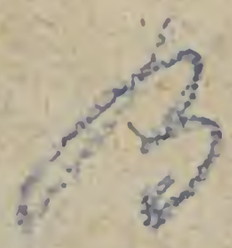
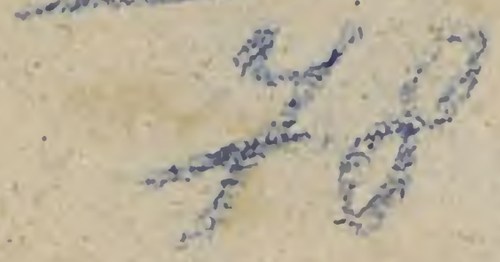




COMMENTO PORTVGVES DOS QVATRO LIVROS DA INSTITVTA DO EMPERADOR IVSTINIANO, OV BREVE RESVMO DO DIREITO CIVIL.

Com toda a doutrina, & explicaçaõ dos Textos, opinioẽs dos Doutores, limitaçoẽs, & ampliaçoẽs das regras, & combinaçõẽs do direito cõmum, & do Reyno, confirmadas com muitos lugares da ſagrada Scriptura, & ſanctos Padres, & corroboradas com varias deciſoẽs, & caſos julgados no ſupremo Senado da Caſa da Suplicaçaõ, accõmodadas com o eſtylo practico aos titulos, & §§. da Inſtituta.

DIVIDIDO EM TRES PARTES, COM EXPOSIC,AM DO QVE no direito pertence às peſſoas, ás couſas, & às acçoẽs: reſumindo na primeira as excellencias da juſtiça, origem do direito, eſtados das peſſoas, com a materia das tutorias; ſeus requiſitos, & deciſoẽs: Diuidindo na ſegunda, as couſas que eſtão no comercio dos homẽs, ou naõ: & como ſe podẽ acquirir por todos os titulos, & ſucceſſoẽs particulares, & de morgados, com varios exemplos: com o tratado das obrigaçoẽs, & acçoẽs que ellas produzem, & ſe expli caõ na terceira parte, com indices, & alphabetos muito copiolos.

DEDICADO

AO MVITO ALTO, E PODEROSO REY, E SENHOR NOSSO DOM IOAM o IV. de glorioſa memoria, & offerecido, pera diuulgarſe, à protecçaõ da Rainha N. Senhora, D. LVIZA FRANCISCA DE GVSMAÕ, Auguſtiſſima Protectora, & Regente da Monarchia Luſitana.

PRIMEIRA, E SEGVNDA PARTE.

1657

Commentado, recopilado, & compoſto
Por Raphael de Lemos de Affonſeca natural da cidade de Lisboa, Bacharel na faculdade de Leis, pella Vniuerſidade de Coimbra, & c. anno ætatis ſuæ 22.

Com as licenças neceſſarias, & com priuilegio Real, & à ſua cuſta. Por Marcel da Sylua. Anno Dñi M.DC.LVI.

A RAINHA
NOSSA SENHORA.

CEITOV ElRey N. Senhor (q̀ Deos tem em gloria) com tanta beneuolẽcia a Dedicatoria deſtes liuros, & amparou cõ tam ſingular binignidade, a impreſſaõ delles, que ficãdo entaõ approuadas, & admittidas as rezoẽs de minha cõfiãça, pudera eſta deſanimar agora, áviſta da falta de tal Mecenas, ſe na Real peſſoa de V. Magestade não conſiderara tam preſentes, aſsi as meſmas cauſas pera o patrocinio, como viua ſempre, & perpetuada a felicidade daquelle ſublime amparo. Porque (como diſſe ſentencioſamente Plataõ) ſaõ os ſceptros Reais hũas tochas aceſas, cuja luz nunca ſe apaga, & a quem na ſucceſſaõ delles ſe repreſenta, não deixa de ſe ſucceder nas obrigaçoẽs. E ſe no ſepulchro de Ioſue ſe leuantou a Imagem do Sol pera ſignificar a obediencia com que pàrou a ſuas vozes; na occaſiaõ que cõtemplo, ſe repreſentou ſeu Occidente pera renaſcer luzido, em final da felicisſima ſucceſſaõ que logramos na protecçaõ de V. Mageſtade, & em ſeu gouerno: pois ainda que as lagrimas nos acompanhem, como balanças em que ſe peza o amor dos vaſſallos

Plat. 7. *Vt vitã quã ipſi á maioribus acciſſent, vicisſim, quaſitædã ardentem poſteriſ tradãt.* Ioſue 10.

pera com o Rey ausente, testemunhaõ tambẽ a fidelidade com que veneramos o succeſſor; tendo por certo, que, pella miſericordia Diuina, paſſou a melhor vida quem tanto ſe ſoube cõformar com tam boa morte; porque eſta he deſcanço, & eternidade pera os juſtos, premio da virtude, ſocego dos trabalhos, principio de gloria, remuneraçaõ de merecimentos, ſono, & repouſo dos fauorecidos: figurado já no deſcãſo do mais amado Ioaõ, no peito de Chriſto. Seneca lhe chamou, Inuençaõ da natureza, & atè a Gentilidade a aualiou por premio dos reſtauradores do templo de Apollo em Delo. E ſendo deſta ſatisfaçaõ digna a mais ajuſtada vida, quem duuida, que naõ faltaria àquelle Reſtaurador da Monarchia Luſitana, cuja reſtituiçaõ foi milagroſa, a conſeruaçaõ feliciſſima, em quẽ ſe viraõ juntas a affabilidade reſpeitada, a modeſtia graue, a juſtiça clemente, cuja confiança foi tam cuidadoſa, a cautela tam aduirtida, a rezaõ de eſtado tam apurada; ſendo no gouerno da paz tam preuiſto, como no daguerra aſtuto, obrando tanto ſuas virtudes, como ſuas armas, & ſuſtentando a inteireza de ſeu Imperio com tanto zello da juſtiça; viueo pera todos, & morreo pera ſi, eternizãdoſe na memoria vniuerſal pera eſpelho de Princepes, no deſejo de ſeus Reynos pella lealdade dos vaſſallos. E como deſte Sol V. Mageſtade sò pòde ſer ſubſtituta,

Eccleſ. 7. *Melius eſt dies mortis, die natiuitatis.*

Pſal. 126. *Cùm dederit dilectis ſuis ſomnũ.*

Ioan. c. 13. n. 22.

Cicer. 1. Tuſculan. de Triph. & Agam.

Senec. de conſol. ad Marciam. c. 20.

Paul. 1. ad Corin. 25. *Oportet corruptibile hoc induere incorruptionẽ, & mortale hoc induere immortalitatem.*

naõ

não me fica a mim que receár, pois nunca se ocultaraõ seus rayos, nem os liuros podem temer calumnia, ou regeiçaõ, quando seu assumpto he a explicaçaõ das bases, & fundamẽtos da justiça, mysteriosamente reseruados pera sairẽ a luz, cõ o fauor de V. Mageſtade, em cuja Real pessoa a reconhecemos tam realçada, como por compendio de todas as virtudes, resumida, promettendo o zello com que V. Mageſtade se hà na administraçaõ della, a maior perpetuidade, & augmento de seu Imperio, pois da justiça se segue a segurança, como mestra da vida, origem da paz, extirpadora dos vicios, cifra das virtudes, sem a qual naõ hà gouerno, pois he alma da Republica perfeita, filha da verdade, exaltaçaõ dos Reynos, & deste, com maior rezaõ, em que a experiencia nos mostra em V. Mageſtade o mais zeloso culto della, com a prudencia, & cõstancia, em hum hyeroglifico de todas as perfeiçoẽs, tam sublimadas, com que não poderaõ jactarse mais Grecia de letras, Italia de armas, Persia de riquezas, nem todos os Reynos de Christandade, nem applaudirse Portugal mais venturoso em seu tempo, com o gouerno da serenissima Senhora D. Catherina, nem os Germanos, Lacedemonios, Trigloditas, Partos, Bohemios, Vngaros, com o de suas Rainhas; nem ficaraõ sendo mais celebres os Egypcios com o dominio de Cleopatra, os Partos com Erato,

D. Amb. in Exam. Arist. Ethi lib. 5. c. 3. *Iustitia in se virtutes continet omnes.*

Lact. lib. 3 de iust. c. 5 Polus Pitag. eodẽ tract.

Eccles. 20. n. 30. *Qui operatur iustitiã ipse exaltabitur.*

Et Prou. 20. c. 16. & c. 25. n. 5. *Et iustitia firmabitur thronus eius*

Tacit. de mori. German. Plutarch. in Licurg. Diodor. Sicul. l. 4. c. 3 Lucan. lib. 11.

Plin.lib.6. c. 29. Euſeb. hiſtor. Eccleſ. lib 1. c.17. Pier. lib. 40. Plutarch. in Cyr.

nem mais memoraueis de generoſas, Agripina, Zenobia, Phile molher de Demetrio, Pulcheria, Izabella, & Teſefila, a quem tanto louuou Pierio, de valeroſa, como Plutarcho a Tomiris; nẽ Numma Pompilio ficaria mais ſeguro, dedicãdo ſuas leis a Ageria, do que eu offerecendo eſtas à protecçaõ de V. Mageſtade, em quem veneramos todas as excellencias, recopiladas, & continuadas na felice ſucceſſaõ del Rey N. Senhor D. Affonſo VI. que Deos guarde, cujas eſperanças, tam ditoſas como ſeu nome, prometem as maiores felicidades, ſeguradas, não como a Dauid por Samuel, mas pello meſmo Chriſto ao primeiro Affonſo de Portugal, cujo ſceptro, ſendo ſemelhado à eſcada de Iacob, ſerá o mais fauorecido do Ceo, pera que dilatado ſe augmente, com a vida de V. Mageſtade felicifſimos annos.

Raphael de Lemos de Affonſeca.

AO MVITO ALTO, E PODE-roso Rey, & Senhor N.D.Ioaõ o IV. deste nome, gloria, & libertador da Monarchia Portugueza, Augustissimo Cesar no gouerno das armas, & amparo das letras.

Senhor.

MOueo tanto os animos dos Academicos, & occasionou tanto encontro de pareceres o primeiro rumor de que sahia a luz este liuro intitulado, Commento Portugues dos quatro liuros da Instituta do Emperador Iustiniano, ou, Breue resumo do direito ciuil, que por lhe segurar o applauso, que de força hauia de ir arriscado em tanta expectaçaõ, desejei que fosse o primeiro nome q̃ nelle se lesse, o de V. Magestade, como o mais amado, applaudido, & venerado de Portugal, tendo por certo, que com tam sublime amparo sò poderei apparecer em publico: que se (como diz o grande Igniacense) os Euangelistas sagrados dedicaraõ os principios de seus trabalhos ao glorioso S. Ioaõ Baptista, pera que á vista de tam Diuino nome, ficasse recomendada, & agradauel a lei da graça que explicauão; com muita rezão inuoco eu por principio da lei ciuil o soberano, & Real nome de V. Magestade, em o qual como hyeroglifico de toda a perfeiçaõ se cifraõ os dotes de fortaleza, & prudencia, que pera mayor obseruancia della se requerem, & na Real pessoa de V. Magestade reconhecemos tam qualificados.

Igniacens. serm. 3. de natiu. Baptista, ibi: Euangelistæ initia labo rũ præconi Baptistæ dedicauerunt vt videlicet authoritas tanti nomi nis prima fronte prælati totum deinceps cõmendabilius redderet Euangelium.

Bem sei, que me julgaraõ muitos por atreuido Icaro em ir buscar tam de perto a luz mais alta, pera poder sair com alg ũa, & me condemnaraõ â pena de Promotheo por furtar ao Sol os rayos pera dar lustre a esta obra; mas quem negarà que ao menos poderoso deue estar mais patente o maior amparo? ao menos valente o maior sagrado? Confesso, Senhor, minha couardia, confesso minhas poucas forças, naõ he atreuimento valerme do amparo de V. Magestade, temor, & obrigaçaõ bem nascida, si. Dos poucos annos de idade, & dos q̃ hei curjado as escholas, tomou ocasiaõ o vulgo dos criticos pera sentenciarẽ à reueria este liuro, querendo hũs tirarlhe a gloria de ser meu, outros que a não podiaõ negar, diminuindo na vtilidade, & perfeiçaõ delle; mas porque todos estes julgauaõ temerariamente âs cegas, tiueraõ escrupulo os mais entendidos, & suspendendo o juizo atè a vista, lembrandose que tiuera da Vniuersidade o tempo

o tempo que bastaua pera saber estudar, & da inclinação natural o cuidado, & applicação ás letras, desejando ver com seus olhos o que hauia sair aos de tantos, pedirão me o liuro lerão no huns todo, outros grande parte, & os que mais lerão, mais facilmente o approuarão; porem como hauia rezões pera se cuidar que approuaua o entendimento, porque o mouia o affecto da vontade, pois era conhecida a beneuolencia que deuo a estes grauissimos censores, não me deipor seguro com sua approuação contra a enueja de tantos emulos. Imploro o patrocinio de V. Magestade, a quem a enueja tem rendidas as armas de vencida, & a emulação reconhece por tam fauorecido do Ceo, como feitura sua, que a penas houue pensamento contra V. Magestade, que marauilhosamente Deos lhe não reuelasse, defendendo a conseruação de V. Magestade, a quem o mesmo Senhor escolheo pera augmento, & prosperidade desta Monarchia. Inuoco o felicissimo nome de V. Magestade, que bastará ouuido á reprimir as licenças da lingua critica, & compor o renhido motim das encontradas opinioes a que este liuro se expoem; mais effectiuamente seguro com tam sublime amparo, do que as leis que Zaleuco deu aos Loricos, & dedicou a Minerua pera buscar asylo dos zoilos, Licurgo Princepe dos Lacedemonios fingio Apollo author das que fazia, Orisis legislador do Egypto as attribuio a Mercurio, Charondas Carthaginense a Saturno, Minos Cretense a Iupiter, Numma Pompilio a Ageria, pois em V. Magestade acha a justiça seu centro, & a verdade o maior amparo; que se todos os rios nascem do mar, & tornão a elle, sendo V. Magestade este, de que procede a justiça, & elege seus ministros, conueniente cousa he, que as obras, & acçoes della busquem seu principio, pera que possão diuulgarse seguras de toda a calumnia enuejosa, que pera ser reprimida; temerá a tacita reprehensão da pessoa de V. Magestade, & temerão todos finalmente, como opinioes que são, a verdade, vendoa sahir approuada do mais nobre domicilio das sciencias proprias do Princepe, que assi veneramos em V. Magestade, tam apuradas, como em seus Reais progenitores a fama maior, que a de Alexandro tem diuulgado, pois entre muitas, & singulares virtudes, assi estimarão as letras, principalmente o senhor Rey D. Manoel de boa memoria, terceiro auò de V. Magestade, que ordenou as leis tam ajustadas, q̃ nenhum outro Reino as tem melhores, nem hauerá Imperio mais dilatado; pois no culto da justiça, entre as maiores occupaçoes das armas sempre V. Magestade a està zelando, com tanto agrado do mesmo Deos, q̃ pois elle foi juiz da causa de V. Magestade, pera o restituir a seu Reyno, toma à sua conta a victoria das armas, pois as que Voss a Magestade tem alcançado, sò do braço de Deos são ajudas, que se o mesmo Senhor fez o Rey pera que administrasse justiça, sendo V. Magestade della tam zeloso não tem que temer as armas contrarias, pois estas toma Deos pera defender o Rey justo, como tantas vezes no Texto sagrado,

Plat. in institut. de legibus cõmẽdat nẽcui liceat quæ cõposuerit aut priuatim ostẽdere, aut in publicum edere, priusquã probatissimis pr betus iudicibus.

Eccles. 1. ad locum de exeunt flumina reuertuntur, vt iterum fluant.

Prou. c. 29 Rex iustus erigit terrã, Rex qui iudicat in veritate, thronus eius in æternum firmabitur.

3. Reg. c. 10 de Salomone. Constituit te Regẽ, vt faceres iudiciũ & iustitiã Exod. 14.

com

como fez contra Pharaó, afogandoo no mar: contra os Gabaonitas, capitaneando o exercito de Iosue: contra os Assyrios no tempo del Rey Iosaphat, que ligandose contra elle os Moabitas com os de Syria; dandose todos no parecer por vencidos, venceo Deos todos os inimigos, pelejando pello Rey de justiça, como se poz em campo pellos soldados Imperiais contra os Persas, quando pelejarão debaixo da disciplina do justo Belisario: & pera que cifre tudo em hũa palaura, reprimirá a huns o respeito, a outros o excesso da grandeza, & virei eu a entrar seguro neste golfaõ do publico, porque leuo a Cesar:

Iosue 10. v. 24. ibi: Dñs enim Deus Israel pugnauit pro eo.

