antes, e depois da Compilação Filippina na Cons. 68. n. 2. attesta, que assim se decidio por muitos Assentos do Senado; et cons. 164. n. 2 et 3. Assim se suppõem na Decis. 209. de Gama. (Coetaneo á Compilação Filippina) Este foi sempre o uniforme sentimento de todos os nossos Reinicolas. Barbos. ad Ord. L. 4. T. 80. n. 7. Thom. Valasc. all. 61. n. 10. Phæb. Decis. 137. n. 20. Reinos. obs. 55. n. 9. Pereir. Decis. 78. Almeid. supr. a n. 1. Negueir. Introd. ad ult. Vol. L. 2. C. 1. n. 11. Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 245. n. 67. Nett. de Testam. L. 1. T. 6. n. 2. Guerreir. tr. 2. L. 5. C. 7. n. 141. Isto mesmo seguia *in judicando* o Senador Maia na Deliberação transcripta por Peg. 3. for. C. 34. n. 134. etc.

DEMONSTRAÇÃO II.

Legislações diversas das Nações a este respeito.

§ 9.

He indispensavel a Instituição de herdeiro no testamento 1.º pelas Leis da Baviera, T. 35. art. 1. n. 2. *Manz. de Testam.* T. 6. n. 25. 2.º pelos costumes de muitas Provincias de França, que refere Fulgol. *Trait. des Testam.* C. 8. n. 7. era necessaria a Instituição de herdeiro para a indispensavel necessidade de ser o Testamento válido; bem como nas Provincias, em que se governavão os Povos pelo Direito escripto. 3.º na Prussia pelo moderno Codigo Frederico. P. 2. L. 7. T. 4. §. 3. 4.º na Sardenha pelo novo Codigo L. 5. T. 1. §. 24. aonde só se admite Instituição tacita em favor dos filhos. 5.º huma especial Ordenação da França em 1735. *apud Furgol. sup. n. 39.* quanto ás Provincias, em que se observava o Direito escripto.

§. 10.

Em outras Nações vale o Testamento sem Instituição de herdeiro, como 1.º em Hamburgo pelo Estatuto que refere Stryk. *Us. mod.* L. 28. T. 5. §. 6. 2.º em outras Nações, que refere Vinn. ad §. 12. *Inst. de hered. instit.* n. 1. Geralmente 3.º Groenevegen. de *Legib. abrog.* ad §. 34. *Inst. de Legat.* diz: „*Testamentorum. Codicillorumque et*
„*nomine et jure per mores confuso ut sit testa-*
„*mentum heredis institutionem hodie necessariam*

„ esse negant Godelin. de Jur. noviss. L. 2. C. 5. etc. ” 4.º em muitas Províncias da França, que relata Furgol. sup. C. 8. n. 6. valia o Testamento sem Instituição geral de herdeiro, *immo* era prohibida, porque os costumes defferião aos consanguíneos certas especies de bens, (como entre nós antes de supensa a Lei de 9. de Setembro de 1769.) 5.º O moderno Código Civil Francez L. 3. C. 3. Sec. 3. prenotando, que as disposições testamentarias são ou universaes, ou a titulo Universal, ou a titulo particular, determina que cada huma destas disposições, ou tenha sido feita debaixo da denominação de Instituição de herdeiro, ou tenha sido feita debaixo da denominação de Legado, produzirá seu effeito, segundo as regras, que na Secção 4.ª e 5.ª passa a estabelecer para os Legados Universaes, para os Legados a titulo Universal, e para os Legados particulares: de forma que faz essencial differença entre os *Legados em si universaes*, (que define serem aquelles, pelos quaes o Testador dá a huma, ou muitas pessoas a universalidade dos bens, que deixar ao tempo da sua morte) e entre o Legado *por titulo universal*, que define ser aquelle, pelo qual o Testador Lega huma quota parte dos bens, de que a Lei lhe permite dispôr; (como entre nós quando reinava a dita Lei de 9. de Setembro de 1769; e hoje ainda quando o pai dispõem do Terço) tal como huma ametade, hum terço, ou todos os seus bens de raiz, ou todo o seu movel, ou huma quota fixa de todo o seu immovel, ou movel: Declarando que todo outro Legado não forma mais que huma Disposição, *a titulo particular*. Legislação que só poderá bem entender quem ler Furgol. Loc. cit.

Senão tivéssemos Legislação Patria expressiva, e assim observada no uso do nosso Foro, deveríamos em tanta variedade no uso das diversas Nações vacillar sobre qual das oppositas Legislações deveríamos abraçar e seguir *in consulendo et judicando*. Porém havendo Legislação Patria he indispensavel seguilla, por mais que nos pareça hum puro romanismo, em quanto se não revoga, ou declara authenticamente. Não a vejo revogada na Lei de 9. de Setembro de 1769; antes esta Lei suspensa na maior parte, quanto á faculdade de testar pelo Decreto de 17. de Julho de 1778. Sim o Proemio da Lei reprova o Principio Romano, que ninguém póde morrer parte testado, parte intestado; e, reprovado este Principio parece poder subsistir o Testamento sem Instituição de herdeiro, falecendo o testador em parte testado, e parte intestado; mas advirto, não só a suspensão da Lei, quanto ao que foi preciso no preambulo della reprovar esse Principio, para não obstar mais aos Testamentos e Disposições, que passava a regular, restringindo a Liberdade de testar, fazendo alguns testadores intestaveis em parte de seus bens, facultando-lhes em outras etc. Hoje porem que (á unica excepção de se instituir a alma por herdeira) está outra vez relaxada a antiga liberdade de testar segundo as Ordenações, he indispensavel que por ellas, quanto a todas as Solemnidades extrinsecas, e intrinsecas se regulem os Testamentos. Reconheço frivolas as razões de ser nullo o Testamento sem instituição de herdeiro: (§. 4. Nota) As Nações (§. 10.) reconhecerão o mesmo: Não menos

os DD; e por isso se tem **excogitado modos**, e meios de salvar em muitos casos os Testamentos sem Instituição de herdeiro. Estes são os que vou a expôr.

D E M O N S T R A Ç ã o H L.

Expõem-se os Casos em que pôde salvar-se o Testamento sem formal e expressa instituição de herdeiro.

P R E N O Ç ã o G E R A L.

§. II.

Em os Romanos se considerava o valor das palavras empregadas para a instituição de herdeiro: os Interpretes tem feito dellas tres classes. Elles tem chamado humas *Directas*, que são as que as Leis chamão *Civis*: Outras *obliquas*, chamadas *Inflexas* na Lei 15. C. de Testam. Outras *Communs*. As palavras *directas* são imperativas = *Heres esto* = *Heredem esse jubeo* = e outras semelhantes. As *obliquas* são precativas, ou aquellas, pelas quaes a herança deve ser recebida da mão de hum terceiro: v. g. *Rogo ut Titium heredem facias* = *Volo ut tibi hereditas restitatur, detur, reddatur* = etc. e outras semelhantes. As palavras *communs* são aquellas, que são susceptíveis de hum duplicado sentido, e que podem ser tomadas em hum sentido directo, ou obliquo, como: *Instituo, perveniat, succedat, revertatur, devolvatur*, e outras semelhantes, se bem que estas palavras *communs* são commento dos Interpretes, porque o Direito Romano não conhece mais que termos directos e obli-

quos, e não se conhece ali a terceira especie. De sorte que todos, os que não são obliquos, e precativos devem ser metidos na cathegoria dos termos directos. *Furgol. supr. C. 8. Secc. 1. a n. 40.* Sobre as palavras *directas, obliquas e communis*, quaes ellas fossem no sentido das Leis Romanas, e dos commentadores, quaes os seus diversos effeitos conforme o mesmo Direito, veja-se *ex professo* Boehmer. ad Pandect. Exerc. 4. = *De verbis directis et obliquis. Cancer. 1.º var. C. 1. Pinbeir. de Testam. 3. Secc. 3. a n. 24. Stryk. Us. mod. L. 28. T. 5. sub. §. 1.*

§. 12.

Pelo Direito antigo dos Romanos a Instituição de herdeiro devia ser concebida com certas palavras directas; e não se approvavão as Instituições, pelas quaes os Testadores se servião de palavras obliquas, ou que podião ser tomadas em sentido obliquo: *Ulpian. in Fragment. T. 2. Boehmer. Furgol. et Pinbeir. supra.* Tal era a superstição dos Jur. Consult. Romanos, para sacrificarem á sua direcção todas as disposições dos Cidadãos, como com *Gravina Boehmer. supr. §. 5.*

§. 13.

Porem esta escrupulosidade de palavras foi abrogada pelo Imperador Constantino Magno na L. 15. Cod. de Testam. admittindo que a Instituição do herdeiro se podesse subentender por quaesquer palavras expressivas da vontade do Testador. *Boehmer. supra. §. 17. Furgol. a n. 41. Stryk. §. 1. Nett. de Testament. L. 2. T. 1. n. 4.* Eis-aqui as palavras

bem energicas da dita L. 15. Cod. de Testam. ibi:
 „ Quoniam indignum est, ob inanem observatio-
 „ nem (verborum solemnium, seu directorum)
 „ irritas fieri tabulas, et judicia mortuorum: pla-
 „ cuit, ademptis his, quorum imaginarius usus
 „ est, institutionis heredis verborum non esse
 „ necessariam observantiam, utrum imperativis,
 „ et directis verbis fiat, aut inflexis: nec etiam
 „ interest si dicatur: heredem facio vel instituo,
 „ vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel
 „ erit: Sed quibuscumque confecta sententiis, vel
 „ in quolibet loquendi genere formata institutio
 „ valeat: Si modo per eam liquebit voluntatis in-
 „ tentio: nec necessaria sunt momenta verborum
 „ quæ forte seminice et balbutiens lingua profu-
 „ dit. In postremis ergo judiciis ordinandis amota
 „ erit solemnium verborum necessitas etc. ”

§. 14.

Lei, da qual, depois de Carpzov. deduz Stryk.
 supr. §. 1. esta Conclusão: „ Hodie itaque unice
 „ considerandum est, an verba ita sunt comparata,
 „ ut ex iis heredis institutio elici possit, qualia sunt
 „ quæ denotant universitatem etc. ” He huma gran-
 de questão, se a Instituição de herdeiro póde indu-
 zir-se por conjecturas; se se deve admittir Institui-
 ção tacita, ou se ella deve ser feita em termos for-
 maes, donde ella resulte directamente? Huns DD.
 defendem a negativa; outros a affirmativa; outros,
 distinguindo, admittem a Instituição tacita, quando
 ella se deduz das palavras intrinsecas do Testamen-
 to. Vejam-se com os mais que referem *Furgol. sup.*
C. 8. Secc. 1. a n. 60. Pinheir. de Testam. Disp.
3. Sec. 4. a n. 52. Nett. de Testam. L. 2. tr. 3. a

n. 2. Castill. L. 4. C. 15. a n. 62. Manz. de Testam. T. 6. a n. 32 et 33. Por argumento da Ord. L. 4. T. 82. no princ. se admite a Instituição de herdeiro pela conjecturada vontade do Testador; e como são muitas as diversas especies, em que se induz a Instituição de herdeiro, sem formal expressão da sua Instituição; por isso passo da theoria á pratica, e vou figurar as especies, em que a validade do Testamento pôde salvar-se sem expressa e formal Instituição de herdeiro.

Primeira especie ou especies, quanto á Instituição dos filhos.

§. 15.

Esta he a que figura a Ord. L. 4. T. 82. quando o Pai, ou Mãe, sabendo que tem filhos, toma a Terça de seus bens, e a deixa a quem lhe parece, ou a manda distribuir depois da sua morte: Neste caso diz a Lei que, pois tomou a Terça de seus bens no Testamento, parece que as duas quiz deixar aos filhos, e os instituiu nellas; posto que delles não faça expressa menção; e assim devem ser havidos por instituidos herdeiros, como se expressamente o fossem em favor do Testamento: Lei, que suppõem ser nullo o Testamento, em que os filhos não são expressa nem tacitamente instituidos; e supprime a expressa Instituição, se o Pai *toma a Terça* de seus bens e dispõe della, subentendendo os filhos instituidos nas outras duas partes. Confiráo-se os DD. citados na Nota a §. 10. Semelhantemente se presumem tacitamente instituidos os filhos, quando v. g. o Pai diz: *se meus filhos me não sobreviverem, seja meu herdeiro N.* porque se subentem-

dem instituidos, sobrevivendo ao Pai. *Boebmer. ad Pandect. Exerc. 4. sub n. 17. Quidquid in contrarium dicat Pinheir. de Testam. Disp. 3. Sec. 4. a n. 57. et 62.* Tambem se subentende instituido na Legitima o filho, quando o Pai, deixando-lhe huma cousa particular, declara que lha deixa pela sua Legitima, ou pela parte que lhe pertence. *Vid. Nett. de Testam. L. 2. T. 2. n. 15.* Ou quando deixa á filha certos bens para seu Dote. *Nett. supra.* E geralmente (talvez para ressecar, e supprimir a variedade de Opiniões, que refere Nett. supr. a n. 3.) o Cod. de Sardenh. L. 5. T. 1. §. 24. determinou que „Tudo o que fôr deixado, de qualquer ma-
„ neira que seja, em as disposições de ultima von-
„ tade áquelles, a que a Legitima he devida, se
„ julgará deixado em razão della: Nós queremos a
„ este respeito, que se haja sempre por expresso o
„ Titulo honravel de Instituição para todos os ef-
„ feitos, que elle poder obrar em Direito.”

Querem alguns DD. que a Clausula Codicillar se subentenda sempre no Testamento paterno, *DD. que refere Stryk. de Cautell. Testam. C. 23. §. 23. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Secc. 10. a n. 548.* Porém não pôde subentender-se para sustentar hum tal Testamento, feito sem Instituição de herdeiro. *Pinheir. supra n. 550. Nett. L. 2. T. 2. n. 14.* O contrario disse depois o mesmo *Pinheir. Disp. 3. n. 18. ut ibi: „Licet testamentum inter Liberos,
„ heredis institutione carens, sit nullum, at-
„ que adeo filii ex tali testamento in heredi-
„ tatem non succedant, sed solum abintesta-
„ to, et pro partibus æqualibus: attamen te-
„ nentur aliunde illum implere ratione codi-*

„ *cilli propter Clausulam Codicillarem, quæ*
 „ *subintelligitur apposita in testamento in-*
 „ *ter Liberos.* ” Conf. Valasc. Conf. 23. n. 3.
 et 4. Accrescentando o mesmo Pinheiro: „ *Sem-*
 „ *per tamen cuilibet filiorum debet manere sal-*
 „ *va Legitima.* ”

Se a Clausula Codicillar expressa sustenta o Testamento, em que o Pai preterio os filhos? Vid. Stryk. Supr. §. 39. et Vol. 1. Disp. 18. = De Clausula Codicillari = a n. 79. Struv. Exerc. 34. thes. 65. Zoef. ad Dig. Tit. de Jur. Codicill. n. 9. Barry de Success. L. 10. T. 16. Os quaes assentão por melhor, e mais racionavel a Opinião, que a tal Clausula Codicillar expressa convalida o Testamento. Entre outras razões: „ *Quia ita filius præteri-*
 „ *tus non læditur, cum ille ab intestato*
 „ *suam portionem capiat, et rogatus saltem*
 „ *censeatur, ut id quod superest hæredibus*
 „ *scriptis restituat.* ” Em fim: para remover a dúvida dos Interpretes sobre a Lei fin. Cod. Famil. erciscund. Se a partilha feita pelo Pai em Testamento destituido de solemnidades tem observancia etc. Dúvidas de que Brunne-
 man. ibid. Nett. de Testam. L. 2. T. 2. n. 13. Manz. de Testam. T. 6. n. 30. et 31. Para remover esta dúvida o Cod. da Prussia, P. 2. L. 7. T. 11. art. 2. §. 23. determinou que:
 „ Quando o Testamento não poder valer co-
 „ mo hum Testamento paterno não será váli-
 „ do, ainda que elle contenha a partilha dos
 „ bens feita pelo Pai entre seus filhos, porque
 „ nós abolimos esta distincção, que não tem
 „ algum fundamento na Lei, e que sujeita a
 „ muitos inconvenientes etc.

*Segunda especie, ou especies, e palavras,
que equivalem á Instituição
de herdeiro*

§. 16.

A palavra = *Relinquo* = *Deixo* = junta á universalidade de bens equivale á Instituição de herdeiro ; como quando o Testador diz : *deixo a Titio os meus bens, a minha substancia, ou o que tenho*; ou as semelhantes palavras, de quib. L. *Cogi. ff. ad Trebellian. Phæb. Decis. 59. n. 3. Reinos. obs. 20. n. 5. Valasc. Cons. 165. n. 4. Nett. de Testam. L. 2. T. 2. n. 17. Pinbeir de Testam. Disp. 3. Secc. 3. n. 27. Stryk. Us. mod. L. 28. T. 5. Sub §. 1. Aliter*, se a palavra = *Deixo* = he restrictiva a certa cousa, ou quota, *DD. Supra. et Pinbeir. n. 30.*

§. 17.

„ Limitabis tamen si in eodem testamento
„ alius heres universalis reperiatur institutus, tunc
„ namque (Relinquo non inducit Institutionem;
„ veluti si quis simpliciter heres instituatur, et pos-
„ tea addat Testator, quod Titio relinquit omnia
„ bona sua; in quo casu dicendum est, quod iste
„ Titius est Fideicommissarius universalis, non
„ vero heres. „ *Nett. Supr. n. 18. Pinbeir. Supr
Sub n. 27.*

§. 18.

Se o Testador, depois de dispôr dos seus Legados, diz: *O resto de meus bens o deixo a N. =* rambem se induz Instituição de herdeiro. *Stryk. de*

Cautell. Testam. C. 16. §. 16. Card. de Luc. de Hered. Disc. 1. n. 9. Pinheir. Supr. n. 28. Egid. in L. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. p. 5. in princ. n. 14.

§. 19.

Se o Testador diz = *Deixo a Pedro todos os meus bens moveis e de raiz* = entra em dúvida se a Instituição he universal não especificando os direitos e acções, que constituem a terceira especie de bens. Alguns DD. quizerão a negativa. Porém Pinheir. Supr. n. 29. segue que, na intenção do Testador em favor do Testamento, se comprehendem os direitos e acções, como assim he recebido pelo costume. Se porem a palavra = *Deixo* = he adjuncta ás palavras = *os meus bens onde quer que forem postos ou situados* = ou = *a certa quota de bens* = duvida Pinheir. n. 30. e na Secc. 11. §. 3. n. 320. et 321.

§. 20.

Se o Testador, omittida a palavra = *Instituto* = usar das palavras chamadas Communes = *Perveniat*, = *deveniat*, = *superveniat* = *pertineat* = *habeat* = *permaneant* = *remaneat* = *redeat* = *revertatur* = *succedat* = *devolvatur* = *accrescat* = *accipiat* = *descendat* = *competat* = *sequatur* = etc., *Hujusmodi verba* (diz Stryk. „ *Us. mod. L. 28. T. 5. sub §. 6.) et similia* „ *ambigua*, et communia si in testamento decurrunt, et in dubio pro direc. is habenda, ut sci- „ *licet heredis institutionem involvant, ne aliàs* „ *testamentum corruat. Si in talem detorquentur* „ *sensum, ut heredis institutionem deficere vi-*

„ deatur, præsertim cum verba ambigua ordinariè
„ interpretationem suam ex substracta materia
„ accipiant etc. ” Conf. Card. de Luc. de Hered.
Disc. 1. in fin. Pinheir. de Testam. Disp. 3. Sect.
3. n. 26.

§. 21.

Se a palavra = *Lego* = junta á universalidade de bens, sem se dar outro Coherdeiro universal, induz Instituição de herdeiro, varião os DD. Pinheir. supr. n. 30. segue a affirmativa: Em contrario está Carvalho de Testament. p. 2. n. 195. Nett. de Testam. L. 2. T. 2. n. 19. Pela primeira Opinião está o Cod. Civil Francez L. 3. T. 2. C. 4. S. 3. art. 291. e Furgol. supra C 8. Secc. 1. Porque, (diz elle) para caracterizar huma Instituição, basta que o Testador tenha empregado termos, que a designem sem equivocação; e, seguindo o Direito novo, não se affecta nada a formula das palavras directas, ou obliquas. Aquelle que doa, deixa, lega sua herança, entende fazer, e faz realmente hum Testamento, e hum herdeiro; o que basta para que se não possa pôr em duvida, que a disposição não seja real, e efficazmente huma Instituição de herdeiro, que não tem outro fim, senão de fazer passar a herança do Defuncto sobre a cabeça do herdeiro, que elle designa para lhe succeder; assim se vê que a *L. His verbis. 48 ff. de hered. instit.* decide que, para fazer huma Instituição válida, basta que o Testador diga = *Titius hereditatis meæ dominus esto* = Ora: aquelle, que deixa, que dá, que lega sua herança por Testamento, tem elle outro fim, que não seja fazer senhor da sua herança aquelle, a quem designa? Conf. *Mantic. de Conjectur. ult. volunt. L. 4. T. 3. n. 8.*

§. 22.

Dizendo o Testador = *Se Ticio não fôr meu herdeiro seja Sempronio* = ou dizendo = *Se Pedro, que he ausente, não voltar á Patria, ou fôr morto ao tempo do meu falecimento, instituo por herdeiro a Antonio* =, nestas especies, e segundo o rigor do Direito Romano, assentão os DD. por varias razões, que nem Ticio na 1.^a nem Pedro na 2.^a se subentendem instituidos herdeiros; se bem que admittem em ambos os casos aos substituidos por herdeiros, como he Sempronio, e Antonio, e como principiando nelles a Instituição de herdeiro. *Ita cum reliquis Pinbeir. de Testam. Disp. 3. Secc. 4. §. 1. a n. 57. Furgol. supr. C. 8. Secc. 1. a n. 63.*

Praticamente não posso acquiescer a tal resolução theoretica. Porque, dizendo o Testador: *Se Ticio não fôr meu herdeiro, seja meu herdeiro Sempronio*, quem não vê que o Testador quiz em primeiro lugar que Ticio fosse seu herdeiro, e só, não o querendo elle ser, chamou Sempronio em segundo lugar? Ora: vemos no §. 13. a celebre L. 15. Cod. de Testam. que só manda respeitar a intenção do Testador, e não a formula das suas palavras. Quantos Testadores não são elles idiotas? Quantos Escriptores dos Testamentos percebem taes subtilidades para as evitar e declinar? Veja-se o *Card. de Luc. de Hered. Disc. 1. no fim, e de Fideicommiss. Disc. 58. n. 3. Disc. 61. n. 6. Disc. 94. n. 9. Disc. 262. a n. 3.* O argumento deduzido do Simile da Ord. L. 4. T. 82. no princ. em favor do Testamento não he menos forçoso. Conspira a Doutrina terminante de Manz. de Testam. T. 6. n. 33.

§. 23.

Se o Testador no Testamento por palavras enunciativas diz ter instituído N. por seu herdeiro; defendem alguns DD. que isto não basta para supprir a necessidade de Instituição de herdeiro. Veja-se *Pinheir. de Testam. Disp. 3. Sec. 3. a n. 46.* Limitando só no n. 48. o favor da Causa pia, e do Testamento entre filhos, e do militar. Porém ao proposito diz *Furgol, supra Secc. 1. n. 7.*, „ Os DD., „ que nos dão theorias, não nos ensinão nada a ap- „ plicação, e o uso, quando na realidade he isto „ o que ha de mais util; cahir-se-hia em erro, de- „ baixo do pretexto da regra dos DD. que a Insti- „ tuição não póde ser feita com palavras enuncia- „ tivas: imaginar-se-hia que huma Instituição fei- „ ta por Testamento, onde o Testador dissesse = „ *eu tenho instituído hum tal* = seria simplesmen- „ te enunciativa, e por consequencia inutil; por- „ que neste caso o Testador faz a Instituição, ape- „ nas elle diz que a tem feito; he deste modo, „ que quasi todos os Testamentos são concebidos; „ e se põem o passado pelo presente. A L. 61. ff. „ de hered. instit. declara por boa huma desherda- „ ção, posto que o Testador, fazendo-a, se tives- „ se servido dos termos do preterito: *Te autem fi- „ lia ideo exheredavi, quoniam contentam te es- „ se dote volui; quæro an efficaciter exheredata „ sit? Modestinus respondit, nihil proponi cur „ non esset voluntate testatoris exheredata:* Mas „ dever-se-hia considerar, como huma simples enun- „ ciativa, se o Testador em hum Codicillo fizesse „ algum Legado a alguém, pagavel por hum her- „ deiro, que elle dissesse ter instituído; porque es- „ ta enunciativa não valeria, nem como Instituí-

„ são directa , nem como fideicommisso ; porque
 „ ella não seria huma disposição , mas huma sim-
 „ ples enunciativa relativamente ao herdeiro. ”

Para confirmação desta Doutrina de Fur-
 gole he bem notavel a Lei, Si Donatio. 5. Cod.
 de Donat. e a Doutrin. de Roman. Cons. 37.
 a n. 217. e de Cald. de Nominat. q. 1. n. 43.
 e de outros , com os quaes Peg. alleg. 2. desde
 o n. 41.

§. 24.

Em outro tempo quando hum Testador man-
 dava que todos os seus bens se distribuíssem em
 Legados pios, e instituia hum Testamenteiro uni-
 versal , este se reputava herdeiro para todos os
 effeitos juridicos; *Pinheir. de Testam. D. 3. S. 2.*
n. 20. Bagn. C. 59. a n. 267. Moraes de Execut.
L. 6. C. 7. n. 72. Franc. ad Mend. p. 1. L. 1. C.
3. n. 45. Porém hoje pela Lei de 9. de Setembro
 de 1769. §. 21. suscitada pelo Alv. de 20. de
 Maio de 1796. já senão póde instituir alma por
 herdeira; e por isso não haverá jámais caso, em
 que seja praticavel esta especie⁴; nem tão pouco
 virá ao Theatro judicial a opinião, que sustentava
 ser válido para o pio hum Testamento sem Insti-
 tuição de herdeiro; *ex DD. apud Pinheir. supr. a*
n. 15. et Disp. 2. Secc. 9. §. 4. num. 341. etc.

§. 25.

Supponhamos porém que hoje hum Testador,
 depois de dispôr de varios Legados pios, e profa-
 nos, diz finalmente = *Deixo (ou nomeio) por meu*
Testamenteiro a N =; Póde duvidar-se se este

Testamenteiro se deve reputar o herdeiro instituido no resto dos bens? Se acreditâmos Pinheir. Disp. 3. Secc. 2. sub n. 20. figurar herdeiro o Testamenteiro universal, só tem lugar quando a Alma he instituida herdeira; e não quando em falta de herdeiro universal, não sendo o Testamento todo pio, he dado hum Executor, ou Testamenteiro universal. Pinheiro assim o deduz da Decisão 196. de Gama, aonde, contra o voto de outro senador, arbitrou que a palavra = Testamenteiro = era relativa á pessoa, e não aos bens; e por isso contra o Voto de alguns Senadores se julgou nullo o Testamento, salvo só os Legados; se bem que o Addicionador arbitrou contra a tal Decisão, que a palavra = Testamenteiro = designava Instituição de herdeiro em falta de outro expressamente instituido.

Em Valasco Cons. 68. n. 3. se vê julgado válido hum Testamento sem expressa Instituição de herdeiro, supprindo-se, porque a Testadora, dispondo de varios Legados profanos, nomeou por Testamenteiros huns parentes. E ainda que Valasco confutou esse julgado, contendendo que só substitue Instituição de herdeiro a Nomeação de Testamenteiro, quando a Alma he instituida herdeira, com tudo o mesmo Valasco n. 9. acquiesce ao julgado, attestando ser esta a Pratica do Reino.

A Valasco segue Bagn. C. 59. n. 268. dizendo: „ Juxta praxim Regni Lusitaniæ Executor Testamentarius universalis, etiam ad „ non pia, nullo herede instituto, habetur pro „ herede. Itaque praxis utilis est, quia condu- „ cit ad sustinendas plurimas ultimas volunta- „ tes, in quibus Testatores illiterati multoties

„ negligunt apponere Institutionem heredis, et
 „ adhibitis testibus a Jure requisitis, deputatis-
 „ que Executoribus testamenti putant sole-
 „ mniter testatos fuisse.” *Conf. Mend. p. 1.*
L. 1. C. 3. n. 21.

§. 26.

Resta porém o caso mais duvidoso; quando v. g. hum Testador, depois de dispôr de huns poucos de Legados pios e profanos, e restando-lhe a maior e mais principal parte de seus bens, não instituindo no resto delles, depois de pagos os Legados, pessoa alguma por herdeira, e só diz que deixa a N. por seu Testamenteiro; se neste caso pela palavra = Testamenteiro = se hade entender herdeiro no resto dos bens pagos os Legados; ou se se hade supôr, que só nomeou Testamenteiro para cumprir esses poucos Legados, ficando intestado quanto aos mais bens, e nullo o Testamento por falta de Instituição de herdeiro? Parece á primeira vista, que a denominação de Testamenteiro, para cumprir huns certos e determinados Legados, não induz Instituição de herdeiro, *Bagn. C. 59. n. 269. §. Nec quando.*

§. 27.