Apadrinhame tambem a confiança nascida da muita merce que V. Magestade sempre fez a meu pay, & a mim; & dos publicos fauores, com que, a pesar da enueja, sempre experimẽtei na beneuolencia de Vossa Magestade, firmezas do maior amparo, como ja meus ascendentes tiuerão nos Reais progenitores de Vossa Magestade, pois Gomes Martins de Lemos meu sexto auò, q̃ foi ayo do senhor Dom Affonso primeiro Duque da Serenissima Casa de Bargança, & seu irmão Fernão Gomes de Lemos Camareiro do Senhor Rey Dom Ioão o primeiro; por priuança sua entrarão nos Donatarios da Casa da Trofa, tam celebre, por antigos criados, & vassallos de Vossa Magestade, como pellos leais Portuguezes que a occuparão, fazendo tantos excessos pella patria, que deixadas todas as conueniencias, sò de Portuguezes firmes se prezarão, obrando tantas façanhas quantas os publicos testemunhos tem mostrado. E vendo eu que procedia de quem tanto se tinha auantejado nas armas, lembrandome que estas, & as letras erão â Republica igualmente vteis, & necessarias, & que Phillippo Rey de Macedonia disse, que não podia tanto hum valeroso Capitão, quanto hum Sabio, pera defender a patria; & que a Roberto Rey de Sicilia eraõ mais agradaueis as letras, que o Reyno, & que não menos engrandeceo Temistocles a patria, & Imperio Athenense por valeroso capitão, do que Solon por legislador em Grecia, não quiz que faltasse neste appellido, prerogatiua tam consideruel pera o serviço de Vossa Magestade, entregueime com amor ás letras, que a este nada he difficultoso; rompi como o filho de Cressо, a voz que o temor me tinha muda: & lendo aquelle mandato celebre do Exodo, que não conuem apparecer sem offerta, & o enojo que Saul teue dos que lhas não leuarão, & o conselho do Patriarcha Iacob quando seus filhos foraõ a Egypto, as dadiuas que a Rainha Sabâ leuou a Salamão de suas ierras, & que vir ante seu Rey sem ellas era culpa entre os Parthos, & Persas; donde vejo, que desejando hum laurador ver el Rey Cyro, por não ter q̃ lhe offerecer, lhe apresentou as maõs cheas de agoa de hũa fonte, dadiua que ao Rey foy mais agradauel, pois as do animo tem o maior preço, confiandamente logo, tirada da fonte da justiça, restituo a seu centro o que della colhi, por desejar com affectos de obrigado ter que offerecer a V. Magestade: & com

lib. 1. rerũ memorab.

Exod. 24. v. 20. Non apparebis in conspectu meo vacuus.

rezão

rezão espero luz a este primeiro parto de meu engenho, ainda que com temerosos passos, por não parecer temerario, se vay lançar aos pês de V. Magestade, pera poder leuantarse sobre as azas da Fama: fauorecendo o assumpto com V. Magestade, porque he justiça, & posto que a inteireza que V. Magestade nella guarda, & em a mandar administrar a seus vassallos, tem reduzido a praxe os mais speculatiuos estatutos della; com tudo sempre V. Magestade gostará muito de ler este liuro que lhe offereço, porque lerá nelle o que faz, & verá que he justa, & verdadeira chronica das acçoẽs de V. Magestade; que a não podem ter de mais graue estylo, que o que tem aceitado o mundo todo, pera se historiar, & applaudir; não no que faz, mas no que sempre deue fazer, & agora com mais rezão, pello exemplo de V. Magestade; cuja Real pessoa nosso Senhor guarde com as felicidades, & augmentos de Imperio, que todos seus leais vassallos desejamos.

Raphael de Lemos de Affonseca.

PRIVILEGIO.

EV ELREY faço saber aos que este Aluará virem, que Raphael de Lemos de Affonseca Bacharel na faculdade de leis, me enuiou dizer por sua petição, que elle estaua imprimindo á sua custa hum liuro que elle compuzera, intitulado, Commento áos quatro liuros da Instituta do Emperador Iustiniano, ou Breue Rejumo do direito ciuil, diuidido em tres partes; que era a segunda parte, & tinha ja impresso a primeira, no que tinha feito excessiuos gastos. E porque seria de grande prejuizo imprimirse, ou venderse o dito liuro por via de outra pessoa, me pedia lhe concedesse priuilegio pera que os ditos liuros se não pudessem imprimir, ou vender, nem vir de fora sem sua licença; & visto seu requerimento, & por lhe fazer merce; hey por bem, & me praz, que por tempo de dez annos, nenhum Impressor, Liureiro, nem outra pessoa possa nestes Reynos, & Senhorios de Portugal, imprimir vender, nem trazer de fora delle os ditos liuros acima referidos, sem sua licença; & qualquer que, durando o dito tempo de dez annos imprimir, ou vender o dito liuro nos ditos Reynos, & Senhorios, ou trouxer de fora delles sem licença do dito Raphael de Lemos, perder â pera elle todos os volumes que assi imprimir, vender, ou trouxer de fora, & alem disso encorrerá em pena de vinte cruzados, a metade pera a minha Camera, & outra pera quem o acusar. E mando âs justiças, officiais, & pessoas a que o conhecimento disto pertencer, que cumpraõ, & façaõ cumprir este Aluará, como se nelle conthem: o qual me praz, que valha, & tenha força, & vigor, posto que o effeito delle haja de durar mais de hum anno, sem embargo da Ordenação em contrario. Manoel do Couto a fez em Lisboa a seis de Abril de mil seiscentos cincoenta & seis. Iacinto Fagundes Bezerra o fez escreuer.

REY

Licença do ſupremo Cõſelho do S. Officio.

O Padre M.Fr. Antonio da Expectaçaõ Qualificador do S. Officio, veja eſte liuro,& informe com ſeu parecer. Lisboa 23. de Iulho de 1654.

Pedro da Sylua de Faria. *Franciſco Cardozo de Torneo.*
Pantaliaõ Rõiz Pacheco. *Diogo de Souſa.* *Fr. Pedro de Magalhaẽs.*

POr mandado,& cõmiſſaõ do ſupremo Conſelho da S.Inquiſiçaõ reui eſtẽ liuro, & Cõmento Portugues ſobre a Inſtituta das leys, Author Raphael de Lemos de Affonſeca; & não tem couſa algũa contra noſſa S. Fẽ Catholica,nem bons coſtumes;he digno da impreſſaõ:& eſte he meu parecer. Lisboa em o Conuento de noſſa Senhora de IESVS aos 8.de Agoſto de 1654.

Fr. Antonio da Expectação.

O Padre Doutor Fr. Adriaõ Pedro Qualificador do S.Officio veja eſte liuro, & informe com ſeu parecer. Lisboa 11.de Agoſto de 1654.

Pedro da Sylua de Faria. *Franciſco Cardoſo de Torneo.*
Diogo de Souſa. *Fr.Pedro de Magalhaẽs.*

POr mandado do ſupremo Conſelho da Inquiſiçaõ vi eſte liuro,cujo titulo he: *Commento Portugues dos quatro liuros da Inſtituta do Emperador Iuſtiniano*, Author Raphael de Lemos de Affonſeca; nelle não achei couſa contra noſſa S.Fé, ou bons coſtumes; antes muito que louuar, pois em tam verdes annos ſahio à luz com hũa obra tam madura; & aſſi me parece ſe lhe deue dar a licença que pede. Lisboa no Conuento da ſanctiſſima Trindade,em 19.de Agoſto de 1654.

O Doutor Fr. Adriaõ Pedro.

VIſtas as informaçoẽs pode-ſe imprimir eſte liuro,cujo titulo he: *Commẽto Portugues dos quatro liuros da Inſtituta*, Author Raphael de Lemos de Affonſeca; & depois de impreſſo tornará ao Conſelho pera ſe conferir cõ o original, & ſe dar licença pera correr, & ſem ella não correrà. Lisboa 20. de Agoſto de 1654.

Pedro da Sylua de Faria. *Franciſco Cardoſo de Torneo.*
Pantaliaõ Rõiz Pacheco. *Diogo de Souſa.* *Fr.Pedro de Magalhaẽs.*

Licença do Ordinario.

Pode-ſe imprimir. *Cabral*

Licença do Dezembargo do Paço.

MAnda elRey noſſo Senhor,que o Doutor Franciſco Valaſco de Gouuea Dezembargador dos aggrauos da Caſa da Suplicaçaõ, veja eſte liuro, & informe com ſeu parecer. Lisboa 19.de Mayo de 655.

D.Pedro P. *Pinheiro.* *Mattos.*

Approuaçaõ

Approuaçaõ do Doutor Franciſco Valaſco

de Gouuea, que deu eſtando reuendo por ordem de ſua Mageſtade, eſte liuro, em o tempo que falleceo.

O Doutor Franciſco Valaſco de Gouuea, Arcediago de Cerueira na Sê de Braga, Dezembargador dos aggrauos na Cala da Suplicaçaõ, Lente jubilado na Vniuerſidade de Coimbra, &c. Certifico, que vi o liuro, que tem compoſto Raphael de Lemos de Affonſeca, ſobre os da Inſtituta de direito ciuil, & me pareceo de grande engenho, & erudiçaõ, & muito proueitoſo, aſſi pera a practica, como pera a eſpeculatiua de direito: & vi tambem papeis ſeus, arrezoados, & allegaçoẽs, & conſelhos, feitos com muita noticia do meſmo direito; & o tenho por ſogeito muito digno de todo o fauor, & merce, pera continuar na ſua profiſſaõ de letras, ſem o deixarem diuertir pera outros exercicios: por quanto nellas aproueitarâ muito. De que tudo lhe paſſei a preſente de minha letra, & ſinal. Lisboa 29. de Mayo de 655.

O Doutor Franciſco Valaſco de Gouuea.

MAnda el Rey noſſo Senhor, que o Doutor Lourenço Pereira da Gama Dezembargador dos aggrauos da Caſa da Supplicaçaõ, veja eſte liuro, & informe com ſeu parecer. Lisboa 26. de Iunho de 1655.

D. P. Preſidente. Cazado. Pacheco. Mattos.

Senhor.

POr mandado de V. Mageſtade vi eſtes dous tomos, que ſobre a Inſtituta eſcreueo Raphael de Lemos de Affonſeca, & não achei nelles couſa contra as noſſas Ordenaçoẽs, ſenão muita liçaõ do direito ciuil, & erudiçaõ, muito pera eſtimar em tam poucos annos de direito, & com muita liçaõ de liuros, & outras curioſidades muito dignas de ſe ſaberem; & quem com tam pouca idade moſtrou tanta curioſidade, de crer he, que em os vindouros creſça, pera com outros liuros illuſtrar muito mais, & merecer o premio de ſeus trabalhos. E aſſi me parece que V. Mageſtade lhe deue dar licença pera os imprimir. Guarde Deos a Real peſſoa de V. Mageſtade. Lisboa 27. de Nouembro de 1655.

Lourenço da Gama Pereira.

QVe ſe poſſa imprimir eſte liuro, viſtas as licenças do S. Officio, & Ordinario, que apreſenta, & tornará a eſta meſa pera ſe taixar, & ſem iſſo não correrà. Lisboa 29. de Nouembro de 1655.

D. Pedro P. Cazado. Franciſco de Carualho. Pacheco. Mattos.

Aproua-

Approuaçaõ do Doutor Antonio de Souſa

de Tauares, fidalgo da Caſa de S. Mageſtade, Comendador da Ordem de Chriſto, Iuiz dos feitos da Coroa, & fazenda do dito ſenhor, Chancèler da ſereniſsima Caſa de Bargança, & da junta, da juſtiça, & fazenda do meſmo eſtado, &c.

ANtonio de Souſa de Tauares, pella preſente certifico, que eu vi o liuro q̃ tem compoſto Raphael de Lemos de Affonſeca natural deſta Cidade, Bacharel Legiſta na Vniuerſidade de Coimbra, intitulado, Commentarios ſobre os liuros da Inſtituta; & affirmo, que deſejando dar a tam excellente obra o deuido louuor, & ao eſtudioſiſſimo trabalho do Author, a ſeu eſtylo facil, elegante, erudito, & cheo de agradauel doutrina, a todas as faculdades ſe me offerece duuidar: *Vnde exordiar narrare, quæ nec opinanti accidunt; partim quæ perſpexi his oculis, partim quæ accepi auribus?* Neſta difficuldade de que me aproueito, por encarecimento, ainda que limitado, me parece obra digna sò de tam admirauel eſtudo, como nella ſe moſtra, & de natural tam ſobrenatural, como em ſeus annos, & idade ſe pòde conſiderar. Merece toda a benfuolencia, como approuou o Emperador Sigiſmundo quando diſſe: *Ego eos amo, quos natura, alios ante ſtare facilè voluit.* Pello que juſtamente deue eſperar grandes acreſcentamentos, & ventagẽs com que tal ſogeito mais ſe illuſtre nas eſcholas, & com que a ſeu exemplo ſe animem outros em ſua imitaçaõ. Aſſi o juro pello habito que tenho. Lisboa 4 de Iulho de 1654.

Teren. in Hecyr. act. 3. ſcen. 3.

Biſp. Ignac. in Sigiſm.

Antonio de Souſa de Tauares.

Do Dezembargador o Doutor Hieronymo de Millaõ Fregozo.

O Doutor Hieronymo de Millaõ Fregozo Lente de leys na Vniuerſidade Real de Valladolid, Dezembargador da Caſa do Porto, certifico hauer visto o liuro, que o Lecenciado Raphael de Lemos de Affonſeca tem feito ſobre os quatro da Inſtituta, & alguns pareceres em direito, de diuerſas materias, em que moſtra exceder o engenho, & talento á idade; & me parece que continuando os eſtudos de ſua faculdade, ſerá hũ grande ſugeito, & ja merecedor de todos os fauores. O que affirmo pello juramento de meu cargo. Lisboa vltimo de Mayo de 654.

O Doutor Hieronymo de Millão Fregozo.

Do Lecenciado Franciſco Lopes Henriques.

O Lecenciado Francisco Lopes Henriques, Aduogado da Caſa da Supplicaçaõ, certifico, q̃ eu vi o liuro q̃ compoz Raphael de Lemos de Affonſeca, ſobre os quatro da Inſtituta: & me parece muito douto, & proueitoſo, não sò pera os q̃ começaõ por ella; mas ainda pera o practico, & eſpeculatiuo. E do principio lhe fiz inſtancia pera q̃ o publicaſſe, & imprimiſſe, vendoo, & tendoo em poder: tambem hei viſto, & firmado algũs pareceres ſeus, allegaçoẽs, & arrezoados, com juizo, & noticia do direito: & pella experiencia q̃ tenho de ſuas letras, me parece q̃ excede os annos dellas; & q̃ he digno de ſer fauorecido pera continuar no exercicio, & profiſſaõ dellas, hora ſeja nas eſcholas, hora no ſeruiço de S. Mageſtade: & pera com eſſa demõſtraçaõ ſe aproueitar, & aproueitar mais ao publico: de que lhe paſſei eſta certidaõ, q̃ juro pello juramento de meu grao. Lisboa 20. de Maio 654.

Lecenciado Franciſco Lopes Henriques.

PROLOGO.

BEM entendo, beneuolo Leytor, hauerá muitos, que julguem por temeridade, sahir a luz com hũa obra, que alem de demandar entendimento superior ao meu, requere muitos annos de exercicio, que a mim notoriamente me faltão, não só pellos poucos que curſei nas eſcholas, & Vniuerſidade de Coimbra, theatro dos mais ſubidos engenhos; mas por eſtar ainda na flor da idade de 22. annos, com que ſe não compadece bem a experiencia, & praxi dos caſos, de que faço tanto cabedal neſta obra. Pore n o meſmo que pareçe obſtaculo à minha pretenção, vem a ſer eſtimulo pera a conſeguir: porque os muitos annos não ſaõ os que fazem os homens mais entendidos; que o Rey ſabio ſe gabou de em menor idade exceder a ſabedoria dos mais anciaõs: *Super ſenes intellexi:* antes julgou o Poeta deſterrado, que ao compaſſo dos annos fazia tambem ſeu curſo o entendimento, florecendo com os principios, & enuelhecendo com os vltimos.

Pſal. 118.

Adde quod ingenium longa rubigine læſum
Torpet, & eſt multo, quam fuit ante, minus.

Ouuid. 5. de Triſtib.

Pello que não sò fica liure de cenſura, mas he digno de louuor, quem anticipa as letras aos annos, & as obras à idade; que nem por iſſo hum jardim (a quem Auſonio chamou liuro) he menos apraſiuel pellas flores de ſuas folhas ſerem tam tenras na idade, que a penas paſſaõ á de hum dia. Acreſcento, que não perdoei a trabalho algum, antes fazendo das noites dias, & de todo o tempo eſtudo, com eſte incanſauel, procurei remir a falta do tempo: *Et tempus ſtudijs anticipare meis.* O q̃ poſſo ſegurar he, que tudo o que neſte liuro ha, he fructo de minha induſtria, que não aprendi a viuer de trabalho alheo; & aſſi digo confiadamente com o Epigramatario: *Hoc lege quod poſſis dicere iure meum eſt.* E ſe houuer algum eſcrupuloſo, antes me communique, do que ſe condemne; & ſe com tudo lhe parecer milagre, pondo todo ſeu coraçaõ em pedir a Deos luz pera aprender, não ſe apartando dos liuros, tẽdo na occupaçaõ das letras, & eſtudo todo ſeu penſamento, eu lhe prometto q̃ faça outros maiores. E ſe com tudo lhe agradar eſte primeiro parto de meu engenho, eſpero que ſerá preludio de outros mais auantejados. E ſe não faltarem criticos, ou enuejoſos, a quem deſcontente, nem por iſſo me deſconſolo, que ſemelhantes, ſem ſerem Aguias, quizeraõ examinar defeitos do Sol, & nelle foraõ deſcubrir achaques; mas nada perde a luz por peſquizada, nem a enueja a diminue, como bem diſſe o outro: *Magnanima, inuidia, virtus caret.* E ſe me taixarem de pouco verſado em ſuas Academias, & que ſem ſer inda meſtre, nem Doutorado nellas me quiz fazer compoſitor; reſpondo com Ariſtoteles, que nem as cadeiras, nem os graos fazem os Meſtres, mas a ſciencia: *Signum ſcientis eſt poſſe docere.* E ſe finalmente pôde cenſurar quem eſcreue, aquelle que não he eſcriptor, peço, que vão medindo os erros deſta obra com os acertos das que tem feito, que eſcurecendo hũa eſtrella à viſta do Sol, não lhe fica queixa, como a tem muy juſta os que querem luzir, de os quererem eclypſar os que nunca preſtaraõ pera ſair a luz. Lá Marcial em ſeu tempo ſentia iſto meſmo, quando diſſe:

Gnuid. 3. de Pont.

Sil. l. 15.

Ariſt. 1. Metaph.

Cum tua non edit, carpis mea carmina, Labi,
Carpere vel noli noſtra, vel ede tua.

Prologo.

In te conuertas oculos, qui despicis omnes,
Et te, dum cunctis detrahis, despicies.

Porem vindo ja ao particular desta obra, conthem ella huns Commentarios, sobre os quatro liuros da Instituta: inclineme mais a este intento, assi por dizer com os meus annos de principiante, como por ser o primeiro degrao pera todo o direito, sem o qual se não pôde dar passo nelle. E por me arguir a consciencia de auarẽto, se encubrisse ao mundo aquillo, que Deos nosso Senhor permittio colhesse eu de meus trabalhos, & estudos, & por esta mesma rezaõ me alarguei em algũas partes com humanidades, em outras com prouas da sagrada Scriptura, & nisto não sahi fora de meus limites; porque como a minha tençaõ era manifestar, & communicar a todos o que sei, vendo que a Iurisprudencia não sò se fundaua nas duuidas dos Textos, mas que as mesmas leys eraõ tam ajustadas aos principios, & preceitos do direito Diuino, & que era tam necessario pera quem hauia de exercitar o officio que Deos teue na terra, darlhes noticias de seus documentos; aproueiteime tambem aqui do que aprendi no tempo que estudei a sagrada Scriptura, & comecei a estudar as partes do Angelico Doutor S. Thomas; & como este liuro hauia de ir às maõs de todos, não era bem que fosse só pera os que começaõ, mas parece como justo, que o principiante achasse nelle a explicaçaõ da Instituta, o mais proueito, a duuida, & resoluçaõ do Texto, os que julgaõ, & patrocinaõ, a decisaõ, & o estylo practico, & o humanista a historia, o exemplo, & humanidade: tocãdo estes requisitos breuemente, porque com o fauor de Deos, sairà a luz muy cedo em lingua Latina hum Tratado por conclusoẽs, em que ficarà tudo oq̃ aqui referi muito illustrado. Agora sae este na nossa lingua vulgar, por rezoens, & respeitos muito justos, muito particulares, & muito conuenientes ao estudo, & aos que houuerem daqui em diante ir â Vniuersidade. Seja a primeira rezaõ o que se collige claramente, que a mim me fora mais facil escreuer em Latim; porem tendo conhecido, & visto em Coimbra, q̃ as liçoẽs da Instituta se explicão em Portugues *in voce*, sem postilla, nẽ outra cousa algũa mais q̃ a confiança da capacidade de cada qual; como os termos de direito saõ varios, & os principiantes confusos nelles, muito mal comprehendem o que se lhes explica, & querendo em casa ver por algũ Author o explicado, em Pichardo achaõ a mesma confusaõ, pois pera os mais antigos he arduo, em Minsingerio hum laberinto, & finalmente nos mais que escreueraõ em Latim, nenhum fructo: porque como se explicaõ com as palauras, & termos juridicos, não podem os q̃ começaõ, sem outra noticia algũa, cõprehender cousa cõsideraũel, & fica sempre o alicerce fraco, & todo o fundamento do direito como consiste na Instituta, mal poderà ser Iurista quem não for Institutario. Pello que me pareceo muito conueniente, que pois eu me cancei em tomar esta empresa, vendo as altercadas resoluçoens dos Textos, em reduzilas a ordem, & em as corroborar com todas as opinioens, & chegar a fazer esta obra, não a occultar, antes offerecer o descanço, & conueniencia que della pòde resultar. Alem disto, o que aqui se conthem saõ leys, & estas, não ha cousa mais licita, que serem escritas na lingua propria: por isso os senhores Reys deste Reyno mandaraõ fazer as Ordenaçoens em Portugues, pera que soubessem todos as leys a que viuiaõ sugeitos, & nesta forma melhor he que as saibaõ distinctas, que confusas: & conforme a doutrina do Angelico Doutor S. Thomas, lib. 2. de Regim. Princip. cap. 15. em todas as na-

Prologo.

as naçoẽs do mundo, depois que Deos lhes formou as sciencias, se ensinaraõ nas linguas proprias, os Caldeos em Caldeo, os Hebreos em Hebreo, & o mesmo fizeraõ os mais, Gregos, Latinos, Gitanos, & Fenices: & nas materias de justiça, leys, & gouerno milita mais esta rezão, porque o fim do direito ciuil he dar ordẽ aos homens pera viuerem bem, não offenderem a outrem, & mal poderaõ saber como estaõ obrigados a isto, sem terem onde o vejaõ, & aprendaõ distinctamẽte, vendo o que as leys lhe permittem, & lhe prohibem. Por isso os Hebreos, que foraõ os primeiros que vzaraõ de leys escritas, as quaes por mandado de Deos lhes deu Moyses, eraõ escritas em propria lingua Hebrea, & delles as tomaraõ seus visinhos os Fenices, & Gitanos, & as escreueraõ em suas proprias linguas. Solon escreueo as leys em Grego, Platão, & Aristoteles do mesmo modo; & em Castella se guardaõ as leys de partida, ordinamentos, & estylos estarem escritos em Castelhano, & publicaremse; por isso tambem disse Euripiedes: *Nihil est ciuitate præstantius, quã leges rectè positæ; nam, & inferioris homo sortis, & qui ditior est, æqualeis experiuntur.* Não lhe faltaõ, porem, em os discursos seus lugares Latinos, nas prouas, & quando a ocasiaõ o pede, com tantos, & tam diuersos casos resoluros, q̃ não seja necessaria mayor diligencia ao litigante, que consultar este liuro, & quem duuidar da promessa, appelle pera a experiencia. Isto he o que em todos os volumes se conthem, agora espero o juizo do Leytor, como fazia Apelles quando expunha suas pinturas ao arbitrio de todos, que naõ duuido de sua beneuolencia serã fauorauel. Vale.

Euripid. in Inglic.

Sylua Panegirica

EM LOVVOR DO AVTHOR, DO REVERENDO

Padre Matheus Ribeiro Sacerdote Theologo, Prêgador neste Arcebispado de Lisboa.

EM verdes annos tam maduro fruto,
Quem pòde duuidar ser attributo?
Da habilidade, & engenho mais subido,
Se apenas, Raphael, Abril florido
Da idade vos mostrastes,
Quando com raro abono
Aueis mostrado tam maduro Outono;
E em idade juuenil mostrais presente
De Vlpiano o juizo mais prudente:
Pois quando se esperauaõ de vòs flores,
Trazeis de dar ás leis frutos melhores.
Esses lurisconsultos que escreueraõ
O direito das leis, que ao mundo deraõ,
Dignos de eterno nome às sepulturas,
Deraõ por Epitaphio as escrituras;
Que quasi Cisnes candidos da idade,
Querendo dar à Fama eternidade,
Escreueraõ com as cans todas neuadas,
De larga idade, & tempo ja gastadas.
Mas vòs nouo Prodigio sem segundo,
Escreueis na mocidade leis ao mundo.
Porque como os sentidos
Saõ as cans dos talentos mais floridos,
Excedeis com a luz da habilidade
Tudo quanto escreueo a ancianidade:
Pois quanto Papiniano deixou escuro,
Vôs fazeis mais que o dia claro, & puro.
A todos com esta obra aproueitastes,
Aos Doutos do trabalho aliuiastes,
Deuoluer tantos liuros, & Escritores,
Aos que começão dèstes resplandores,
Pera que caminhassem claramente,
Pois tal vez impaciente,

O que

O que eſtudar começa,
Ẽndo como tropeça
No laberintho, do que não entende,
Mil vezes de ſer Theſeo ſe arrepende:
Ia agora com eſte liuro fica a eſtrada
Deſta Iuriſprudencia prateada,
Pera que todos ſem deſuio a ſigão.
E os premios della com louuor conſigaõ.
Obra he eſta, que julgo na verdade,
Ser digna de que ſua Mageſtade
Vos déem premio a granacha mais ſubida,
Pera ſe vos moſtrar agradecida.
Pois ſe com tantos premios, & fauores,
Aplauſos, priuilegios, & louuores,
Soube eſtimar o graõ Iuſtiniano,
Os deſuelos, & eſcritos de Vlpiano;
Não duuido, que os voſſos igualmente
Do noſſo graõ Monarcha ſabiamente
Sejão com Real mão galardoados,
Pera que Zoilos mal intencionados,
Sombras da luz, que eſturecer deſejão,
Do Sol os rayos, porque naõ ſe vejaõ.
Confuſos ſe retirem,
E a ſeu peſar admirem,
Que naõ foraõ baſtantes
Pera impedir as luzes radiantes
De voſſo grande, & proueitoſo eſtudo,
Pois vos ſeruem de eſcudo
Da Real Mageſtade honras altiuas,
De Coimbra a admiraçaõ, do Reyno os viuas,

Do meſmo

Do mesmo.

SONETO.

Raro Prodigio, que con pluma alada
Al maior paralelo aueis subido.
Poniendo a los antiguos en oluido,
Haziendo vuestra fama eternizada.
Admire el mundo en essa edad dorada
El talento, y el ingenio ennoblecido,
Since, que en pocos años ha bebido
De Apolo luz, y sciencia mas preciada.
Escriuistes la gala de las leyes,
Leis poniendo, que passar no puede
El ingenio, el estudio, ni el desuelo:
Merecеis justamente, que los Reys
Os ofrescan fauores, con que quede
Suspenso el mundo, quando deis el buelo.

DOCTOR D. GEORGIVS DE S. AVGVSTINO
Canonicus Regularis Congregationis S. Crucis Conimb.
Raphaeli de Lemos de Affonseca, Imperiales
Institutiones peregregiè
explicanti.

EPIGRAMA.

EXplicat antiquas monumenta insignia leges,
Nobilior legum scriptor, & orbis bonos.
Si quis opus videat, veteres modo viuere credet,
Si nomen, cæli dixerit aligerum?
Digna cedro veteres, tu cælo digna locutus,
Digna cedro, & cælo lemmata digna facis.
Scriptor habe cedrum, Raphaei quoq; sydera digna est
Te scriptore cedrus, te Raphaele, polus.

Aliud

Aliud eiuſdem Doctoris.

TObiam, Raphael, iuuenem deduxit euntem,
Tobiæ lucem præſtat, & ipſe ſeni.
Tu calamo iuuenes ducis, calamoq; Magiſtris
Das lucem, in lucem dum ſua ſcripta vocas.
Ergo tui, Raphael, menſuram nominis impies,
Et Raphael ſolus nomen, & omen habes.

RAPHAELI LEMOSIO AFONSECA,
gratiſsimo Vlyſſiponenſi alumno.

QVi multa diſcens in pueritia de iure Cæſareo præcepta, innumera in iuuentute iam docet elucubrationibus,
Cuius ſtudium litterarium incepit ab incunabulis, cuius virtutes ſuperant annos; cuius nomen, & bonos æternum perēnabūt;
Cui ſapientia ante pilos veniente mira eſt cum eruditione fœcundia;
Quem diligunt noti, ignoti noſcunt, omnes admirantur:
In quo morum candor renitet, admirabilis ingenij acies ſplendeſcit,
auidiſsimum ſciendi deſiderium commoratur.
Per quem Muſæ reuiuiſcunt in patria, karites delitiantur in corpore, ius ciuile ſuſcipit ornamentum in Luſitania.
Ad cuius caput decorandum laureas contexit Palas omniſcia, ad cuius pectus ditandum virtutes ſuccreſcunt acquiſitæ, ad cuius pedes exoſculandos obſequens accurrit Aſtræa.

Doctor Henriquus do Quintal Vieira,
hunc amicum proſequitur amore;
hoc litterarum portentum ſuſpicit
admiratus;
hanc iuris ſupellectilem rudi collaudat
diſticho.

Si cupis omnigeno ſtudio per diſcere iura,
Cuncta quidem (noſces) continet iſte liber.

NOVO

NOVO OPERI RAPHAELIS DE LEMOS

a Fonseca, iuris Cæsarij candidati, D. Antonius á Gama, olim Vicarius Generalis, & Visitator in Ebrensi Metropoli.

QVis nouus iste decor Lysiæ? qui sydera tangit,
Hic Raphael, patriæ splendor, & orbis honos.
Religio mentem, tirio vellamine frontem,
Condecorat tanti docta Minerua viri.
Non ætate gygas, sed mente, togáq; gygantes
Exuperat; calæmo, pectore, corde viget.
Hoc testatur opus, velox quo fama superbit,
Authoremq; suum tollit in astra poli.
Æmulus haud tantus; poterit nec surgere munde
Iure potens, hostis possit, vt esse suus.
Doctores huc este sacri, iurisq; periti,
Et dignum æterna laude legetis opus.

Alia ex eodem.

MEnte senex, ætate puer, virtutibus Atlas,
Inclitus hoc, Raphael, nobile scripsit opus.
Quo totidem lucent gemmæ, quot iura leguntur.
Non tot diuitias Ganges, & Indus habet,
Non opus est melius: nullus locupletior author,
Hauriet hinc diues, pauper, & hostis opes.
Est immensus ager, locuples, & fertilis, inde
Iustitiam discent non temerare viri.
Cæsarum methodum, cupiunt qui discere, discent,
Non erit in toto ditior orbe seges.
Inter Doctores (ætas mihi crede futura)
Dignus erit, Raphael, solus in orbe legi.

bens do deuedor, que não parecia, pello S. C. Claudiano, & como pello direito nouo se emendou.

Suspectis tutoribus, vel curatoribus tit. 26. do 1. liuro, pag. 135. Trata daquelles, que sendo dados por Tutores, podem ser accusados de suspeitos, & excluidos da tutoria. Referemse as causas da suspeiçaõ, que se póde pòr aos Tutores, & Curadores, & como nellas se deue proceder?