Porém como a Instituição de herdeiro também se deduz de Conjecturas, (§. 14. Not.) eu diria que, no caso figurado no §. 26., a denominação de Testamenteiro induz Instituição de herdeiro: Ou 1.º pelo commum uso de fallar nessa Terra, aonde os herdeiros se denominão Testamenteiros, e o Testador assim se costumava exprimir, chamando Testamenteiros aos herdeiros; com tanto porém

que este commum uso de fallar, ou do Testador, ou da sua Patria se prove, *ex latissime congestis per Castell. L. 6. Contr. C. 153. de Luc. de Emption. Disc. 13. n. 8. et de Alienat. Disc. 48. n. 12. et de Regular. Disc. 21. n. 4.* Ou 2.^o se eu visse instituido com o nome de Testamenteiro hum sogeito o mais propinquu, o mais amado do Testador com preferencia a quaesquer outros, e a quem o Testador tivesse em vida declarado que queria deixar herdeiro; pois que o sentido duvidoso do Testamento se interpreta pelo que o Testador declarou antes ou depois do Testamento. *Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 285. n. 417. in fin. Almeid. de Numer. quinar. C. 26. a n. 22.* (aonde diz que bastão duas testemunhas para prova desta declaração.) *Peg. de Maior. C. 48. a n. 2. omnino videndus, et tom. 4. §. 45. Sub n. 14.* Ou 3.^o se o Escriptor, aliàs homem de probidade, assim o declarar, que essa foi a intenção do Testador, *Peg. de Maior. tom. 4. §. 41. n. 24.*

Se o Testador pôde cometer a huma pessoa fidedigna em seu Testamento que, depois da sua morte declare a sua vontade, que lhe communicou, não escripta no Testamento; e se, declarando-a com juramento, he acreditavel, sendo aliàs verosimil etc. *Harprectr. Disp. 57. de Suprema voluntate unico testi concedita*; semelhantemente o Escriptor do Testamento, sendo pessoa fidedigna, pode declarar a intenção do Testador, que nesse acto lha communicou, e que elle não escreveu com clareza.

Terceira especie, ou especies: Outros modos, com que se suppre a Instituição de herdeiro, ou do nome d'elle, omissso no Testamento.

§. 28.

Póde supprir-se a falta de Instituição de herdeiro expressa por algum signal indubitavel, *Nett. de Testam. L. 2. T. 3. n. 6.* Isto he „ *Si alio modo quàm per nominis proprii expressionem de persona Instituti constet* „ *Vell. Diss. 21 n. 42.* Como quando o Testador, tendo em vista e perto d'elle o herdeiro, diz, apontando para elle = Este he meu herdeiro = *Mantic. de Conjectur. L. 4. T. 3. n. 9. Gomes 1.º var. C. 2. n. 6. Barry de Succession. L. 2. T. 1. n. 19.* Como quando o Testador declara no Testamento, que institue herdeiro aquelle, que se achar escripto em tal papel, em tal parte; porque então, reconhecida a verdade do tal papel, e a identidade d'elle, se suppre a Instituição de herdeiro pela relação a elle, *Nett. Supr. n. 6 Mantic. n. 11. Barry n. 19. Stryk. de Cautell. Testam. C. 16. a §. 2. Manz. de Testam. T. 6. a n. 35. Henriq. Coccej Vol. 1. Disp. 79. C. 2. a n. 25. Mull. ad Struv. Exerc. 33. pag. 732.* He porrem necessaria huma prova indubitavel da verdade do tal papel; porque a experiencia tem mostrado ser esta especie de Testamentos sujeita a muitas falsidades. *Vid. Harprectr. Disp. 57. a n. 33. Rocc. Sellectar. C. 39. a n. 9. Cyriac. Contr. 444. Rovit. Decis. 95.*

§. 29.

A dúvida maior consiste: Quando o Testador diz no Testamento solemne = Instituo herdeiro a pessoa, que declarar N., a quem tenho declarado a minha vontade, sobre quem quero que seja o meu herdeiro = Se basta isto para ficar solemnizado o Testamento com Instituição de herdeiro, declarada depois por essa pessoa, a quem o Testador cometteu a sua declaração? Esta questão resolve pela affirmativa com bons fundamentos, e com *Mantic. de Conjectur. L. 4. T. 1. n. 12. Brunneman. na L. 25. n. 4. de reb. dub. Surd. Cons. 264. e outros* o citado *Harprectr. Disp. 57. a n. 134. et 137.*

He porem necessario que essa pessoa, a quem o Testador cometteu essa declaração da sua vontade 1.º seja assim determinada, e eleita em hum Testamento solemne: 2.º Que seja huma pessoa certa e determinada pelo seu nome: 3.º Que o Testador effectivamente lhe declarasse a sua vontade: 4.º Que elle Commissario assim o jure judicialmente: 5.º Que o seu juramento e declaração seja adnniculadocom verosimilhanças, e que seja despido de toda a inverosimilhança etc. Veja-se o citado *Harprectr. e o Card. de Luc. de Fideicomiss. Disc. 156. 182. et 183. de Testament. Disc. 47. n. 4. et Disc. 44. et seqq. Torr. de Pact. futur. Successor. L. 3. C. 6. a n. 80. com os mais que citão.*

§. 30.

Quid vero, se a Instituição de herdeiro se

comette pelo Testador ao arbitrio de hum Terceiro? Como he questão impropria do fim desta Dissertação, vejam-se Torr. de Pact. supr. Cap. 6. tot. Stryk. de Cautell. Testam. C. 16. a §. 26. et 27. Furgol. supr. C. 8. Secc. 1. a n. 17.

Quarta especie: Quando o Testador reparte seus bens entre muitas pessoas, sem omittir a disposição de alguns, que tivesse.

§. 31.

Nesta especie eu sustentaria válido o Testamento sem expressa Instituição de herdeiro, e admittiria a Opinião de Mello L. 3. T. 5. §. 29. Porque, fazendo o Testador huma partilha geral de todos os seus bens, sem nada lhe ficar, de que não dispozesse, cessão quaesquer razões, que possam idear-se na Legislação Romana, e na nossa que a seguiu, em quanto requerem Instituição de herdeiro para a validade do Testamento; porque, se a razão he aquella, que expuz na Nota ao §. 4, esta razão cessa em huma Disposição, em que o Testador faz completa e perfeita disposição, e distribuição de todos os seus bens. Se a razão porém consiste em não poder morrer o Testador *pro parte testatus, et pro parte intestatus*, além de estar hoje reprovada esta Maxima Romana pelo uso das Nações, como vimos antecedentemente, ella tambem cessa em hum caso, em que o Testador dispoz por parte, e dividio entre muitas pessoas quantos bens tinha. Em hum tal caso parece que entra propriamente a razão, e a equidade das Leis das Nações, em que, para a validade do Testamento, não he necessaria a Instituição de herdeiro; (§. 10.) e o exposto

na Nota ao diante ao §. 35. fazendo presumir *Codicillo* huma tal Disposição, conduz muito para sustentar a de que se tracta nesta especie, *saltem in vim codicilli* etc.

Quinta especie: Quando o Testamento, que carece de Instituição de herdeiro, contém a Clausula Codicillar.

§. 32.

Seria extravaganciar do meu projecto, se me propozesse expôr todos os effeitos da clausula codicillar, e em que casos ella os produz, ou não produz: Satisfazo-me, remettendo os Leitores a *Furgol. Trait. des Testam. tom. 4. C. 13. a Stryk. de Cauzell. Testam. C. 33 et vol. 1. Disp 18. de Clausul. Codicillar. Barry de Success. L. 10. T. 16. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Secc. 10. a n. 68. Guerreir. tr. 2. L. 5. C. 17. et 18. paucis Mell. L. 3. T. 5. §. 57. Struv. et Mull. Exerc. 34. thes. 55.*

§. 33.

Quanto ao meu proposito: He commum resolução dos DD. que, carecendo o Testamento de Instituição de herdeiro, e sendo por isso nullo, fica valendo como *Codicillo*, com tanto que a clausula codicillar seja expressa, e não subentendida: *Pinheir. Disp. 2. Secc. 10. §. 15. n. 634. Furgol. supra C. 8. n. 38. et C. 13. n. 24. Mell. supra Struv. et Mull. supr. thes. 65.*

§. 34.

Isto não procede porque a clausula codicillar sane e convalide a nullidade do Testamento causada pela falta de Instituição de herdeiro; a tanto não chega a sua força; mas só conserva e sustenta os Legados, não como que os Legados se subentendão deixados por Titulo de Instituição, mas conservando-as de forma que, metamorphoseado o Testamento em Codicillo, sustente os Legados como fideicommissos particulares, e gravados os herdeiros. *Ita optime Stryk. Vol. 1. Disp. 18. De Clausul. Codicillar.*

OCodigo de Frederico p. 2. L. 7. T. 12. abolio absolutamente a Clausula Codicillar: o de Sardenha L. 5. T. 1. §. 20. a ha por inserida em todos os Testamentos. Os DD. por via de regra nunca a subentendem sem expressão della, limitando varios casos, em que se subentenda a não expressa; mas Furgol. C. 13. a n. 11. põem a regra, e confuta todas essas cerebrinas limitações. Do mesmo sentimento, reprovando essas limitações, he Stryk. de Cauteil. Testament. C. 23. a §. 32. e Heinec. nas Recitações.

§. 36

Nunca porém a Clausula Codicillar subentendida (que muitos dos citados DD. ao §. 32. subentendem em varios casos, a pezar dos proximate referidos, que reprovão taes limitações) pôde ter essa efficacia, nem ainda de valerem os Legados, como fideicommissos, e serem os herdeiros abintestato obrigados a satisfazer aos Legatarios; porque em

tal caso, como o Testador quiz testar solemnemente, e não têve animo de codicillar, he o Testamento inteiramente nullo; como refere *Julgado Stryk. de Cautell. Testament. C. 23. §. 38. et Vol. 8. Disp. 18. C. 13. ubi optime: Conf. Nett. de Testament. L. 1. T. 23. n. 16. Furgol. supr. C. 12. n. 34.*

Supposto o nosso Pinheir. de Testament Disp. 2. Secc. 10. n. 409. et 431. diz que, quando o Testador não institue herdeiro, e só faz Legados, e fideicommissos particulares, se entende que só quiz fazer Codicillo, e não Testamento, ainda que o solemnizasse com sete testemunhas, e o denominasse Testamento, e daqui passa a inferir que, não fazendo Testamento propriamente tal, mas só hum Codicillo sem Instituição de herdeiro, subsistem os Legados, e ficam os herdeiros abintestato obrigados á satisfação delles, conforme as Doutrinas de *Nett. de Testam. L. 1. T. 20. n. 5. T. 23. n. 17. Pinheir. supr. n. 409. L. 16. ff. de Jur. Codicill. Furgol. supr. C. 12. n. 6.* com tudo, e por huma parte esta geral Proposição destruiria toda a Jurisprudencia, que requer para a validade do Testamento a Instituição de herdeiro, porque todo o Testamento, que a não contivesse, ainda que se não expressasse a Clausula Codicillar, se transformaria em Codicillo, e ficarião os herdeiros abintestato obrigados á satisfação dos Legados.

Por outra parte: a Quetão, se o Testador quiz testar, ou codicillar, depende de circumstancias e da variedade de casos, que distinguem *Barry de Succession. L. 1. T. 6. n. 11. Pinheir. Disp. 2. Secc. 10. §. 3. a n. 422. Fur-*

gol. C. 12. a n. 34. ad 38. digno de ser lido: se bem que no fim do n. 37. vem quasi a coincidir com a opinião de Pinheiro em favor dos Legatarios, para se lhe deverem satisfazer os Legados pelos herdeiros abintestato, que adem a herança. Confira-se o mesmo *Furgol. C. 2. Secc. 7.* aonde magistralmente se estabelecem varias regras, pelas quaes se póde distinguir em dúvida o que he Testamento, ou o que he Codicillo.

E assim devemos firmar estas regras geraes:

1.^a Quando as circumstancias caracterisão a Disposição propriamente hum Testamento, e elle carece de Instituição de herdeiro, sendo revestido da Clausula Codicillar, subsistem os Legados; e os herdeiros abintestato, adindo a herança, e não a repudiando, são obrigados a satisfazellos.

2.^a Quando as circumstancias caracterizão a Disposição hum Codicillo, sem Instituição de herdeiro, ainda que algumas o persuadão Testamento, procede o mesmo.

3.^a Se he propriamente Testamento, tem a clausula Codicillar, e sem Instituição de herdeiro he absolutamente nullo, e não vale quanto aos Legados.

DISSERTAÇÃO IX.

*Historica, Juridica, e Critica sobre a Condição.**Si non nupserit: Si viduitatem servaverit.*

§. 1.

Todos os instruidos na Historia das Leis Romanas sabem, que as razões politicas, e fundamentaes das antigas Leis Papias Popæas, forão 1.^o, a falta de povoação, resultante de muitos milhares de homens, que havião morrido nas guerras dos mesmos Romanos Conquistadores: 2.^o, os amores furtivos, a luxuria das matronas, e huma vaga venus continhão ambos os sexos no celibato, sem se quererem aligar a hum consorcio, e encargos delle, ainda que os repudios erão faceis, e frequentes: 3.^o, A philosophia de muitos, a exemplo de alguns Sabios da Grecia, que nunca quizerão o consorcio conjugal, por se não sacrificarem ao luxo das mulheres, e outras impertinencias, os continha no celibato: de forma que, em geral, Roma chegou ao estado de todos detestarem as nupcias. Para occorrer pois a estes inconvenientes politicos, e promover o augmento da Povoação, foi que, e a pesar de muitas e successivas contradicções, se estabelecerão aquellas Leis, as quaes por huma parte alliciavão com premios aos que cazassem, e tivessem filhos; e por outra parte punião com multas pecuniarias, privação de honras, e dignidades, incapacidade de receberem heranças ou legados de pessoas estranhas,

aos que se conservassem no celibato. (Veja-se Gravin. de Orig. Jur. Civ. L. 1. C. 36. e seguintes, Heinecc. Antiquit. Roman. ad Instit. L. 1. T. 25. à §. 5., e mais largamente no Commentario ás mesmas Leis, Montesq. Espir. das Leis Liv. 3. C. 20. e 21.)

§. 2.

Estas razões politicas, estas providencias dos Romanos, quando no estado do paganismo, ainda não variarão, nem devem inteiramente variar no estado presente das Nações e do Christianismo: O augmento da Povoação he e deve ser hum dos primeiros objectos do Legislador: (Montesq. Espir. das Leis Liv. 23. C. 21.) A *vaga venus* repugna, não só á policia, mas, e muito mais, ao Christianismo: Os Concubinatos os vemos geralmente punidos, como prohibidos pela Lei Divina, Canonica, e Civil. Os matrimonios são uteis ao Estado, e o melhor meio de povoar as Terras: (Alv. de 4 de Abril de 1755, Alv. de 10 de Março de 1732 na Coll. 1. L. 5. T. 51.): São os Seminarios da Republica: (Boehmer. Jur. Publ. L. 3. C. 3. §. 8.): São huma cousa santa: Elles tem sido elevados na Lei nova á dignidade de sacramento; nada he mais favoravel, nem util á sociedade Civil, e á Republica; pois que elles produzem sujeitos para a conservação, e apoio dos Estados. (Furgol. de Testam. C. 7. Sect. 2. n. 72.)

§. 3.

Não vemos no nosso Reino punido o celibato; como nos Romanos (§. 1.); porque o Christianismo o considera como hum estado de perfeição (Vide infra §. 22.); mas vemos favorecidos os

matrimonios em varias Leis Patrias. (Ord. L. 4. T. 61. §. 2. T. 97. §. 10., Liv. 5. T. 25. §. 4., Tit. 27., §. 4., Conspirão as Leis que concederão recursos aos Magistrados contra o irracional dissenso dos Pais aos matrimonios pertendidos pelos filhos, L. de 6. de Outubro de 1786.) Vemos que, os que tem cinco filhos, gozão da immuniidade das Tutellas, *ad instar* das Leis Papias.: (Ord. L. 5. T. 104.) e dos encargos da Republica (Cabed. P. 2. Dec. 84. n. 36. e 37., Oliveir. de Mun. Provis. C. 9. n. 11. Peg. ad Ord. L. 1. T. 66. §. 49. n. 26. e 28.): Por tanto essa Policia Civil dos Romanos, essas providencias das Leis Papias, não são totalmente diversas, ou oppostas ao estado presente das Nações, e ás da Christandade; por mais que fossem maximas politicas, e civís do Paganismo.

Leis Papias: Suas ampliações, e limitações.

§. 4.

Por huma interpretação *extensiva* destas Leis Papias, ou, para occorrer ás fraudes dellas por modos indirectos, foi que os Juris-Consultos Romanos em varias Leis (L. 63. L. 64. L. 74. L. 92. ff. de Condit. et demonstr. eo Juris-Consult. Paul. Liv. 3. Sententiar. C. 4. §. 15.) firmarão que as condições, ou a affirmativa = *Si cælebs viduave permanserit* = ou a negativa = *Si nuptias non contraxerit* = erão nullas, como oppostas ás razões civís, ao espirito, e ao fim das ditas Leis (Gravin. Supra de Orig. J. C. L. 1. C. 55. ibi = „ Nec pater „ prohibendo, nec pro potestate sua jubendo; sed „ vel idem, vel extraneus præmium promittendo „ à nuptiis homines abduxerint; veluti siquis, sive

„ pater , sive extraneus hæreditatem reliquerit , aut
 „ legatum viro , fæminæve sub ea conditione , *si*
 „ *cælebs , viduave permanserit* , aut per negatio-
 „ nem , *si nuptias non contraxerit* , Lex Papia ,
 „ rejecta conditione , *tanquam bonis moribus , et*
 „ *propagationi sobolis adversa* , legatum , atque
 „ hæreditatem contulit in eum , cui relicta fuerunt.
 „ Unde non aliud erat expectandum , nisi ut hære-
 „ ditas deferretur ; siquidem conditio nullam mo-
 „ ram interjiciebat ”) ; ou estas condições fossem
 impostas na herança , ou Legado deixados a ho-
 mem , ou mulher *solteiros , ou viuvos*. (Voet. ad
 Pand. L. 28. T. 7. n. 11. et 12. , Stryk. us. mod.
 L. 35. T. 1. §. 5.)

§. 5.

Ampliárão os Juris Consultos estas Leis por
 identidade de razão , ainda 1.º ao caso da L. 72,
 §. 4. de Cond. et demonstr. ibi = „ *Si arbitrato*
 „ *Titii Seya nupserit , hæres meus ei centum da-*
 „ *to : Vivo Titio , etiam sine arbitrato Titii , eam*
 „ *nubentem legatum accipere , respondendum est ;*
 „ *eamque Legis sententiam videri , ne quod omni-*
 „ *no nuptiis impedimentum inferatur* ” He nota-
 vel o muito , que sobre o dito §. 4. desta Lei tem
 arrazoado os DD. : Huns já fazendo differença en-
 tre o *arbitrio* , e o *conselho* ; outros entre a depen-
 dencia só do *conselho* , e *reverencia* , e do *con-*
sentimento ; outros fazendo varias distincções , que
 se podem ver nos DD. aqui citados (Peg. de
 Maior. tom. 3. C. 23. a n. 13. , 130. , 221. , Guer-
 reir. Tr. 1. L. 3. Cap. 10. a n. 39. , Altim. de
 Nullit. tom. 3. Q. 13. Sect. 3. a n. 169.) : Mais
 uniformemente assentavão , que a condição de casar

a arbitrio do Pai era licita e válida (quidquid em outros casos). As nossas Leis, que hoje requerem o consentimento para as nupcias dos filhos *minorenes*, authorizão huma tal condição imposta nas heranças ou Legados deixados aos mesmos filhos: *Quid vero*, se elles forem maiores de 25 annos, e desobrigados de seguir o arbitrio paterno, sendo só obrigados a prestar-lhe reverencia? (L. de 6. de Outubro de 1786.) Parece que tambem neste caso, para obterem o favor do Testador, devem cumprir a mesma obrigação; e, ainda que *maiores*, devem no caso do dissenso paterno recorrer ao Magistrado, para satisfazerem a vontade do Testador, que muitos dos citados DD. neste caso julgão licita e válida sem offensa das Leis Papias. (Valenzuell. Cons. 132. Card. de Luc. de Testam. Disc. 73. n. 33.)

§. 6.

Ampliárão 2.º os Juris-Consultos Romanos as mesmas Leis por força de comprehensão ao caso da L. 79. §. 4. de Condit. et demonstr. ibi. = „ *Quod*
 „ *in fraudem Legis ad impediendas nuptias scri-*
 „ *ptum est, nullam vim habere: Veluti, Titio*
 „ *patri centum, si filia, quam habet in potesta-*
 „ *te, non nupserit, hæres dato: vel filio familias,*
 „ *si pater ejus uxorem non duxerit, hæres dato.*”
 E isto, ou pela razão de Voet. (Voet. ad Pand L. 28. T. 7. sub n. 12.) „ *quia priore casu pater,*
 „ *qui dissensu nuptias filii familias impedire po-*
 „ *test, non esset in eas consensurus, ut legatum*
 „ *perciperet; et in casu posteriore legatum filio*
 „ *familias datum, patri nisi relictum videtur,*
 „ *dum id filius familias patri aquirebat à Jure*

„ *Pandectarum.* „ Ou pela razão de Gravina ; (*Grav. d. C. 56.*) *quia is est inter patrem et filium nexus , ut auius utilitas , aut damnum vertat in alterum : Ideo Jus condiciones ita conceptas reprobavit , rejiciendasque censuit perinde ac si in Legatarii personam cecidissent.* Confirção-se Guerreiro , (*Guerreir. Tr. 1. L. 3. C. 10. n. 32.*) e Furgole (*Furgol. de Testam. C. 7. Sect. 2. n. 54.*)

§. 7.

Ampliavão 3.^o ao caso figurado na L. 100 ff. de Condit. et demonstr. ibi = „ *Titia , si non nupserit , ducenta , si nupserit centum legavit : nupsit mulier : ducenta , non enim centum res ; dua petet : ridiculum est enim eandem et ut vi- duam , et ut nuptam admitti* „ Lei , sobre a qual fez hum commentario o nosso Bento Gil ; e podem conferir-se outros (com muitos DD. Guerreir. Supra n. 31.) Ampliavão 4.^o ao caso que „ *Si honorata sub conditione , si non nupserit , rogaretur alteri restituere , si nuberet ; tunc enim ad fideicommissi præstationem devincta non est , utcumque nuptias amplexa fuerit ; cum metu pænæ , et amissionis eorum , quæ semel jure quæsita , non debuerit libertati matrimonii impedimentum creari* ” (Voet. Supra n. 12. in fin. ex L. 22. juncta L. 71. §. 1. de Condit. et demonstr. Guerreir. n. 34.)

§. 8.

Ampliavão 5.^o por identidade de razão as mesmas Leis Papias ao caso da L. 63. de Condit. et demonstrat. ibi. = „ *Si ita legatum sit , Si Titia*

„ *nupserit* ; et quidem si honeste Titio possit nu-
 „ bere, dubium non erit, quin, nisi paruerit con-
 „ ditioni excludatur à Legato: Si vero indignus sit
 „ * nuptiis ejus iste Titius ; dicendum est posse
 „ eam beneficio Legis cuilibet nubere ; quæ enim
 „ Titio nubere jubetur , cæteris omnibus nubere
 „ prohibetur. Itaque si Titius indignus sit , tale
 „ est quale , si generaliter scriptum esset , si non
 „ nupserit , nam et cæteris omnibus nubere prohi-
 „ betur , et Titio , cui inhoneste nuptura sit cum
 „ nubere jubetur. ” (Stryk. supra sub §. 5. Guer-
 reir. supra a n. 72 et 77 , et ad omnia Furgol. de
 Testam. Cap. 7. Sect. 2. a n. 57. Luc. de Testament.
 Disc. 73. a n. 14.)

Qual seja o matrimonio digno, qual o in-
 digno ; Veja-se a minha especial Dissert. na
 Collecção dellas em Supplemento do Tract.
 das Acções Summarias: Se he válida a condi-
 ção de casar com tal Consanguinea em gráo,
 que se costuma dispensar na Curia: Vid. Guer-
 reir. supra a n. 72. Furgol. a n. 73. Luc. su-
 pra n. 41.

§. 9.

Omitto outras ampliações e limitações das Leis
 Papias, que se podem vêr nos citados DD., e em
 outros. (Com os quaes Barry de Success. Liv. 16.
 Tit. 15.) Os mesmos Juris-Consultos Romanos por
 huma benigna interpretação limitavão as mesmas
 Leis; 1.º no caso da condição = *Si Titio non nu-
 pserit* = 2.º no caso, *Si neque Lucio, neque Ma-
 vio neque Sempronio nupserit*: 3.º no caso, *Si cer-
 to in loco nuptias non contraxerit*: 4.º na condi-
 ção, *Si a liberis impuberibus non nupserit*: 5.º na

condição, *Si triennio, aut celibatu, aut viduitate permanserit*, e semelhantes, que não tolhião totalmente o matrimonio, mas só o suspendião por tempo moderado, em favor dos filhos do primeiro matrimonio, ou da pessoa mesma para meditar a eleição das nupcias, ou por outra justa causa, que totalmente não as impedia, ou difficultava. (Furgol. et Card. de Luca supra. Voet. n. 12. Stryk. §. 5. Guerreir. a n. 48. Portug. de Donat. L. 1. Præ-lud. 2. §. 2. a n. 74.

§. 10.

Esta disposição das Leis Papias: (§. 1, e 2.) Estas ampliações e limitações dellas (§. 4 até 9.) comprehendião igualmente tanto os Legados, e heranças deixados a solteiros, como a viuvos d'ambos os sexos. Tal era a antiga Jurisprudencia Romana. Sobreveio a Lei *Julia Miscella*,* que a temperou só quanto aos viuvos, determinando a respeito delles válidas estas Condições, e obrigando-os antes de receberem os Legados ou heranças não só jurarem não casar, mas prestar a caução *Muciana* ** de restituir os Legados, e heranças com rendimentos, no caso que, abandonada a condição, passassem a segundas nupcias; (Barry de Success. L. 7. T. 15. n. 14. Gravin. supra, Furgol. de Testam. C. 7. Sect. 2. n. 61 et 62., Voet. ad Pand. L. 28. T. 7. n. 13.) de fôrma que essa Lei *Julia Miscella* nada innovou das Leis Julias e Papias, quanto ás heranças e Legados assim condicionados, deixados ás pessoas solteiras, e a respeito destas ficarão praticaveis as Leis Papias com aquellas ampliações e limitações. (Cujac. in Paratit. Cod. de Indict. viduit. toll. Gravin. d. C. 56. prope finem,

Barry supra sub n. 14., Voet. n. 14. Perez in Cod. de Indict. Viduit. toll. n. 9. Gomez r. Var. C. 12. n. 78.) E por isso sempre ficou constante nos DD. a regra, que a tal condição he nulla, sendo imposta a pessoa solteira, que nunca foi casada. (Guerreir. T. 1. L. 2. C. 10. a n. 27. com os nossos Reincolas, e outros muitos.

* Sobre o Auctor da Lei *Julia Miscella* variarão os DD. historicos; huns a attribuirão a Julio Miscello (e estes tem o Voto de Justiniano na Novel. 22. C. 43); outros a dizem *Miscella*, porque miscellanea de hum Capitulo da Lei *Julia* com a caução *Muciana* introduzida por Quinto Mucio Scevola, alii aliter Gravin. de Orig. Jur. Civ. C. 56, Heinec. ad Leg. Pap. L. 2. Cap. 16.

** Desta caução *Muciana* tractei na minha Obra das Acções summarias entre as *Preparatorias* á §.

DIREITO NOVO DE JUSTINIANO.

§. 11.

Porém o Imperador Justiniano, suscitando as antigas Leis Papias com as interpretações dos Juris-Consultos, abrogou inteiramente as ambiguidades daquella Lei *Julia Miscella* pelas razões, que exhibio na L. 2. e na L. 3. Cod. de Indicta vidu-ctate tollend., Leis, que julgo preciso transcrever aqui: Tal he o contexto da L. 2., utibi =

„ Ambiguitates Legis Juliae Miscellae generali
„ Lege tollentes, nullum concedimus fieri juramen-
„ tum, secundum praedictam Legem, sed penitus

„ ea una cum Muciana cautione super hac causa
 „ quiescente, licere mulieribus, etiam maritorum
 „ suorum interminatione spreta, quæ viduitatem
 „ eis indixit, et non dato sacramento, procreandæ
 „ sobolis gratia tantum ad secundas migrare nup-
 „ tias, pœna hujusmodi cessante, sive habeant Li-
 „ beros, sive non . . . *cum enim mulieres ad hoc*
 „ *natura progenuerit, ut partus ederent, et ma-*
 „ *xima eis cupiditas in hoc constituta sit:* quare
 „ scientes, prudentesque perjurium committi pati-
 „ mur? Tale igitur juramentum conquiescat, et
 „ Lex Julia Miscella cedat cum Mutiana cautione
 „ super hoc introducta, et à nostra Republica se-
 „ parata. *Augeri enim magis nostram Rempubli-*
 „ *cam, et multis hominibus legitimè progeneris*
 „ *frequentari,* quam impiis perjuriis affici volu-
 „ mus etc. (Dact. Kalend. Mart. 53 l.)

Prosegue a L. 3. ut ibi = „ Legem Juliam
 „ Miscellam quemadmodum in fœminis sustulimus,
 „ ita et in masculis esse sublatam; pertinere quidem
 „ ad sensum nostræ Legis, quam super hoc pro-
 „ mulgavimus non est incertum. Ne tamen quæ-
 „ dam ambiguitas simplices animos moveat, etiam
 „ expressito sancimus, Legem Juliam Miscellam,
 „ et Senatus Consultum, quod circa eam factum
 „ est, nec non Mutianam Cautionem, quæ super
 „ talibus nuptiis introducta est, non solum in fæ-
 „ minis, sed etiam in masculis cessare. Sed quia
 „ apud Ulpianum in Libris Sabinianis invenimus
 „ quædam verba, quæ effugiunt Legis Miscellæ
 „ observationem, ne quis ea sublata esse putaverit,
 „ Sancimus, cum hujusmodi verbis mulieribus ali-
 „ quid relinquitur, *si vidua erit, vel quoties vi-*
 „ *dua erit;* vel e contrario maribus, *si amiserit*
 „ *uxores, vel quando ad celibatum pervenerit,*

5, non vetari ea vindicare vel legitimo modo su-
 „ mere, quæ eis derelicta sunt etc etc. (Dat. Ka-
 lend. Novembr. 531.)

DIREITO NOVÍSSIMO DE JUSTINIANO.

§. 12.

Não durou muitos annos esta Legislação de Justiniano, que abrogou a Lei Julia Miscella, e suscitou inteiramente as Leis Papias: Porque na Novella 22. (datada, conforme Gotofredo, em 536.) no Cap. 43., depois de substanciar o conteudo na dita Lei (6. 10) suscitou a sua observancia, revogou as ditas suas Leis 2.^a e 3.^a; e pelo contrario legislou nesta fórma.

„ Nos igitur videntes plurimas mulieres desi-
 „ derio nuptiarum, *non propter filiorum procrea-*
 „ *tionem sed propter necessitatem*, et jurantes, et
 „ nubentes, *et transcendentis morientium volun-*
 „ *tates*, existimavimus prius interim sacratio-
 „ mederi partem, et perjurium eis cohibere, *nec*
 „ *sincere talia subire juraamenta*, in quibus omnino
 „ perjurium promptum est. Nam nec illud inerat
 „ Legi ut oporteret sine filiis existentes mulieres
 „ hoc jurare sacramentum; sed etiam filios habentibus
 „ hoc adjacebat jusjurandum, quod Deum
 „ simul, *et Defuncti animam contristaret*: Cum
 „ itaque *perjurium quidem esset in promptu*, *fi-*
 „ *liorum vero procreatio in fortunæ muneribus ja-*
 „ *ceret*. Quia igitur hac nostra sancimus Lege *jus-*
 „ *jurandum eis auferentes*, et talem permittentes
 „ relictorum perceptionem, consideravimus (quo-
 „ niam alterum quoque a nobis *pretermissum* est)
 „ oportere, *et defuncti animæ mederi*. Quapro-

„ pter præsentem ponimus Legem: *non enim vo-*
 „ *lumus deficientium nihil illicitum habentes vo-*
 „ *luntates frustrari.* Si enim diceremus oportere
 „ mulierem omnino vero præcipiente non nubere,
 „ hoc custodire: *pro amaritudine* habuisse hoc
 „ merito Lex: nunc autem cum secundo presto sit
 „ Lex, scilicet, ut si voluerit nubere accipiat quod
 „ relictum est: *novissimi sceleris est despiciere*
 „ *voluntatem defuncti* ita fluctuantem, ut ei detur
 „ licentia nubendi, et accipiendi, quod relictum est,
 „ *et per omnia contristandi priorem maritum.* ”

Et Cap. 44. ibi = Undè sancimus: Si quis pro-
 „ hibuerit uxorem ad alium venire matrimonium,
 „ sive etiam uxor maritum (idem nanque est utrin-
 „ que), et pro hoc aliquod reliquerit: unam ex
 „ duabus conditionem habere contrahentium alte-
 „ rum: aut ad nuptias venire, et abruntiare præ-
 „ ceptioni; aut si hoc noluerit, *sed honorat defun-*
 „ *ctum*, omnino abstinere de cætero nuptiis. ”

§. 13.

E que inconstância! Que contradicções de Jus-
 tiniano, este grande Nomotheta? Qual fosse a sua
 causa, e a porque revogou as duas Leis, (§ 11.)
 que só reinarão cinco annos, se discorre por diver-
 sos modos: O eruditissimo Gravina (Gravina. de
 Orig. Jur. Civ. L. 1. de Legib. Cap. 56. no fim.)
 discorre assim „ Susrulerat autem Justinianus am-
 „ bages Legis *Miscellæ* nova sua Constitutione
 „ (L. 2. et 3. Cod. de Indict. vid. toll.) remise-
 „ ratque prorsus viduitatis conditionem *piis sanè*
 „ *rationibus*, post tamen *trocho versatilior*, ut
 „ *pote qui fæminæ mentis suæ gubernaculum tra-*
 „ *diderit*, in Novell. 22. Cap. 43, et cautionem

„ Mutianam, et Legem Juliam quodammodo res-
 „ tituit: noluit enim, eas, quibus a Testatore con-
 „ ditio viduitatis fuerat injuncta, capere Legatum
 „ intra annum, nisi extincta prorsus spe nuptia-
 „ rum, ut si mulier se Deo devovisset: post annum
 „ vero Legatum non aliter capi voluit, nisi præ-
 „ missa cautione Mutiana etc.

§. 14.

D'outro modo Stryk. (Us. mod. L. 35. T. 1.
 §. 5. in fine.) discorreio sobre esta inconstancia de
 Justiniano, ut ibi. = „ Sed Justinianus utramque
 „ Legem, et propriam et Miscellam sustulit, re-
 „ misitque conditionem jurandi. L. 2. Cod. de In-
 „ dict. Vid. Ast non diu duravit ista Constitutio
 „ sed in Nov. 22. C. 43. Justinianus conditionem
 „ hanc viduo, vel viduæ haud remittendam esse
 „ censuit; quin potius constituit, ut viduus, et vi-
 „ dua non aliter ad Legatum hoc admitteretur,
 „ quam cautione Mutiana præstita; quo ipso Le-
 „ ges Digestorum hac in parte immutatae sunt. Ra-
 „ tiones hujus correctionis in promptu sunt; quo-
 „ niam Patres primitivæ Ecclesiæ insigne odium
 „ erga secundas nuptias ubique præ se tulerunt; *
 „ adeoque facile Legislatores induxerunt, ut tale
 „ quid constituerent. Adeo enim odiosæ erant, ut
 „ secundo nubentibus pænitentiam indicarent. Can.
 „ 8. Caus. 31. Q. 1., et Chrysostomus in Can. 9.
 „ ibidem crediderit, secundas nuptias vere forni-
 „ cationem esse; de quo plura alia testimonia in
 „ scriptis Tertulliani occurrunt.

* Com effeito o grande Canonista Eybel.
 tom. 4. Not. ao §. 373. Lit. (b) nos diz = „ Fa-

- „ tendum quidem ex ipsis SS. Patribus aliquos
 „ secundis nuptiis parum æquos fuisse, veluti
 „ Hieronym. Epist. ad Gerontiam, Ambros.
 „ L. 1. de Off. C. ult., Hil. in Psalm. 131,
 „ PP. Concilii Toletani 1. Can. 12. V. Caus.
 „ 31. Q. 1. Can 8 et 9.

§. 15.

Esta foi tambem a conjectura de Montesquieu
 (Epir. das Leis Liv. 23. C. 21.) quando, depois de
 ter escripto que „ Pelas Leis antigas a faculdade
 „ natural, que cada hum tem, de se casar, e ter
 „ filhos não podia ser tirada, assim, quando se
 „ reeebia hum Legado com condição de se não ca-
 „ sar, a Lei Papia annullava esta condição etc.”
 continuou escrevendo: „ As clausulas, *Em quanto*
 „ *guardar viuvez*, estabelecidas entre nós, contra-
 „ dizem pois o Direito antigo, e descendem das
 „ Constituições dos Imperadores, *feitas sobre idéas*
 „ *de perfeição.* ” *

* Esta conjectura parece divinatória; por-
 que taes idéas não vapura, ainda só por fumos,
 o contexto da dita Novella; (§. 12.) e Justi-
 niano recorreo a outras razões, frivolas em si
 mesmas. (como logo veremos) Só se disser-
 mos com os Estat. da Univers. L. 2. T. 6. C.
 6. §. 22. que os Legisladores occultão muitas
 vezes nas Leis as verdadeiras razões, de que se
 movêrão para estabelecellas, com plena adver-
 tencia, por assim convir ao Bem público,

§. 16.

Finalmente o sabio Furgole (Furgol. de Testam. Cap. 7. Sect. 2. n. 64.) foi mais pio; e deixando elle de notar a inconstancia de Justiniano, e a sua causa, mas não deixando de vêr frivolas algumas das razões da Novella, só disse que o Imperador Justiniano achou injusto desprezar a vontade do Testador sobre huma condição, que nada tem de illicito. Taes são os sentimentos dos sabios sobre a inconstancia de Justiniano, e revogação das suas Leis 2. e 3.^a Cod. de Ind. Vid. toll., que só reinárão cinco annos. Quaes pois são mais justas; se as razões das Leis Papias, e destas duas Leis revogadas; se as da Novella, que as revogou, para seguirmos o mais conforme á razão? *Hoc opus hic labor est.*

Razões, que justificão as das Leis Papias, e das ditas duas Leis; e futilizão as da Novella, que as revogou.

§. 17.

A justiça das razões politicas, e Civís das Leis Papias, o seu devido uso nas Nações, ainda Christãs etc. se prenotou nos §§. 1, 2, 3. As das ditas duas Leis 2. e 3. C. de Ind. Viduit. toll., tem toda a plausibilidade e força: Ellas em summa se reduzem a estas: (1.^a) *» Cum mulieres ad hoc natura*
» progenuerit, ut partus ederent, et maxima eis
» cupiditas in hoc constituta sit: (2.^a) Augeri etc.
» nim magis nostram Rempublicam, et multis
» hominibus legitime progenitis frequentari: »
 Ora estas razões tem grande plausibilidade, energia, e força.

§. 18.

Quanto á primeira : Porque, não só se compraz com o natural instincto de todas as mulheres, como curiosa, e largamente demonstrou Tiraquello; (Tiraquell. ad Leg. Connub. L. 9. gloss. 1. P. 9. a n. 79.) mas nada tem de opposto ás maximas do Christianismo. (§. 2, 3.) O Apostolo em varios lugares, (Apost. ad Cor. C. 7. v. 8., ad Thimot. 1. Cap. 5. v. 24., ad Cor. 1. C. 7. v. 9.) escreveo (tractando das viuvias) „*Dico autem nuptis* „ *et viduis bonum est illis, si sic permaneant,* „ *sicut et ego: Quod si non se contineant nubant:* „ *= Volo ergo Juniores (viduas) nubere, filios* „ *procreare, matres familias esse; nullam occa-* „ *sionem dare adversario maledicti gratiæ = Mu-* „ *lier alligata est Legi, quanto tempore vir ejus* „ *vivit: quod si dormierit vir ejus, liberata est,* „ *cui vult nubat, tantum in Domino: =*” Lugares de que o grande Canonista Van-Espen (Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 2. Sect. 1. T. 15. C. 3. n. 2.) deduz, ut ibi = „*Ex his Apostoli clarissimis ver-* „ *bis uno consensu tradidere Patres, conjuges,* „ *vinculo matrimonii per mortem soluto, posse li-* „ *bere ad alias nuptias transire; unaque hæreti-* „ *cis annumerarunt, qui secundas nuptias, tan-* „ *quam malas, et vetitas reprobarunt. Unde Pa-* „ *tres Synodi Nicænæ Can. 8. statuerunt, ut hæ-* „ *retici, qui se Catharos, sive Puros appella-* „ *bant, ad Ecclesiam redeuntes omnia in scriptis* „ *profiteri deberent.*” Concorda Eybel. (Eybel. Jus Eccles. tom. 4. §. 373.) E com muitos Canones, e Concilios Giberti. (Gibert. Corp. Jur. Canon. tom. 3. Tract. de Sacramentis, T. 18. de secundis nuptiis Sect. 1. pag. 443. ibi = „*Secun-*

„ *das nuptias sæcularibus inire conceditur.* Gelaz.
 „ *Epist. 9. ann. 494; Cap. 22. tom. 4. Concillior.*
 „ *pag. 1194. Primæ nuptiæ melioris sunt meriti*
 „ *quam secundæ, Caus. 27. Q. 1. C. 41. §. 3. Vi-*
 „ *duæ si forsitan continere se non poterunt, se-*
 „ *cundum Apostolum nubere nullatenus vetabun-*
 „ *tur, Caus. 27. Q. 1. C. 42. §. 1. Non damnatur*
 „ *in Ecclesia Bigamia, imo nec Trigamia, et ita*
 „ *licet quinto, sexto, et ultra, quomodo et secun-*
 „ *do marito nubere. Caus. 31. Q. 1. C. 11. §. ult.*
 „ *Conjugium legitimum dum mortua fuerit uxor*
 „ *cujuslibet, Caus. 27. Q. 2. C. 13. Deus secun-*
 „ *das nuptias, quæ in utroque Testamento permit-*
 „ *tuntur, licitas esse monstravit etc. etc.*

Idem Gibert. Tom. 11. Sect. 1 e 2. pag. 400.
 ibi = „ *Nuptiarum bonum semper est quidem bo-*
 „ *num, Caus. 17. Q. 1. C. 41.... Si quis dixerit,*
 „ *vel crediderit, conjugia hominum, quæ secun-*
 „ *dum Legem Divinam licita habentur, execra-*
 „ *bilia esse, anathema sit, Concil. Tolet. 1. ann.*
 „ *400. in Regul. fid. Art. 16, tom. 2. Concillior.*
 „ *pag. 1226 etc. (Et Sect. 2. §. 8. ibi.) Nuptia-*
 „ *rum bonum semper est quidem bonum, sed in*
 „ *populo Dei aliquando, fuit Legis obsequium;*
 „ *nunc est infirmitatis remedium; in quibusdam*
 „ *vero humanitatis solatium etc.) ”* He melhor
 casarem, que serem daquellas de que S. Chrysostomo (S. Chrysost. Homil. 13. in Epist. 1. ad Thimot.) disse = „ *Plurimæ idcirco viduitatem eli-*
 „ *gunt, non ut laxioris vitæ occasionem ampu-*
 „ *tent; sed, ut eas magis incendiant, et maiori*
 „ *cum licentia omnia gerant, liberiusque se volu-*
 „ *ptatibus tradant.* ”

§. 19.

Quanto á segunda das ditas razões: (§. 17.)

Ella he toda civil, e politica; e igualmente plausivel, não só pelo exposto; (§. 1, 2, 3.) mas por que „ *As conjunções illicitas pouco contribuem á*
 „ *propagação da especie:* O Pai, que tem a obri-
 „ gação natural de nutrir, e educar em estado seus
 „ filhos, não cumpre; e a Mãe, a que resta a obri-
 „ gação, acha mil obstaculos pela vergonha, re-
 „ morsos, oppressão do seu sexo etc.” (Montesq,
 Espir. das Leis Liv. 3. C. 1.) „ He huma regra tí-
 „ rada da natureza; que mais se diminue o nume-
 „ ro dos matrimonios, que se poderião contrahir,
 „ mais se corrompem os Contrahidos; quanto me-
 „ nos pessoas ha casadas, menos fidelidade ha nos
 „ matrimonios; como quando ha mais Ladrões ha
 „ mais roubos: (o mesmo Montesq. L. 3. Cap. 21.
 „ no fim.) Neste systema foi que Justiniano disse
 „ justamentæ; *augeri magis nostram Rempubli-*
 „ *cam, et multis hominibus legitime progenitis*
 „ *frequentari.* (d. L. 2. Cod. de Indict. vid. toll.)

§. 20.

Pelo contrario: as razões da Novella nada tem, ainda só de suasorias. Huma das dallas as ridiculisa optimamente Groinnewegen. de Legib. abrogat. na L. 2. e 3. Cod. Liv. 6. T. 40., digno de ser aqui transcripto: Diz elle (depois de referir a substancia das ditas Leis, e da Novella, censurando-a.)

„ *Nimis autem infirmæ sunt quas hujus Cons-*
 „ *titutionis adfert rationes:* Neque enim quod plu-
 „ rimæ mulieres propter filiorum procreationem
 „ sed desiderio nuptiarum nubunt, satis causæ est,

„ ut a nuptiis metu Legari amittendi arceatur illa,
 „ quam ad nubendum natura impellit. Sed vel
 „ eadem ratione potius etiam spreta viduitatis
 „ conditione, ad Legatum admitti oportet; ne
 „ alioquin metu hujus periculi in turpiorem vitam
 „ prolabatur. Addit Imperator in d. Cap. 43. aliam
 „ rationem, scilicet, quod *secundis nuptiis defun-*
 „ *cti anima contristatur*. Sed hanc falsam nullus
 „ dubito; mortui enim nihil noverunt amplius,
 „ nec habent partem in hoc sæculo, et in opere,
 „ quod sub sole est. Eccles. 9. 5. 6. Si augeantur
 „ eorum filii ignorant; sin diminuuntur, non ani-
 „ madvertunt ad eos; tantummodo caro ejus de se
 „ ipso dolet, et animus ejus de ipso luget. Job. 14.
 „ 22. 23. Unde ratione nulla effici potest, ut ma-
 „ riti anima, vel ex alterius adulterio, multo mi-
 „ nus ex transitu ad secunda vota, quod justè et
 „ sanctè fieri potest. 1. Cor. 7. 39. contristetur.
 „ Ad hæc, quis credet defuncti animam, quæ æter-
 „ na gloria, et beatitudine fruitur, posse unquam
 „ de quibusvis hujus sæculi negotiis, infortuniis,
 „ peccatis contristari, ubi nulla tristitia nec dolor,
 „ sed sempiterna ex Dei Optimi Maximi Visione
 „ gloria, et jucunditate perfruuntur animæ beatæ?
 „ Molin. de Rit. nupt. L. 3. Q. 67. n. 18.

„ In eo autem quod hanc defuncti voluntatem
 „ nihil absurdi, nihil amarulenti in se habere, ait
 „ Imperator, sibi ipsi contradicit; cum in L. 2.
 „ hoc Tit. apertis verbis testatus sit, ad hoc natu-
 „ ram mulieres genuisse, ut partus ederent, et ma-
 „ ximam cupiditatem eis in hoc constitutam esse.
 „ Ad hæc, si honestè uxores vixerint, invidia est
 „ nolle ut ab aliis quam optime tractentur: Si non
 „ honestè vixerint, stultitia est putare earum libi-
 „ dinem hoc fræno cohiberi. Viduitatem suadere,

„ sicut et viduitatem , bonum esse non inficior;
 „ sed pœnas nubentibus imponere admodum durum ,
 „ et ut ait Paulus in L. 134. ff. de Verb. Obl. in-
 „ honestum est , iis præsertim mulieribus , quæ
 „ corporis , et fortunæ dotibus cummulata coelestes
 „ illos monitus audire non didicerunt. V. Pecch.
 „ de Testam. Conj. L. 1. C. 24. n. 1. Franc. Bal-
 „ duin. de Condit. C. 7. ” Hactenus Groeunewe-
 gen.

§. 21.

Finalmente a outra rasão da Novella = *No-
 vissimi secleris est despiciere voluntatem defun-
 cti* = não he absolutamente verdadeira: porque;
 quantas vontades ineptas de Testadores se encon-
 trão, que o mesmo Direito Romano não manda
 cumprir? (Puttman. Advers. jur. L. 1. C. 11. aon-
 de refere varios exemplos,) O Juris Consulto Pau-
 lo (Paul. L. 3. Recept. Sentent. Cap. 4. §. 15.)
 firmou esta regra geral = *Conditiones contra Le-
 ges, et Decreta Principum, vel bonos mores
 adscriptæ nullius sunt momenti: Veluti, si
 uxorem non duceris, Si filios non susceperis,
 si homicidium feceris, si barbaro habitu pro-
 cesseris, et his similia* = E quem não tem ob-
 servado que huma tal condição he opposta ao Es-
 tado civil, e ao augmento da Povoação? E senão
 aos bons costumes, póde occasionallos máos? Quem
 não tem advertido que esta razão fundamental da
 dita L. 2. esqueceo a Justiniano, quando, cinco an-
 nos depois, estabeleceo a celebre Novella? Esta razão
 eterna variou ella, ou póde já mais variar em quan-
 to houver Republicas? Só as suggestões da mulher
 de Justiniano, que o dominava, (§. 13.) o podião
 mover a revogar humas Leis tão justas (§. 17. 18.

19. >, e estabelecer huma Novella mesmo irrisoria (§. 20., 21.)

Razões, com que se pode tentar defender a Novella; mas expostas a justas censuras.

§. 22.

Primeira: Que o estado do Celibato he mais perfeito, que o do Matrimonio (postos em parallelo, mas não deixando de ser em si santo e perfeito o do Matrimonio) o decidio o Concilio Trid. (Tridentin. Sess. 24. de Matrim. Can. 10.) „ *Si quis dixerit Statum conjugalem antepponendum esse statui virginitatis, vel celibatus, et non esse melius ac beatius manere in virginitate, aut celibatu, quam jungi matrimonio; anathema sit* = „ Santo Agostinho (referido no Can. 41. Caus. 27., Q. 1. conf. Van Esp. de Jur. Eccles. P. 2. Sect. 1. T. 15. C. 3.) havia dito = „ *Sed in virginali, et viduali continentia excellentia muneris amplioris expetitur* = ” Que exemplos de virtude e santidade não derão a todas as Viúvas huma Judith, (Lib. Judith. Cap. 8. v. 4. e seguintes) huma Anna profetiza, (S. Luc. Cap. 2 v. 36. 37. 38.) huma Santa Olimpiada, (Sozomen. Histor. Eccles. L. 8. C. 9.), huma Santa Paula, (S. Jeronymo Epist. 27.) huma Santa Marcella, (S. Jeron. Epist. 16) e outras mais? (Cathecism. de Montpl. P. 3. Sect. 1. C. 8. §. 11. a n. 9.): Em consequencia, sendo (ainda que não na intenção de Justiniano) o estado vidual mais perfeito, que o do matrimonio, a condição, *si non nupserit* imposta á Viúva, ou Viuvo na herança ou legado, e que os allicia, e premea a hum estado mais perfeito, de

sejado pelos Testadores, parece justa, tendo o tal fim da maior perfeição, e por isso válida, porque não inepta; e, não se cumprindo, se perde a herança ou Legado.

§. 23.

Mas admittida esta razão, será hum consequente necessario e innegavel, que he tambem válida a condição *Non nubendi* imposta a pessoa solteira; e que perde a herança, ou legado, se passa a casar; porque passou a estado mais perfeito, em que o Testador a vio, e em que quiz se conservasse, para o estado menos perfeito do matrimonio. Ora: he commua atorrente dos DD. já referidos (§. 10), que a Lei *Miscella*, e Justiniano não alterarão as Leis Papias a respeito desta condição, quando imposta a pessoas solteiras, que ella he nulla, e que casando não perdem a herança, ou Legado: E que razão de differença? Se o ser o estado do celibato, ou viuvez mais perfeito, he a razão, porque vale a condição *Non nubendi* imposta aos viuvos; e se perdem o commodo, deixando de a cumprir, e passando ao estado menos perfeito do matrimonio; a mesma razão milita para que os solteiros não lucrem os Legados ou heranças, que lhes são deixados com tal condição, passando do estado das nupcias menos perfeito: E se a razão do augmento da Povoação, he a que produz a nullidade da condição imposta ao solteiro; por que não, sendo imposta ao viuvo, que tem a mesma aptidão? Ou pois em todos ha de ser válida, ou em todos nulla essa Condição.

§. 24.

Confirma-se: Tambem são concordes as Leis e DD. que a condição *Nubendi* he válida; e, não se cumprindo, perde-se o commodo; (Voet. ad Pand. L. 28. T. 7. n. 11., optime Furgol. de Testament. Cap. 7. Sect. 2. a n. 72.) e com tudo esta condição allicia, para passar de hum estado mais perfeito para o menos perfeito. Tambem a condição, *senão for Clerigo, ou Frade*, he válida; (Portug. de Donat. L. 1. Prælund. 2. §. 2. n. 89.) e com tudo allicia para viver em estado menos perfeito, se quer utilizar-se do commodo: Logo parece, que a razão *de ser o estado vidual mais perfeito* não he adequada para sustentar a dita Novella, e ser válida a respeito dos Viuvos a tal condição.

§. 25.

Segunda razão: Póde, ao que parece, sustentar-se a Novella com o simile da Ord. L. 1. T. 62. §. 37., que só defere ás Mães a Tutella dos filhos debaixo da condição de não casarem; e, casando, as priva da Tutella: A outra Ord. L. 4. T. 91, as faz herdeiras proprietarias dos filhos debaixo da condição de não casarem; e, casando, as priva da propriedade, deixando-lhes só o usufructo das Legitimas dos filhos falecidos. Mas estas Ordenações, bem como as Leis Romanas, que forão as suas fontes, só tiverão em contemplação o favor dos filhos contra as presumidas machinações das Mães, e dos segundos ~~maridos~~. E tambem este argumento de paridade não he forçoso para sustentar a Novella, pela diversa razão do favor dos filhos, que só as Leis providencearão por outras ra-

ções contra as Máis binubas. (Domat. Loix. Civil. pag. 378.)

§. 26.

Terceira razão : Póde suppor-se que hum Testador offereceo como premio a herança ou Legado áquelle Viuvo, que se quizesse conservar no estado mais perfeito da Viuvez; e que no caso contrario a privação não he pena (que senão póde oppôr á Liberdade do matrimonio), mas huma renuncia do premio, lucro, e commodo pelo Viuvo, que o deixa, e quer deixar passando a segundas nupcias; distincção, que fazem alguns DD. (Luc. ad Consil. Disc. 26. n. 37.) Porém esta subtiliza não salva o injusto da Novella, porque, e por huma parte he notavel a variedade dos DD. sobre ser *resolutiva* ou *suspensiva* a tal condição, sobre os diversos effeitos reputando-se *resolutiva*, ou *suspensiva*; ser a pena da privação imposta antes ou depois de adquirida a herança, ou Legado condicional etc. (Idem Luc. de Testam. Disc. 73. n. 22. et de Matrim. Disc. 14.): por outra parte, sendo o estado do celibato, ou viuvez mais perfeito, como não podemos negar sem anathema, tambem devemos assentar, que a condição *Non nubendi* imposta á virgem, e que a allicia com premio, que póde escolher, ou renunciar, seria válida; e que perde, e renuncia o premio passando ao matrimonio: Mas quem já mais assim o sustentou? Não ha pois razões plausiveis, que suffoquem as ineptidões da Novella (§. 20. e 21.), e que independentemente destas a justifiquem.

Opiniões dos DD. nesta Questão.

§. 27.

Se recorremos ao extrinseco dellas; nada de conformidade: Porque huns DD. sustentão a nullidade da tal condição imposta aos viuvos sem differença da imposta aos solteiros. (Groenneweg. e Stryk. nos lugares já citados, Mell. Freir. L. 3. T. 5. §. 34. Altograd. L. 2. Cons. 177. Leeuwen Cens. For. P. 1. L. 3. C. 5. n. 29., Cyriac. Controv. 43. n. 69. Leoncil. de Privil. Paup. P. 2. Priv. 65. n. 1.) Outros, e mais communmente, se afferrão á Novella, como Direito novissimo, e em obsequio á ultima vontade: (Stryk. de Caut. Testam. C. 16. §. 35. Manz. de Testam. T. 7. Q. 7. prop. fin. Bersan. de Viduis C. 2. Q. 47. n. 2., Portug. de donat L. 1. Prælud. 2. §. 2. n. 77, 78 et 92. Guerreir. Tr. 1. L. 3. C. 10. a n. 44., Altim. de Nullit. tom. 3. Q. 13. Sect. 3. n. 189. Voet. ad Pand. L. 28. T. 7. sub n. 13. Barry de Success. L. 17. T. 15. a n. 7., os quaes citão outros, e innumeraveis.) Nada de conforme entre elles.

Uso das Nações a este respeito.

§. 28.

Se vamos buscar o uso do Foro nas Nações; o citado Groennewegen. (Groennewegen. in Cod. L. 2. T. 40. n. 6.) diz que em algumas está abrogada a dita Novella; e que nellas se seguem as Leis 2 e 3. Cod. de Ind. Vid. toll.: Porém Barry (Barry de Succession. L. 17. T. 15. a n. 7.) com

outros DD. Francezes refere tres Arestos, em que só se seguiu o Direito novissimo da Novella; e na mesma França nos diz Furgole (Furgol. de Testament. C. 7. Sect. 2. n. 65.) que „ o Capitulo 44 da „ Novella 22. serve hoje de regra, não sómente nos „ Paizes do Direito escripto... mas ainda nos Paizes do Direito Consuetudinario, em que o costume permite aos Conjuges de se avantajarem por disposições testamentarias... O Auctor do Journal do Palacio refere hum Aresto do Parlamento de Paris... que privou huma mulher das liberdades testamentarias de seu marido debaixo da condição de se não casar, por ter passado a segundas nupcias. Monarc.... Charond.... Robert.... referem outros, que tem julgado da mesma forma etc. ” Na Alemanha refere Stryk. (Stryk. us. mod. L. 35. T. 1. §. 6. no fim.) hum semelhante Aresto conforme o Direito novissimo da Novella. De Catalunna, e Napoles he testemunha Fontanella. (Fontanell. de Pact. Cl. 6. gl. 3. P. 6. n. 25.) Nada de conformidade.