T

TEstamentis ordinandis, tit. 10. do 2. liuro, pag. 203. Trata dos testamentos, & como se deuem fazer, com a exposiçaõ das especies, que ha de testamentos, a saber, solemne, ou nuncupatiuo, & os requisitos em hum, & outro necessarios.

Tutelis, tit. 13. do 1. liuro, pag. 92. vers. Trata das tutorias, & das especies que ha de Tutores, do que se requere pera este officio, assi da parte do Tutor, como do pupillo.

V

VSufructo, tit. 4. do 2. liuro, pag. 165. Trata do vsufructo que se pòde ter de algũa cousa, vsando della, & logrando, salua a substancia, que ha a propriedade reseruada ao direito senhorio. Referemse os modos porque se constitue, em que, & seus effeitos, & como se extingue?

Vsu, & habitatione, tit. 5. do 2. liuro pag. 173. Trata do vso que se tem de algũa cousa, â differença do vsufructo, & como? & da habitaçaõ que se permite a alguem pera morar em hũas casas, & como deue vsar della?

Vlucapionibus, & longi temporis præscriptionibus, tit. 6. do 2. liuro, pag. 176. vers. Trata da vsucapiaõ, & como se pòde dizer que prescreue algũa cousa entre presentes, & ablentes, que cousas podem prescreuer, ou naõ, com todos os requisitos, & effeitos das prescripçoens.

Vulgari substitutione, tit. 15. do 2. liuro, pag. 231. vers. Trata da substituiçaõ vulgar, que he a segunda instituiçaõ de herdeiro, pera effeito de que naõ aceitando o instituido a herança, a aceite o substituto, com todos os requisitos necessarios pera a substituiçaõ valer, em que casos val, & seus effeitos

INDEX

DAS DECISOENS, E CASOS IVLGADOS no supremo Senado da Casa da Supplicaçaõ desta Corte, & Cidade de Lisboa, que se comprehendem nesta primeira, & segunda parte, dos quatro liuros da Instituta.

DECISAÕ 1.

SE ao filho se deuem alimentos, ainda que case contra vontade de seu pai? in princip. tituli de iure naturali gent. & ciuil. pag. 40. n. 6.

II.

E se se deuem alimentos aos filhos incestuosos? ad expositionem Auth. ex cõplexu, C. de incest. nupt. ibi, pag. 40. vers. n. 8.

III.

Se está obrigado o pay a pagar os gastos que a mãy fez com o filho natural? ad expositionem Ord. lib. 4. tit. 99. §. 1. pag. 41. n. 10.

IV.

Se tem o irmaõ rico obrigação de alimentar o irmaõ pobre, & quando? ad interpetrationem opinionum Doctorum, in l. mutus, ff. de iure dotiũ, pag. 42.

V.

Se concorrendo parente pella parte do pay, com parente pella linha materna, ha de hauer entre elles preferencia pera a tutoria, ou se se ha de dar ao mais idoneo? in princ. tit. de legit. agnatorum tutela, ad expositionem Ord. lib. 4. tit. 102. §. 1. pag. 102. & vers.

VI.

Se o Tutor, sem dar fiança, ou pendente a controuersia da fiança, pòde entrar na administração da tutoria? ad expositionem text. in l. fin. C. de tutor. pag. 103.

VII.

Se o Tutor está obrigado a dar conta das cousas que pertencem ao pupillo, posto que as não recebesse, nem administrasse, ainda que não tiuesse nellas prejuizo? in §. impubes, tit. de Attiliano tutore, ad expositionem plurimarũ opinionum, pag. 109.

VIII.

Se o deuedor he obrigado a dar alimentos ao acreedor, quando a causa não he sobre herança, ou juizo vniuersal? in princip. tit. de Authoritate tutorum, ad ex

que se comprehendem nesta 1. & 2. parte.

ad ea, quæ Surd. tract. de aliment. q. 110. n. 6. 12. & 13. pag. 114.

IX.

Se o Tutor pòde reuogar o concerto, & transacção que o menor fizer em algũa causa? in §. final. tit. de authorit. tutor. ad expositionem Ord. lib. 4. tit. 13. & intellect. Gamæ decis. 10. & 110. n. 33. pag. 115. & vers.

X.

Se hauendo lesão em algũa cousa, pella qual se reuogue o contracto, & se dê escolha de restituir a cousa, ou perfazer o justo valor, quem ha de escolher? ad l. 2. C. de rescind. & ad Ord. lib. 4. tit. 13. §. 1. pag. 119. in fine, & vers.

XI.

Se elegendose juizes ordinarios, ha de preferir o nobre que viue no campo, ao mecanico que morar na villa? ad Ord lib. 1. tit. 63. pag. 131. vers.

XII.

Se a agoa que naturalmente corre per ahũa parte, & nella se junta com outra, se pôde diuertir: & se se pòde induzir posse pello curso della, ainda que seja por tempo immemorial? tit. de seruitutibus vrbanorum, & rustic. præd. ad l. proculus, ff. de damn. infect. & ad intellectum Gratian. forens discept. 480. pag. 160.

XIII.

Se o vso de tirar agoa se póde impedir, & prohibir, & deuendose como seruidão, por onde se assignarâ o caminho? dicto tit. vbi sup. ad ea quæ Vlpian. ex Neratio in l. 3. §. qui habet haustum, ff. de seruit. rustic. pag. 162. vers. & 163.

XIV.

Se se pòde abrir janella, ou fresta na parede alhea, & como? in §. prædiorum vrbanorum d. tit. ad Ord. lib. 1. tit. 68. §. 24. pag. 163. vers.

XV.

Se o possuidor do morgado está obrigado a fazer bemfeitorias, & se se lhe deuem pagar, & os custos das demandas que fizer sobre os mesmos bẽs, & se por elles tem o direito de retenção? in §. final. tit. de vsufruct. ad ea quæ Molina de primogen. lib. 1. cap. 27. n. 11. ex Barth. in l. 1. §. final. n. 17. ff. noui operis. pag. 172.

XVI

Se o vsufructo que o filho tem nos bens do morgado se acaba com sua vida, ou se passa ao pay, ibi, ad ea quæ Doctores in Auth. excipitur, de bon. quæ liber. pag. 172. vers.

XVII.

Index das deciſoẽs,

Se o poſſuidor de boa fè, & com poſſe de vinte, ou trinta annos ſe pôde defender com excepção de preſcripção, & como? ad Ord. lib. 4. tit. 79. in tit. de vſucapionibus, & longi temporis præſcriptionibus, pag. 180. & verſ.

XVIII.

Acerca da preſcripção, no meſmo, ibi, pag. 182.

XIX.

Se o comprador de algũa couſa, & bens do fiſco fica ſeguro, & preſcreue contra o ſenhor delles, ou lhe compete algũa ação contra o fiſco, in §. res fiſci dicto tit. de vſucap. & longi tẽporis præſcript. ad l. bene Azenone, C. quadrien. præſcript. & l. 2. eodem tit. pag. 183.

XX.

Se na doação ſe fizer menção da morte, & ſe puzer clauſula que valerá pera ſempre ſe julgará, q̃he, cauſa mortis, ou inter vivos? tit. de donationibus, ad text. in l. vbi ita donatur, ff. de donat. cauſa mortis, & Barboſa in l. quæ dotis, 74. n. 19. ff ſoluto matrimonio, pag. 192.

XXI.

Se a ação ciuel contra a molher pera perder o dote pello adulterio commettido em vida do marido, paſſa aos herdeiros, ou não? in §. eſt, & aliud, dicto tit. de donat. ad intellectum opinion. Valaſc. conſult. 169. n. 15. & aliorum Doctorum, pag. 195. verſ.

XXII.

Se póde o marido obrigar bens de raiz ſem conſentimento da molher expreſſo? in principio tituli, quibus alienare licet, vel non, ad Ordinat. lib. 4. tit. 48. in princip. pag. 199.

XXIII.

Se poderá hypothecar o marido bens de raiz ſem o dito conſentimento? ibi.

XXIV.

Se hypothecando o marido bens de raiz ſem conſentimento da molher, val a hypotheca, ao menos pella parte do marido? d. titul. ad Ordin. lib. 4. tit 63. pag. 199. verſ.

XXV.

Se póde o filho, ou genro ſer conſtrangido a jurar em algũa cauſa de ſeu pay, ou ſogro, & quando? in §. teſtes autem, tit. de teſtamentis, ad intellectum ſtyll. apud Cabed. 2. part. deſt. 9. per argumentum reciprocum, Ord. lib. 3. tit. 50. §. 1. & ad textum in l. quoties, 3. C. de naufrag. lib. 12. pag. 207.

XXVI.

Se o teſtamento nuncupatino feito de palaura, valerá quando o teſtador reſpõder

der por acenos? in §. sed hæc quidem, dicto tit. de testamentis, ad ea quæ Doctores, in l. iubemus, Cod. de testamentis, & ad intellectum variarum opinionum, pag. 211.

XXVII.

Se o testamento nuncupatiuo feito por demonstração certa da pessoa do herdeiro, valerá ainda que o nome se não declare expressamente? ibi, ad Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin. explicata, l. quoniam in lignum, C. de testam. & quamplurimis dissolutis controuersijs, pag. 212.

XXVIII.

Se o testamento feito, & começado por escrito, valerá como nuncupatiuo, & sendo nuncupatiuo póde valer, comalescendo o Testador? ibi, d. tit. de testamentis, ad ea quæ Paul. Castrens. & Doctores in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, & in l. hæredes palam, in princip ff. de testamentis, & Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin. pag. 215.

XXIX.

Se se reuoga o testamento perfeito, pello nascimento do filho, ou filha que nascẽ depois da feitura do mesmo testamento, ou da morte do pay, & se valem os legados deixados nelle? §. posthumi. tit. de exhæredat. liberor. ad Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. pag. 225.

XXX.

Se pellas substituições das vocações dos parentes se induz perpetuidade na successão de bens de morgado? in principio tit. de substitutione vulgari, ad ea, quæ Clar. lib. 3. receptarũ sentent. §. testamentum, q. 79. & Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. n. 42. pag. 237. & vers.

XXXI.

Se o morgado for instituido com varias substituições, debaixo de condição, faltãdo a purificação, & cũprimento della, ficão os bens liures ao substituto? tit. de reciproca substitutione, ad ea, quæ Boer. decis. 38. n. 34. & DD. in l. fin. C. de leg. & in cap. veneratio, de venerat. reliq. sanct. pag. 239.

XXXII.

Se pôde o Testador declarar no codicillo que valha hum de dous testamentos, que tiuer feito, & se poderá tirar a clausula derrogatoria no codicillo? in §. ex eo autem, tit. quibus modis testamenta infirmẽtur, ad text. in l. quæ ex liberis, §. testamento, ff. de bonorum possess. secund. tabulas, & ad intellectum controuersiarum, & quamplurimarum opinionum resolutionẽ. pag. 248. & 249. & seq.

Se a quinquagenaria, que he a molher de mais de cincoenta annos, não pode cõ-

municar os bẽs ao marido, & ſe o podem inſtituir por herdeiro? ad Ord. lib.4.tit.105. ibi, pag.251.

XXXIII.

Se podem o pay, ou mãy pòr encargo algum, ou grauamen na legitima de ſeus filhos, & ſe valerá, & como ſe julgarâ a aceitaçaõ delle? tit. de inofficioſo teſtamento, ad text. & notata in l.quoniam in prioribus, C. eodem titulo, pag. 256. & 257. & verſ.

XXXIV.

Se poderà ſer admittido a pedir a herança paterna, o filho que hũa vez a repudiou, & ſe ſahio, & abſteue della? §.extranei, tit. de hæredum qualitate, & differentia, ad l.ſicut, C. de repudiand, hæred. & aliorum Doctorum interpet. pag. 262. verſ. & 263.

XXXV.

Se pôde ſer condemnado na pena dos ſonegados aquelle que ſem malicia deixar de inuentariar algũa couſa, & os requiſitos neceſſarios pera proceder a d. pena, in § ſed noſtra, d.tit. de hæredum qualitate, & diff. ad Ord. lib. 1.tit.87.§.4.6. & 7. pag.261. verſ. & 262.

XXXVI.

Se dilatando a peſſoa que ficou em poſſe, & cabeça de caſal, as partilhas que deue dar, mais de hum anno ſe pòde logo proceder a ſequeſtro? d.§. ſed noſtra, ad Ord.lib.4.tit.90.§.12. pag.266.

XXXVII.

Se deixando o deuedor hum legado a ſeu acreedor, ſe julga que he com animo de compenſar o legado com a diuida, ou não? in § ſed ſi rem obligatam, tit, de legatis, ad ea qua Barboſa in l.ſi cum dotem, §. pater, ff. ſoluto matrimonio, pag. 376. verſ.

XXXVIII.

Se o erro do nome, ou ſobrenome do legatario, quando conſta da peſſoa, vicia o legado, ou não? in §. ſiquidem in nomine, d.tit. de legatis, ad text. in l. ſi in nomine, C. de teſtamentis, pag. 277.

XXXIX.

Se valerà o codicillo, ainda pera cauſas pias, da peſſoa, cujo teſtamento foi julgado por nullo, por eſtar o Teſtador em demencia, & como ſe prouarà, q̃ eſtà em ſeu juizo, ou não, ou em interuallo, ou furer? §. codicillis, tit. de codicillis, ad text. in l. ante tabulas, ff. iure codicillorum, & l. furioſi 140. ff. de reg. iuris, pag. 293. verſ. & ſeq.

XL.

Se ha-

que se comprehendẽ nesta 1. & 2. parte.

Se basta a nobreza politica, ainda que não seja de sangue, pera o filho natural não succeder ao pay como peão? d. tit. de bonorum possess. in §. da successaõ dos filhos naturais somente, ad intellectum Ord. lib. 4. tit. 92. §. 5. & variarum opinionum, pag. 312. & seq.

XLI.

Se chamando o homem peão expressamente pera a successaõ do morgado que instituio, os filhos legitimos, ficaõ excludos os naturais? ibi, ad ea que Surdus decis. 191. à n 19. & cons. 89. n. 38. pag. 314.

XLII.

Se o pai como legitimo herdeiro do filho pôde requerer emenda nas partilhas em q̃ se lhe não fez o quinhão que lhe tocaua? ibi. §. da successaõ dos ascendentes, ad Ord. lib. 4. tit. 91. pag. 217.

XLIII.

Se póde ter lugar a representação no morgado instituido por transuersal sendo o tambem o vltimo possuidor? ad intellect. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. & opinionum quamplurimarum, pag. 321. & seqq.

XLIV.

Se a faculdade de nomear, concedida ao primeiro administrador, se extende aos mais, & como se poderà della vsar? ibi, ad ea quæ Gab. Pereira decis. 21. & n. 3. relatis plurimis, & expositis sententijs variorum Doctorũ, pag. 325.

XLV.

Se na successaõ do morgado concorrer sobrinho com tio, como se admittirâ a representação? ad ea quæ Doctores in Authent. post fratres, C. de suis, & leg. hæred. & Gabr. Pereira decis. 116. n. 4. pag. 330. vers. & seqq.

XLVI.

Se tem lugar a representação na successaõ do morgado instituido por ascendẽte, concorrendo duas primas com segundos filhos de dous primos com irmaõs inteiros, todos meramente transuersais? ad ea quæ Reino s. obseru. 26. & Ord. lib. 4. tit. 100. in principio, & §. 2. pag. 334. & seq.

XLVII.

Se o morgado instituido debaixo de condiçaõ, com varias disposiçoẽs, cumprida a primeira condição, expiraõ as outras, & como? ad l. fin. §. sinautem, C. communia de legat. expositis varijs resolutionibus, pag. 337. & seq.

E como se deuem restituir os fructos da indeuida occupaçaõ pello possuidor de mâ fê, & esta como se proua, & collige? ibi, & pag. 338 vers. & 339

XLVIII.

Index das deciſoẽs,

Se *do encargo de miſſas ſe induz perpetuidade de vinculo, ou ſucceſſaõ de morgado? ad ea quæ Gama deciſ. 286. cum alijs, pag. 342.*

XLIX.

Se *os bens ſugeitos â reſtituiçaõ ſe podem ſubrogar, & vender, pera comprar outros, q̃ ſe ponhão em ſeu lugar, & os requiſitos pera valer a ſubrogaçaõ? ad intellectum earum quæ Molina de primogen. lib. 4. cap. 4. n. 1. pag. 343. & ſeq.*

L.