*Voto do Cardeal de Luca com suas Illações,
mas censuraveis.*

§. 29.

O grande Crítico, o Cardeal de Luca, afferrado ao espirito do Concilio, e do Christianismo, segue diversos rumos a respeito desta condição, ou seja imposta a pessoa solteira, ou a viuva, sem differença: Eis-aqui hum principio geral, que elle (de Testament. Disc. 73. a n. 8.º) propõem: He nulla a condição *Non nubendi* „ quoties conditio respiciat substantiam nuptiarum; atque inducat gene-

„raliter viduitatem, tam respectu temporis, quam
 „personarum, ac locorum, *atque in ea considerare-*
 „*tur solum irrationabile impedimentum matri-*
 „*monii: secus autem ubi alium honestum, ac ra-*
 „*tionabilem finem conditio habeat*, vel ad certum
 „tempus, seu locum, aut personam restricta sit
 „(conf. §. 9.): Ideoque tota vis præsentis ins-
 „pectionis versatur in dignoscendo, *quædam dica-*
 „*tur honesta ratio, vel justa restrictio, per quam*
 „*conditio sustineatur* etc. (Systema novo, nunca
 antes lembrado aos DD., que se vião embaraçados
 com as razões oppostas; bem que abandonado pe-
 los que escreverão depois de Luca.)

§. 30.

Posto este Principio: Infere 1.º que „Si Tes-
 „tator prohibuit nuptias carnales, *quia virginita-*
 „*tem, ac nuptias spirituales, seu vitam religio-*
 „*sam desideravit*; tunc conditio non dicitur re-
 „proba, sed valida, *dum alium habet finem ho-*
 „*nestum, et laudabilem melioris vitæ, seu per-*
 „*fectionis status*: (Luc. de Testam. Disc. 73. a
 n. 10, et de Fideicomm. Disc. 44. n. 19.) Pelo
 contrario, se a tal condição foi imposta pelo Tes-
 tador, ainda mesmo a pessoa solteira *em odio dos*
matrimonios, assenta o mesmo Luca (Id. Luc. de
 Testam. d. Disc. 73. n. 11, et in conflict. Leg. et
 ration. obs. 82. tot.) que he nulla. Assim, se o
 Testador, quando impõem a pessoa solteira huma
 tal condição, exprime ser a sua intenção, que ella
 persista no estado mais perfeito, cessa, (diz Luca)
 toda a dúvida: Se deixa a huma donzella hum do-
 te, *senão casar*, póde inferir-se, que quiz fosse re-
 ligiosa. Se porém a condição *Non nubendi* foi sim-

plesmente imposta, ficamos na dúvida da intenção do Testador; e, se não consta que elle tivesse odio aos matrimonios, na dúvida mesma (diz Luca nos lugares abaixo citados) se presume ser a sua intenção, que a donzella persistisse no estado mais perfeito do celibato; e que por isso, segundo os Canones, he válida a condição, e casando perde o lucro, e premio. Mas, admittido este Systema, seria hum consequente necessario, que em todo o caso, em que não constar que o Testador impôz a condição em odio do matrimonio, e com aversão a elle, he válida, a donzella casando perde o premio: E lá vai a opinião commua sempre seguida, que declama nulla a tal condição imposta a pessoa solteira: lá vai este systema encontrar-se com as razões civís e politicas do Estado (§. 1. 2. 3): Lá vai na sua generalidade encontrar o Apostolo, e outros Canones (§. 18): Lá vai occassionar, senão hum hypocrisia, pelo menos, que o temor da perda dos bens, e não o amor da virtude, seja o que contenha no celibato: Lá vai fazer expôr a milhares de tentações na Castidade, que talvez se não guardará, e com pallios se encobrirá a deshonestidade. Tal seria o resultado desse Systema; e ainda outro peor, enredar a consciencia do herdeiro, e legatario, que impudico frustrou a causa final, e intenção do Testador; e, não restituindo, ficaria eternamente perdido.

§. 31.

Inferre 2.º o mesmo Luca pelo seu Systema (Luc. de Dot. Disc. 12, de Fideicomm. Disc. 63, et Disc. 44. n. 21, de Testament. Disc. 73. n. 10, et in Conflict. Leg. et ration. Disc. 82. Confirma-se

Altim. de Null. tom. 3. Q. 13. Sect. 3. a n. 191.) que a condição = *senão for clérigo, senão for frade* =, imposta ao herdeiro, ou Legatario he nulla, se o Testador a impoz *em odio do estado Clerical, ou de Religioso*, porque em si mesma irracional, em odio do estado mais perfeito: Que porém he válida, se o Testador teve por fim a propagação da prole em favor da familia, e do Estado; fim honesto, e racional; accrescentando que, em dúvida, se deve presumir ser esta, ainda que não expressa a mente do Testador, e não o odio do Sacerdocio, porque não se presume nelle hum intencção irracional. Não repito aqui o indistincto dos DD. já citados §. 24. oppositos a tal nova distincção.

§. 32.

Consequentemente 3.º: Sendo o estado vidual mais perfeito, que o do matrimonio; se a condição *Non nubendi* imposta ao viuvo, ou viuva he em odio do matrimonio, e por aversão, que a elle tenha o Testador, sem que esta condição tenha em vista hum fim honesto e racional; e então he nulla pelo systema do Cardeal de Luca, juntos os Canones referidos; (§. 18.) porque o estado do matrimonio, que supponmos odioso ao Testador, he em si perfeito; e irracional a condição, que sem outra causa mais que o odio a elle, o prohibe, ou cohibe. Se porém esta condição imposta ao viuvo, ou viuva tem por fim alguma razão honesta, como Luca aqui presume, por ser mais perfeito o estado da viuvez, então no seu systema, e pelo seu principio geral (§. 29.) he válida a condição *Non nubendi* imposta ao viuvo, ou viuva, e perde o premio, com que he alliciado para este melhor

estado, se contravem a condição, e casa segunda vez.

§. 33.

Porém, e quanto á 2.^a parte, este systema não só vai encontrar os inconvenientes ponderados no §. 30; mas a elles accrescento que, quando no Testamento falta a clausula imposta á viuva = *donec castè, et honestè vixerit* = ella não perde o Legado, ou a herança, por mais que depois da morte do marido viva huma vida lasciva, e libertina, ainda que o marido lhe impozesse a condição da *viduidade*. Houve DD. que piamente escrevêrão, que a vida lasciva da viuva não deve ser de melhor partido, que hum segundo honesto matrimonio. (Vej. Furgol. de Testam. C. 6. Sect. 2. n. 75 et pag. 383.) Porém em todo o corpo das Leis Romanas, e das Patrias se não encontra huma, que á viuva lasciva imponha pena, nem da privação da successão dos filhos, nem das liberalidades do marido, ainda que lhe impozesse a condição da viuvez, faltando a expressão *donec castè, et honestè vixerit*: Quem quizer vêr a fundo confutada a opinião contraria, sem ficar com a menor dúvida, veja os DD. citados. (Furgol. a pag. 392. *ubi non plus ultra*, Stryk. de Success. ab intest. Diss. 12. C. 3. §. 19.) Se pois não ha Lei Romana, nem Patria, que prive as viuvass lascivas das liberalidades dos maridos, nem das successões aos filhos; seria muito contingente que huma viuva, ou viuvo com este salvo conducto, vendo que casando segunda vez perderião a herança *ex vi* da condição *Si non nupserit*, e que a não perderião, deshonestando-se, deixarião segundo matrimonio para se não exporem á perda dos bens; luxuriarião para satisfazer aos appetites

carnaes , que não podessem conter etc. Logo , e geralmente fallando , a Condição *Non nubendi* , não será facil conseguir com ella o Testador o fim honesto , que conjectura o Cardeal de Luca ; antes produzirá contrario effeito , e de perniciosas consequências , huma vez que senão addicione a clausula = *Donec castè et honestè vixerit* : As intenções do Testador sonhadas pelo Cardeal de Luca se frustrarão etc. etc.

O meu Discurso em tanta variedade: O meu sentimento debaixo de distinctas Conclusões.

§. 34.

Não nos devemos hoje reger , nem pelo imperio da opinião commua , ou mais commua ; nem pela authoridade extrinseca dos casos julgados. (Estat. da Universid. L. 2. T. 6. C. 8. à §. 10. Mell. Hist. Jur. Civ. Lusit. §. 129.) Se recorremos ás Leis Romanas , como subsidiarias , quando fundadas em depurada , e qualificadas segundo as normas dos Estatutos da Universidade ; (Estat. da Univers. L. 2. T. C. §.) vamos encontrar duas Legislações oppostas do mesmo Legislador Justiniano ; e a ultima fundada em razões frivolas , sendo a primeira em si justissima. Se recorremos aos usos das Nações , nós os temos visto em si em difformes e varios. Só pois a razão descarnada de todos os prejuizos he aquella , que neste caso deve ser a norma dos nossos Conselhos , e das nossas Decisões. Quaes porém de tantas sejam as razões solidas , *hoc opus hic labor est*. No meio dellas , e com as que me parecem mais plausiveis , eu firmo estas conclusões succadas do exposto.

§. 35.

Conclusão primeira: Ser nulla a condição *Non nubendi* imposta a pessoa solteira, he huma Proposição original das Leis Papias, que nesta parte não ferirão, nem a Lei Julia Miscella, (§. 10.) nem Justiniano na ultima Novella; he huma Proposição fundada em razões politicas dos Estados, e do Christianismo, (§. 1, 2, 3, 17 até 21.) abraçada pela torrente dos DD. pios e orthodoxos, (§. 27.) e ainda pelas Nações: (§. 28.) E, pelo contrario, o novo systema inventado pelo Cardeal de Luca (§. 29.) encontra os inconvenientes ponderados. (§. 30, e 33.) Esta Conclusão sólida tem as ampliações expostas desde o §. 4. até o 9.

§. 36.

Conclusão segunda: A condição *Non nubendi* imposta aos viuvos, não tendo na vontade do Testador algum fim licito, e honesto, he em si tão nulla, como a imposta aos solteiros: Esta Conclusão he original das Leis *Julias*, e *Papias*, menos justamente alterada pela Lei *Miscella*, mais justamente suscitada (e revogada a Lei *Miscella*) por Justiniano nas LL. 2. e 3. Cod. de Ind. vid. toll. com razões tão urgentes, quaes as expostas (§. 17. 18. 19.); sendo frivolas as da Novella 22. C. 44. e insustentaveis. (§. 20. até 26.) Esta Conclusão he intrinsecamente fundada em razões politicas, que promovem o interesse do Bem público, e nada oppostas ao Christianismo: E ainda que o estado vidual, e do celibato seja mais perfeito, (acompanhado da virtude), o que não podemos negar; o do matrimonio he em si perfeito, ainda quanto ás

viuvas (§. 18.); e prevalece a razão do Bem commum, e augmento da Povoação com a outra dos licitos fins do matrimonio, a essa melhor perfeição de estado, por mais que seja considerada e expressa pelo Testador.

§. 37.

Na verdade: Que outro fim terá hum marido, quando impõem tal condição á sua viuva, senão hum indiscreto zelo, huma irracional rivalidade, não podendo soffrer que, depois de morto, outro marido gosando della, gose juntamente de seus bens? Que outro fim terá huma mulher no momento, em que impõem tal condição ao marido, senão o zelo e rivalidade, huma impaciencia representada de que nenhuma outra mulher o gose depois della? Aquella, que, emquanto viva, ardia na Zelotypia, ainda a quer eternizar depois da sua morte, exhibindo-a vergonhosamente no Testamento! Que fim honesto se pôde considerar em qualquer outra pessoa, que impõem tal condição aos viuvos? Não pensão que os obrigão a huma virtude forçada, sendo continentes, deixando de casar, mais com o temor da perda dos bens, do que com o amor da virtude? Não pensão que com humas segundas nupcias bem logrão os santos fins do matrimonio? Não pensão que, prohibidas as segundas nupcias, se oppõem directamente á propagação da especie, e ao Bem commum do Estado? Não pensão que os obrigão a serem hypocritas, affectando no público huma santa viuvez, e occultamente luxuriando, e meretricando? Não pensão que os viuvos tem o salvo conduto de não perderem as condicionadas heranças, huma vez, que não casem; por mais

que luxuriem em público, e faltem ás intenções dos Testadores? (§. 33.) Ser *premio*, ou *pena* he hum quimera dos DD.: Se se deixa a herança ou Legado com essa condição, logo se adquire; se o herdeiro ou Legatario casa depois, e o perde; que he isto em effeito senão pena, que repugna á liberdade perpetua do matrimonio, e aos frutos d'elle uteis aos Conjuges, ao Estado, e á Religião? Perder bens já adquiridos por faltar á condição, não será aqui pena?

§. 38.

Conclusão terceira: Se esta condição imposta aos viuvos tem hum fim honesto, sem maior incompatibilidade com a causa pública, (§. 1. e 2.) será válida: Como por exemplo 1.^o, se for imposta a hum mulher quinquagennaria, em que não ha esperança de fecundidade, e em que cessa a razão pública do Estado. Neste caso parece que póde prevalecer a pia intenção do Testador, e que póde apoiar-se com a razão da L. de 9 de Setembro de 1769. §. fin. *Y.* = *Estabeleço em quarto lugar* = junta a Ord. L. 4. T. 105. Porem este exemplo ainda não deixa de padecer dúvida, porque a dita Lei está nesta parte revogada pelo Decreto de 18 de Julho de 1778, e permittidas livremente as nupcias ás solteiras quinquagennarias; talvez porque, se nellas cessa hum dos tres santos fins do matrimonio, não cessão os outros dous, quaes o remedio da concupiscencia, e o reciproco soccorro na vida conjugal, vulgo *Consortio*. Por outra parte a Ord. L. 4. T. 105, tractando das viuvos binubas quinquagennarias, tendo filhos, lhes permittie ainda dispor do Terço a favor dos maridos, e a communi-

ção dos adquiridos: E tão longe está de se oppor, que antes authoriza taes matrimonios, só porque nelles se podem bem lograr os dous santos fins. E occorrer ao prejuizo dos filhos, quasi credores das legitimas maternas em vida das Mães, seria a unica razão, porque prohibiria a communicação das duas partes de seus bens, ao tempo do matrimonio; que era o em que consistião as Legitimas dos credores filhos.

§. 39.

Por exemplo 2.º, se esta condição he imposta á viuva, ou viuvo pelo marido ou mulher, que tem filhos; e que se deixão hum ao outro o Terço debaixo da mesma Condição; ou por outra terceira pessoa a qualquer viuva, ou viuvo, que álias podia preterir, e deixar logo directamente os bens aos filhos delles: Nestes casos póde mais plausivelmente sustentar-se a validade da condição, como tendo por fim huma causa justa: Pois que, e por huma parte o Testador tem em vista occorrer ás machinações dos Padrastos, e Madrastas, que o Direito presume aversos aos Enteados, (Barbos. et Tab. L. 12. C. 27.) fim licito, e honesto; e porque nesses casos podião os Testadores deixar logo aos filhos directamente esses bens, preteridas as Mães e Pays: Por outra parte: Se a Ord. L. 4. T. 105, que tanto contemplou os filhos do primeiro matrimonio, não prohibio, nem criminou as segundas nupcias das quinquagennarias, ou ainda fecundas, sempre os filhos lhe merecerão as attensões primarias: E parece que nestes casos authorisa hũa tal condição; porque o Testador, com o sentimento mesmo da Lei, teve em vista, não o odio do ma-

trimonio dos viuvos, nem a maior perfeição desse estado de viuvos; mas, e principalmente, o favor dos filhos do primeiro matrimonio, que quiz providenciar contra as presumiveis machinações do Padrasto ou Madrasta; e que livre, e licitamente podia logo preterir. Só neste sentido pôde entrar o novo systema do Cardeal de Luca (§. 29.): Neste unico caso poderão os filhos do primeiro matrimonio exigir do Pai ou da Mãe a caução *Muciana* (Novell. 22. C. 44. Furgol. C. 7. Sect. 2. a n. 66. Stryk. us. mod. L. 35. T. 1.): O que melhor se comprova com o Codigo de Sardenha. (Este Cod. no L. 5. T. 1. §. 18., subentende sempre a condição da viuvez nas liberalidades do marido á mulher quando do seu matrimonio ficão filhos: Logo muito mais a expressar.)

Nota 1.^a Se se admittir, apesar do exposto, a opinião geral e absoluta, que dá validade a esta condição imposta aos viuvos, não se deve ignorar que essa opinião não entra, quando o Legado he deixado nestas formas = *Si pervenerit ad viduitatem* = ou = *si vidua fuerit* = ou = *cum vidua fuerit* = (Vide Barry de Success. L. 16. T. 15. sub n. 7. Mant. de Conjectur. L. 11. T. 19, Menoch. L. 4. Præsumpt. 187.) E no mesmo supposto, quando o viuvo, que depois passa a segundas nupcias, deva ou não restituir os rendimentos de preterito percebidos, consultem-se os seguintes DD. (Barry, Menoch, et Mant. supra, Card. de Luc. in Conflict. Leg. et ration. Obs. 83.)

Nota etiam 2.^a que, se o Testador deixa a sua mulher herdeira com a condição de ella

viver em *viduidade*, ella não perde a herança; se viveu depois do anno do lucto em estado de libertinagem, nem he privada da successão dos filhos etc. mas só casando segunda vez. Esta Questão se vê largamente disputada, e confirmada a favor das viúvas pelas melhores opiniões e Arestos em Furgol. de Testam. Cap. 6. Sect. 2. desde o n. 75, e desde pag. 378. até pag. 401.

DISSERTAÇÃO X.

Acquestos Conjugaes quando o Matrimonio he contrahido conforme o Direito Commum, conforme Wesel de Connubial. Bonor. Societat. Tract. 2. Cap. 2. e outros mais DD.

Supplemento a Guerr. tr. 2. Lib. 7. Cap. 8, e ao meu Tractado dos Direitos Reciprocos entre os Conjuges. p. 2. Cap. 7.; e convicção do erro de Mell. L. 2. T. 8. §. 10. na Nota, em quanto se guio Pereir. Dec. 53.

P R E N O Ç Õ E S.

§. I.

Communição-se os adquiridos, ainda que se não paccionem.

1.^a **N**O meu dito Cap. 7. contra Almeid. (Alleg. 4.) e Pereir. (Pereir. Dec. 53.) sustentei a opinião de Valasco: (Valasc. Cons. 103.) Esta

a seguem, como sem dúvida, Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 28, e com Grocio, Neostad. de Pact antenuptial. Carol. de Mean. ad Jus Leodicens. Wesel. de Connub. honor. Societ. tr. 2. Cap. 2. n. 225. (que transcrevi em as Notas a Guerreir. tr. lib. 7. Cap. 15); devendo ter-se por mais certo que contrahido, conforme o Direito Commum, o matrimonio sem communicacão de bens, ainda que não falem em adquiridos, sempre fica tacitamente convencionada a communicacão delles: Adde plenissime Harprectr. Disp. 81. de Commum, Lucror. Conjug. a n. 47. ad 55; Voet. supra.

§. 2.

Palavras synonymas.

2.^a As palavras *quæstus*, *acquisiti*, *conquæsit*, com que ao proposito se explicão os DD. de várias Nações, são aqui Synonymas. Wesel. d. tr. 2. cap. 2. a n. 6. ad 9. Conf. Harprectr. Disp. 80. a n. 26.

§ 3.

As regras da Sociedade do Direito Romano nem sempre são applicaveis a esta.

3.^a Que, como nota Wesel. tr. 2. cap. 2. a n. 162. „quæstum conjugaliū Societatem pinguiorē esse societate quæstus Romanis usitata.” E por isso o mesmo Wesel. n. 163. e 164. infere, ut ibi. „Quamobrem existimo connubialem quæstum consortium, novum aliquod et suū societatis genus esse, quam saltem societatem (si illatas opes, et si quid ex causa nuptiis anteriori cuique

„ sit obventurum , unà cum corporibus miscere
 „ nolint Conjuges) jus et lex matrimonii secum
 „ trahere videtur. Hæc eò faciunt , nè a Romano-
 „ rum Societatis quæstus genere , ad nostrum con-
 „ quisitorum deductum argumentum facile admit-
 „ tamus ; necessaria nanque consequentia non est ,
 „ non veniunt in Legalem illam Societatem , ergo
 „ nec in hanc Connubialem : quod est observatum
 „ ab Herbaio rer. quotid. Cap. 14. sande lib. 2. tit.
 „ 5. Def. 3 et 4. Burgund. de Evict. Cap. 35. n. 4.
 „ Argentr. ad Consuet. Brittan. art. 408. gloss. 3.
 „ et art. 415. glos. 1. Menarc. ad L. 7 et 8. ff.
 „ Pro Soc. ”

§. 4.

Bem como diz Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n.
 70: „ Quibus consequens , omissa in pactis dotali-
 „ bus intelligi relicta juris communis Statutarii dis-
 „ positioni. Nequẽ ad Jus Civile Romanum recur-
 „ rendum in iis , quæ pactis circumscripta non sunt ;
 „ cum ad Leges Queritum tunc demum pateat re-
 „ fugium , ubi propria populi cujusque aut civita-
 „ tis jura deficiunt. Neostad. de Pact. antenupt. Obs.
 4. in Notis ; Jacob. Coren. Obs. 30. n. 60. Wesel.
 de Connubial. bonor. Societ. tract. 2. Cap. 2. n.
 224. etc.

Nota : = *Censura dos DD. que derivão es-
 tes adquiridos das regras do Direito Romano.* =
 Com esta Prenção deve estar prevenido to-
 do o Jurista contra os erros dos DD. , e do
 nosso Guerreiro , que os trasladou sem cri-
 tica , para se não fazer argumento com as
 Leis Romanas neste artigo , de que tracto , mas
 só com a Lei Patria lib. 4. tit. 46 , com o cos-
 tume da nossa Nação , e das mais da Europa ,

em que ha communicação universal de bens ; a menos , que por pacto em todo , ou em parte se não abstenhão della : Nações que refere o mesmo Wesel. tract. 1. Cap. 1. , quaes as dos Trajectinos , Hollandezes , Gelros , Trans-Isulanos , Zelandos , Medioburgenses , Bergizomios , Buscoducences , Brugences , Cortracenses , Ipressens , Bellenses e outras. Harpr. Disp. 80. n. 30. E he aqui bem claro , á vista do exposto , o erro de Mell. Liv. 2. T. 8. §. 6.

§. 5.

Communicão-se ipso jure.

4.^a Que estes adquiridos, logo que o são pelo marido, *ipso jure* se communicão, quanto ao dominio e posse , á mulher , quando a coisa adquirida he communicavel : com Sande , e outros Voet. ad Pand. L. 23. tit. 4. n. 30. Goris in advers. tr. 1. Cap. 1. n. 31. Cap. 5. n. 2 et 3. Sande tit. 5. Def. 6. Gronnewegen. ad L. 5 et 6. Cod. si quis alter. vel sibi , Baez. de Non meliorand. ration. not. filiab. Cap. 11. n. 106. Bruxellenses art. 242. Lovanienses Cap. 12. art. 7. Antuerpienses tit. 41. art. 68. Buscoducenses art. 5. Com os quaes Wesel. de Conaub. honor. Societ. tract. 2. Cap. 2. n. 11. Confira-se Harpr. Disp. 80. a n. 666. Garcia de Conjug. acquæst. n. 4. * quidquid dicant alii apud Harprectr. n. 657. Voet, ad Pand. Lib. 23. tit. 4. n. 30.

* Ao diante §. se verá que os Prazos de vidas , e individuos se não communicão , nem adquirem á mulher mais que quanto ao preço da compra.

§. 6.

Só se entendem os adquiridos constante o matrimonio.

5.^a Que quando na Escriptura só se communicão os adquiridos simplesmente sem o additamento = Constante o matrimonio =, só se entendem os adquiridos pelos Conjuges na constancia do matrimonio, e não os que algum delles tivesse antes adquirido. Monarc. ad L. 1. ff. de Pact. dotal. in fin. Carol. Mean ad Jus Leodicense p. 3. Obs. 347. n. 2. et Obs. 349. n. 2 Charond. en ses Pand. Lib. 2. Cap. 5. Com os quaes, e outros Wesel. tr. 2. Cap. 2. n. 8.

§. 7.

He necessaria convivencia dos Conjuges.

6.^a Estes adquiridos, por via de regra, só se communicão quando no tempo mesmo das acquisições o marido, e mulher convivem em commum, e não quando separados. Gam. Decis. 357. Harprectr. disp. 81. de *Communione Lucrorum Conjugali* a n. 9. ad 14. Lopes de Lucr. marit. et uxor. Cap. 6. Garcia de Conjugal. acquæst. n. 52. Barboz. 2. p. Rubr. de Solut. matr. sub n. 51.: Bem entendido que, como continúa o mesmo Harprectr.

„ Licet uxor et maritus cum pluribus annis seor-

„ sim habitaverint, honorem tamen interim matri-

„ monio habentes; et pro conjugibus sese invicem

„ agnoscentes, quoadusque hoc vinculum inter

„ ipsos subsistit, tamdiù quoque illa connubialis

„ bonorum societas, et communicatio acquæstus

„ durat; adeo ut, uxore semel ad domum traducta,

Eee

„ si maritus multis annis (Declaracens da re-
 „ gra aeima) suæ negotiationis causa , peregrè
 „ agat , vel ob aliquam privatam aut publicam cau-
 „ sam , diu admodum absit , et insignes interea
 „ acquæstus faciat ; vel maritus ob paupertatem ur-
 „ gens , æs alienum , vel ob aliam causam ux-
 „ rem cum tota relinquat familia , et remotis in
 „ terris amplissimas interea divitias acquirat , in
 „ patriam redux , id omne cum conjuge , vel , illa
 „ interea fato abrepta , cum ejus liberis aliisve hæ-
 „ redibus , pro dimidia , vel alia statuto vel con-
 „ suetudine definita portione , communicare tene-
 „ tur : Eo quod Conjuges , qui unam , eandem-
 „ que familiam retinent , hoc insuper habito , quod
 „ alter , ex causa negotiationis , vel qualibet alia ,
 „ diu admodum absit , nihilominus satis cohabi-
 „ tare dicantur , ut in individuo. Guttierr. de Juram.
 „ Conf. p. 1. cap. 1. n. 67. Garcia d. loco , Palac.
 „ Ruv. de Lucr. marit. et uxor. §. 62. n. 4. et 15.
 „ Hecser. de acq. Conjug. p. 2. loc. 18. n. 90.

§. 8.

Outra Declaração.

Também , ainda que não convivão o marido , e
 mulher , não cessa a comunicação dos adquiridos
 por qualquer delles ; ou quando ambos de mutuo
 consentimento se apartão , para praticarem a virtude
 da continencia ; ou quando ambos pobres , hum vai
 servir hum amo , outro outro. Harpectr. supra d.
 Disp. 85. a n. 24. com Barboz. na rubr. de Solut.
 matr. n. 56. Hecser de acq. Conjug. Loc. 18. n. 89.
 e outros : Porém o cit. Barboza no 1.º caso he em
 contrario ; e , ainda mesmo que não dividão os bens ,
 julga extincta a Sociedade quanto aos adquiridos.

§. 9.

Outra Declaração.

Ainda mesmo que por mutuo consentimento
 fação hum divorcio voluntario, e partilha de bens,
 mas sem authoridade judicial, e assim vivão sepa-
 rados, não deixa de subsistir o matrimonio e a
 communicação dos adquiridos. Wesel. de Connubial.
 Societat. bonor. tract. 2. Cap. 4. n. 28. et 29.
 ibi = Si spontanea voluntate thorum separaverint,
 „ bona sua dividerint conjuges, quoad ipsos eorum-
 „ que hæredes societatem conjugalem diremptam
 „ esse tradit Grotius... Contra ab utrâque Hollan-
 „ diæ Curia judicatum est, voluntarium illum di-
 „ vortium nihil facere ad communionis dissolutio-
 „ nem, divisionem illam antea factam non nisi
 „ momentaneam, seu provisionalem dicendam esse;
 „ ideoque matrimonio morte alterius dirempto, ex
 „ integro inter superstitem, et defuncti hæredes in-
 „ stituendam esse divisionem. Neostad. de Pact.
 „ antenupt. obs. 8. Groeneweg. ad L. 1. Cod. Si
 „ Dos Const. matr. et ad Novell. 98. Cap. 1. Ro-
 „ demburg. de Jur Conjug. tit. 3. Cap. 1. n. 14.
 „ Geurb ad Messan. Cap. 1. gloss. 7. n. 69. Car-
 „ pzo. p. 3. Const. 26. Def. 16. Charond. sur
 „ Paris art. 223: Itaque et uxor tenebitur debitis
 „ a marito contractis post spontaneum divortium,
 „ quod potestati maritali derogare nequivit.”

Assim mesmo, e com maior estofo de pala-
 vras, e outros mais DD. Harprectr. d. Disp. 81.
 desde o n. 28.