Se *ſe podem communicar os bens entre os caſados, ſem hauer copula entre elles depois do matrimonio contrahido, & não conſumado, & ſe baſta aprecedẽte, ou que falte por culpa de algum dos coniuges? ad Ord. lib. 4. tit. 46. §. 1. pag. 348. verſ. & ſeq.*

LI.

Se *tendo filhos a molher que caſou por dote, & arras fica ſendo meeira, & como tal eſtá obrigada á ametade das diuidas do marido? ad d. Ord. lib. 4. tit. 46. pag. 350.*

LII.

Se *valerá a penhora feita em vida do marido, por diuida contrahida antes do matrimonio, poſto que ſe ache por ſua morte, que prejudica á parte dos acquirĩdos que tocauaõ à molher? ad intellectum Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. & ibi plura explanantur iura. pag. 351. & ſeq.*

LIII.

Se *as diuidas contrahidas pello marido antes do matrimonio ſe haõ de pagar de ſeus bens, poſto que prejudique á communicaçaõ que a molher pretende? ad d. Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. ex his quæ Gab. Pereira deciſ. 86. & deciſ. 50. n. 2. pag. 362. & verſ.*

E ſe aduirta, que as mais ſelectas Deciſoẽs vão na terceira parte, no tit. de Actionibus, com eſtyllo particular, & varias queſtoẽs, & reſoluçaõ de todas as duuidas, & melhores opinioẽs.

INDEX

DOS TITVLOS DA INSTITVTA, QVE SE conthem, & explicão nesta primeira, & segunda parte.

A

ACquisitione per arrogationē, tit. 11. do 3. liu. pag. 366. Mostrase nelle como se acquire pella arrogação, & quādo?

Adoptionibus, tit. 11. do 1. liuro, pag. 81. Explicaõse nelle as adopçoēs & modos com que se perfilha alguem, com as differenças, & effeitos entre a arrogação, & adopçaõ.

Ademptione, & translatione legatorum. tit. 21. do 2. liuro. pag. 281. Expoemse nelle os modos com que se tiraõ os legados que estauão deixados a alguem, ou se trespassaõ a outrem.

Attiliano tutore, & eo qui ex lege Iulia, & Titia dabantur, tit. 20. do 1. liuro, pag. 100. Tratase nelle da tutoria datiua. s. dos tutores dados pello juiz.

Authoritate tutorum, tit. 21. do 1. liuro, pag. 112. Refere se nelle a authoridade, & poder que tem os tutores na pessoa do pupillo pera administrarem seus bens.

Assignatione libertorum, tit. 9. do 3. liuro, pag. 307. ver s. Declarase nelle o modo com que o pay assigna, & nomea hum de seus filhos por patraõ dos escrauos a quem deu liberdade, pera que lhe deuão obsequios, & lhes succeda.

B

BOnorum possessionibus, tit. 10. do 3. liuro, pag. 308. Trata das posses dos bens, que o Pretor introduzio, vzãdo do poder que tinha de suprir, & emẽdar o direito ciuil, admitindo à succes. saõ os q̃ por rigor da lei não succedião, & se referem nelle as ordẽs de succeder, que ao presente se obseruão; & varios casos discididos sobre succesioens de morgados.

C

CApitis diminutione, tit. 16. do 1. liuro, pag. 103. vers. Trata das mudãças de estado, & do q̃ por ellas se perde.

Codicillis, tit. 25. do 2. liu. pag. 290. Trata dos codicillos, & como se deuem fazer.

Curatoribus, tit. 23. do 1. liuro, pag. 124. Trata dos Curadores, a quem se deuem dar, & o que pertence a sua obrigação.

D

DOnationibus, tit. 7. do 2. liuro, pag. 185. Trata das doaçoēs, referindo todas as especies, & modos porque se fazem, por quem, como, & de que, & seus effeitos.

E

EO cui libertatis causa bona addicūtur, tit. 12. do 3. liuro, pag. 367. Trata de como se pedia a herança do defuncto, que o herdeiro instituio, & não quiz aceitar, pera terem effeito as liberdades, que deixaua no testamento aos escrauos.

Excusationibus tutorum, vel curatorum. tit. 25. do 1. liuro, pag. 129. Tratãdas causas porque hum homem se pôde escusar de aceitar o encargo de ser tutor, & referemse todas.

Exhæredatione liberorum, tit. 13. do 2. liuro, pag. 212. ver s. Trata de como os pays deuem instituir seus filhos por herdeiros, ou desherdalos expressamẽte com justas causas. Referemse todas as porque o pai pòde desherdar o filho, & tambem como o filho poderá desherdar o pay.

F

FIdeicommissarijs hæreditatibus, & ad S. C. Trebellianum, tit. 23. do 2. liuro, pag. 284. Trata dos fideicõmissos, quando o testador manda, que a he-

rança,ou parte della ſeja reſtituida pel lo herdeiro a alguem, ficandolhe a quarta parte,& como ſe pòde tirar eſta, ou não?

Fiduciaria tutella, tit.19. do 1.liuro, pag. 100. Trata do modo com que a tutoria dos irmaõs mais moços, ſe deferia aos mais velhos,& da emenda de direito nouo ſobre eſta diſpoſição.

G

GRadibus cognationum, tit.6. do 3. liuro,pag. 306. Trata dos graos de parenteſco,& como ſe contão de direito ciuil,& canonico; & tudo vay explicado no tit.10.do 1.liu. pag.66.verſ. & ſeqq. onde ſe explicão as aruores de conſanguinidade, & affinidade, & os parenteſcos.

H

HæredibusinſtituendiS, tit. 14.do 2. liuro, pag.227. verſ. Trata do modo com que ſe inſtituem os herdeiros, & dos que podem ſer inſtituidos, ou não.

Hæreditatibus quæ abinteſtato deferuntur, tit. 1. do 3. liuro, pag. 297. Trata dos modos porque ſe ſuccede, a quem não fez teſtamento, & como ſe diz,& quando,que morre hum homem abinteſtado,& ſem teſtamento.

Hæredum qualitate, & differentia, tit. 19.do 2.liuro, pag.260. Trata da qualidade, & differença dos herdeiros, & do beneficio de inuentario, a que ſe aceitaõ as heranças,& como ſe julga a aceitação,ou repudiaçaõ dellas?

His qui ſunt ſui,vel alieni iuris,tit.8. do 1.liuro,pag. 57.verſ. Trata das peſſoas,que ſaõ de ſeu direito,&não eſtão ſugeitas ao poder de outrem, & de outras que eſtaõ ſugeitas ao dominio, ou poder de alguem.

I

INgenuis, tit. 4. do 1. liuro, pag. 51. Trata das peſſoas,que naſcem liures & como ſe dirà, que hum homem he liure de naſcimento?

Inofficioſo teſtamento, tit. 18. do 2. liuro, pag. 253. Trata do teſtamento feito contra o officio,& diuida paterna,que he deixar os bens aos filhos, & como ſe reuogarà o teſtamento, em q̃ o filho foy desherdado injuſtamẽte, ou com cauſa não prouada.

Iure naturali gentium,& ciuili,tit. 2. do 1.liuro,pag. 39. Trata do direito natural das gentes,& ciuil, & de ſua origem,& effeitos.

Iure perſonarum, tit. 3. do 1. liuro. pag.48. verſ. Trata da diuiſaõ,& differença das peſſoas, que hũs ſaõ liures, outros eſcrauos, & o que em huns, & outros ſe conſidera?

Iuſtitia,& iure, tit. 1. do 1.liuro,pag.19. Trata da juſtiça,& ſua diffiniçaõ,origẽ, partes,& excellencias: diffiniçaõ da jurisprudencia,ordem com que as leys ſe haõ de aprender,& diſpor,preceitos do direito,& ſua diuiſaõ.

L

LEgatis, tit.20. do 2.liuro, pag.268. Trata dos legados, & como podẽ ſer deixados no teſtamento, ou no codicillo,ou abinteſtato: quem pòde legar, & a quem,& que couſas podem ſer deixadas em legado.

Lege Falcidia, tit. 22. do 2. liuro, pag.282. Trata da quarta que ſe tira dos legados.

Lege Fuſia Caninia tollenda, tit. 7. do 1.liuro,pag. 55. verſ. Refere ſe nelle a diſpoſição da ley Fuſia Caninia, q̃ por ſer odioſa às liberdades,q̃ os ſenhores daũo a ſeus eſcrauos, foy derrogada, & tirada por enuejoſa.

Legitima agnatorum ſucceſſione,tit. 2.do 3.liuro,pag.302. Trata do modo porque ſuccedião os parẽtes por linha maſculina áquelle que morria ſem teſtamento.

Legitima

que se contem nesta 1. & 2. parte.

Legitima agnatorum tutela, tit. 15. do 1. liuro, pag. 101. vers. Trata da tutoria legitima, que se defere aos parentes por linha masculina, & como preferem os parentes huns a outros pera as tutorias?

Legitima patronorũ tutela, tit. 17. do 1. liuro, pag. 105. Trata de como os senhores que deraõ liberdade aos escrauos, ficaõ tendo nelles sempre o direito de patroẽs, & deuem ser tutores dos escrauos que forem menores de 14. annos.

Legitima parentum tutela, tit. 18. do 1. liuro, pag. 105. vers. Trata de como os pais saõ legitimos tutores de seus filhos. & referese o que se obserua, & como pera as successoẽs, & tutorias está tirada a differença da emancipaçaõ, & patrio poder?

Libertinis, tit. 5. do 1. liuro, pag. 51. vers. Trata daquelles, que se chamaõ libertinos, porque foraõ escrauos, & seus senhores lhes deraõ liberdade: & referemse os modos porque esta se dà.

M

Militari testamento, tit. 11. do 2. liuro, pag. 216. Trata do testamẽto dos soldados, & dos priuilegios, que por rezão da milicia lhes saõ concedidos, & como valerà o testamento dos taes militantes, feito na guerra, ou na paz, com todos os requisitos.

N

NVptijs, tit. 10. do 1. liuro, pag. 63. vers. Trata dos esposorios, & matrimonio, seus requisitos, effeitos, excellencias, & dos matrimonios illicitos, & do diuorcio, & apartamento que se faz da habitaçaõ, ou do vinculo, & como, & porque causas?

P

PAtria potestate. tit. 9. do 1. liuro, pag. 60. Trata da segunda diuisaõ das pessoas que estaõ sugeitas ao poder de outrem, & dos filhos familias, q estaõ em poder de seus pays. Referemse as causas do patrio poder, & seus effeitos.

Per quas personas cuique dominiũ acquiratur, tit. 9. do 2. liuro, pag. 201. Trata das pessoas que acquirem pera outrem, como o filho familias pera o pay, o escrauo pera o senhor, o frade pera a Religião, & como, & em que casos?

Pupillari substitutione, tit. 16. do 2. liuro, pag. 234. vers. Trata da substituiçaõ pupillar, quando o pay tem seus filhos menores de 14. ãnos, & os institue por herdeiros, lhes substitue outros, pera que aceitem a herança, morrendo os filhos na idade. Referemse os modos porque se faz, & como, & da substituiçaõ exemplar, & reciproca, com seus effeitos.

Q

QVibus ex causis manumittere non licet, tit. 6. do 1. liuro, pag. 53. Referemse nelle as caulas porque se não pôde dar em alguns casos, que se explicão, a liberdade aos escrauos, sendolhes dada, não val, & as pessoas a que he permitido, ou prohibido darem a tal liberdade.

Quibus modis ius patriæ potestatis soluitur, tit. 12. do 1. liuro, pag. 89. vers. Trata dos modos porque se extingue, & acaba o patrio poder, & como os filhos sacm da sugeiçaõ dos pays, & porque causas?

Quibus modis tutela finitur, tit. 22. do 1. liuro, pag. 122. vers. Explicaõse nelle os modos, pellos quaes se acaba a Tutoria.

Qui testamento tutores dari possũt, tit. 14. do 1. liuro, pag. 97. vers. Trata das pessoas que podem ser dadas por Tutores no testamento, & do modo com que saõ deixados, & nomeados

pello Testador; como, & por quem pode dem ser dados?

Quibus alienare licet, vel non tit. 8. do 2. liuro, pag. 198. Trata das pessoas que podem alhear seus bens, ou não, & que actos se prohibem na prohibiçaõ de alhear, com todas as doutrinas.

Quibus modis testamenta infirmentur. tit. 17. do 2. liuro, pag. 241. Trata dos modos porque se reuogaõ os testamentos, ou por outros segũdos, menos, ou mais solemnes, & como?

Quibus non est permissum facere testamentum, tit. 12. do 2. liuro, pag. 218. vers. Declaraõse nelle as pessoas, que não podem fazer testamento.

R

RErum diuisione, & acquirendo ipsarum domínio, tit. 1. do 2. liuro, pag. 137. Trata da diuisaõ das cousas, referindose aquellas que estão no comercio, & dominio dos homẽs, ou não.

Rebus corporalibus, & incorporalibus, tit. 2. do 2. liuro, pag. 156. Trata da diuisaõ das cousas corporais, ou incorporais, com a rezão de differença entre hũas, & outras, pera a acquisiçaõ do dominio dellas, & outros actos que se referem.

S

SAtisdatione tutorum, vel curatorũ, tit. 24. do 1. liuro, pag. 126. vers. Trata da fiança que deuem dar os Tutores, & Curadores, pera estarem seguros os bens dos menores: & quaes saõ os outros q̃ estão obrigados a dar esta fiança; & como, & os que estaõ izentos della.

Senatus C. Orficiano, tit. 4. do 3. liuro, pag. 305. Resumẽse nelleas rezoẽs porque por este S. C. foraõ admitidos os filhos, & descendentes à successaõ da mãy, & dos ascendentes, & parentes da linha materna.

Senatus C. Tertulliano, tit. 3. do 3. liuro. pag. 304. Referemse nelle varias disposiçoẽs de direito antigo sobre a successaõ das mãys nos bens de seus filhos, com as emendas de direito nouo, & o que se obserua nesta successaõ.

Seruili cognatione, tit. 7. do 3. liuro, pag. 306. Trata dos parentescos, que haõ entre os escrauos, & como se contaõ entre elles os graos pera os matrimonios, & pera as successoẽs, & o q̃ nestas se obserua.

Seruitutibus vrbanorum, & rusticorum prædiorum, tit. 3. do 2. liuro, pag. 157. Trata das seruidoẽs que se deuem de campo a campo, ou de casa a casa, como pera caminho, & dar passagem, ou pera tirar agoa da fonte, ou pera o mais que se comprehende debaixo da palaura, *Seruidão*, que se refere com a differença entre as rusticas, & vrbanas, & seus effeitos.

Singulis rebus per fideicommissum relictis, tit. 24. do 2. liuro, pag. 288. Trata dos fideicommissos particulares, & das cousas que por elles podem ser deixadas, & como?

Successione cognatorum, tit. 5. do 3. liu. pag. 305. vers. Trata do modo por q̃ succedẽ os parentes por linha feminina, que se chamaõ em direito, *Cognados*, & o que se obserua nesta successaõ.

Successione libertorum, tit. 8. do 3. liuro, pag. 306. vers. Trata da successaõ daquelles q̃ foraõ escrauos, & se chamaõ *Liberios*, porque lhes foy dada a liberdade, & da obrigaçaõ que tem de deixarem a seus patronos, que saõ os senhores, que os libertaraõ, algũa parte de sua fazenda, & como?

Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, tit. 13. do 3. liuro, pag. 368. Refere se nelle o modo que de direito antigo se obseruaua no procedimento da cobrança das dividas, metendose o acredor deposse dos bens

EXPLICAÇAO DO PRIMEIRO LIVRO DA INSTITVTA DO EMPERADOR IVSTINIANO, COM TODA A DOVTRINA DA EXPOSIÇAM DOS LENTES, E DOVTORES, AVTHORIDAdes, Regras, & deciſoẽs aelle conuenientes.

Commentado, Recopilado, & compoſto.

POR RAPHAEL DE LEMOS DE AFONSECA.

IN PRÆFATIONEM.

O Iuriſconſulto na Ley primeira. *ff. de origine iuris*, diz, que o procmio he o conuite, cõ q̃ os animos ſe prouocão á lição dos liuros; porẽ como eſte ſeja tam neceſſario pella materia q̃ trata, ſó o nome baſta pera atrahir os animos dos ſtudioſos, q̃ com amor buſcarẽa juriſprudẽcia: mas não me eſcuſarei com iſto de cõmunicar a todos o q̃o Ceo permittio colheſſe de tantas doutrinas, q̃ por não ſer auarento fiz eſte ramalhete das flores do direito ciuil, das melhores explicaçoẽs dos Doutores, & deciſoẽs do Senado ſupremo.