*Quid quando a mulier por authoridade propria
se divorcêa?*

„ Illud nihilominus verum est , si uxor tæ-
 „ dio Conjugii , levitate , vel impatientia freni
 „ conjugalis ; atque adeo sine justa causa a marito
 „ dicesserit , et seorsim habitaverit ad fatalem us-
 „ que mariti horam , non gaudere eam communio-
 „ ne interea à marito quæditorum. Arg. L. 3. ff.
 „ de Aur. et arg. Leg. L. un. §. 1. ff. und. vir et
 „ ux. Pellicia ad Consuet. Aversan. Cap. 1. n. 168.
 „ Choppin. de Privil. rustic. lib. 3. Cap. 6. de ju-
 „ dic. privat. n. 3. Tronçon. sur Paris art. 220.
 „ verbo Communauté , Mut. ad Consuet. Parcorm.
 „ Cap. 46. n. 29. Wamez. Cent. 5. Cons. 78. et
 „ 79. Carpzov. d. Const. 26. Def. 1. Sand. lib. 2.
 „ tit. 5. Quod tamen ita acceptum velim , modò
 „ Conjux de uxoriis moribus , fugaque questus sit ,
 „ mulieremque sedulo curavit domum revocandam ;
 „ alioquin mariti hæres morum coercionem non
 „ habet uxoris , nec de iis querellam movens audi-
 „ tur post continuum viri jam mortui silentium.
 „ Arg. L. 15. ff. solut. matr. L. 1. Cod. Teodos.
 „ lib. 3. tit. 12. de Dotib. Ita Choppin. ad LL.
 „ And. lib. 3. tit. 2. de Connub. bon. soc. n. 14.
 „ Argentr. ad Consuet. Brittan. art. 430 gloss. 2.
 „ n. 5. Louet en ses Arrestes Lit. I. arr. 401. et
 „ ibi. Bourdeau in annot. Maynard. lib. 4. Dec. 2.
 „ n. 3. Coquill. Sur Nivernois , tit du Duaire art.
 „ 6. et en ses quest et respons. Chap. 147. Automne
 „ sur Bourdeaux art. 47. Carpzov. d. Const. 26.
 „ Def. 11. Dummodo maritus justum conquerendi
 „ tempus habuerit ; si enim subita morte oppressus

„ dolorem , atque indignationem animi sui desuper
 „ contestari nequiverit , non male præfatæ generali
 „ negandorum quæditorum regulæ insistemus. Boer.
 „ Decis. 338. n. 8. Coquill. d. art. 6. ʒ. ou si le
 „ mari , et d. Chap. 147. ʒ. ou bien si le mari ,
 „ Louet. d. arr. 4. Lit. (a) , Monarc. in Observat ;
 „ posthum. ad L. 15. et ad L. 1 Cod. de revoc.
 „ donat. , Mainard. d. n. 3. D. Espeisses p. 1. tit.
 „ 15. du Dot. Sect. 3. n. 89. Carpzov. prax. crim.
 „ p. 2. q. 65. a n. 10. ” Ita Wesel. de Connubial.
 bonor. Societ. tr. 2. Cap. 4. a n. 31. ad 34.

§. II.

Quid , *quando hum se divorcêa por culpa do
 outro?*

Pelo contrario; Se a mulher se separou por
 authoridade propria por culpa do marido , he co-
 mo se com elle cohabitasse para todos os fins , de
 participar nos adquiridos , gozar do privilegio de
 Cabeça de Casal , e da successão em falta de pa-
 rentes. Barboz. 2. p. Rubr. de Solut. matr. n. 59.
 Harprectr. supra a n. 100 : O Innocente nada perde ;
 o máo trabalha para o Innocente : Este nada do
 que adquire communica : Vid. DD. apud. Harpr.
 supra , et Barboza in rubr. de Solut. matr. p. 2.

Nota: Quando assim a separação da mu-
 lher a respeito do marido , ou , *vice versa* ,
 he despotica sem authoridade judicial e para
 serem ou não applicaveis estas Concluzões (§.
 10 , e 11) , depende de provas de facto ; se o
 marido excede ou não com a mulher , casti-
 gando-a , os justos limites do seu poder ; Li-

mites ; que podem ver-se em Stryk. vol. 4. Disp. 9. Cap. 3. a n. 68. e melhor no Vol. 3. Disp. 6. de Alapa Cap. 2. a n. 6. ad n. 11. e, além dos que ahi refere, confira-se Barboz. 2. p. rubr. de solut. matr. a n. 33.

§. 12.

Quid, quando recorrem ao Juizo Ecclesiastico?

Se a mulher recorre ao Juizo Ecclesiastico, propondo Libello de Divorcio, estando entre tanto separada; e, a final, se julga o Divorcio temporal, ou perpetuo; então 1.^o, tudo o que o marido adquirio durante a demanda se communica á mulher innocente: 2.^o, tudo quanto adquirio depois da Sentença, em quanto não ha partilha de bens: 3.^o depois da partilha, fica cada hum com o que adquire, e com a liberdade de dispôr, e alienar livremente, estar em juizo hum independente de outro etc: A isto se reduz o muito que neste artigo discorrerão Barboz. 2. p. rubr. de Solut. matr. a n. 48. 55. 56. cum seqq. Harp. d. Disp. 81. de Communionem lucrorum conjugaliū a n. 110. Wesel. de Connubial. bonor. Societ. tr. 2. Cap. 4. a n. 36. aonde diz que este he o costume da sua Nação, dos Melchmienses, Ruremundenses, Daven-trienses: A este sentido se deve reduzir a Decisão 357. de Gamma, conforme Barboza supra, e o Addicionador do mesmo Gamma.

Quid, se depois do divorcio judicial se tornão a congrassar e unir?

Porém o mesmo Wesel. d. Cap. 4. a n. 51. adverte ut ibi = Disparatæ quoque sententia Judicis conjugum fortunæ, si thori mensæque separatio facta sit, denuò in commune rediguntur, ubi illi in gratiam mutuam redierunt, vitæ consortium restauraverunt, promiscuoque usu res suas tractare vicissim perseverant. Id quod absque judiciali cognitione, privata autoritate facere possunt. Groeneweg. ad L. 7. Cod. de Nupt. n. 1. Brouwer. de Jur. Connub. Lib. 2. Cap. 29. n. 20: Usquè adeo, ut seorsim medio tempore parta ab utrovis illorum, invicem postea communicentur: hæc enim separatio fribusculum (vel ut alli legunt, frigusculum. Conf. Putman. Adversar. jur. Lib. Cap.) vocatur, quod si quievit, omnia in statu pristino manent L. 32. §. 12. ff. de Donat. int. vir. et ux. L. 3. ff. de Divort., L. 19. ff. Solut. matr. Charond. en ses Pandectes Lib. 2. Cap. 5. et sur Paris art. 220, §. Telle est la force, et Lib. 13. Resp. 60. Choppin. d. 1. 1. n. 22. et ad LL. And. Lib. 3. Cap. 2. tit. 2., Tronçon Sur Paris art. 224; id quod expressum est Statuto Aurelianensi art. 199.

§. 14.

Se são renunciaveis os adquiridos depois do matrimonio?

7.^a Se estes adquiridos se podem renunciar du-

rante o matrimonio; *varii varia dixerunt*: o nosso Guerr. no Tract. 2. Lib. 6. Cap. 8. n. 19. com muitos DD. assenta que tanto os adquiridos de preterito, como os adquiridos de futuro se podem validamente renunciar, constante o matrimonio por hum dos Conjuges em favor do outro: O contrario sustenta o nosso Valasc. Cons. 103. n. 29. Wesel. de Connub. bonor societ. tract. 2. Cap. 1. n. 15. et 116. Sobre este objecto tractou largamente Harprectr. disp. 80. de Renuntiatione acquæstus Conjugalis, aonde cummulou todas as opiniões: E quanto á renuncia dos adquiridos de preterito, defende desde o n. 654. que he nulla, porque em effeito he humma Doação entre marido e mulher sujeita ás regras destas Doações: (de *quib.* Portug. de Donat. Lib. 1. prælud. 2. §) E, quanto aos adquiridos de futuro, tambem desde o n. 792. contra a opinião contraria defende que ainda mesmo esta renuncia se transforma em Doação entre marido e mulher, para se dever regular pelas suas regras.

A R T I G O I.

Compras feitas constante o matrimonio; quando se reputão, ou não aquestos Conjugaes.

§. 15.

Regra geral. Communica-se tudo o adquirido.

Regra geral ex Wesel. de Connubial. bonor Societ. tr. 2. Cap. 2. n. 11. „ Si Conjuges negotiatio-
„ ne, opera, vel parcimonia tantum pecuniæ cor-
„ raserint, unde fundum, vel rem *aliam* emerint,
„ statim ea res communis erit utrique, nec refert

„ mariti nomen solum , vel utriusque , mancipationis Litteris professum sit : utroque enim casu uxori etiam dominium et possessio acquiritur. Gorris in advers. tr. 1. Cap. 1. n. 31. et Cap. 5. n. 2. 3. Sande d. tit. 5. def. 6. Groeneweg. ad L. 5. et 6. Cod. Siquis alter. vel sib. Baez. de Non melior. rat. dot. fil. Cap. 11. n. 106. Bruxellenses art. 242. Lovanienses Cap. 12. art. 7. Antuerpienses tit. 41. art. 68. Buscoducenses art. 5. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 33.

§. 16.

Ainda que o marido faça a compra em nome do filho do 1.º matrimonio, sendo Commum o dinheiro.

„ Quinimo (continúa Wesel. n. 12.) et si maritus filio prioris thori mancipaverit prædium, communi pecunia emptum, uxori tamen communicabitur; non enim in eo maritus uxori fucum facere potest; cum plus valere debeat quod agitur, quam quod simulate concipitur. Everad. Cons. 145. Pithou sur les Constit. de Troyes tit. Des droites de mariage Verb. disposer. Peck. Lib. 2. de Testam. Conjug. Cap. 8. n. 1. Delommeau d. tract. art. 129. Jacq. Godefroy sur Normand. art. 330. Christin. ad LL. Melchin. tit. 9. art. 2. n. 15. Charond. Lib. 2. resp. 41., et 8. resp. 22. 23. et 13. resp. 100, ubi ita judicatum referunt. Confer D. Rodenb. de Jur. Conjug. tit. 2. Cap. 1. de marit. potest. in contrah. n. 10. D. Somenen. de Jur. Novercar. Cap. 2. n. 2. et 4. Waines. Cent. 5. Cons. Civ. 83.: Conf. Voet. supra sub n. 33. „

O preço do Officio comprado.

Quid no Officio comprado, constante o Matrimónio? O Francez Coquille quiz persuadir que, se o marido viver tantos annos, que com os emolumentos do Officio lucrrou o equivalente á compra, e indemnizou a mulher, nada do preço participa *esta*: Porém Wesel. supra n. 16. diz » Verum in » eo fallitur (Coquille); demonstramus enim in- » fra n. 149., omnes fructus, vel redditus, etiam » vitalitios, stante matrimonio perceptos illico com- » municari cedere. Itaque de integro hæredibus erit » refundendus semis communiseris, quo officium » emptum est; nisi malit maritus officium, si for- » te pretium ejus decrevit, resignare, vel vende- » re communi lucro. Covarruv. lib. 3. Var. Cap. » 19. n. 4, 5. Choppin. de morib. Paris. lib. 2. tit. » 1. n. 34. Charond. lib. 7. resp. 14. Garc. de Ex- » pens. Cap. 4. n. 14 et de Conjug. acquæst. n. 67 » 68. Delommeau en sa jurisprudence Franc. art. » 512. Bouvot. tit. des gens mar. art. 3. Geurb. ad » Mess. Cap. 1. gloss. 2. n. 115. Bæz. de Non me- » lior. rat. dot. filiab. Cap. 26. n. 14. Burgenses tit. » 4. art. 13. Iprenses rubr. 10. art. 39. Et in hanc » partem rogatis ante Jurisprudentum Consiliis ju- » dicatum est a Senatu Civico etc. Conf. Voet. ad » Pand. lib. 23. tit. 4. n. 34. in fin.

*O preço do Prazo comprado, constante o ma-
trimonio.*

O mesmo quanto ao Prazo individuo compra-
do, constante o Matrimonio, determina a nossa

Ord. lib. 4. tit. 97. §. 24.: O dominio util se adquire ao marido, ainda que ambos fizessem a compra, e só a mulher participa da metade do preço: Ita Wesel. de Connub. bonor. Societ. tr. 1. n. 65. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 2. n. 77. Sendo porém o Prazo comprado antes do Matrimonio nada communica a mulher; nem se reputa acquesto conjugal. Vej. Cald. de Empt. Cap. 27. n. 35, 36. Peg. tom. 7. ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 135, 156, 172, 178, 179, 180, 181, 187. Repertor. sub verbo *meeira* he a mulher nas beinfeitorias = et verbo *mulher* he *meeira* na valia das despesas = ubi in simil. Confira-se o §. 6.

§. 18.

Quid se o marido antes de cazado fez a compra, e pagou o preço durante o matrimonio.

„ Si maritus ante nuptias fundum emerit, pretium autem stante matrimonio solutum, atque
 „ fundus traditus fuerit, non erit hic fundus communis, sed mariti proprius refundendo uxori semissem pretii. Louet en ses Arrests Lit. A. arr. 3.
 „ Argentr. ad Consuetud. Brittan. art. 418. gloss. 3.
 „ n. 2. Charond. en ses observat. verbo Acquests y.
 „ pour esclaircir et verbo Femme y. Le Droit et verbo Nopces y. L'effect. Coquill. sur Niverne tit.
 „ Des gens mar. art. 2. Tronçon sur Paris. art. 152;
 „ Buridan sur Vermand. art. 17. et art. 113. Bouvot tom. 1. p. 3. verbo Acquis. q. 1., et des droits
 „ des gens mar. art. 3. et art. 29. Godefroy sur
 „ Normand. art. 319. Uffelinus in Not. ad Covarruv.
 „ lib. 3. resol. 19. Sande lib. 2. tit. 5. Def. 3. Stock-

„ mans Decis. Cur. Brab. 51. et 121. n. 10. Some-
 „ ren. de Jur. Noverc. Cap. 1. n. 6. D. Mathæus
 „ Paræm. 3. n. 11. etc. = Ita Wesel. de Connub.
 „ Bonor. Soc. p. 2. Cap. 2. n. 18: Confira-se Voet.
 ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 39.

§. 19.

Quid se a solução de preço estava espaçada e se pagou durante o matrimonio.

„ Plané (continúa Wesel. n. 19. 20. 21.) si
 „ in creditum non iverit Venditor, sed dies solven-
 „ di pretii, reique tradendæ post nuptias destinatus
 „ fuerit, dici posset fundum ipsum in societatem
 „ venire: eo enim tempore quis contraxisse vide-
 „ tur, quo destinata est solutio. L. 21. ff. de obl.
 „ et act. quo vergere videtur Argentæus d. Loco
 „ n. 3. Valla de Reb. dub. tract. 13. n. 4. Boguet.
 „ ad Cons. Burgund. tit. des gens mar. Verbo en ac-
 „ questes n. 14. Flandri in universum nec emptio-
 „ nem, nec solemnem mancipationem ante nuptias
 „ factam respiciunt; solam pretii solutionem con-
 „ siderant: ut si omnis pecunia constante matrimo-
 „ nio soluta fuerit, integer fundus sit communis,
 „ sin pars pretii residua, pro rata ejus. Alii contra
 „ interesse statuunt, an ante matrimonium fundus
 „ marito solemniter fuerit mancipatus, quo casu
 „ et si pretium stante matrimonio numeratum sit,
 „ mariti eum esse; sin veró mancipatio fundi in
 „ matrimonio facta sit, commune fore: Ita Gan-
 „ denses p. 3. rubr. 20. art. 15. Bellenses rubr. 6.
 „ art. 9. ” Confira-se Voet. Supra sub n. 39. Se
 „ porém se licitou hum fundo em que hum Conjuge
 „ tinha parte em commum com outros, só o preço,

e não o predio fica commun. Cod. Civ. dos Franc.
art. 1405.

§. 20.

Quid se o preço se pagou soluto já o matrimonio?

„ Si fundus (continúa Wesel. n. 22. e 23)
„ constante matrimonio emptus, pretium autem
„ eadem diremptosolutum sit (intellige communi-
„ bus pecuniis), communis erit. Sande d. L. Ma-
„ thæus d. L. Ruremundenses d. n. 6. et p. 3. liv.
„ 7. §. 1. n. 10., qui sufficere aiunt, quod arra
„ constante matrimonio á Conjugibus data sit.
„ Quod si ante nuptias sit emptus fundus sub con-
„ ditione, constante autem matrimonio conditio
„ extiterit, fundus ementi acquiretur, nec in com-
„ munionem veniet: purificata enim conditio re-
„ trotrahitur ad tempus contractus, dummodo ex
„ eventu pendeat, non autem sit potestativa, cujus
„ intuitu inspicitur tempus, quo conditio impletur.
„ L. 9. §. quod si ff. de peric. et com. rei vend.
„ L. 2. §. Id quoque ff. de Collat. bon. L. 9. e 11.
„ ff. qui pot. in pign., Valla d. n. 4. Argentr. d.
„ gloss. 3. n. 9. Godefroy d. L. Sande d. L. Ma-
„ thæus d. Paræm. 3. n. 11. in fin.

§. 21.

*Quanto ao que o marido compra com dinheiro
dotal.*

„ Quid si numi dotales pacto nuptiali desti-
„ nentur in emptionem prædiorum? Eam destina-
„ tionem interpretantur nonnulli, ut fundus primó
„ acquisitus stante matrimonio, habeatur dotalis,

„ quasi dotali pecunia comparatus. Choppin. lib. 3.
 „ de Privil. Rust. Cap. 10.; idem lib. 1. de morib.
 „ Paris. tit. 1. n. 15., Tronçon sur les mesm.
 „ Const. art. 132. Coquille d. Loc. art. 12. et en
 „ ses quest. et respons. Chap. 143, Bouvot eod.
 „ tit. art. 17. Verius tamen est, nisi maritus tabu-
 „ lis emptionis enuntiaverit comparare se fundum
 „ ex dotali pecunia, non esse hunc fundum patri-
 „ monialem, sed acquisititium, quantumvis cau-
 „ tum sit pacto sponsalitio de collocanda in em-
 „ ptionem prædiorum parte dotalis pecuniæ uxorio
 „ nomine: remanente marito pro dote obligato.
 „ Idem Choppin. ad LL. And. lib. 1. Cap. 4. n.
 „ 17., et lib. 3. tit. 2. n. 23. Charond. lib. 5. resp.
 „ 40. Brodeau Sur Louet ad Arr. 3. in fin. Mo-
 „ narc. ad L. Res quæ 54. ff. de Jur. dot. idque
 „ Bruxellenses Statuto suo expressè caverunt art.
 „ 242. ” Confira-se Voet. ad Pand. lib. 23, tit. 4.
 n. 35.

Nota: Pela primeira opinião estão as razões
 que em caso semelhante ponderão o Card. de
 Luc. de Fideicommiss. Disc. 177. n. 9. Salgad.
 in Labyr. p. 2. Cap. 24. Molin. de Just. disp.
 661. Noguerol. all. 20. a n. 34. 51. 57. E na
 questão abstracta; Quando fica dotal o predio
 comprado com dinheiro dotal? Vej. Peg. 7.
 for. Cap. 253. a n. 8. Costa de Privil. Credit.
 reg. 1. ampl. 8. a n. 14. Bersan de Viduis
 Cap. 2, q. 5. a n. 46. Schettin de Jur. Offe-
 rend. 1. p. Cap. 2. Sect. 3. n. 27.

§. 22.

Continúa o mesmo Wesel. de Connub. bonor.
 Societ. tr. 2. Cap. 2. n. 26. figurando este caso:

„ Et quid si alter conjugum fundum suum ante
 „ nuptias distraxerat Lege redimendi intra certum
 „ tempus, constanteque matrimonio eundem fun-
 „ dum redemerit; communicandus ne erit uxori,
 „ quasi sui temporis acquisitum sit? Nullo modo.
 „ Non enim hic fundus novi temporis acquisitio
 „ est, sed ex veteri causa, et jure in pristinum
 „ Venditoris dominium redit; nam posterior præ-
 „ dii redemptio retro recurrit ad diem contractæ
 „ venditionis sub pacto redhibitorio, L. 27. §. 2.
 „ ff. de pact. L. 10. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel
 „ hypoth. Cassan ad Cons. Burg. Rubr. 4. art. 25.
 „ n. 56. Argentr. d. gloss. 3. n. 10. Didac. Perez
 „ ad ord. Regn. Castell. lib. 5. tit. 4. L. 4. Cha-
 „ rond. lib. 2. resp. 70. Geurb. ad Messan. Cap. 8.
 „ gloss. 3. n. 11. et Decis. Regn. Sicil. 14. n. 12.
 „ Carpzov. lib. 5. resp. Elect. tit. 4. resp. 30. n.
 „ 5. Mev. ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 10. art. 6. n.
 „ 34. Carol. de Mean ad Jus Leod: p. 3. obs. 349.
 „ n. 7. Conf. optimé Tondut. Civil Cap. 69. n. 20.
 „ 21. 22. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 41.

§. 23.

No n. 27. até 30 figura Wesel outra hypothe-
 se „ Rursus, maritus ante matrimonium mercatus
 „ fuit fundum, hac lege ut venditori liceret, res-
 „ tituto pretio, eundem redimere, paulo post
 „ nuptias contraxit, eamque facultatem redimendi
 „ certo pretio à venditore emit; eritne hic fundus
 „ communis? Itá existimarunt Cassan. d. rubr. 4.
 „ §. 2. Geurb. ad Messan. d. gloss. 3. n. 13, quasi
 „ hæc sit secunda emptio ex augmentatione pretii.
 „ L. 72. §. Paulus ff. de Contrah. empt. Quorum
 „ sententiam recte reprehendit Tiraquell. de Re-

„ tract. ad fin. tit. a n. 165. Alii docent, fundum
 „ pro rata prioris pretii ad solum maritum perti-
 „ nere; pro rata autem pretii pro facultate redi-
 „ mendi dati, commune esse utrique Conjugi, in-
 „ ter quos idem Tiraquell. n. 170. Maynard. lib.
 „ 5. Decis. Tholosæ 64. n. 6. Sande lib. 2. tit. 5.
 „ Def. 3.

„ Verum, quod pace virorum eruditissimorum
 „ dicere liceat, in eo admodum hallucinati sunt.
 „ Etenim ex priori illo contractu totus fundus ad
 „ maritum pertinuit, etiamsi, restituto pretio,
 „ venditio resolvi potuerit: nec erogata pecunia
 „ propriè adjecta est pretio istius fundi, nedum ea
 „ pars fundi empta, sed tantum pecuniæ parum
 „ datum est pro jure, et facultate redimendi, quæ
 „ ipsa solummodo empta, non etiam res, quæ
 „ jam erat *Emptoris*. Quid enim si venditor jure
 „ suo ad redimendum fundum intra constitutum
 „ tempus non utatur? Utique condicto pretio ab
 „ initio mariti fuisset. Quod si interea maritus
 „ eventum hujus rei expectare noluerit, verum, fir-
 „ mandi juris sui gratia, venditoris facultatem
 „ occluserit, non movetur per hoc, vel novatur
 „ prior contractus, qui nè moveatur redempta est
 „ causa per pecuniam. Igitur hoc negotium non
 „ alterius considerationis est, quam si in res pro-
 „ prias mariti aliquid stante matrimonio expensum,
 „ reparatum, vel melioratum sit. Dixerim ergo in-
 „ tegrum hunc fundum ad maritum pertinere, uxo-
 „ ri autem refundendum semissem pecuniæ, pro
 „ eximenda illa conditione redemptiva datæ. Ar-
 „ gentr. d. gl. 3. n. 8. 15. Charond. en ses me-
 „ mor. observ. verb. acquæstus, Berault sur Nor-
 „ mand. art. 329. §. Constant le mariage. Conf.
 „ Voet. ad Pand. lib. 23. ti. 4. sub. n. 41. et 42. ”

§. 24.

Quid se hum dos Conjuges, antes do matrimonio, comprou hum predio com lesão enorme; e, sendo accionado constante o matrimonio, elege restituir ao vendedor, e supprir-lhe o justo preço, para ficar com o predio; se isto he huma nova aquisição do mesmo predio, para ficar communicado á mulher? O mesmo Wesel. desde o n. 31. depois de propôr esta questão, e referir a opinião de Casan, que reputou nova aquisição, prosegue resolvendo n. 32. ut ibi =

„ Quamquam enim ubi venditor ex dicta Constitutione (L. 2. Cod. de rescind. vend.) agit, „ rescissio principaliter in obligatione est, facultas „ tamen supplendi quod justo pretio deest, emptori lege datur. Emptio nanque justa est, et perfecta, ex eaque factus dominus rei ipse emptor, „ ut eam a se invito avelli leges non permittant. „ Si quid est in eo negotio vitii, non in ipso contractu est; itaque rescindi non debet emptore invito; sed in pretio, quod idcirco satis est supplisse usque ad justum. ag. d. L. 2. L. 8. Cod. eod. tit. Counan. lib. 7. Comment. Cap. 9. n. 10. Donell. ad d. L. Cod. n. 40. Giphian. ad eand „ Leg., Pinell. ad. d. L. 2. p. 3. Cap. 3. Covarruv. lib. 2. var. Cap. 4. n. 14. Gomez lib. 2. var. „ Cap. 2. n. 22. Castilh. lib. 2. Controv. Cap. 8. „ n. 9. Perez ad Tit. Cod. de rescind. vend. n. 9.

„ Itaque quod per modum supplementi fit, non „ facit id novum contractum à tempore istius supplementi, sed retrofactum confirmat. Igitur in „ eadem causa res erit, ac si stante Matrimonio „ pendatur pretii pars fundi ante nuptias empti, „ cujus semis alteri Conjugi erit refundendus pro-

„ prietate apud maritum manente , ut dictum su-
 „ pra. Tiraquell. d. tr. §. 32. verb. acquæstus gloss.
 „ 1. a n. 56. Argentr. d. gloss. 3. n. 6. Boguet. d.
 „ tit. 13. des Reachapts §. 8. n. 11. Godefroy. Sur
 „ le Normande art. 329. y. Constant le mariage.
 „ Mevius d. art. 6. n. 36.”

§. 25.

Pelo contrario (continúa Wesel. tr. 2. n. 34.)
 „ Si maritus fundum suum ante matrimonium , vel
 „ eo stante vendiderit ; deinde ex causa enormis
 „ læsionis , doli , metus etc. adversus istam vendi-
 „ tionem restitutus fuerit , eundemque fundum re-
 „ cuperaverit , non erit hic fundus communis , sed
 „ mariti proprius. Et si pretium ab Emptore rece-
 „ ptum , arcæque communi illatum , maritus facta
 „ rescissione reddiderit , non tenetur uxori refunde-
 „ re semissem ejus , cum non plus etulerit arcæ ,
 „ quam intulerat. Tiraq. d. Loc. Augentr. d. Loc.
 „ gloss. 2. n. 18. Choppin. ad LL. And. lib. 3. tit.
 „ 8. Cap. 2. n. 5. Delommeau lib. 2. Jurispr. Franc.
 „ art. 290. Boguet. d. Loc. n. 12. Mev. d. n. 26.
 „ D. Mathæus d. Paræm. 3. n. 12. Confira-se Peg.
 tom. 7. ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 9. n. 82. Tondut.
 Civil. Cap. 69. n. 17, e 18. ubi optime. Voet. ad
 Pand. lib. 23. tit. 4. n. 41. et n. 42.

§. 26.

*Quando soluto o matrimonio se reivindicão os
 bens comprados.*

Se o marido , constante o matrimonio , com di-
 nheiro commum comprou como livre hum predio ,

que depois da sua morte foi reivindicado; Se o reivindicante restitue o preço, pertence a metade á mulher. Vej. Peg. tom. 7. ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 126, 149, 165, 166, 167, 168 et n. 190.

§. 27.

Vestidos comprados.

Quanto aos vestidos comprados, constante o matrimonio: Eis-aqui o discurso de Wesel. d. tr. 2. Cap. 2. n. 45, 46, 47. ibi = „ Multorum consue-
 „ tudinibus definitum est, utriusque vestes, et or-
 „ namenta cujusque corpus sequi Transisulani p. 2.
 „ t. 2. art. 16. Tilenses t. 5. art. 21. Alii vero nul-
 „ la facta maritalium vestium mentione, vestes,
 „ annulos aliaque ornamenta uxori constante matri-
 „ monio empta, dum nè conditionem mariti exce-
 „ dant, uxori propria faciunt. Antuerpienses tit. 41.
 „ n. 53. Bergizomii tit. 14. art. 32. Apud nos (Ul-
 „ trajectinos) soluto matrimonio superstes Conjux
 „ beneficio statuti præcipit, præter alias res, ves-
 „ titum, et amictum, cæteraque ad suum corpus
 „ spectantia, enarrata rubr. 24. Reliqua, et quæ
 „ ad defuncti Corpus attinuerunt, constantis ma-
 „ trimonii quæstus sunt, demidiatim dividuus.”
 Vej. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 34.

Sobre este §. 27. quanto ao que se tem se-
 guido no nosso Reino, Vejão-se Peg. tom. 7.
 ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 9. a n. 78. Guerreir.
 tr. 1. lib. 1. Cap. 10. a n. 94. cum seqq.