Floriferis vt apes in ſaltibus omnia libant
omnia nos itidem depaſcimur aurea dicta.

Saibamos pois, em primeiro lugar, q̃ o Author da Inſtituta foi o Emperador Iuſtiniano, o qual vendo que não podia o mundo conſeruarſe bẽm ſem leis ordenou eſtas, de que neſtes quatro liuros, de q̃ tratamos nos dâ noti-

clas pera quietaçaõ dos pouos, & bõ gouerno das Reſpublícas, reduzindo a forma o direito, que de antes com mais rezaõ ſe podia chamar vaſto, & cõfuſo, porq̃ auia mais de 2000. liuros eſcritos ſem ordem, como refere o meſmo Emperador na l. 2. C. de vetere iur. Enuclean. os quaes reduzio aos tres volumes dos Digeſtos velho, esforçado, & nouo: & não podendo nelles comprehender tam largas materias ordenou os liuros do Codigo, a que ajuntou as Authenticas,, cifrãdo tudo, porem na noſſa Inſtituta, q̃ he o principio, & reſumo do direito, em que ſe moſtraõ os principios, & declaraõ os preceitos, & requiſitos deſta profiſſaõ, como veremos pello diſcurſo da explicaçaõ.

Inſtituta ſe chama eſte volume *ab inſtituendo*, porque nelle ſe declara tudo o que pertence ao conhecimẽto geral do direito ciuil, he a porta por onde ſe entra neſte theſouro de tantas doutrinas, & ſe lhe quizermos chamar Oceano largo de ſciencia, diremos, q̃ he eſta a carta de marear, em q̃ ſe moſtraõ todos os portos, & em ſũma ſe deſcreue toda ſua grandeza *igitur*. 4

Continet hic legum tenuis præcepta libellus
Primáq; Romani ſemina iuris habet.

IN RVBRICAM.

1 COmeça o Emperador a ſua obra da Inſtituta, inuocando o altiſſimo nome de IESV Chriſto, q̃ he o bom principio, felice meio, & ditoſo fim, ſem o qual ſenão pòde obrar bem, como diz o Diſcipulo amado, & Chroniſta ſanto o Euangeliſta S. Ioaõ cap. 15. referindo as palauras do Senhor: *Sine me nihil poteſtis facere*, & qué começa, ou obra ſem eſte fundamento não faz nada, nem pòde acertar. *Quia ſapere ſine Chriſto eſt diſſipere*, iuxta illud

Moſtraſe como ſem o diuino auxilio ſenão pode obrar bem.

Qui Chriſtum neſcit, ſatis eſt ſi cætera neſcit,
Si Chriſtum neſcit, nihil eſt ſi cætera diſcit.

O que confirma o grande Doutor S. Agoſtinho cap. 5. medit. quando fallãdo do Senhor diſſe: *Et ſine illo ambulans in tenebris eſt, & neſcit quò vadat.* Et in Sapient. 11. in fine: *Quomodò autem poſſit aliquid permanere niſi tu voluiſſes? aut quod à te vocatum non eſſet conſeruaretur?* Porq̃ não ſò pella prouidencia natural conſerua Deos N.S. as creaturas, mas tãbem concorre em todas noſſas acçõeſ pera obrarmos bem, & ſem eſte diuino ſocorro não podemos fazer nada: *Quia in ipſo viuimus, mouemur, & ſumus*: vt in Act. 6. docet D. Thom. in 1. p. q. 105. a. 5. & a

Auguſt. meditat. c. 5.

Sap. c. 11.

Prouidẽcia Dinina. D. Thom. 1. p. q. 105. ar. 5.

eſta prouidencia pertence tudo o q̃ ſe faz no mundo, vt docet Suar. de attribut. Dei poſſit. c. 10. n. 4. & em particular pertence â prouidencia moral de Deos N.S. a obſeruaneia dos preceitos, cõſelhos, promeſſas, cõminaçõeſ, premios, & caſtigos, çõ as quaes couſas viuemos moralmente por diuina prouidẽcia, q̃ conſiſte na perfeita ſciẽcia que Deos tem de todos os effeitos liures antes que ſe façaõ, & depois de feitos, & executados; como bem enſinou Saluiano Biſpo Maſilenſe em varios liuros, q̃ compoz de vero iudicio & no 1. conſiderou a Deos N.Senhor perfeitiſſi-

Suar. de attribut. Dei poſit. c. 10. n. 4.

Saluian. Epiſc. Maſſil. lib. 1.

perfeitissimo,& justo juiz desde o principio do mundo,dando a ley,& instruindo a Adam nos preceitos, & castigandoo como tranſgressor: & diz o douto Bispo: *Videamus qualiter mundũ à principio Deus erexit,& ita eum omnia semper gubernasse monstrabimus,vt simul etiam indicasse doceamus. Quid enim scriptura dixit? Formauit Deus hominem de limo terræ. Et quid postea? Posuit eum in paradiso voluptatis. Quid deinceps? Dedit scilicet legem, præceptis imbuit, institutionem formauit. Quid autem post hoc secutum est? Præterijt homo mandatum sacrum, sententiam subijt, pœnam damnationis excepit. Quis non in his omnibus gubernatorem Deum videat, & judicem? Constituit enim Adam in Paradiso innocentem, expulit Reum, in constitutione ordinatio est; in expulsione iudicium. quando enim in loco voluptatis posuit ordinauit: quando autem eum de Regno expulit iudicauit.* Do q̃ tudo deuemos colligir não somente que somos gouernados em tudo pello poder diuino, mas tambem, q̃ o nosso Emperador fez,& ordenou as suas leis à imitação das diuinas,& que da doutrina sagrada tirou a honesta,& politica, que nos ensina, tomando o nome de Iesus por principio, & accõmodãdo seus preceitos à obseruancia dos diuinos, pera que com esta ajustada prouidencia moral, & natural mereçamos alcançar o fim da sobrenatural, que he o mesmo Senhor, com cujo amor grãgearemos todos os bẽs,& alcançaremos as virtudes, pois em Deos N.Senhor as achamos todas. assi por ser immenso, q̃ tudo gouerna, vt Baruc. 3. *Immensus est, & non habet finem*, como por acharem em seu amor os sabios augmento de sciencia, pois o mesmo Senhor he scientissimo sem fim, vt Psal. 146. *Magnus Dominus noster, & magna virtus eius, & sapientiæ eius non est numerus.* E os justos exemplo, & espelho de justiça, & amigo paternal, vt Psalm. 10. *Quoniam iustus Dominus, & iustitiam dilexit.* E como causa de todos os bens, sò deue ser amado, seruido, & buscado como guia das acçoens, verdade da justiça, vida dos justos,& juis, q̃ como tudo sabe, deue ser temido: *nam suadet Concilium.*

4 *Saluian. Episc op. Massil. lib. 1.*

5

6 *Baruc. 3.*

Psal. 146.

Æternum veneraus time
numen, quo soboles corde solet patrem.
Huius nutibus obtuus,
exhauri imperia; hæc summa hominis salus:
Hic vitæ instabilis scopus.
Omne huc principium, at q̃ huc refer exitum;
Nam quidquid soboles Rheæ
Lucis dum fruitur munere perpetrat,
Qui terram tonitu quatit.
Expendet rigido iudicio arbiter.
Albo, atro vè notans (licet
conspectum fugiam) singula calculo.
Felix, quem superum metus
virtutum innocuis compedibus ligat:

Com eſte diuino temor ſe alcança tu
7 do, & com elle ſe fortalece o juſto, & com elle ſe esforçaraõ Daniel deſarmado pera entrar no lago dos leoens; Ionas pera não temer o perigo da viagem riguroſa, & de tãtos naufragios; S. Pedro pera ſe arremeçar às ondas. Bem nos aconſelha logo o Emperador a tomarmos eſte diuino principio do nome de IESV Chriſto pera vencermos as difficuldades do mundo, & ſuas fierezas, & pera nauegarmos ſeguros neſte Oceano da luriſprudencia, porq̃ de tal principio não póde reſultar ſenão proſperidade, & vida mui felice. vt per D. Hilar. lib. 7. de Trinit. col. 22. *In Deo*, ait, *vere totum, quod eſt viuit. Deus enim vita eſt, & ex vita non poteſt quidquam eſſe, niſi viuum.*

Em ſegundo lugar poem o Empe-
rador os nomes das gentes, q̃ venceo, 8
& pouos, q̃ ſugeitou com ſeu valor, de *Attributos do Empera-*
ſorte que delle ſe pòde dizer cõ mais *dor.*
rezão o q̃ Ouuidio eſcreueo de Germanico.

Si petat à victis tot ſumet nomina Cæſar,
Quot numero gentes maximus orbis habet.

Pello q̃ ſe intitula Emperador *à ſumma poteſtate imperandi*, & quanto â
9 ſugeição jurisdição, & protecção he ſenhor de todo o mundo, vt in l. deprecatio, ff. ad leg. Rhod. de iact. & omnia Imperatoris eſſe dicuntur in l. bene á Zenone, C. de quadrien. præſcrip. & antes de ſer coroado ſe chama Rey dos Romanos, vt tractatur in cap. venerabilem poſt text. de elect. & referẽ
10 os Expoſitores, que he coroado com tres coroas. A primeira he de ferro, q̃ recebe da mão do Arcebiſpo de Colonia em ſignificação da fortaleza, q̃ ha de ter contra os rebeldes. A ſegunda he de prata, que recebe entrando em Italia da mão do Arcebiſpo Mediolanenſe, pera moſtrar a limpeza, & excellencia, com que deue proceder. A terceira he de ouro, com que he coroado pello Papa em ſignificação de q̃ aſſi como o ouro he o mais excellente dos metais, aſſi o Emperador ha de exceder a todos no exemplo da
11 juſtiça, & bom gouerno: porque o melhor modo de gouernar he ſer exẽplo dos vaſſallos, aſſi o entendeo Seneca quando diſſe lib. 2. epiſt. 6. *Longum eſt iter per præcepta, breue, & efficax per exẽpla.* Et Claudian. 4. honor. Cõſ. *Seneca lib. 2. epiſt. 6.*

Regis ad exemplum, nec ſic inflectere ſenſus
humanos edicta valent quam vita Regentis.

Et confirmatur ex Eccleſ. 10. *Qualis*
12 *Rector ciuitatu, tales habitantes in ea.* & do cap. 30. Geneſ. conſta, que quãdo Iacob fazia o officio de paſtor, quaes eraõ as varas, que punha diante dos olhos das ouelhas, taes eraõ os cordeiros, que geraũão. E no Exod. c. 13. lemos, q̃ os filhos de Iſrael quãdo vinhão de Egypto pera a terra de promiſſaõ, traziaõ diante hũa colũna, que
13 os gouernaua, a qual ſe andaua, andaõ tãbem os caminhantes, & parãdo ſe aquietauaõ: pera nos moſtrar com tudo, q̃ o exẽplo he o mais efficaz preceito, & mais ſeguido q̃ todos. Ia ſabemos, q̃ os Tropheos do animoſo Milciades prouocarão a Themiſtocles a marauilhoſas façanhas. Os grãdes ecos do venturoſo Achiles incitaraõ a Alexandre Magno a outros mayores, 14
& os do meſmo Alexandre puzeraõ eſporas a Iulio Ceſar pera acometer

Forçado exemplo.

admi-

admiraueis empresas.

Tambem destes metais, com q̃ he
15 coroado o Emperador, se pôde colligir, que as sciencias deuem ser mais estimadas dos Principes, que tudo, porque na discrição, que Socrates apud Platonem fez daquella cidade florente, bemauenturada, & abundante com a differença dos sobreditos metais, chamou á Sabedoria ouro, ao exercicio bellico prata, & ao mais genero de lauoura, & officios, ferro: *Cũ enim ciuitatem in tres partes diuisisset alijs Reipublicæ gubernacula tradidit, alios aduersus custodiam armis instruxit: alios postremum voluit vel terram colere, vel in arte quapiã fabrili exerceri: cúm igitur hoc modo ciuitatem distribuisset: Principum ordinem aureum appellauit: militum verò argenteum: agricolarum autem, & opificum aneum, atq; ferreum. Vult itaq; Principes excellere præstantia sapientiæ, milites autem robore animi, infimorum autem hominum ætatem in pecunia studio consumi. Sic intelligit illam auri, argenti, & æris differentiam.*

Intitulase tambem o nosso Emperador Augusto pella felice succes-
16 são, que os Emperadores tomarão de Augusto Cesar; ou tambem se chama Augusto *ab augurio. quasi sacer*, como pessoa sagrada no respeito digno de veneração, & consagrada pera bons agouros, & futuros bens, vt per Aldobrand. hic num. 37. alleg. vers. Ouuid. ex 1. Fastor.

Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur
Templa sacerdotum rite dicata manu.

deza, saudando, & dedicando esta sciencia aos moços desejosos de aprenderem. *Cupidæ legum iuuentuti salutem*. Do que se collige, que no estudante se requere o amor pera as letras, porq̃ tẽdoo, nada pòde temer, & tudo lhe parece à facil, pois amor tudo facilita, como incendio de gozar o bem que ama, sẽ, q̃ tudo cré força vehemente do sentido, & afago doce da natureza. O maior effeito do amor he q̃ trãsformando os amãtes, não ha perigo, q̃ pella cousa amada se arrecee, nem cousa q̃ pareça difficultosa, por ser o amor poderoso, solicito, & atreuido. Bẽ prouarão seus poderes os antigos. Vnde ap. Virg. 1. Æn. *ipsa Ven⁹*.

Nate meæ vires, mea magna potentia solus
Nate patris summi, qui tella Typhoea temnis.

17 E tambem se pòde dizer conforme a Glossa, que se chama o Emperador Augusto *ab augendo*, porque deue procurar o augmento de seu Reyno, como o jura, & todos os Principes fazem o mesmo juramento, vt explicatur in cap. intellecto de iure iur.

18 Quãto à terceira ordem da nossa Rubrica observemos, que o Empe-
Rezões por q̃ o Emperador deãi conzistasciẽcia aos moços.
rador guardou nella a ordem, que os Principes tem no escreuer, & fazer merces, porque pondo seu nome titulos, & preeminencias enuião a saudar a pessoa, a quem escreuem. Nesta obra da Instituta principio, & resumo do direito, se nomeou o nosso Iustiniano, & referio seu imperio, & gran

19 E por mais poderoso q̃ os mesmos Deoses foi tido o amor. Vnde Ouid. Heroid. 9. de Hercule.

Quem non mille fera, quem non Stheneleus hostis,
Non potuit Iuno vincere, vincit amor.

Conſonat Ouuid. Epiſt. 4. Heroid.

Quidquid amor iuſsit non eſt contemnere tutum.
Regnat, & inſuperos ius habet ille Deos.

Ez de ſua diligencia ſolicita niũguem duuida, pois não padeceo nũca dilaçoẽs, nem ſabe deterſe perguiçoſo, & bem o moſtrou Eneas nas lembranças de Achates *vt Æneid.* 1.

Æneas (neque enim patrius conſiſtere mentem
paſſus amor) rapidum ad naues permittit Achatem.

do átreuimento, & audacia do amor valeroſo: *vt per Ouuid. 4. Met.*

24 tambem não ha duuida que he o mais

Callida per tenebras verſato cardine Thisbe
egreditur, fallitq; ſuos, adopertaq; vultum
peruenit ad tumulum; dictaq; ſub arbore ſedit
audacem faciebat amor, &c.

De Cleopatra Rainha do Egypto ſe cõta, que amaua tanto a Marco Antonio (*vt per Plutarch. in vita Marc. Ant.*) que o andaua de noite buſcando em habito de criada, ſem temer os perigos, nem attentar rezões de eſtado. O meſmo diz Lucan. lib. 3. de Cornelia molher de Pompeio,

Fida comes magni vadit duce ſola relicto,
Pompeiumq; fugit, &c.

Alciato pintou hum rayo, & Cupido voando tras elle, & tirandolhe hũa ſeta, conſumio o rayo, & o fogo, para ſignificar, que o amor pòde mais que todos os contrarios.