ARTIGO II.

Quaes vendas feitas, constante o Matrimonio, se reputão, ou não adquiridos.

§. 28.

Se he adquirido, e commum o predio comprado com o dinheiro d'outro vendido.

Vende-se, constante o Matrimonio, hum predio do marido, ou mulher, e emprega-se o dinheiro em outro predio: Duvida-se, se o de novo comprado fica subrogado? O Dr. Matheus Parem. 3. n. 13. sustentou que sim: Porém Wesel. tr. 2. Cap. 2. a n. 48. o convence demonstrativamente; e por fim vem a concluir no n. 49. ut ibi. =

„ Inde omnino sequitur, si maritus fundum
 „ suum, vel uxoris vendidit, pretioque alium com-
 „ paravit; hunc fundum constantis matrimonii ac-
 „ quisitionem esse, pretium autem profectitium so-
 „ luto matrimonio refundendum esse ei, cujus res
 „ venit. Argentr. d. art. 418. gl. 1. n. 3 Choppin.
 „ de Mor. Paris. lib. 1. tit. 1. n. 24. Guttier. lib.
 „ 2. practicar. q. 117. Monarc. ad L. resque ff. de
 „ Jur. dot. et ad L. 12. Cod. eod. tit. Coquill. Sur
 „ Nivern. tit. des droites de gens mar. art. 31.
 „ Christin. ad LL. Melchin. tit. 16. art. 34. n. 9.
 „ Grot. lib. 2. Izag. p. 12. San. d. Def. 3. Mev.
 „ ad Jus. Lub. d. art. 6. n. 41, 42. Confira-se Voet.
 „ ad Pand. lib. 24. tit. 4. sub n. 35.

„ Id quod expressim sancitum est apud An-
 „ tuerpienses tit. 41. art. 72. Gandenses p. 4. rubr.
 „ 25. art. 7. et 28. Parisienses art. 232.: Confira-se
 „ Cald. de Renov. q. 3. a n. 16 et 17; aonde não

„ só mostra que o preço , producto da cousa ven-
 „ dida , não succede em lugar da cousa vendida ;
 „ mas nem ainda o que se compra com o preço de
 „ huma cousa vendida succede em lugar desta ,
 „ quando assim se não expressa na compra.

§. 29.

Quid se o marido vender hum predio da mu-
 lher ; mas, não recebendo o preço , estipulou do com-
 prador hum Juro annuo ; Se este juro aliàs vantagio-
 so , soluto o matrimonio , fica proprio da mulher ?
 O mesmo Wesel. n. 51. com Choppin. e Christin.
 diz que sim : mas no n. 52. defende justamente o
 contrario : E depois das suas razões conclue „ Cum
 „ ergo muliebris fundi pretium semel ivit in cre-
 „ ditum ; ex eo parta non retinent naturam quali-
 „ tatemque fundi ; ut hoc casu idem cum priori
 „ (§. 28.) sit respondendum. Argentr. d. gloss. 2.
 „ n. 1. Andreol. Controv. for. 130. n. 2.

§. 30.

Se porém o marido , vendendo hum predio da
 mulher , e comprando outro com o preço d'elle , de-
 clarar que quer fique subrogado em lugar do ven-
 dido , he sem dúvida que fica proprio da mulher.
 Assim o mesmo Wesel. n. 53 et 54, citando Boer.
 Argentr. , Monarc. , Boguet. , Coquille , e outros.
 Confirma-se o citado Cald. de Renov. q. 3. n. 16. : Se
 porém bastão conjecturas desta vontade do marido
 Vej. eund. Cald. n. 14 et 15.

A R T I G O III.

Quando a permutação de bens, constante o matrimonio, se connumera, ou não entre os adquiridos.

§. 31.

O predio recebido em troca fica subrogado.

Se o marido, constante o matrimonio, permuta hum predio da mulher allodial com outro da mesma natureza, he sem dúvida que o recebido em permutação fica da mulher; ou o marido declare, ou não declare que o permuta para a mulher: Assim com Boer. Tiraquell. Argentr. Suarez, Chopin. Gutierrez, Coquille, Geurb., Sande, Mevio, e outros muitos DD., e com os Estatutos Ruremundenses, Gandenses, Bellenses, Dendermundenses, Wesel. d. tr. 2. Cap. 2. a n. 55. Confirma-se Caldas supra n. 19: mas o contrario defende melhor Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 35.

Nota: Confirma-se o simile, de quo Pinheir. de Testam. disp. 4. Sect. 8. §. 12. n. 1365: Mas o Cod. Civ. dos Francezes §. 1404. segue a opinião de Wesel. e Caldas.

§. 32.

Aliter sendo emphyteutico o recebido

Se porém o marido trocou hum fundo allodial da mulher por hum feudal ou Emphyteutico,

que recebêo , e neste se investio , abandonada a mulher? Neste caso diz o citado Wesel. n. 58. ibi =
 „ Jam certè permutatio naturam feudi invertere
 „ nequibit , quod marito cedit Investito ; uxori au-
 „ tem æstimatione feudi satisfiet. Charond. et
 „ Trouçon. sur Pariz art. 143. Delommeau en sa
 „ jurisprud. Franc. lib. 2. art. 273. Argentr. d.
 „ gl. 2. n. 1. 2. Carpzov. p. 2. Const. 12. Def. 1.
 „ (Conf. supra §. 17.) Vid. Voet. S.^a n. 36. ”

§. 33.

Quid se houver reposição de preço para igualar a troca?

A regra do §. 31. procede , ainda quando para igualar o contracto se reponha dinheiro commum ; porque nem ainda a parte do predio recebido , proporcionada ao preço desembolsado , se deve retalhar e dividir para se dizer commua e partivel ; mas só o fica o dinheiro commum , que se empregou nessa vantajosa troca : Assim Wesel. supra n. 59.

§. 34.

Só resta aqui a dúvida ; Se o dinheiro desembolsado excede o valor da cousa ? O mesmo Wesel. n. 60, 61, 62 ; responde „ In eo mentem contra-
 „ hentium esse spectandam. Si constat quem con-
 „ tractum inire voluerint , vel quem principaliter
 „ intenderint , pro eo judicandum : ut si a permu-
 „ tatione incæperint , licet pretium in Supplemen-
 „ tum veri pretii excesserit rem datam , judicanda
 „ sit permutatio. L. 6. §. 1. ff. de Act. empt. Sin
 „ dubia fuerit intentio , aut de ea non constet ,

„ contractus judicandus sit ex eo quod præponde-
 „ rat. Alii prævalentiam præcisè attendendam au-
 „ tumant, ut si pretium excedat valorem rei, sit
 „ emptio venditio; si vero ipsa res excedat valo-
 „ rem pretii permutatio sit. Tiraquell. de Retract.
 „ §. 30. gl. 1. n. 9. Cyriac. Contr. 375. n. 1. Perez
 „ in Cod. de rer. permut. n. 6. cui consonat Pari-
 „ siensium Statutum art. 145. Apud Burdegalenses,
 „ si res una cum pecunia permutata non æquipol-
 „ leat trienti pretii alterius rei compermutatæ, ven-
 „ ditio censetur; si verò trientem superet, nomen,
 „ et effectum permutationis retinet etc.

Confirção-se Silv. ad Ord. lib. 4. tit. 1. in
 rubr. art. 3. a n. 21. aonde largamente, e por
 diversas Conclusões com grande apparatus de
 DD. explica e distingue, quando em taes ca-
 sos se deva capitular permutação ou venda.

A R T I G O IV.

*Quando se repute adquirido o que provém por
 Transacção.*

§. 35.

Tondut. Civil. Cap. 69. com outros, e com to-
 da a simplicidade sem distincção diz no n. 19. ut
 ibi = „ De bonis ante matrimonium quæsitis, fa-
 „ cta transactione, mediante pecunia, sola pecunia
 „ incidit in communionem, non autem bona trans-
 „ actione quæsitæ; non enim omnis acquisitio com-
 „ municatur inter virum et uxorem, sed solum ea,
 „ quæ fit constante matrimonio, et non dependet
 „ à jure jam alteri eorum ante matrimonium quæsi-
 „ to. „

Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 40., se remette a Wesel. de Connubial. bonor. Societ. tract. 2. Cap. 2. a n. 63. ad 72. Com effeito Wesel. neste lugar tracta a Questão prolixamente: Em primeiro lugar faz esta distincção com alguns DD.: Ou o direito, que a Transacção suffocou era assás duvidoso, ou não havia justiça para seguir a demanda. *Si prius*, só se reputa adquirido o dinheiro, que se dêo para dimittir ao Adversario, que cedeu da reivindicação, e para o Conjuge ficar possuindo o que se lhe demandava: *Si secundum*, fica ao Conjuge sobrevivivo salva a acção de mostrar a nenhuma justiça por titulos, e Documentos em ordem a se transtornar a cousa, como realmente adquirida de novo. Reprova Wesel. a n. 65. esta distincção; opondo-se a que o Conjuge sobrevivivo não póde para tal fim suscitar o litigio perimido.

Distingue com outros no n. 66. o caso: Se o Conjuge he Agente ou Paciente, A. ou R.: Se he Agente, e dá ao Réo possuidor dinheiro para recuperar a cousa reivindicanda, fica propriamente adquirido, e não só o preço, que dá: Se he Réo paciente, e dá ao Agente dinheiro para remir a vexação, e ficar pacifico possuidor, só se reputa adquirido o dinheiro, e não a cousa, que já antes possuia: Nisto se vem a conformar com a doutrina de Tonduto.

No n. 69. distingue o caso de se dar ao Agente tanto dinheiro, que quasi equivalle á cousa demandada; e neste caso reputa compra paliada com o nome de Transacção, para em consequencia ficar a cousa propriamente adquirida; e o caso de dar ao Adversario pouco dinheiro, e então só este he adquirido, e não a cousa transaccionada.

Nota : Todas estas distincções essencialmente se comprovão com as que sobre a natureza da Transacção fazem Olea de Cess. jur. tit. 6. q. 7. a n. 4. Valeron. de Transact. tit. 5. q. 4. n. 8. Confirma-se tambem Urceol. de Transact. q. 78.: Eo simile , de quo Idem Urceol. for. Cap. 100. tot., cujas regras são aqui bem applicaveis.

ARTIGO V.

Constituição de Censos , Emprazamentos , o que se obtem por prescrição , constante o Matrimónio , ou por Sentença originada de causa antecedente ao Matrimónio.

§. 36.

„ Alter Conjux rem suam in censum , vel redditum dedit , non erit hic census , vel redditus alteri communicandus , sed ejus est cujus res erat : Producitur enim hic census vel redditus ab immediata causa rei immobilis , quæ alterius propria fuit. Tiraquell... Cassan. ad Cons. Burgund. Argentr.... Boguet.... D. Mathæus... Idem dicendum , si fundum in feudum , vel Emphyteusim alteri concesserit , non communicari jus Dominicum. Illud enim jus superest ex fundo , qui totus ejus erat ; igitur et residuum ejus remanebit. ” Ita Wesel. tr. 2. Cap. 2. a n. 73 ad 77. Conf. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. sub n. 42.

§. 37.

„ Si maritus ante matrimonium usucapere cæ-

„ perit , in matrimonio autem consummaverit , non
 „ communicabitur uxori , quod usucaptum est. Usu-
 „ captum enim est tanquam mariti proprium , at-
 „ que illata sors , quæque ejus quoque mansisset ,
 „ si nullum intercessisset matrimonium. Initium
 „ nanque in usucapione spectamus , cum usucapio
 „ sit continui et successivi temporis , et continuatæ
 „ possessionis ex titulo , quem solus maritus ha-
 „ buit. Covaorruv. de Matrim.... Didac. Perez...
 „ Argentr... Boguet... Godefroy... Garcia de Ex-
 „ pens.... et de Acquæst.... Carol. Mean. ad Jus
 „ Leod... Joann. a Someren. de Jur. Noverc... Pla-
 „ né , si contractis nuptiis , et inchoata , et finita
 „ sit præscriptio non dubitandum , quin quæstus sit :
 „ Usucapio siquidem definitur acquisitio domini
 „ per lapsum temporis , Argentr... Godefroy... Fer-
 „ ron... Tiraquell... D. Mathæus etc. : Ita Wesel.
 „ S." n. 77. 78. Confira-se Voet. ad Pand. lib. 23.
 tit. 4. sub n. 39.

Nota : Confira-se o Simile de quo Pinheir.
 de Testament. Disp. 4. Sect. 8. §. 12. a n. 1366.
 com os mais DD. que cita.

§. 38.

„ Maritus stante priori matrimonio litigavit
 „ super fundo , ab adversario possesso , nuptiis mor-
 „ te uxoris diremptis aggreditur novas ; in secundo
 „ matrimonio Lis Sententia Judicis definitur , fun-
 „ dusque marito adjudicatur , non erit hic fundus
 „ communis : non enim ex Sententia jus oritur no-
 „ vum , sed quod antea in bonis nostris erat , per
 „ Judicem confirmatur , declaraturque jam olim ad
 „ nos pertinuisse. L. 8. §. 4. ff. si servit vindic. Gar-
 „ cia de Acquæst. a n. 190. Geurb... D. Someren...

„ etc. * Quod si adjudicatio facta sit cum fru-
 „ ctibus totius temporis a Lite contestata ad exe-
 „ cutionem sententiæ? Non malé facturi videmur,
 „ si fructus ad secundas usque nuptias debitos, so-
 „ li marito, liberisque prioris thori addicamus:
 „ qui verò cæperunt deberi post iteratas nuptias se-
 „ cundæ quoque uxori communicemus: Cum enim
 „ sententia fingat fundum retro in bonis mariti
 „ fuisse, non arcebitur secunda uxor nisi ab iis fru-
 „ ctibus, qui extra suam societatem debebantur;
 „ post eam contractam debiti, sui temporis acqui-
 „ situm sunt. Quæ etiam vergere videtur Garcia d.
 „ Loc. n. 193., 194., 195. Escobar de Ratiocin.
 „ in Computat. Cap. 9. Geurb. etc. ad omnia Voet.
 „ ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 40.

* Confirção-se os DD. que citei no meu
 Tract. dos Morgados Cap. 6. §. 2. Cost. de
 Retrotr. Cap. 7. a n. 18. Sabell. §. Pæna
 sub n. 39.

A R T I G O VI.

*Heranças, Legados, e Doações provenientes, cons-
 tante o matrimonio.*

§. 39.

*Quanto às Successões abintestato, ou em
 testamento.*

„ Non raró Contrahentes post pactam quæs-
 „ tus communionem confestim adjiciunt clausulam
 „ = Quod hæreditate vel Successione deferetur,
 „ quæstus nomine non comprehenditur = Videat-

mus an non hæreditates, etiam citra hanc stipulationem, quæstus communioni eximantur. Juris-Consult. Paulus in L. 8. ff. Pro soc. quæstum definit, qui ex opera cujusque descendit, puta quæ Labore, arte, solertia, parcimonia, industria parta sunt.; quæ omnia de obventis testamento vel Lege deferente Successionem prædicari nequeunt. Indé certatim nostri DD. tradunt hæreditatem in quæstu non esse. Grot ... Coren ... Sande ... Zypæus ... Everhard ... Someren ... Quod et multorum locorum Statutis definitum est; Uti apud nostrates Ultrajectinos Stat. Civic. Rubr. 23 art. 4. Transisulanos p. 2. tit. 2. §. 9. Tilenses, tit. 5. art. 20.: Ita Wessel tr. 2. Cap. 2. n. 81.

§. 40.

Isto quando a Successão se defere ou abintestato; ou quando por Testamento de hum Testador, de que aliás hum dos Conjuges seria herdeiro abintestato pelo direito do sangue: (ou ainda que o não seja bastando ser consanguineo. Voet. lib. 23. tit. 4. n. 43.) *Quid verò* Se hum estranho institue herdeiro hum dos Conjuges; se esta herança he adquirido Communicavel? O mesmo Wesel. desde o n. 82. até 84., contra Mathæus Parem. 3. n. 3.º nervosamente defende que a herança, assim proveniente por Testamento de extranho a hum dos Conjuges, se deve connumerar entre os adquiridos communicaveis; o que demonstra com fundamentos, superiores a toda a réplica, que não transcrevo porque muito extensos: E depois vem a concluir no n. 84. e 85 ut ibi =

„ Inde videas Doctores, qui hæreditates cujusque proprias faciunt, passim loqui de iis,

„ quæ obventuræ alioquin fuissent successoris abin-
 „ testato. Boer . . . Sainsin . . . Argentr . . . Bo-
 „ guet . . . Bouvot . . . Duvet sur Orleans, Zurpha-
 „ nienses tit. 27. art. 7. Daventrienses . . . Onclan-
 „ di . . . Franconates Flandri . . . Welavi etc., Ex-
 „ pressim Testamentariam extraneorum munificen-
 „ tiam in quæstu ponunt Cassan ad Consuet. Bur-
 „ gund. rubr. 4. §. 2. gloss. et acquæstes. Schultez
 „ p. 1. prat. quæst. 14. n. 30. Ruremundenses d.
 „ §. 4. n. 3.: Confirma-se Voet. Supra d. n. 43.

Nota: A nossa Lei Testamentaria de 9. de Setembro de 1769. no fim do proemio reputava adquiridos, os fructos de honestos trabalhos e louvaveis merecimentos: Confirma-se Stryk. Vol. 14. Dissert. = De Hamburgensium Testamentis = Cap. 3. De bonis hæreditariis a n. 13. aonde coincide com a distincção de Weselio supra; assentando, que o que se herda ainda por titulo do consanguineo, a que aliás se havia de succeder ab intestato segundo as Leis, se reputa hereditario; o que se herda por Testamento de pessoa estranha, que captou a benevolencia do Testador, se reputa adquirido.

§. 41.

Quanto aos Legados.

„ Sunt, qui Legatum a patre aliisque ascenden-
 „ tibus relictum discriminant ab eo, quod à Colla-
 „ teralibus. Quasi illi naturæ debitum persolvant,
 „ his nullum sit naturæ debitum. Louet . . . Cha-
 „ rond . . . Choppin . . . cui consonat Jus Scoti-
 „ cum . . . Verius tamen est, non tantum ab ascen-

„ dentibus , sed generaliter ab omnibus à latere
 „ propinquis quibus ab intestato successuri eramus ,
 „ Legata , priorum , non vero quæstuum albo
 „ accensenda esse demptis solummodo legatis ab
 „ extraneo relictis. Boer ... Saenson ... Valla de
 „ Reb. dub. Boguet ... Papou ... Duret ... D.
 „ Anton. Mathæus ; ... Ruremundenses etc : Ita
 „ Wesel S.^a a n. 87. o que demonstra com bellissi-
 „ mas razões , concludindo no fim do n. 89. = Pro-
 „ indè confitendum est , idem de Legatis , quod de
 „ hæreditatibus pronuntiandum esse ; proprium
 „ nempe constituere , si a propinqua persona data
 „ sint ; quæstum autem , et adventitium Lucrum ,
 „ Si ab extranea. ”

§. 42.

Quanto as Doações.

„ 1.^a *Opinião.* Sequitur de donatis inspectio
 „ (Continua Wesel. tr. 2. Cap. 2. a n. 90). In
 „ qua non tantum DD. , sed et ipsa Supremorum
 „ Tribunalium Judicata mirum in modum inter
 „ se pugnant. Sunt qui opinantur omnes Donationes
 „ sive a parentibus , sive a consanguineis quibus-
 „ cumque hæredibus , quantumlibet præsumptis
 „ collatas , titulos esse quæstuum singulares , ex-
 „ trinsecos , et adventitios ; ideoquè utrique conju-
 „ gi communes. Argentr ... Sande ... Imbert ...
 „ Tilenses ... Pictones ... etc.

(N.^o 91.) 2.^a *Opinião.* „ Alli per contrarium
 „ universim Donationes in communionem venire
 „ negant. Coren ... Herbay ... Christin ... Buz ...
 „ Zypæus ... Rodemburg ... Didac. Perez ... Ge-
 „ urb ... Carol. de Mean ... Franconates ... Ol-
 „ mandi etc. com Sande , Fontanella , Mevio , Co-

ren Voet. ad Pand. lib; 23. tit. 4. n. 43, a menos que o Doador não declare expressamente que cedão os bens doados em beneficio da Comunidade. Cod. Civ. dos Franc. art. 1402.

(N.º 92.) 3.ª *Opinião.* „Alli veró Donationes „a parentibus in Linea recta factas, cujusque pro- „prium censent; à Collateralibus autem, vel ab „extraneis, communem quæstum. Valla... Tira- „quell... Loüet... Bacquet... Charond...: Quan- „to a tudo que dão ou dimittem os Pais. Cod. Civ. „supra art. 1403.

(N.º 93.) 4.ª *Opinião.* „Rursus alii indiscri- „minatim, et in recta, et in Laterali Linea dona- „tiones proximis abintestato successuris factas, „in priorum; extraneorum veró munificentias „solas in quæstuum numerum redigunt. Choppin... „Coquille... Delommeau... Belordeau... Berault... „Godefroy... Boguet... Monare... Tronçon... „Bouvot... Christin... Mev... Rodemburg... Ma- „thæus... Ruremundenses... Et posteriorem hanc „sententiam veriore puto.” Esta mesma opi- „nião segue com Veselio Voet. supra sub. n. 43. ubi „optime; ainda que o consanguineo não seja aliás o „herdeiro abintestato do Doador. Voet, supra.

Nota: *Quid se o Extranho declarar que a Doação se não comunique?* O mesmo Wesel. desde o n. 94. até o n. 101. confuta nervosa e fundamentalmente a 1.ª 2.ª e 3.ª opinião, sustentando a 4.ª: No n. 109. Limita a 2.ª parte da 4.ª opinião, ut ibi = Etenim in universum verum est, ut et ab extraneo facta donatio non sit communis, si donator expresse caverit nè quid de eo quod donabat alteri conjugum communicetur: Est enim in potestate donantis,

quam velit, Legem donando rei suæ adjicere L. 3. Cod. de Donat, quæ sub mod. L. 9. Cod. de Donat. Argentr. Charond ... Choppin. Papon ... Duret ... Herbay ... Geurb ... Mean. ad Jus Leod . . . Sande, D. Mathæus etc. Conf. Guerreir. tr. 2. lib. 6. Cap. 1. n. 159. (quidquid in contrarium Pon. Cap. 4. n. 9. ex Phæb. Decis. 107. n. 3.) adde Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 45.

§. 43.

Doação de Prazo por extranho.

Ainda que Vesel. de Connub. Societ. tr. 1. a n. 68. diz que o Prazo individuo doado ao marido, sendo individuo, se não communica á mulher; com tudo, (debaixo da mesma distincção) se he doado por extranho, se communica a sua estimação, como contra Wesel. resolve Voet. ad Pandect. lib. 23. tit. 4. n. 44.

Nota: Se por conjecturas constar que os Parentes de hum, fazendo Doação, contemplarão a ambos os conjuges, se presume, que a ambos se fez a Doação. Groenewegen. ad L. 19. Cod. de Donat. inter vir et uxor. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. sub n. 45. ¶. et vice-versa.

Renuncia de hum Irmão em favor de outro.

O mesmo Wesel. tr. 2. Cap. 2. a n. 102. ad 104, deixada a distincção entre a renuncia da Legitima antes de deferida, ou depois de deferida,

segue a distincção , que a gratuita feita por hum Irmão em beneficio de outro não he adquirido , *aliter* se ceder a herança por dinheiro : Vid. optime Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 37. ¶. Cui non ab-simile.

§. 44.

Doação do Principe.

„ A Principe donatum (Wesel. a n. 105.) non
 „ communicari uxori placuit Choppin... Perez. De-
 „ lomm. Id quod tum demum admiserim si sermo
 „ sit de munere personalissimo marito dato, quod
 „ nec ad Donatarii liberos, hæredesve alios proten-
 „ ditur, sed statim ab ejus obitu in corpus princi-
 „ palis Diadematis recurrit. Idem Choppin. Alio-
 „ quin nulla ratio est, cùm non a Principe dona-
 „ tum, alteri Conjugi sit communicandum. Du-
 „ ret... Bacquet... D. Mathæus... Conf. Voet. ad
 „ Pand. lib. 23. tit. 4. sub n. Nec interest. =

§. 45.

Doações no dia das Vodas.

„ Itaque, (continet Wesel. n. 108) quæ in
 „ ipsa nuptiarum festivitate ab amicis, et convivis
 „ donantur, si non appareat mens donantis, cui ex
 „ novis nuptis ea pecularia esse voluerit, communia
 „ erunt. Berlich ... Carpzov ... Moller ... Mev.
 „ ... Tulden ... Mathæus.

§. 46.

Doado pelos Padrinhos.

Huns DD. adjudicão a ambos os Pays, como a ambos adquirido as Doações que os Padrinhos fazem aos Afilhados; como referindo Geurb ... Bus ... Tulden ... Groencweg. e outros diz Wesel. n. 111. Outros fazem differença entre os moveis, ou immoveis, aquelles os adjudicão aos Pays, estes aos Afilhados; *maximé* se consta da Doação que he dado a estes: Outros absolutamente (como os Saxonios) adjudicão tudo ao Afilhado. Wesel. n. 112. 113. 114.

§. 47.

Dadiva da fortuna, invenção do Thesouro.

Que o Thesouro achado pelo marido sem distincção alguma he adquirido communicavel com a mulher o demonstrou bellamente Wesel. tr. 2. Cap. 2. a n. 115. ad 124: E qualquer outra coisa achada, e occupada que era *nullius*. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 33.

A R T I G O VII.

Adquiridos por Alluvião, Consolidação e outros semelhantes modos.

§. 48.

Adquirido por alluvião.

„ Quod alluvione accedit prædio mariti non
„ communicatur uxori, sed ejus fit, cujus fundus

„ est, cum rem sequatur: Undé non cedit fructua-
 „ rio tanquam fructus fundi etc. Wesel. tract. 2.
 „ Cap. 2. n. 125. 126. Conf. Bagn. Cap. 14. n.
 „ 326. Voet. lib. 23. tit. 4. n. 47: Porém as da-
 „ mnificações, que o reo causar, são por conta e
 „ perda do dono do predio. Voet. supra n. 49.

§. 49.

Por Consolidação do usufructo.

„ Idem judicium est Consolidati usus fructus
 „ cum proprietate L. 4. ff. de Jur. dot. Valla ...
 „ Covarruv... Gomez... Molin... Perez... Sesse..
 „ Gutierr ... Garcia ... Castilh. de usufruct. Nec
 „ ullam rationem video cur in contrariam opinio-
 „ nem secesserint Boer ... Cassan ... Ferron ...
 „ Soarez ... Quæ enim rebus alterius adjiciuntur
 „ ex natura et vi propria non fiunt utrique Conjugi
 „ Communia, non oportet id communicari, quod
 „ quis non propter societatem, sed propter rem suam
 „ acquisivit. L. 63. §. pen. ff. Pro Soc.: Wesel. S.
 „ n. 127. 128. 129. ” Mas os fructos do usufructo
 „ consolidado se communicão. Voet. ad Pand. lib. 23.
 „ tit. 4. sub. n. 32.: Tondut. Civil. Cap. 69. n. 4.
 „ Peg. tom. 7. ad ord. pag. 217. n. 82. et pag. 219.
 „ n. 88.

§. 50.

Por augmento intrinseco de valor.

„ Indé, Si stante matrimonio creverint præ-
 „ diorum nostrorum pretia, hoc augmentum intrin-
 „ secum non est in quæstu. Covarruv... Palac ...
 „ Ruv ... Gutierrez: Groennevegen. Wesel. n. 130.

Peg. tom. 7. ad Ord. pag. 219. n. 88. Bem como a diminuição, se os bens não forão estimados com estimação que induza venda. Bagn. Cap. 22. n. 8.

§. 51.

Usufructo comprado ao usufructuario.

„ Et quanquam multi ex DD. tum usumfru-
 „ ctum utrique Conjugi communem faciunt, cum
 „ non ex jure et causa proprietatis, sed emptionis
 „ titulo prædiis accessit; in continenti tamen se se
 „ explicant, ut usus fructus quidem ad propieta-
 „ tem pertineat, verùm uxori sit refundendus se-
 „ mis pretii quo redemptus est usufructus, ad ins-
 „ tar cæterarum expensarum et meliorationem in
 „ fundo alterius stante matrimonio factarum. Co-
 „ varruv ... Molin ... Garcias ... Geurb: Illud
 „ fortassé diversum jus constituet si prædium æs-
 „ timato doti datum sit, postea autem usufructus
 „ ad suam proprietatem revertatur. Cum enim æs-
 „ timatio veram faciat venditionem. L. 10. §. 4. 5.
 „ ff. de Jur. dot.; Usufructus accedet prædio non
 „ alteri conjugatorum proprio, sed utrique com-
 „ muni, communi Lucro. Molin... Perez... Fabr..
 „ Wesel. S.^a n. 132.

§ 52.

Consolidação do Prazo.

Quando o dominio util se consolida com o di-
 reito ou por Commissio, ou devolução em falta de
 parentes do Emfiteuta, não se reputa adquirido o
 mesmo dominio util, ou sua estimação; porque
 não he aquisição nova, como com Covarruv. Ar-

gentr., Valla, Choppin; Charond., Duret, Sesse, Delommeau, Garcia de acquæst; Guerb. Wesel. tract 2. Cap. 2. n. 133. (Confira-se o simile de quo Lagun. d. Fruct. p. 1. Cap. 20. n. 40.) Adde Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 38.