Com muita rezão logo encomenda o Emperador o amor, & obriga aos amantes pera que empenhados nem temão o perigo da larga nauegaçaõ da Iuriſprudencia, nem ſe acobardem nella, antes ſollicitos, & com amoroſa audacia a proſigão; porèm he de aduertir, que eſte amor ha de começar com Deos, & ſeguirſe com ſeu auxilio, & firmeza: vt docuit D. Auguſt. apud Ang. tom. 4. cap. 4. Hom. 28. & 50. *Incipiat homo amare*

25

26

Deum, & non amabit in homine, niſi Deum. Nihil delectabilius Deo; nam in homine ſunt, quæ offendant. Deus nõ eſt qui te offendat, ſi tu eum non offendas. Nihil in illo pulchrius, nihil dulcius; ſi pulcher es mundus, qualis artifex mũdi: ẽuelle ergo cor tuum ab amore creaturæ, vt inhæreas creatori, vt dicas quod in Pſalmo ſcriptum eſt: Mihi autem adhærere Deo bonum eſt. Si autem deſeris eum, qui te fecit, adulter es. Amicum gratis amas, & ad hoc amas, vt tecum amet Deum. Deuemos pois com o diuino amor amar por amor de Deos a juſtiça, & aſciencia, pera que ſendo nella peritos poſſamos obſeruar os preceitos da juſta adminiſtraçaõ, &

bom

bom gouerno. E fugindo aos vicios com a occupação do estudo, ao qual tanto se entrega o estudante com amor, que tudo he facil, & nada lhe parece aspero de emprender. De Anacreon fingem os Authores, que prendendo o amor, depois de estar ferido delle, se desculpaua, de que as azas do amor o fazião ligeiro, pera que com voos o alcançasse, porém trocando as pênas, deu o amor as azas a Anacreon, & tomando hũas chinelas muito achũbadas nos pés, por mais pesado que o amor foi com ellas, & por mais ligeiro que voasse Anacreon com as azas foi preso pelo amor, que tudo vence, pera nos ensinarem, que o desejo de saber com o estudo continuo tudo alcança, & nada lhe foge; *nam*

Quid refert vacuis cursibus auoles?
quid pẽnis leuibus currere proderit?
abscedet profugus nemo: sagittifer,
implumis pede plumbeo:
Pigro consequitur conceitus in gradu,
vt lentis properant acria gressibus,
nam si duret amor iura rebellibus,
quantumuis fugitent, dabit.
Sic res ex studijs sunt superabiles.
Importuna valent ardua flectere.
Sic festinus amor calce metallico
Vincit qui omnia pertinax.

29 E assi deuem os moços principiantes ser firmes amantes desta sciencia pera a alcançar, pois o Emperador foi tanto seu amigo em lha dedicar. Diz

30 *Indicios do amor.* S. Thom. à Villanou. serm. de Diu. Ioan. Euang. que em quatro cousas se conhece o amor, em reuelar segredos, em encomendar as cousas preciosas, & amadas, em fazer beneficios, & em tratar com familiaridade. Vemos pois o nosso Iustiniano começar a descubrir os segredos da iurisprudencia, mostrandonos os preceitos, preuenindo os inconuenientes, reuelando as cautelas, & ensinando a administrar justiça, dar o seu a seu dono, & diuidir o mao do bom, como pelo discurso de toda a Instituta veremos: encomendandonos preciosidades sempre, porque (como disse no principio) nos aconselhou o maior bem, que he o amor diuino, & ensinou a referir todos os principios ao nome de IESV Christo; pondo por preceito o viuer honestos pera agradar a Deos N. Senhor, não offender a ninguem pera estar na inextimauel quietaçaõ da paz, & conseruar a preciosidade do socego; dar o seu a seu dono pera acquirirmos as vontades de todos, & sugeitar as partes mais preciosas do homem, que saõ a memoria ao beneficio da administração recta da justiça: o entendimento ao applauso, & louuor, que se da ao justo, & a võtade que sempre está prompta pera defender o recto administrador da justiça. Com o que fica claro, que nos encomendou o Emperador as maiores preciosidades, & bens do mũdo, pera nelle viuermos, & seguindo o principio, que recomendou, nos saluaremos. Os beneficios que nos fez saõ innumeraueis, porque primeiramente maior merce, & honra he ser amado, do que ser acrescentado com honras: assi dizem muitos Doutores, que maior fol a gloria de Dauid em merecer o amor de Ionathas, do que em receber delle grandes premios. Aristoteles fez grande questaõ disto in 8. mor. cap. 8. & resolueo, que melhor era o ser amado, pois cada qual por si mesmo acquiria o amor, do q̃ o ser premiado, que era hum acaso, ou

remuneração de seruiços, & diz assi: *Nos honorem appetere non propter se, sed ex euentu, quia signum est virtutis, vel quia speramus ab honorante posse nos beneficia recipere, amati expetimus propter se, & amicitia propter se est expetẽda.* E assi o amor he companheiro da honra, & pello contrario a honra não he companheira do amor; o pai ainda que sem honra ama o filho; & o filho com amor honra ao pai: logo maior merce nos fez o Emperador em se mostrar nosso amigo, que em nos dar grandes premios, & maior lisonja lhe faremos em nos mostrar amantes pera nos desobrigar, & satisfazer agradecidos. E como o amor he companheiro das honras, não deixou tambem de nos engrandecer com ellas, pois nos dedicou a Instituta, principio, & resumo de todo o direito, & porta por onde se entra nas sciencias, que tam superiormente honraõ. Por aqui começão os Canonistas, & vemos quam eminentes lugares occupão, o maior de todos bem sabemos, que he o de sua Sanctidade o Papa Vigario de Christo, que em tudo tem o primeiro lugar na terra, vt Pelag. Pap. in cap. quamuis 21. dist. *Qui Euangelica voce Domini Saluatoris nostri primatum obtinuit, tu es, inquiens, Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam.* Conc. Trid. sess. 23. c. 6. & 7. Os Cardeaes eminentissimos, com cujo conselho se gouerna a Igreja, vt per Villadieg. de orig. Cardin. q. 5. n. 12. Hostiens. in cap. 2. de Cler. non resid. Ioan. And. in clement. ne Romani de elect. And. Barbat. de præstand. Cardin. q. 1. n. 23. Vnde dicuntur partes corporis, & membra Papæ, vt probatur ex cap. Felices de pœnitent. in 6. & ibi Archid. & Ioan. And. & notatur in cap. 1. de officio Delegat. eod. lib. os quaes tiuerão origem, figuratiuamente, no direito diuino, vt Deuteronom. 17. *Dominus ita præcepit, si difficile, & ambiguum apud te iudicium perspexeris surge, & ascende ad locum, quem elegerit Dominus Deus tuus, veniesq; ad Sacerdotes Leuitici generis, & ad iudicem, qui fuerit illo tempore, ipsi enim indicabunt tibi iudicij veritatem.* Deut. 17. O qual lugar do Deuteronomio traz o Summo Pontifice Innocencio III. in cap. per venerabilem §. rationibus, qui filij sint legitimi. & declara, que pello lugar, q̃ o Senhor escolheo, se ha de entender a Sede Apostolica, & pello juis o Papa, & pellos Sacerdotes do Leuitico, os Cardeaes: & assi originaria, & figuratiuamente tem as vezes dos taes Sacerdotes, & por direito positiuo manou sua eleição da instituição do Summo Pontifice pera se ajudar com seus conselhos, vt per Sot. in 4. dist. 24. q. 2. art. 4. Os Patriarchas, cuja dignidade he das mais subidas, & a segunda depois do Papa, vt per Garc. in tract. de benef. p. 1. cap. 6. num. 38. Os Arcebispos, que se chamaõ assim *ab arcos*, idest, Princeps, & Episcopo quasi Princepes Episcoporũ, porque presidindo na principal cidade de alguã Prouincia lhe estão sugeitos os Bispos das mais cidades della, q̃ sempre saõ dez, ou doze, vt probãtur ex cap. scitote. 6. q. 13. & isto regularmente, porque muitas vezes não ha tantos, & outras por costume immemorial, ou priuilegio não estão sugeitos aos Arcebispos, & saõ instituidos canonicamente pello Collegio da Igreja Metropolitana, ou nomeados por elRey, como padroeiro, & confirmados pello Papa: vt probatur ex

31

36

37.

38 Dignidades q̃ pellas letras se alcãçaõ

39

40

41

ex cap. bona, & ex cap. sicut de elect. & Panorm. in cap. Archiepiscopus, de temper. & ordin. Os Bispos, que se nomeaõ com a palaura Grega, *Episcopos*, que em Latim se interpreta,
42 *Speculator*, porque especular, & considerar, he officio do Bispo, que attê. de a todo o proueito de seus subditos; desterra vicios, visita, preside, & tem cuidado de todos. Anton. Monach. Græc. serm. 3. de Episcop. moderat. Clem. Alexand. in comment. 9. lib. 1. pedagogi ante med. D. Ignac. Episcop. Martyr epist. 5. ibi: *Episcopo subiecti estis velut domino ipse enim vigilat pro animabus vestris, vt qui rationem Deo redditurus sit*: & postea: *Episcopus typum Dei patris omnium gerit*: & infrà: *Reuereamini autem Episcopum sicut Christum, quem admodum nobis præceperunt Apostoli*, & in Epist. 10. ad Smirnenses post medium, sic ait: *Honora Deum vt omnium auctorem, & dominum; Episcopum verò, vt Principem Sacerdotum, imaginem Dei referentem.* E he tam grande esta dignidade Epis.
43 copal, que foi instituida por Christo Senhor nosso quando depois de sua resurreiçaõ disse aos sagrados Apostolos: *Sicut misit me viuens pater, & ego mitto vos; accipite Spiritũ sanctum, &c.* Ioan. 20. Ostendit Aug. tom. 3. in 2. part. quæst. ex nouo testamento, q. 27. versus finem, dicens: *Nemo ignorat Episcopos Saluatorem Ecclesijs instituisse, ipse enim priusquam in cælos ascenderet imponens manum Apostolis ordinauit Episcopos.* E que os Bispos succederaõ em lugar dos Apostolos o affirma o glorioso, & Angelico Doutor S. Thomas in col. 11. art. 7. & se declarou, no sagrado Concilio Tridentino sess. 23. cap. 4. *Proinde sacrosancta Synodus declarat præter cæteros Ecclesiasticos gradus Episcopos, qui in Apostolorum locum succesßerunt ad hunc hierarchicum ordinem præcipuè pertinere, & positos sicut Apostolos ait Spiritus sanctus regere Ecclesiam Dei, eosq; presbyteris superiores, &c.* E assi como Deos nosso Senhor fez a todos os Apostolos sagrados iguais a respeito da cõsagraçaõ, & da ordem, 44
assi fez os Bispos iguais com o Papa na ordem; porem assi como o Apostolo S. Pedro foi antepostо aos mais Apostolos a respeito da jurisdiçaõ, assi o Papa precede nella aos Bispos, vt post Gloss. in cap. in nouo, & in cap. loquitur 24. q. 1. tenet Barbosa de potestat. Episcop 1. p. tit. 1. c. 1. n. 10. & 19. & Dionys. Carthus. in dil. lucidat. Ecclesiastic. Hierarch. Diui Dionysij Areopagit. a. 39. col. 4. dicens: *Episcopi namq; Apostolorum sunt successores, sed sicut Beatissimus Petrus Princeps, idest, Pralatus, caput, & vertex fuit Apostolorum, ita & Papa, Pontificũ non ob ordinem propriè dictum sublimiorem, sed latiorem iurisdictionem.* Por isso dizemos, que as especies dos Bispos saõ quatro, das quaes a primeira he, que preside a todos os mais, 45
& consiste em hum sò individuo, que he o Summo Pontifice, Bispo de toda a vniuersal Igreja de Deos. A segunda he a dos Patriarchas. A terceira dos Arcebispos. A quarta dos Bispos. E pera estas tam grãdes dignidades vemos, que as letras saõ o total fundamento de se alcançarem, & que 46
aos Doutores se deuem, & aos maiores letrados, como expressamente o decretou o sagrado Concilio Tridentino sess. 23. cap. 2. de reformat. vbi de scientia Episcopi sic discernitur: *Scientia verò eiusmodi polleat, vt muneris sibi iniungendi necessitati possit*

saisfa-

satisfacere; ideoq. antea in vniuersitate studiorum Magister, siue Doctor, aut Licentiatus in sacra Theologia, aut iure canonico meritò sit promotus, aut publico alicuius Academiæ testimonio idoneus ad alios docendos ostendatur. O que se confirma com o direito diuino, q̃ tanto recomenda sejão os Bispos Doutores,& letrados, porque como deuem gouernar hão de ser scientes,& como deuem ser pastores, he necessario que sejaõ Mestres,& peritos, vt ex epistol. D.Pauli 4. ad Ephes. constat, & ibi Doct. D. Hieronym. ait: *Cùm in alijs diuisim locutus esset, in pastoribus verò, & Doctoribus ista coniunxit, vt qui pastor est debeat esse, & Magister.* Et idem Paul. ad Epist. ad Titum cap. 1 dicit: *Oportet Episcopum amplecti eum, qui secundùm fidem est fidelem sermonem, vt potens sit exhortari in doctrina sana, & eos, qui contradicunt arguere.* Vemos logo claramente, que o ser jurisperito he o mesmo que ser merecedor de tam grandes dignidades,& o aproueitar nesta sciencia, que o Emperador nos dedica o total fundamẽto de as alcançarem, pois estes lugares se não acquirem por direito de sangue, nem hereditario, senão por letras,& merecimento digno de legitimo titulo, & instituiçaõ canonica, vt probatur per textum.& Doctores in cap.1. de præbendis,& dignitat. & in cap. consuluit de iure patron. cum gloss. ibi, & in cap. ex transmissa,& cap. ad extirpandas de filijs præsbyter. & in sacro Concil. Trident. sess. 25. de reform. cap. 15. facit reg chanc. de publicand. resignat. iuncto motu proprio Pij V. de modo publicand. resignat. & iterũ Conc. Trident. sess. 25. de reform. cap.7. E nos lugares seculares do mesmo modo, porque assi como o Papa se chama cabeça da Igreja; & os Cardeaes,& Prelados braços, vt per Caietan. de potest. Papæ, cap. 19. Franciscus Veig. tract. de Episcop. in princ. propos. confirmat. Assi o Rey he cabeça do Reino,& os Dezembargadores,& julgadores braços, como ja disse, antigamente: *Corpus ex persona Iustini Imperatoris eius, qui Iustiniano successit.* 47 48

Vos ò mihi proxima membra
Conscripti patres, nostri pars maxima regni,
Vos estis pectus, vos brachia pectoris huius.