§. 53.

Quid se o dominio util he comprado?

Se porém a consolidação se obteve por compra do dominio util, troca, ou outro titulo oneroso; então, ou se deve communicar á mulher, ou indemnizalla com a metade do que se empregou para a aquisição do dominio util, como com Choppin, Angentr. Garcia de Conjug. acquæst., Geurb., e Mathæus Wesel. supra n. 137. Voet. supra n. 38. in fin.

A R T I G O VIII.

Fructus naturales industriaes, e Civis, e pessoas quando, e como se communicão; e dos adquiridos com o producto dos mesmos fructos.

§. 27.

Eis-aqui o discurso de Wesel. tract. 2. Cap. 2. a n. 142. ibi. = „ Quæ nascuntur ex rebus nostris, „ aut ab eisdem proveniunt, uno et communi nomine fructus appellantur. Hi si vel extent, vel „ si ex iis comparatum quid, aut acquisitum sit, „ in partem ejus admittitur Conjux, ut nihil intersit ex quibus rebus percepti sint fructus, communibus, an verò ex cujusque propriis, et receptiis: Itaque et fructus ex feudis, et fideicom-

„ missis , quæ communionem non recipiunt , red-
 „ cti , communes erunt , nisi nominatim communio-
 „ ni exempti sunt , vel in coeundis nuptiis conve-
 „ nerit , ut et fructus stante matrimonio percipien-
 „ di substantiam alterius ex Conjugibus augeant.
 „ Fructus quoque omnium eorum , quæ in matri-
 „ monio , citra communionem , cuique obvenerunt ,
 „ ut hæreditate , Legato , donatione , consolidatio-
 „ ne , et similibus modis supra a nobis enarratis ,
 „ Gomez... Muta... Geurba... Grotius...

(Et n. 145.) „ Venit et Sylva Cædua , quæ
 „ scilicet in hoc habetur , ut cæderetur , et quæ ex-
 „ cisa ex stirpibus , vel radicibus enascitur : Etiam
 „ si non renascatur nisi post longum tempus. Gar-
 „ sia... Barboz... Bus. etc.

(Et a n. 149.) „ Quantum ad fructus , non in-
 „ terest , an naturales ii sint , an Civiles. Proinde
 „ fœnus , usuræ , pensiones annuæ , quas titulo red-
 „ ditus annui , Census , Locationis , Emphyteuseos ,
 „ aut quo simili percipimus , communicantur. Sanz.
 „ de Divis. bonor. ... Anton. Mathæus. ... Reditus
 „ quoque vitalitii universi huic communioni ce-
 „ dunt... Item Salaria honoraria , stipendia , et mer-
 „ cedes , quæ maritis solvuntur. Sunt enim fructus
 „ quidem Civiles Artis , Scientiæ , opera muneris
 „ publici , quod gerimus. Palac. Ruv. , Soarez , Gu-
 „ tierr. , Gomez , Sanz. , Geurb. , Muta , D. Ma-
 „ thæus. Nec speciem rationis video , ob quam in
 „ contrarium iverit Garsias de Aequæst. n. 114. Cir-
 „ ca stipendia militaria variatum sententiis est. Hæc
 „ enim communioni eximit , maritæque soli addi-
 „ cit Sanz. d. Cap. 11. n. 9 45. Quod alii tum de-
 „ mum admittunt , si suis expensis militatum ivit
 „ maritus ; Cæterum si communibus stipendiis fue-
 „ rit , in commune ea quæsitæ esse. Palac. Ruv...

„ Suarez. . . Perez. Rectius indistinctè etiam ista stipendia communioni includemus.

(Et n. 155.) „ Quæstus enim communis est, quicumque constante matrimonio fit, nulla habita consideratione ad communes utriusque, vel alterius tantum Conjugis expensas. Quinimò vel solo mariti labore, et industria parta, legis ministerio, uxori quoque actutum communicantur, dum fortè uxor otiosa domi totos sedet dies. Itaque universalis nostratium quæstum communio non permittit, ut de militaribus stipendiis aliud dicamus, quam de cæteris lucris undecumque provenientes. Cald. ad L. Si curatorem ubi Læsis Cod. de in integr. rest. n. 90. §. Tamen apud nos: Geurb. . . Mutta etc.

Conclue no n. 156. „ Ut uno verbo plura dicam, omne illud, quod deducta et extracta cuiusque illata sorte, propriisque bonis superest, quæstum, vel superlucratum appellamus, utrinque dividuum.

Concorda em tudo isto Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 32. ibi= „ Veniunt ergo in hanc communionem quæcumque industria ac labore Conjugum, ex negotiatione, Opificio, arteficio, professione, militia armata, vel togata, muneribus, atque dignitatibus publicis quæsita sunt: quæcumque, cum nullius essent, a Coniuge alterutro occupantur. . . Ad hæc fructus naturales, industriales, Civiles, velut pensiones, et usuræ rerum ac pecuniarum utrimque ab initio illatarum, aut postea quæsitarum, ex illis causis, ex quibus ipsæ res principales, stante matrimonio obvenientes, communioni non cedunt; sive illæ simpliciter uni Coniugum obvenerint, sive cum onere fideicommissi, sive allodiales, sive feudæ.

„ les sint. Quo et pertinet Sylva Cædua; census,
 „ aut canon annuus mulctarum, pænarumque com-
 „ pendia... redditus vitalitii, metallorum utilitas,
 „ aliaque his similia, quæ sub generali fructuum
 „ appellatione comprehenduntur.

„ Quinimò, si jus usufructus alteri conjugum,
 „ vel antè nuptias vel stante matrimonio acquisi-
 „ tum sit, fructus omnes, durante matrimonio
 „ percepti ex illo usufructus jure communioni ce-
 „ dere verius est; adeo ut soluto matrimonio nihil
 „ est fructibus interim perceptis jure præcipui con-
 „ jugi fructuario superstiti retinendum aut resti-
 „ tuendum sit.

„ Et quamvis inficias eundem haud sit in casu
 „ quo alter conjugum initio matrimonii nudam re-
 „ rum quarundem proprietatem habuerit, consoli-
 „ datum constante matrimonio usum fructum com-
 „ munioni non cedere, sed soli accrescere domino
 „ proprietatis; non tamen eo minus fructus, qui
 „ stante matrimonio propter istam consolidatio-
 „ nem percipiuntur, exemplo fructuum reliquorum
 „ e re unius conjugis provenientium, communibus
 „ utriusque usibus applicandi sunt etc. etc ” : Con-
 tinúa Voet a expôr as razões desta sua Proposição):
 Sobre os fructos civis o mesmo Voet. n. 47.: E so-
 bre tudo o Cod. Civ. dos Francezes art. 1398.

A R T I G O IX.

*Se se communicão as cousas mal e illicitamente
 adquiridas consrante o Matrimonio.*

§. 55.

Eis-aqui o discurso de Wesel. tract. 2. Cap. 2.
 n. 165, 166, 167. Elle diz que, supposto Palac.
 Kkk

Rub., Diogo Segura, Diogo Perez, Suares, Pecch. de Testam. Conjug. Gratian. for. Geurb, Garcia de acquaes. disserão que o adquirido por furto, rapina, concussão, injuria ou, outra maldade, não se communica ao outro conjugé, mas he praprio do que o adquirio por algum destes mãos titulos; com tudo o mesmo Wesel. sustenta o contrario; e que esses mal adquiridos se communicão e dividem em quanto as Partes lezas ou o Fisco, o não reivindicação. Sustenta a mesma opinião de Wesel com bellas razões, arguindo erronea a contraria, Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 2. n. 69. tit. 4. n. 32.

A R T I G O X.

Como se devem dividir estes fructos assim communs (art. 8) ao tempo que o matrimonio se separa por Divorcio, ou por morte de hum dos Conjuges.

§. 56.

Diz Wesel. tract. 2. Cap. 2. a n. 157. que neste objecto varião os costumes das Nações.

„ Sunt, qui omnes universim fructus, sive naturales, sive Civiles sint, non aliàs communioni concedunt, quam si illi fructus tempore obitus à solo separati sunt; itidem circa mercedes Locutorum agrorum, non tempus conductæ solutionis, sed perceptorum fructuum, resecti nempe frumenti, vel feni, spectant: quin nec redditus ex hypotheca, vel aliis cautionibus præstandos communioni inferunt, nisi quorum integer annus decurrerit hora mortis, pro rata temporis nihil eorum computant, Transisulani... Daventrienses... Gandenses... Bellenses.

§. 57.

(N.º 158.) „ Alii communioni etiam fructus
 „ pendentes induunt, qui communi sumptu eo anno
 „ exculti sunt, quo alterniter obierit, ut viritim
 „ dividantur inter defuncti hæredes et conjugem
 „ superstitem. Choppin. ad LL. And. lib. 3. tit. 2.
 „ n. 22. Bouvet. en ses arnestes tom. 2. vbo. So-
 „ ciété quest. 34. Barboz. p. 1. L. Divortio 8. in
 „ pr. ff. sol. matr. n. 28, 29, Castilk. de usufr.
 „ Cap. 77. n. 27. Carpz. p. 3. Def. forens. Const.
 „ 32. Def. 6. et seqq. Quinimò, vel in sylvis cæ-
 „ dis ratam temporis considerant, ut si sylva sit,
 „ quæ postremo cujusque Lustris anno matura cæ-
 „ datur, moriatur autem alter sub finem tertii anni,
 „ terna quoque portio cæsorum quinquennio Li-
 „ gnorum communioni cedat. Chavond. lib. 4.
 „ resp. 38. Cod. Civ. des Franc. art. 1400.

§. 58.

(N.º 160.) „ Alii fructus naturales, qui natu-
 „ ra sui, et per se proveniunt magis, quam homi-
 „ nis industria, ut fenum, glandes, poma, pera,
 „ nuces, similesque fructus à solo nondum sepa-
 „ ratos vel perceptos, soli proprietario addicunt:
 „ industriales verò, qui opera factoque hominis
 „ indigent, licet ex ipso corpore prodeant, uti sa-
 „ ta, vineæ, et id genus alia: itemque fructus ci-
 „ viles totius anni, communes faciunt. Bituricen-
 „ ses tit. des mariages art. 23, 24, 25. et ibi Lab-
 „ bé in comm. Delommeau au d. Liv. 2. art. 239.

§. 59.

„ (N. 161.) Moribus nostris (Ultrajectinis)
 „ negotium hoc componimus secundum regulas ,
 „ quæ de usufructuarii jure sunt , et in naturalibus
 „ fructibus spectamus tempus perceptorum fructu-
 „ um , resecti frumenti , vel fæni : quod si mortis
 „ articulo non contigerit , fructus postea perceptos
 „ proprietario concedimus , refuso defuncti hæredi-
 „ bus impendiorum factorum semisse. Civiles vero
 „ fructus , fænus , usuras , pensiones item annuas ,
 „ quas titulo redditus annui , Census Locationis ,
 „ aut quo simili percipimus , pro rata temporis ,
 „ quo matrimonium stetit , communioni inferimus.
 „ Consentiant Tilenses ... Antuerpienses ... Pari-
 „ sienses. art. 231. et ibi Charond. et Tronçon etc.
 Concorda citando o mesmo art. 231. Tondut.
 Civil. Cap. 69. n. 7. com Bacquet. trait. des Droits
 de Justice Cap. 15. n. 59 : Que isto se regula pe-
 las regras do usufructo , o segue o Cod. Civ. dos
 Franc. art. 1400.

Nota : Esta ultima opinião he a que se pra-
 tica , e costuma praticar neste Reino : Morto
 hum dos Conjuges , que só sobre os aquestos
 tinham sociedade , conservando os seus domi-
 nios ; fica extincta a sociedade : Os fructos na-
 turaes , industriaes , civis , e pessoaes , que es-
 tavão vencidos , estavam *ipso jure* communica-
 dos ; e por isso partiveis os existentes por ame-
 tade ; os civis (quaes os referidos §. 54. e que
 relatão Nett. de Testam. lib. 6. tit. 17. Guer-
 reir. tr. 2. lib. 3. Cap. 7. n. 10. et 11.) se di-
 videm *pro rata temporis* : As pensões Coloni-
 cas , e Emphyteuticas devidas vulgarmente

pelo S. Miguel, se regula a partilha pela norma da L. Defuncta 95. ff. de Usufruct; que bem explica Castilh. de Usufruct. Cap. 77. n. 20.; isto he, não pelo tempo do S. Miguel, mas pelo tempo, em que o Colono colheu os fructos: As rendas das cazas pro rata temporis, Castilh. supra n. 25.: O que o Direito Romano determinou sobre a partilha dos fructos dos bens dotaes, não he applicavel neste caso. Tondut. Civil. Cap. 69. n. 9. Castilh. de usufr. Cap. 77. sub n. 28. Barboz. in L. Divortio 8. 2. p. n. 25. et 1. p. in pr. n. 28.: Confira-se sobre tudo o mesmo Tondut. Cap. 69. a n. 7. ad 15.

A R T I G O II.

Se se prezumem, ou quando adquiridos, ou proprios alguns bens, que, existindo na morte de hum dos Conjuges, não consta qual delles os levou para o Consorcio

§. 60.

» De eo ambigitur: (continua Wesel. tr. 1.
 » Cap. 2. a n. 220. ad 223.) Ipsis matrimonii
 » auspiciis repertorium bonorum utrimque illato-
 » rum confectum, in erciscunda familia non re-
 » peritur, interversum est, jamdiu est quod ma-
 » trimonium constitit, nescitur quid in quæstu,
 » quid in alterius patrimonio fuerit, utrum erit
 » præsumendum? Quidam respondent antiquum
 » patrimonium præsumi. Cassan. ad Consuet. Bur-
 » gund Ferron Duret sur Orleans ...
 » Berault sur Nomand ... Godefroy ... Verum,

„ rogo, cujus? Uterque enim contendit rem suam
 „ esse. Quare rectius alii a possessione originem
 „ tituli dijudicandam, esse consent, ut si possessio
 „ penes alterum Conjugem ante contractas nuptias
 „ fuerit, ipsius res esse præsumatur, nisi uxor pro-
 „ bet solam possessionem habuisse maritum, pro-
 „ prietatem autem stante matrimonio acquisitam
 „ fuisse. Rursum, si Conjuges constante matrimonio
 „ ad novam possessionem fundi venerunt, existi-
 „ mabimus quæsitum fundum esse, nisi alter, qui
 „ eum sui domini esse asserit, ex successionis vel
 „ simili causa possessionem provenisse doceat.
 „ Argentr ... Boguet ... D. Mathæus ...

„ Cæterum quia et possessionis possit esse in-
 „ certitudo, ea ne antè, ad alterum, an vero post
 „ nuptias ad utrumque pervenerit; idcirco et in hac
 „ dubitatione possessionem stante potius matrimo-
 „ nio quæsitam esse præsumemus. Indè videas DD.
 „ ad nostram quæstionem passim generaliter res-
 „ pondere rem in dubio quæsitam potius, quam pa-
 „ trimonialem censi. Molin. ad Cons. Paris ...
 „ Didac. Perez ... Molin. de Just. et jur. disp. 433.
 „ §. penult. Gomez ad L. 50. Taur. n. 70. Mo-
 „ narc. ad L. 8. ff. Pro Soc. Delomineau ... Gar-
 „ cias de Aquæst. n. 158. et n. 198. Uffel. ad Co-
 „ varruv. etc. Præsumendum enim quod benignius
 „ est, consuetudinique conforme. Itaque in dubio
 „ pro communione potius, quam contra eam res-
 „ pondebimus. Coren. Observ. 38. n. 66. Neostad.
 „ de Pact. antenuptial. Obs. 23. in fin. D. Someren.
 „ d. tr. Cap. 12. n. 3. etc. Confira se Voet. ad
 „ Pand. lib. 23. tit. 4. n. 31. A doutrina de Wesel.
 „ está seguida no Cod. Civ. dos Franc. art. 1399.
 „ He por tanto errada a doutrina de Peg. tom. 7. ad
 „ Ord. lib. 1. tit. 87. §. 9. n. 81. em quanto absolu-

tamente se diz que, quem allega ser adquirida neste caso alguma cousa, o deve provar.

A R T I G O XII.

Dividas, e despezas, que hum dos Conjuges antes era obrigado, e se pagarão do commum constante já o matrimonio, quando podem repetir-se pelo sobrevivivo.

§. 61.

Dividas anteriores de hum dos Conjuges.

He sem duvida que, se hum dos nossos Conjuges antes do matrimonio devia algumas dividas, que na constancia do matrimonio se pagarão do commum, huma ametade do dinheiro assim desembolsado pertence ao Conjuge, que nada devia, e nas partilhas deve ser satisfeito, e indemnizado da sua parte. Assim com muitos DD. Wesel. tract. 2. Cap. 2. n. 189. dizendo no n. 190 = „ Id moribus multarum gentium sancitum est; uti apud Parisienses... Gandenses... Dendermondenses... Antuerpienses... Ruremundenses... Bergizomios... Tilenses... Medioburgenses etc. „ Conf. Voet. ad Pand. lib. 24. tit. 3. n. 16: Entre nós assim o vemos praticado apud Valasc. Cons. 103 a n. 36. Peg. tom. 7. ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 9. sub n. 100.

§. 62.

Dote que o marido faz á filha do 1.º matrimonio.

O Dote constituido em dinheiro, que o marido,

constante o 2.^o matrimonio faz, a algum filho do 1.^o matrimonio deve imputar-se na sua meação dos adquiridos, ou indemnisar-se de ametade a 2.^a mulher nas partilhas por morte do marido, ou os herdeiros della, se morre antes do marido: Assim com Palac. Rub., Gutierr... Argentr., o nosso Pedro Barboza, Castilh., Geurba, Garcia de Acquæst. e outros. Wesel. tract. 2. Cap. 2. n. 191.

§. 63.

Quid se a madrastra juntamente com o marido fez o tal Dote? Huns o disserão nullo da sua parte, como humna indirecta Doação entre marido, e mulher: outros que, quando a madrastra com o marido faz hum Dote superior á Legitima materna da Dorada, se entende o additamento doado pela madrastra, quando não declara o contrario; e entre estes DD. Gomez in L. 50. Taur. n. 25. Barboz. L. 1. p. 4. n. 107. ff. Solut. matrim.; hem que declara Geurb. que senão renunciou o Velleiano póde recorrer a esse beneficio: Pelo costume Ultrajectino (e pelo nosso) nada obsta que a madrastra Dote a enteada: E se a madrastra espontaneamente sem seducção, dolo ou medo faz o Dote, ou concorre nelle, e claramente promette pagar o todo ou parte pelos seus bens, he válida a promessa. Ita Wesel. supra a n. 192.

§. 64.

Porém o mesmo Wesel. n. 197. conclue assim
 = „ Cæterum si noverca insimul cum marito sim-
 „ pliciter dotem promiserit, censetur illud fecisse
 „ de bonis ipsius filiæ, vel animo repetendi: Cum
 „ enim nullo juris Vinculo ad dotem privignæ

„ præstandam noverca adigatur, intelligitur honoris
 „ et solemnium potius, quam donationis, vel libe-
 „ ralitatis exercendæ causa, unâ cum marito inter-
 „ fuisse negotio, cum de dote promittenda tractare-
 „ tur: nunquam enim in dubio gratificationes à no-
 „ verca in privignum, privignamque collatas præsu-
 „ mimus, si aliam interpretationem patiatur dota-
 „ le Instrumentum. D. Someren. de Jur. Noverc...
 „ Argentr... Choppin... Anton. de Souza Decis.
 „ Lusitan. 23.

§. 65.

Adverte mais o mesmo Wesel. n. 189. ut ibi =
 „ Illud quoque admonendi sumus, privignam ipsam
 „ ex communi dotatam novercæ non restituere di-
 „ midium nummariæ dotis, sed patrem, ejusvè
 „ successores, in communem cum noverca substan-
 „ tiam tantumdem communioni reddere, atque im-
 „ putare. Noverca enim solum habet actionem pro
 „ socio ad dimidiatum nummum repetendum ab hæ-
 „ redibus mariti socii, non verò conditionem pe-
 „ cuniæ in privignam, ejusque maritum, qui do-
 „ tem receperunt, si paterna successione abstineant.
 „ Choppin... Delommeau... D. Rodemburg... Ni-
 „ si forte immodicam pecuniæ summam doti dixe-
 „ rit maritus, fraudis inde in se se contrahens sus-
 „ picionem. In simili quoque videmus, Creditori-
 „ bus nullam, dotis nomine, actionem competere
 „ adversus Liberos paternam hæreditatem repudian-
 „ tes L. fin. ff. de Collat., modo parentes tempore
 „ dotis datæ solvendo non fuerint, et in fraudem
 „ creditorum donationem fecerint, quo casu credi-
 „ toribus revocatoria actio competit. arg. L. 10.
 „ §. Si cum mulier, L. 17. §. ult. ff. quæ in fraud.
 „ Cred. D. Mathæus... Ruremundenses... Bergi-

„ zomii ... Cortracenses ... Cassetenses ... Dender-
 „ mondenses etc. Confirção-se sobre esta Limitação
 as doutrinas de Conciol. de Hæred. Solv: deb. def.
 art. 4. á n. 41.

§. 66.

Alimentos prestados aos filhas do 1.º Matrimonio.

He a Mãy obrigada a alimentar os filhos pobres : Ella caza segunda vez : O Padrasto juntamente os alimenta do commun : Neste cazo diz a L. 15. Cod. de Negot. gest. „ Si paterno affectu „ privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his ali- „ quas magistris expendisti, ejus erogationis nulla „ tibi repetitio est : quod si ut repetiturus, ea quæ „ in sumptum misisti, aliquid erogasti, negotio- „ rum gestorum tibi intentanda est actio. Verum „ (diz Wesel. supra n. 210.) recté monet Surd. de „ alim. quæst. 11. t. 6. n. 16, quem sequitur Au- „ gust. Barboz. ad d. Legem, eam esse intelligen- „ dam de Liberis, qui se ipsos alere poterant, te- „ nebanturque : at si egeni a matre erant alendi, „ nihil repetet ab iis Vitricus, cum nec illorum ne- „ gotium gestum, nec verum quidquam sit in „ illorum utilitatem. ”

„ Verum (continúa Wesel. n. 211. ao nosso „ proposito) eritnè *Vitrico* fas alimenta Liberorum „ à matre repetere ? Sunt qui ita aiunt, cum ne- „ gotium ejus utiliter gesserit, et pecunia in ejus „ utilitatem versa fuerit, eo quod Vitricus ex comu- „ ni Liberos aluerit, ad quod sola mater teneba- „ tur : illud enim onus, vel debitum stante matri- „ monio non supervenit, sed matri, vel ab ipsa „ Liberorum nativitate incubuit : Ergo ex oneris „ vetustate idem de alimentis, quod de dote pro-

„ nuntiandum esse tradunt Surd. Guttierr ... Cas-
 „ tilh... Sanz. de Divis. bonor., Garcia de Acquæst...
 „ Geurb... Cancer... Carpzov. ” Porém o mesmo
 Wesel. n. 212. diz que na sua Nação se pratica o
 contrario, imputando-se ao Padraſto o sacrificar-se
 elle mesmo voluntario ao pezo da familia da Viu-
 va, com que caza; e que, em differença do Dote,
 os alimentos prestados aos Enteados são hum onus,
 que todos os dias renasce e se consome; bem á
 maneira das bemfeitorias, que o marido faz nos bens
 da mulher, e que não existem ao tempo, em que
 o matrimonio se dissolve.

§. 67.

Quid, nos juroſ decurſos conſtante o Matrimonio.

Se hum dos Conjuges devia antes do matri-
 monio alguma divida a juro; Sendo certo, e sem
 dúvida o que fica dito no §. 61., entra a dúvida,
 se os juroſ pagos, ou devidos no tempo da duração
 do matrimonio, devem recahir sobre ambos os
 Conjuges, e serem pagos do commun, ou só da
 parte do conjugue devedor, assim como a sorte prin-
 cipal? Que do commun refere julgado Peg. tom.
 7. ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 4. a n. 263. pelos fun-
 damentos a n. 266: Porém o contrario defende, e
 refere julgado Portug. de Donat. lib. 3 Cap. 26.
 a n. 61., e Guerreir. tr. 4 lib. 5. Cap. 10. n. 48.
 pelos fundamentos da Tenção apud. eund. Peg. n.
 264, et 265.

ARTIGO XIII.

Que damnos, malversões, despesas em ebriedades, jogos, prostituições, Crimes, condemnações, e outras despesas inúteis não Lucrosas, são ou não Communs entre os Conjuges?

§. 68.

1.^a Regra geral.

„ Quemadmodum in omni societate fit , ut
 „ quæ conventa sunt de Lucro communicando, ea-
 „ dem observanda sint de damno §. Illud. 3. Inst.
 „ de Societ.; ità et contingit in societate nostra
 „ conjugali, ut si pacto dotali placuerit, Lucra ex
 „ quæstu obvenientia æqualiter communicari, da-
 „ mna quoque uterque conjugum ex æquo ferre
 „ debet. Everhard. . . Ripolit . . . Geurb . . . Chris-
 „ tin . . . Winn . . . : Ita Wesel. tr. 2. Cap. 3. n. 11.

§. 69.

2.^a Regra geral.

„ Lucrum non particulatim æstimatur, sed in
 „ summa summarum, hoc est, id demum pro Lu-
 „ cro reputatur, quod deducto omni damno, et
 „ impensis superest L. 30. ff. pro Soc: Palac. Ruv...
 „ Choppin . . . Carond. Coquille . . . Bacquet . . . Zy-
 „ pæus . . . Grot. etc. ” Wesel. supra n. 13. Moraes
 „ de Execut. lib. 6. Cap. 8. n. 64. optime Fontanella
 „ de Pact. claus. 11. gloss. un. a n. 10.

§. 70.

3.^a Regra geral.

„ Damnum non aliàs commune est, quam
 „ quod ex causa societatis et juris maritalis, non
 „ aliunde accidit arg. L. 12. ff. Pro. Soc. Coren...
 „ D. Rodenburg...etc. Wesel. supra n. 14.

§. 71.

4.^a Regra geral.

O marido, quanto ás damnificações dos bens dotaes da mulher, he responsavel pelo dolo, lata, e leve culpa. Veja-se Peg. 1. for. Cap. 3. a n. 558.

HYPOTHESES PARTICULARES.

§. 72.

Damnos fortuitos nos bens dotaes da Mulher.

Se, por exemplo, as casas dotaes perecem por incendio, ruina, ou outro caso fortuito, não faltarão DD. (fundados já na L. 22. §. 7. ff. solut. matr.; já na razão de ser o marido participante do commodo) a persuadir que a perda he commua: Porém o contrario sustenta com outros Wesel. tr. 2. Cap. 3. a n. 15. Conf. Fontanell. de Pact. nupt. claus. 5. gloss. 8. p. 7. n. 15. Limita-se porém quando o marido recebeu o fundo dotal estimado com estimação, que o transforme em venda, porque então o perigo casual he do marido. Fontanell. supra d. gloss. 13. tot. ex L. 5. et 10. Cod.

de Jur. Dot. Wesel. supra n. 20; et ad omnia plenissime Guerra ad Ord. pag. 259. cum seqq. Bagn. Cap. 22. tot. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 49.

Nota : Quando se entenda que a estimação dos bens dotaes induza venda , ou se entenda a estimação feita para regular só o seu valor , ou deterioração ao tempo que se dissolve o matrimonio : Veja-se *ex professo* , e hum por todos, Bagn. Cap. 22. tot. Em algumas Nações nunca a estimação do fundo dotal induz venda. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 4. n. 49.

§. 73.

Bens da mulher consumidos com o uso.

Semelhantemente „ Res in dotem datæ inæstimatæ , quæ usu consumuntur , et quæ naturaliter tempore finiuntur , ut puta vestes , supellectilia , ancillæ , animantia uxori pereunt : Etiam si eadem res mobiles inæstimatæ consumptæ fuerint in usu , et servitio mariti , nihil enim uxori debetur. „ Bagn. Cap. 22. n. 9 et 10 ; accrescendo n. 11 , que „ Si soluto matrimonio , constare non possit , an prædictæ res mobiles , vel semoventes datæ in dotem inæstimatæ consumptæ , vel peremptæ fuerint absque mariti culpa , tenetur maritus valorem et æstimationem solvere , si non probet ex usu , et casu fortuito , vel aliás absque ipsius mariti culpa consumpta , et perempta fuisse etc. ”

§. 74.

Gados que perecem.

Se os gados , ou qualquer animal dados em Dote inestimados perecem , se deve supprir o seu numero pelos fetos. Bagn. supra n. 12. com a L. Plerumque §. Si servi ff. de Jur. Dot. Escobar , e Gomez.

§. 75.

Culpa do marido em exigir o Dote , ou dividas activas da mulher.

Seria necessario copiar aqui Olea de Cession. jur. tit. 5. q. 12. per tot., para debaixo de varias distincções mostrar quando he , ou não responsavel o marido pela culpa de não exigir o Dote , ou não exigir as dividas activas , que se devião á mulher , ao tempo do matrimonio : Recorra-se ao mesmo Olea ; e além dos que cita , Gob. Cons. 27. Rot. ad Luc. lib. 6. de Dot. Decis. 30.

§. 76.

*Culpa imputavel ao marido senão requereu Insi-
nuação da Doação feita á mulher.*

Se o marido foi indolente em requerer a Insi-
nuação da Doação , feita á mulher , que o marido
authorisou , está responsavel , e o estão seus herdeiros pelo damno resultante á mulher. Furgol. no
Commentario á Ord. de Luiz XV. do anno de 1731
art. 28. pag. 263 , e 264.

§. 77.

Dividas que contrabe o marido.

O marido sim póde contrahir dividas , sendo cazado por contracto ; mas neste caso não he a mulher , durante o matrimonio , obrigada a pagallas pelos seus bens dotaes ; mas sómente na mesma constancia do matrimonio. Se os credores instão he obrigada a pagar ametade pela sua ametade dos adquiridos , se os ha , e nunca (exceptuados os casos , em que são obrigados os bens dotaes) pelo seu Dote. Moraes de Exec. lib. 6. Cap. 8. n. 63 et 64.

Nota : Bem entendido que , ainda que cazem por contracto com a clausula que , havendo filhos que sobrevivão , ficarão os bens communicados , ainda que haja filhos , sempre em vida da mulher conservão os seus bens a natureza de dotaes pela possibilidade de morrerem os filhos em vida della. Guerreir. for. q. 98. tot.

§. 78.

Dividas de fianças.

He bem certo pela nossa Jurisprudencia Lusitana , que as dividas contrahidas pelo marido como fiador , não ligão a mulher , ainda sendo cazados por Carta d'ametade ; e menos sendo-o por contracto. Moraes de Execut. lib. 6. Cap. 8. n. 59. junto o n. 65. in fin. E o resultado he que , se o marido não paga em vida taes dividas , recahem inteiramente em seus herdeiros : E , se as paga , durante o matrimonio , se imputão a elle , ou á sua parte dos adquiri-

dos , salva destes a meação da mulher : E , se em vida he demandado pela divida da fiança , tambem salva a sua meação dos adquiridos. Com Sanz. de divis. bonor. , Garsia de Conjug. acquæst. n. 149. Gamma , Molina , Geurba , e com alguns Estatutos de Nações Wesel. tract. 2. Cap. 3. n. 45.

§. 79.

Dissipação pelo marido em vinho , jogo , putas etc.

„ Quid si damnum (diz Wesel. d. Cap. 3. a „ n. 50.) ex Bacho , Venere , aleâ similique prodi- „ galitate , ac dissoluta mariti vita descenderit ? „ Hujus imminutionis bonorum partem uxori non „ imputari tradunt multi. Herbay rer. quotid. Cap. „ 14. Christin. ad LL. Melchin. tit. 9. art. 11. n. „ 10. Mevius ad d. lib. 1. tit. 5. a n. 7. a n. 37. „ Valasc. de Partit. Cap. 24 : Quorum sententia si „ ex regulis societatis simplicis metienda esset , ve- „ rissima deprehenderetur. arg. L. 58. ff. Pro Soc. „ in fin.

„ Verum sæpius a nobis ostensum est , titu- „ lum pro Socio nullam habere affinitatem cùm „ præceptis connubialibus , jusque obligandi uxorem „ non derivare a rerum inter Conjuges communio- „ ne , sed a potestate , et imperio maritali : Cùm „ enim mulier viro se tradidit in vitæ Societatem „ ea lege ut imperium penes virum , ipsaque ma- „ riti voluntati subjecta sit ; Consequens est , ut cul- „ pam prodigalitatís una luere teneatur uxor , quæ „ sibi imputare debet , quod talibus moribus præ- „ ditum maritum sibi suisque rebus præfecerit. Grot. „ d. p. 5. Groenneweg. ad Tit. Cod. Ne ux. pro „ marit. n. 1. Neostad. de Pact. antenupt. Obs. 9.

„ in fin. Sande d. Def. 8. Rodenburg. d. Cap. 1.
 „ n. 7. Burgund. de Evict. Cap. 34. n. 1 et 4. Peck.
 „ de Testam. Conj. lib. 2. Cap. 6. n. 5. Sanz. de
 „ Divis. bon. lib. 2. Cap. 13. n. 15. Garcia de Con-
 „ jug. acquæst. n. 66. Geurb. ad Messan. d. gl. 2. n.
 „ 22. etc. Conf. Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 2. a n.
 „ 52 et 54. Guerr. tr. 2. lib. 6. Cap. 5. n. 54. limitan-
 „ de no n. 55, 56 et 57. esta opinião et lib. 7. Cap.
 „ 8. n. 115, 118.

§. 80.

Unica providencia a que deve recorrer a mulher.

„ Ne tamen uxor (continúa Wesel. n. 54.) per de-
 „ coctorem maritum ad inopiam ducatur, occurre-
 „ re potest malæ ejus administrationi, remque ad
 „ Judicem deferre, qui causa cognita non uxoris
 „ tantum sed et suis bonis marito prodigo interdi-
 „ cit, omnemque administrationem ei adimit, illud
 „ publicando ne quisquam cum marito quidquam
 „ commercii habeat. Grot. d. p. 5. n. 41, 42. Her-
 „ hay d. Cap. 13. §. 10. Rodenburg. d. n. 7. Neo-
 „ stad. d. tract. obs. 8. in Not., Sande d. Def. 8.
 „ Groenneweg. ad pr. Inst. quib. alien. Lic. Co-
 „ quille en son Instit. tit. des Droits des maries
 „ Transisulani.... Duventrienses.... Ruremunden-
 „ ses etc. ”

§. 81.

Condenações Criminaes.

Quanto ás despesas feitas para pagamento de
 condemnações criminaes, he conforme entre os DD.
 que, sendo os Conjuges casados por contracto, só
 com a communicacão dos adquiridos, devem ser

feitas da parte do marido, e mesmo deve ser salva a meação dos adquiridos, e nas partilhas se devem imputar ao marido, e o mesmo quanto ás Custas Criminaes. Peg. tom. 7. ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 113, 121, 142, 144, 145, 156, 161, 162, 163, 164, 185, 189. Latissime Wesel. tr. 2. Cap. 3. a n. 56. Limitando esta resolução no n. 64. » Si maleficio societatis intuitu commissum sit : puta » pro conservatione bonorum communium, dum » fortè ea defendendo moderamen inculpatæ tutelæ excesserit maritus, indequè in nummariam » mulctam condemnatus fuerit ; hoc casu æquum » videtur uxorem in partem damni vocari. Palac. » Ruv... Moz... Mev. etc.

§. 82.

Crimes da mulher.

Houverão DD. a dizer que, se a mulher he por crime condemnada em alguma pena pecuniaria, se deve substar a execução até a dissolução do matrimonio. Taes forão Tiraquell. ad LL. Connub. Imbert. Charond... e Bouvot. que refere Wesel. tr. 2. Cap. 3. n. 65 : Porém elle segue n. 66, o contrario, e que, ou o marido deve soffrer a execução nos bens, ou adquiridos da mulher, ou remir a condemnação, e nas futuras partilhas imputar-se na parte da mulher.

Nota : Se os adquiridos, ou os bens do marido criminoso não bastão para satisfazer a sua condemnação Criminal ; póde a mulher requerer divisão, e separação da sua meação dos adquiridos, para lhe ser salva. Wesel. tr. 2. Cap. 3. a n. 67.

§. 83.

Condemnações pecuniarias em Causas Civeis.

Se o marido he mulctado ou em dizima, ou em custas em dobro, ou em casos semelhantes, ou em alguma pena civil convencional, esta perda he commua ao marido e mulher, como com bellas razões, e muitos DD. o mesmo Wesel. n. 70, 71, 72.

Nota: Tudo o exposto só procede quando cazão por contracto só com communicação dos adquiridos; e não quando conforme o costume do nosso Reino, e d'outras Nações com communicação universal. Stryk. us. mod. lib. 12. tit. 1. §. 58. Bochmer. ad Pand. Exerc. 70. Signir §. 35. Peg. 4. for. Cap. 48. n. 61.

§. 84.

Doações que o marido faz a Terceiros.

Temos bem clara a Ord. lib. 4. tit. 64. com a exposição de Lima: *Quid vero* se o marido, e seus herdeiros forem insolvaveis? Tem a mulher a acção Revocatoria ad *instar* da Pauliana, ou direita reivindicacão pela sua ametade contra os Donatarios. Wesel. tr. 2. Cap. 3. n. 47 et 48.

§. 85.

Dividas quando não consta, em que forão empregados os dinheiros.

Neste Reino aonde a mulher, que caza por con-

tracto, só he obrigada a ametade das dividas verdadeiras, que se provarem convertidas em sua utilidade, e só dentro dos limites da sua meação dos adquiridos (§. 77.) entra a dúvida, se o credor, que juntamente quer executar a mulher na sua parte dos adquiridos, incumbe a prova de que a divida se converteo em sua utilidade, ou se assim se presume? O nosso Maced. Dec. 24. tractou *ex professo* a questão, e sustenta que ao credor incumbe esta prova. Stryk. us. modern. Pand. lib. 12. tit. 1. §. 58. segue o mesmo, quando o matrimonio he contrahido sem communicação universal.

Nota: Como se possa provar ainda só por conjecturas esta versão em utilidade da mulher. Vid. Stryk. supra §. 66. 67. ad §. 75.

A R T I G O XIV.

*Dividas que a mulher cazada contrabe sem
authoridade do Marido.*

§. 86.

A mulher na nossa e outras Nações he como sujeita á tutela do marido; e, em consequencia, sem authoridade d'elle não póde celebrar contracto algum, nem contrahir dividas. No nosso Reino, Portug. de Donat. lib. 1. prælud. 2. §. 3. a n. 99: no de Hespanha, Portug. supra: Na Hollanda, Groeneveg. ad §. 19. Inst. de Execusat. tut., et ad Tit. Cod. qui Legit. person. n. 3. Gudelim. de Jur. noviss. lib. 1. Cap. 7. Wesel. de Connub. bon. Soc. lib. 1. Cap. 7.: Confira-se Peg. 3. for. Cap. 38 n. 22. Em outras Nações Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 2. n. 42.

§. 87.

Sendo porém a mulher proposta pelo marido a alguma negociação lucrosa ao marido, fica responsável também elle ás dividas respectivas ao Commercio, com Grot. Groeneweg., Sande, Gudel. Mevio, e outros muitos. Wesel. supra n. 27. aonde refere Estatutos Ultrajectinos, Daventrienses, Berzigomios, Transisulanos, Daventrienses, da Frigia, Tilenses, de Antuerpia, de Lovaina, os Bruggenses, Gandenses, Cortracenses, de Bruxellas etc. Confirma-se o Aresto transcripto por Peg. 3. for. Cap. 38. n. 14. e 15. et a n. 22. Guerr. tr. 2. lib. 6. Cap. 2. n. 120. Voet. ad. Pand. lib. 23. tit. 2. n. 44.

§. 88.

Em consequencia deste Principio (§. 87.) „
 „ Si mulier negociatrix pecunia egens mutuum ab
 „ alio sumat, vel pro securitate crediti sua etiam
 „ immobilia oppignoret, fidejussorias cautiones pro
 „ socio mercante præster, quanquam nec mutuum;
 „ nec hypotheca, nec fidejussio mercaturæ species
 „ sit; quia tamen sine iis vix subsistere negotiatio
 „ valet, tam ex mutuo, quam ob pignus, hypo-
 „ thecam vel fidejussionem obligabitur maritus,
 „ quia mercaturæ causa contraxit uxor. Grot...
 „ Mev... Berlich... Carpzov. .. Ita Wesel. supra
 „ n. 29. Accrescentando n. 30. „ Alienandi tamen
 „ immobilia negociatrix mulier potestatem non ha-
 „ bet, cum alienatio non pertineat ad mercimonii
 „ tractationem, illud pertineat, ut pignoribus ca-
 „ veat creditoribus alioqui non contracturis. Ber-
 „ lich... Burid... D. Rodemburg. etc. * Voet. ad
 „ Pand. lib. 23. tit. 2. sub. n. 44. omnino videndus.

§. 89.

„ Superioribus consequens est, (continua Wel-
 „ sel. d. tr. 2. Cap. 3. n. 33.) si quid uxor fines
 „ negotiationis excedens gesserit, ut si, extra ea
 „ quæ mercaturæ intuitu fiunt, fidejusserit, veluti
 „ pro conductore fundi, qui nihil ad tabernam
 „ pertinebat, vel judicatum solvi; illud omne mari-
 „ tum non obligare, tanquam in hoc a marito cons-
 „ tituta non fuerit. D. Rodenburg... Neostad. de
 „ Pact. antenupt... Mev... Cancer... Carol. de
 „ Mean. etc.” Voet. supra n. 44. y. Planè.

§. 90.

„ Contrahunt quoque nescio marito, cumque
 „ et sese obligant valide mulieres nuptæ, quate-
 „ nus quid gestum est ab iis familiæ sustentandæ
 „ ac exhibendæ causa, cæterorumque nomine, quæ
 „ eo spectant. Aliàs enim à forò rerum venalium,
 „ et à cura domestica essent arcendæ fæminæ, quo
 „ nihil absurdius et ab earum officio et genio alie-
 „ nus foret. Impossibile quoque est, mulieres per-
 „ petuo præsentia mariti esse alligatas, quam sæ-
 „ pè cura et necessitas domestica expectare non
 „ patitur, imò muliebribus nuncimoniis se miscere
 „ masculinum non est, nec conducibile: quis enim
 „ maritorum, nisi Euclio, in officinis Licitando de
 „ pretio ita disceptaret, ut mulieres solent? Qua
 „ de causa omninò dicendum, mulieres à maritis
 „ præpositas censerì administrationi rerum domesti-
 „ carum maritosque in eas istarum curam rejecis-
 „ se omnem. Grot... Groeneweg. ad Tit. Cod.
 „ Neux. promar. n. 6. Sande... Herbay... Mev...
 „ Bouvot... Carol. de Mean... Frisii... Davèn-

„ trienses ... Lovanienses... Bruxelensses etc. : Ita
 „ Wesel. tr. 2. Cap. 3. n. 37. Voet. ad Pand.
 lib. 23. tit. 2. n. 46.

§. 91.

„ Eâ re verò (continûa Wesel. n. 38.) quid
 „ comprehendatur , non liquidum semper et expe-
 „ ditum est. Sunt quorum mores solummodo lo-
 „ quuntur de supellectile , esculentis et similibus
 „ rebus ad æconomiam spectantibus , requiruntque
 „ præterea ut eâdem res in domum inariti illatæ
 „ sint , communique commodo cesserint. Transisu-
 „ lani ... Ruremundenses ... Antuerpienses ... Bru-
 „ xellenses ... Bergizomii ... Tilenses. etc. Civica
 „ nostra Ordinatio generalius statuit , nefas esse uxo-
 „ ri contrahere notabilia et magni momenti debita.
 „ Quæ autem talia sint , et quatenus eorum nomi-
 „ ne in maritum actio sit danda , imo quatenus
 „ ipsa uxor censeatur obligata ad arbitrium judicis
 „ pertinet , in cujus æstimatione veniet dignitas
 „ mariti , opes Conjugum , numerus , onusque fami-
 „ liæ. Herbay ... Sande ... Stockmans ... D. Ro-
 „ demburg. etc. Nam ut millia , aut centena aliqua
 „ mutuo sumat , quasi in familiam impensura ,
 „ nemo negabit præter mentem Legislatoris esse ,
 „ sicuti et si non necessaria emat in diem , mox ea
 „ distractura argento præsentario. Inde videas DD.
 „ adimere actionem ei qui contraxit cum pecuni-
 „ am mox perdituro. L. 8. §. Adolescens ff. man-
 „ dat. L. 8. ff. Pro empt. Gomez. Fabr. Win etc.
 Voet. ad Pand. lib. 23. tit. 2. sub n. 46.

(N. 41.) Illationem emptorum in domum
 „ mariti apud nos præcise non exigimus ; fiduciam
 „ creditorum , in contrahendo rem familiarem cu-
 „ rari , solummodo respicimus etc.

Confira-se sobre o §. 90. e 91. hum bello Ares-
to transcripto por Peg. 3. for. Cap. 38. n. 11.,
Guerr. tr. 2. lib. 6. Cap. 2. n. 121.

A R T I G O XV.

*Bemfeitorias feitas nos predios de qualquer des-
tes Conjuges; e como devão estimar-se.*

§. 92.

He certo, e sem dúvida entre os DD. " expen-
sum, melioratum, et in rem alteri Conjugi pro-
priam ex communi arca erogatum, conquisiti
titulo, et causa venire, eoque nomine alteri Con-
jugi indemnitatem esse præstandam data æstima-
tione, et refusa parte pretii. Wesel. tract. 2. Cap.
2. n. 168. Garcia de Expens. Cap. 13. n. 41. et
de acquæst. n. 73. Tondut. Civ. Cap. 69. n. 23.

§. 93.

Sobre o modo de estimar e para este fim as
bemfeitorias varião os DD. querendo huns que a
estimação se faça pelo menos, isto he, se o marido
em bens seus proprios dispendeu 10 e melhorou
20, só vem á estimação os 10 dispendidos, e não
os 20 melhorados: E pelo contrario se dispendeu
20, e só melhorou o valor de 10, só estes 10 me-
lhorados se estimão, e não os 20 dispendidos. We-
sel. supra a n. 169. Regra geral que firma Peg.
tom. 1. ad Ord. pag. 54. n. 48, 49, 50. Guerreir.
tr. 2. lib. 3. Cap. 8. a n. 57.

§. 94.

Porém na materia sujeita optimamente sustentada o mesmo Wesel. a n. 172. com genuinas razões e erro dessa distincção e conclue no n. 176.

„ Igitur nihil justius, et æquius est, quam ut nunquam inspiciamus quid impensam sit, sed maritali potestati universum patrimonii regimen relinquamus, si commodè plantaverit, si malè ædificaverit, id omne communi lucro, et damno sit; inque æstimando semper tempus soluti matrimonii spectemus: Hanc sententiam probant Chopin . . . Charond . . . Coquille . . . Monarc . . . Bouvot . . . Groenewegen . . . D. Mathæus . . . Ità judicavit Curia nostra . . . Id quod variorum Locorum statutis definitum est, ut apud Ruremundenses . . . Transisulanos . . . Daventrienses . . . Bergizomios . . . Tilenses . . . Antuerpienses. etc. Confirma-se Tondut. Civil. Cap. 69. n. 25. et 26. Veja-se Angely de Impens. et meliorat. Dotat. Art. 7.: O citado Wesel. he seguido por Voet. ad Pand. lib. 25. tit. 1. sub n. 3. Leuven. Cens. for. p. 1. lib. 1. Cap. 15.

Si ex Communi (continua Wesel. n. 179.)

„ impensum quidem, res tamen, in quas impensum est, melior facta non sit, vel si inutilis impensa deprehendatur, non est alteri Conjugi desiderandum, ut pars impensarum sibi refundatur, cum nulla melioratio extet, quæ estimari possit, et potestati maritali apud nos id datum sit, ut non tantum quæstum, sed et rem uxoris perdere, et dissipare possit etc. Voet. S.^a Sub n. 3. Anton. Mathæus Paræm. 3. n. 28. Groeneweg. ad Pand. lib. 25. tit. 1.

Sobre o mais (mas debaixo destas prenoções) quanto a bemfeitorias em bens Dotaes, veja-se ex professo o citado Angely, Garcia de Expens. Cap. 13. DD. ad Pandect. lib. 25. tit. 1.

A R T I G O XVI.

Quando a mulher, renunciando os adquiridos, pôde ou não exonerar-se das dividas, e que bens pôde levantar livres dellas.

§. 95.

Nada ha que obste a que no pacto antenupcial se convencie que a mulher não ficará obrigada ás dividas, que se contrahirem na constancia do futuro matrimonio. Ord. lib. 4. tit. 60. no fim. Moraes de Execut. lib. 6. Cap. 8. sub n. 64 : Mas por isso mesmo fica privada da porção dos adquiridos, constante o matrimonio. Moraes supra.

§. 96.

Se a Esposa por pacto antenupcial renuncia os adquiridos futuros, tambem em consequencia, e por via de regra fica isenta das dividas, que o marido contrahir, constante o matrimonio. Harprect. Disp. 80. de Renunt. acquæst. conjugal. a n. 1106.

§. 97.

Se, constante o matrimonio, renuncia a mulher os adquiridos em beneficio do marido, não se livra das dividas, que ella mesma havia contrahido an-

tes do matrimonio; e na meação delles podem seus credores fazer execução, porque não os podia prejudicar, renunciando a favor do marido os adquiridos de preterito; *aliter* renunciando os adquiridos de futuro. Olea de Cess. jur. tit. 2. q. 3. n. 23.

§. 98.

Se, dissoluto já o matrimonio, a viuva (ou seus herdeiros, morrendo ella antes do marido) renuncia os adquiridos, se livra por via de regra de todas as dividas, que o marido, constante o matrimonio, havia contrahido em seu nome proprio. Garcia de Conjugal. acquæst. n. 149 et 155. Gam. Decis. 365. n. 6. Moraes de Execut. lib. 6. Cap. 8. n. 64. Harprectr. supra a n. 1038 et a n. 1168 et 1177.

§. 99.

Porém ainda que, depois de dissoluto o matrimonio, renuncie os adquiridos não se exonera 1.^o das dividas, que ella mesma havia contrahido antes do matrimonio. Wesel. tr. 2. Cap. 3. n. 136. Harprectr. supra n. 1055 e 1070.

§. 100.

Não se exonera 2.^o das dividas, que ella mesma, e por si só contrahio, constante o matrimonio, Wesel. S.^a n. 139, ou quando já viuva. Harprectr. n. 1476.

§. 101.

Não se exonera 3.^o quando em vida do marido negociava com elle. Wesel. n. 138. Harprectr. n. 1459.

§. 102.

Não se exonera 4.º quando a divida, ainda que contrahida só pelo marido, foi toda convertida em beneficio dos seus bens dotaes. Harprectr. n. 1077.

§. 103.

Não se exonera 5.º se a mulher com o seu demasiado luxo, e prodigalidade havia estragado os bens do marido. Harprectr. n. 1317.

§. 104.

Não se exonera 6.º quando, antes da renuncia dos adquiridos, occultou bens do marido; e, se depois da renuncia os subtrahio, he responsavel por furto. Wesel. tr. 2. Cap. 3. a n. 145. Harprectr. a n. 1481.

§. 105.

Não se exonera 7.º se depois da morte do marido se immittio na posse dos bens adquiridos a título de communião, e como addindo, e acceitando os aquestos Conjugaes, exercitando nelles actos, que não podia exércitar *citra jús*, et *nomen communionis*. Harprectr. a n. 1523. Se porém ignorava as dividas, e, depois de assim acceitar os adquiridos, lhe sobreveio sciencia dellas, ainda pôde renunciallos pelo beneficio da restituição. Molin. de Just. Disp. 435. n. 5 e 6. Harprectr. a n. 1549 et 1576.

Bem como se foi illudida pelos herdeiros do marido, ou pelos credores para renunciar os adquiridos, pode reclamar a renuncia. Harpr. a n. 1574.

Não se exonera 8.º nos casos, em que a mulher pode ser obrigada ás dividas pelos seus bens dotaes.

Bens que a Viuva pode deduzir, renunciando os seus adquiridos.

§. 107.

A Viuva, ainda mesmo que renuncie os adquiridos para se livrar das dividas, (nos casos em que, renunciando aquelles, se livra destas) deduz salvos, e sem damno o seu dote, os seus bens paraphernaes, as heranças e Legados, que a ella se deixarão sem contemplação do marido (V. a §.) Harprectr. Supra a n. 1174. 1186., a n. 1209 et 1070. deduz as Doações, que o marido lhe fizesse dentro das quantias, em que valem sem insinuação. Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 4. Cap. 3. §. 50.: *Quid* se ella accusa a morte do marido, e se lhe julga alguma condemnação pecuniaria? V. Harprectr. n. 1248.

A R T I G O XVII.

Como se devem regular as partilhas dos adquiridos não renunciados.

§. 108.

O muito que miscellaneou Guerreir. tr. 2. lib. 7. Cap. 16. compendiou Wesel. de Connubial. bonor. societ. tr. 2. Cap. 3. n. 110. nestas mysteriosas palayras.

„ Jam ferme universim disseruimus , quæ ,
 „ qualiavé damna , vel utriusque communi vel al-
 „ terius peculiari patrimonio decedere debeant. Cùm
 „ ergo familiæ erciscundæ negotium tractandum
 „ venit , Communium rerum cummulo prius sub-
 „ ducendum est æs debitum. Redintegranda sunt
 „ cujusque illata , ac propria bona. Luendi reddi-
 „ tus , oneraque alterius fundo stante matrimonio
 „ imposita. Refundenda alteri ea , quorum nomine
 „ dimidiatum numum refundi debere docuimus su-
 „ pra. Superstes præcipiet illud palmarium , quod
 „ forté eventu longioris vitæ vel aliàs pactis do-
 „ talibus stipulatus est ; quod superest constantis
 „ matrimonii acquisitum est utrimque æqualiter
 „ dividendum , L. 30. ff. Pro soc. Grot ... Goris ...
 „ Sande ... Christin ... Mev ... Choppin ... De-
 „ lomeau ... Fontanell. claus. 11. gloss. un. a n.
 „ 10. Ruremundenses ... Antuerpienses ... Bruxe-
 „ lenses ... Dendermondenses ... Daventriensses ...
 „ Bergizomii ... Tilenses. etc.

Nota: O que assim he permittido á mulher
 renunciar os adquiridos para se livrar das di-
 vidas contrahidas, constante o matrimonio, não
 he permittido ao marido soluto o matrimonio.
 Wesel. de Connub. bonor. Societ. tr. 2. Cap.
 3. a n. 142. aonde refere Estatutos de varias
 Nações, que assim tambem o decidem.

E R R A T A S.

<i>Pag.</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erratas.</i>	<i>Emendas.</i>
3	25	Pinheri	Pinheiro
4	8	e Roman. po Syst.	et Roman. nov. Syst.
—	13	ad Prot	ad Grot.
—	15	Bochm	Boehmer.
6	4	depois de Cedreno	e depois delle Cedrepo
—	25	quia	quipe
8	13	o Genesis	do Genesis
13	29	Dicr.	Dier.
15	15	Decad. 56.	Decad. 36.
16	21	Doniat.	Domat.
23	11	Ap. 2.	Axiom. 2.
24	7	Ulpicano	Ulpiano
27	20	de Pæser.	Præscript.
28	5	L. 7. ff. de Bon.	L. 7. princ. ff. de Bon.
30	2	Stryke	Strykio
31	29	expostos §. . . .)	expostos §. 17.)
35	28	favores	favoris
40	23	antidorati	antidoralí
44	28	ou d'outra	ou dispondo d'outra
45	25	Oldendrop. , Scilicet	Oldendrop. in princ. form. interroganti , Scilicet ,
64	4	tenha	tinha
68	19	o mesmo	omnino
75	21	como Heineccio	com Heinecio
91	ultima	experimentaria	exprimiria
113	23	Not. . . .)	Not. 189.)
114	31	vêr-se	vê-se
—	34	vêr-se	vêm-se
115	8	a n.	a n. 8.
120	23	sufficit	sufficiet
129	9	estão pelo rigor	estão proscriptas pelo vigor
133	8	§. 15.	§. 16.
134	12	Aguesseão	Aguesseau
135	28	valere , nec	valere : nec
—	31	eam	eadem
136	14	Já ha	Já á
168	11	ereise	erciscund.
175	4	Legitimos	Legitimados

Ooo

E R R A T A S.

<i>Pag.</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erratas.</i>	<i>Emendas.</i>
231	29	simpliciter excludas.	simpliciter et absolute excludas
238	28	conduzem	conduz
241	3	Boehm.	Boehmer.
284	28	optime	optimo
—	30	pacto nihil	pacto tali nihil
285	23	al er	valer
287	28	conseantur	censeantur
304	14	pagará	passará
309	8	fideicommissum	fideicommissum contraxerit æs alienum
—	21	deliberavi	declaravi
—	33	et veniet	eveniet
316	12	aliquo verbo	aliquo alio verbo
—	21	gravat.	gravata.
323	29	donata	donatæ
324	21	potuis	potius
332	16	Loquitur	loquí
—	20	declarationis	declarationes
338	26	em cutras	em outros
341	15	seminicis	seminecis
344	11	Zoef.	Zoes.
346	25	sub §. 6.	sub §. 1.
—	26	decurrunt	occurrunt
—	ult.	institutionem	institutio
347	2	substracta	substrata
360	22	tem	sem
361	10	a luxuria	o luxu
372	15	aliquod	aliquid
—	17	abruntiare	abrenuntiare
376	24	annumerarunt	annumeraverunt
328	9	passou a estado	passou do estado
410	10	illico communicari ce- de	illico communioni quæstus cedere
428	12	Quæ etiam	Quo etiam
—	ult.	comprehenditur	comprehenditor
431	24	Conjugi	Conjugum
434	10	personalissimo	personalissime
436	27	non est	non erit
437	12	meliorationem	meliorationum
—	24	direito	directo
439	3	sunt	sint
—	24	fuerit	fecerit

E R R A T A S

<i>Pag.</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erratas.</i>	<i>Emendas.</i>
443	19	pera	pira
446	9	venerunt	venerint
—	14	Cæterim	Cæterum
463	21	nurcimonis	mercimonis
466	3	e erro	o erro