E a Igreja, & Republica se comparaõ na l. fin. C. de sacrosanct. Eccles. vemos que no Reyno abaixo do Rey não ha lugar tam superior como o dezembargo, que cargo mais authorizado, que o de Dezembargador? E que dignidade maior, que a de julgar? Pello discurso deste proemio veremos como o julgador he em lugar tenente de Deos nosso Senhor,& por isso Platão teue pera si, que era dignidade superior aos homẽs, vt per Platan. lib. 6. de leg. Melch. ven. polit. quæst. p. 3. q. 95. in princip. Donde Valerio Maximo disse, que sendo perguntado Apollo onde deuião ser postos os Magistrados,& Senadores, respondeo, q̃ não sabia se entre os homens, se entre os Deoses. E daqui disse Socin. cons. 22. n. 4. vol. 1. post Baldum, & alios ab eo relatos, que depois da Magestade Diuina, Imperatoria,& Real, a primeira era dos Magistrados, & Pretores, que se chamaõ Princepes da cidade. l. Spadonum, §. Si ciuitatis Princeps. ff. de excusat. tut. & Pro- 49 50

bus

bus apud Vopiscũm : *Vos estis mundi Principes, & semper fuistis, & in posteris vestris eritis*. O Emperador Alexandre chamou aos Dezembargadores companheiros , & se contou por hum dos do Senado, vt idem Alexander Senatui apud Lãpridium : *Et vos ipsi magnifici vnum me de vobis esse cẽsete, potiusquam magnum nomen ingerite.* Tendo pera si , que a maior grandeza era ser contado entre tam subidas dignidades ; & como a ministros postos com poder de Deos lhes manda obedecer o Apostolo S. Paulo ad Rom. 13. & in cap. 13, ad Hebr. legitur: *Obedite Præpositis vestris, & subiacete eis: ipsi enim pervigilant tanquam rationem reddituri pro animabus vestris.* Pello que não sò nos amou o Emperador, mas como generoso nos dedicou aos moços principiantes, & desejosos de aproueitarem esta obra da Instituta fundamento , & porta por onde se entra nas sciencias, que leuantão a tam sublimes lugares, & prometem tantos graos de vida respeitosa, & grandiosa na terra, & obseruando a justiça , & seus preceitos coroas de gloria no Ceo , como no titulo da justiça veremos. Tratou o Emperador tambem aos Iurisconsultos com a maior familiaridade que ser pode , porq̃ na lei ex diui. C. de locato, chamou a Vlpiano seu pai. De que se admirou Cyno, dizendo, que era tal a sciencia, que fazia ao Iurisperito pai , & familiar amigo do Principe : *Vides studiose quantum possit scientia, quæ facit legum peritum patrẽm, & amicum Principem?* no §. cum quæ hoc deste proemio chamou tambem o Emperador aos Iurisperitos seus antecessores , & como a pessoas muito suas lhes entregou as maiores preciosidades, os encheo de beneficios , & lhes fallou em todas as leis cõ tanta familiaridade sem offensa da seueridade , com que sempre se portou , porque como o maior augmento da grandeza real consiste em o tratamento dos sabios, & prudẽtes, com esta familiaridade acrescentou o Emperador Iustiniano sua soberanĩa, qualificou sua sciencia , & beneuolo authorizou as victorias, que as letras lhe eternizaraõ, pera que possamos dizer delle com tam justas causas, que excedeo na Religiaõ a Numa , no esforço a Scipiaõ , na prudencia a Q. Fabio, na lealdade a Regulo, na constãcia a Fabio, na grauidade a Catão , na seueridade a Torquato. Deuem logo os estudiosos ser agradecidos com amor reciproco a tantas finezas, com merecimento de grande estudo à tanto empenho de merces , & com continua applicação ás letras, a dedicatoria tam familiar. *Cupida legum iuuentuti salutem.*

Amou o Emperador mais a mocidade, & não parece, que nisto errou, porque supposto que os velhos saõ muito bons pera o conselho , os moços leuaõ a ventagem na vigilancia: *Et vigilantibus iura scripta esse*, ait textus in l. pupillus, ff. quæ in fraud. credit. E posto que os velhos sejaõ veneraandos, vt per IC. in l. séper, ff. de iur. immunit. com tudo os moços saõ mais aptos pera aprender, & mais engenhosos, , vt per Bulg. in proæm. suæ disput. & melhores expedientes; por que os velhos destituidos das forças, fracos, & debilitados de annos mais necessitaõ de descanso, que de trabalho , & com este sò pòde o moço na primauera de seus annos tam sufficiente pera obrar com diligencia , como desejada dos mesmos velhos, quando se

se conhecião impossibilitados. Lease Titoliuio no liuro 5. & veraõ as queixas de P. Licinio, & os suspiros, com que trataua dos primeiros annos, dizendo: *Me iam non eundem, sed vmbram, nomenq; P. Licinij relictum videris.* O mesmo leremos de Nestor apud Homerum.

Sed mea nunc valida languentia corpora vires
destituunt, nec robur inest iuuenile.

Entellus apud Æneid. 5.

Si mihi quæ quondam fuerat, quæq; improbus iste
exultat fidens, si nunc foret illa iuuentus.

O que tudo se cõfirma com o dito do Iurisconsulto Pomponio na l. apud Iulianum ff. de fideicomiss. libert. ibi: *Ego discendi cupiditate (quam solam viuendi rationem optimam in octauum, & septuagesimum annum ætatis duxi) memor sum eius sententiæ, qua dixisse fertur Iulianus: & si alterum pedem in sepulchro haberem, nunquid vel adhuc addiscere quidem vellem?* Pello que como a breuidade da vida seja tam apressada, como ao diante veremos, busca o Emperador na mocidade o amor, & as forças, pera que empregadas as dos primeiros annos nesta sciencia fiquem consumados Iuristas, quando anciaõs descançarem pera
59 conselho, que então he melhor o velho, que o mancebo, & succede o dito de Baldo post textum in cap. 1. de renuntiat. ibi: *Melior est vmbra senis,*

Sciencia supre a falta dos annos, & referẽse feitos generosos, & progressos de homens moços.

Parcite natales tumidi numerare Deorum
Cæsaribus virtus contigit ante diem.

61 O Iurisconsulto Papiniano a quem o Emperador louua tanto na l. cũ acutissimi, C. de fideicõmiss, & alibi, vt sæpe Ias. in l. post dotem in princip. ff. soluto matrim. com tudo morreo moço de trinta & sete annos, como refere Socin. in repit. l. cum auus col. 1. ff. de condit. & demõstrat. & Nerua filho de dezasete annos aconselhou & disputou. l. 11. §. pueritiam. ff. de postuland. DD. in l. quidam consulebat, ff. de rei vindicat. E Ceruoto filho de Accursio, antes de 25. annos foi Doutor, vt Bulg. in repit. Authent. habit.

a)

60 Porem o certo he, que a sciencia se não conta por annos, senão por merecimentos, & as verdadeiras canas saõ as letras, & obras do entendimento, o moço pôde ser velho no proceder, & o velho moço, que não he insufficiencia a falta de idade pera alcançar lugares merecidos, que as partes, & sufficiencia de juizo requerem. E assi o ser velho naõ he o mesmo que ser capaz, & letrado, nem o ser moço somente basta pera acquirir o que o Emperador promete, he necessario ser ancião nas letras, & moço com amor: *Cupidæ legum iuuentuti, &c.* que deste modo o numero dos annos se supre com o augmento das letras; assim o disse Bulg. in proæm. suæ disput. *Sapientia non numeratur annis,* Facit Ouuid. lib. 1. de arte amandi.

habit. C. ne filius pro patre. Onde diſputa, ſe o menor de 25. annos póde ſer doctorado, & reſoluem, q̃ quando he ſufficiente ſi. Iaſ. in rub. C. de procurat. Felin. in c. cũ vigeſimum, col. fin. de offic. deleg. Leinaud. in tract. de de Doctor. lib. 1. q. 15. onde diz, q̃ Baldo de 17. annos repetio a ley *Centum capue*; & o iuriſconſulto Speculator deſcidio hũa cauſa começada antes
62 de ſeu naſçimento, vt per Bald. lib. 3. conſ. 331. Bartolo de 25. annos com-
63 poz a repetição da ley ſiquis pro emp-
64 tore, ff. de vſucap. Daniel menino julgou os velhos, & Salamão moço, vt
65 c. afferre de præſumpt. & Reg lib. 3. Valerio Prudencio em Roma por ſeu
66 engenho de 13. annos foi coroado entre os Poetas Latinos, vt per Mapheo Vigum de educat. liber. & Lucius Pe-
67 trarch. lib. 6. epiſt. 22. onde diz de Scipião, que antes de ter 24. annos de ida de ſe lhe cõmetteo o Imperio contra Carthago. Guaſco de Fuxo não exce-
68 dendo 14. annos (como refere Claud. in Monarch. Franc.) fez notaueis maraulhas em Italia por el Rey Luis. O meſmo acharemos no ſagrado texto, com quem o Emperador ſempre ſe
69 ajuſtou, porque veremos a idade de Daniel, olharemos ſeus conſelhos, & leremos, q̃ ſe diz delle no cap 28.
70 Ezechiel. *Quia, inquit Daniel, & ſapiens*. Moiſes ſe acõſelhauaõ com elle os velhos quando auião julgar, vt per D. Ambr. c. 21. de Noe, & arca, & o conſelho de Ioſeph aproueitou aos Egypcios pera não ſentirem ſete annos de eſterilidade. E no cap. 15. do Geneſ. he de notar, que ſallando o texto ſagrado dos filhos, que Noe teue, diz aſſi: *Erant filij Noe, qui egreſſi ſunt de arca Sem, & Cham, & Iaphet.* Donde ſe vê, que Sem era o mais velho, Cham o ſegundo, & Iaphet, o terceiro, & depois quando falla o meſmo texto da culpa, que Cham teue em mandar aos outros, que viſſem ſeu paĩ deſcompoſto, & zombar delle nomea Cham, não como ſegũdo mais velho q̃ Iaphet, mas como terceiro, & mais moço: *Cum didiſciſſet quæ fecerat filius ſuus minor, &c.* Onde reparando o glorioſo Doutor S. Ambroſio diz: *Quomodò ſoluitur, niſi iuniorem, non ætate, non tempore accipias, ſed rudium ſenſu, & in quadam infantia intellectus conſtitutum, qui prouectioris doctrinæ ætatis non hauſerit, nec perceperit ſimile conſilium.* A Cham chamalhe mais moço, ſendo mais velho na idade q̃ Iaphet; tẽdo reſpeito, não aos mais annos, ſenão a maior capacidade, não ao tẽpo, ſenão ao entendimento: & porq̃ não moſtrou como aos mais irmaõs a hõra, que ſe deuia a ſeu pai; & aſſi quem tem obras de velho, ainda q̃ menor na idade, he velho no merecimento; & o que procede como menino, ainda que prouecto nos annos, he incapaz do premio, & do louuor. Muito ſe deue logo dar ao noſſo Emperador em buſcar na mocidade a agudeza do ẽgenho, q̃ obra muito, vt per Bartol. in l. Magiſtris, C. de profeſſ. & ordinariamente ſe diminue nos velhos, vt per Ioan. Montol. in promptuario iuris, & não tratar mais q̃ de merecimẽtos: por q̃ o eſtudante diligẽte moderno, ſe prefere ao indocto mais antigo, vt Pen. in tract. de nobilit. 3. p. n. 65. Moderni in l. quid ff ſi certum petatur. E as verdadeiras forças ſaõ as do engenho, & amor, com que ſe buſca a ſciencia. *Cupida legum iuuentuti ſalutem.*

Expoſiçaõ

PROÆMIVM.

Imperatoriam Maieſtatem non ſolùm armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam.

COntinúa o Emperador cõ o Proemio, da Inſtituta depois de ter inuocado o Diuino ſocorro, & ampa-
ro, referidos ſeus titulos,
1 & dedicada eſta ſciencia aos inoços
Moſtraſe a cõbenação das letras, & das armas, referẽ ſe varias excellẽcias da ſciencia. deſejoſos de a aprenderem, & diz, que a Mageſtade, & grandioſo eſtado Imperial não sò conuinha eſtar ornado, & authorizado com armas, mas que importaua eſtar armado, & guarnecido com letras. E he muito pera reparar no modo, com q̃ falla, porq̃ parece ſe equiuocou nas palauras, dizẽdo, que as letras armauaõ, & guarneciaõ, & as armas authorizauaõ: *Armis decoratam, legibus armatam*; ſendo q̃ pello cõtrario as letras authorizaõ, & as armas defendem, & guarnecem. Porém he certo, q̃ ſe não enganou o Emperador, antes como diſcreto, & tam experimentado nas armas, como vnicamente douto nas letras, nos quiz moſtrar, q̃ trocando os vocabulos da ua a conhecer eraõ tam neceſſarias as letras, como as armas pera bom gouerno da Republica, & ſuſtento do Imperio. Iá ſabemos, q̃ o Rey he cabeça de ſeu Reino, & aſſi ſe proua das palauras, q̃ Deos N. S. diſſe a Saul. 1. Reg. c. 15. n. 17. *Caput in tribubus Iſrael factus es*, chamandolhe cabeça, quando o faz Rey. Logo he certo, que fazẽdo ao Rey no corpo perfeito, de q̃ o Rey he cabeça, ſe ſegue, q̃ as letras, & as armas ſaõ os braços, & como eſtes ao corpo ſaõ igualmente neceſſarios, aſſi o Reino neçeſſita tanto das letras, como das armas, q̃ ſaõ os braços, & maõs do Reino. E ſe quizermos ſaber qual he o braço direito, porq̃ o não pode dizer quem he ſuſpeito, veremos o q̃ eſtá julgado pello ſagrado texto, que não tem duuida, nem contrariedade. No cap. 1. do Apocalypſe diz o glorioſo Euangeliſta S. Ioaõ, q̃ vio o filho de Deos, q̃ tinha na maõ direita ſete eſtrellas: *Vidi ſeptem candelabra aurea, & in medio ſeptem candelabrorũ aureorum ſimilem filio hominis, & habebat ſeptem ſtellas in dextera ſua.* Por eſtas eſtrellas entendem os ſantos os varoẽs doutos, & ſabios, q̃ poſtos no Ceo da Igreja a alumiaõ, & os rectos adminiſtradores da juſtiça immoueis, & fixos com os olhos no Ceo pera acertarem em tudo, vt per Richard. de S. Victor. ſup. Apocalyp. vbi ſup. *Quia in eodem ſtatu iuſtitiæ debent ſtare non per diuerſa vitia ſemetipſos permutare, & conuerſationẽ habere in cælo.* Et paulò inferi°: *In manu Dei ſunt, ideſt in poteſtate Chriſti, vt ipſo cooperante Eccleſias ſibi cõmiſſas dignè poſſint gubernare.* Por iſſo os indiſcretos, & injuſtos ſe chamaõ planetas erraticos: vnde Paul ad Timot. *Mali autẽ homines, & ſeductores proficient in peiùs errantes, & in errorẽ mittentes.* O glorioſo S. Hilario ſobre as palauras do Pſalmo: *Extendit manum ſuam in retribuendo*, entende tambem, que a juſtiça eſtá da parte direita. E o meſmo ſe proua do Pſalmo 31. *Et confirmaſti ſuper me manum*

Reg. 1. c. 15.

Richard. de S. Vict. in Apocal.

Paul. 3. ad Timoth.

Hilar. ſup. Pſalm.

Prou. 3.

manum tuam. E sobre tudo he de notar aquelle lugar dos Prouerbios 3. *Longitudo dierum in dextera eius, in sinistra illius diuitiæ, & gloria*. De maneira que na maõ direita de Deos está o augmento, & eternidade, na esquerda a gloria dos triumphos, & victorias bellicas. Bem se sabe, que da sciencia he proprio eternizar ao sabio & tudo se confirma com expressas palauras do texto sagrado in 3. Dan. *Qui docti sunt, fulgebunt quasi splendor firmamenti: & qui ad iustitiam erudiunt multos quasi stellæ in perpetuas æternitates*. Suppoito que os Sabios saõ as estrellas, & ellas eternizaõ, não ha duuida que estaõ da parte direita de Deos, & saõ o braço direito do Reino. A mesma rezão apadrinha tambem esta verdade, porque he certo nos não valemos do braço esquerdo, senão quando o direito sò não pôde auançar o que queremos: da mesma sorte sendo as guerras causadas da semrezão, & discordia: claro está, que se os homẽs se puzeraõ da parte direita da justiça, escusauão valerse do braço esquerdo das armas. Pois a maior victoria he a q̃ se alcança, conuencẽdo o entendimẽto, & sugeitando os animos. Inde Claudian. in 6. conſ Honorij.

Idem probatur ex Deut. 33. Et in dextera eius ignea lex.

Dan. 3.

nulla est victoria maior
quamquæ confessos animo quoque subiugat hostes.

Claudian. in 6. conſ. Honor.

4

Por semrezoẽs destruiraõ os Gregos a cidade de Troia, in 2. Aeneid. Emiliano a Carthago. Flor. 2. E a Numãcia, como escreue Orosio. E finalmẽte todas as guerras tem principio na auareza, & ambição, que pretende injustamente o que não he seu, & da sẽ rezão, que quer tomar o que lhe não pertẽce, & se estes se sugeitaraõ a rezão da justiça, era escusado o rigor das armas. Bem domestico temos o exemplo nas nossas guerras com os inimigos Castelhanos, que se elles conhecerão a justiça, com que el Rey nosso senhor D. IOAM o IV. q̃ Deos guarde felices annos recuperou o Reino, que legitimamente lhe pertence, (como no 3. & 4. liuro veremos) quem duuida, que sugeitandose á elegancia, doutrina singular & sciencia do doutissimo tratado da justa acclamação, & rezoẽs de justiça, & direito, que nelle se consideraõ, assi como se rendeo todo o mundo, que a tam justas rezoẽs humilhou, & sugeitou o entendimento, estes cegos da auareza; & sem rezão preualecendo obra ço direito da justiça, se escusara o exercicio das armas? E quẽ ignora, que alcançou o insigne Portugues, & doutissimo Author Valasco, maior victoria com a pena, que com a espada os maiores, & esforçados capitaens da guerra? E que se nos Castelhanos dura a cegueira, & continua a guerra, he porque a auareza, & ambiçaõ lhes tem preso o entendimento, como bem o aduertio Osorio quando tratando dos ambiciosos disse lib. 2. de glor. *Quid inter amentiã, & ambitiosum intersit, non intelligo, cũ ipsa ambitio sit maximus quidam furor*. E he certo, que assi como priuados de juizo procedem em tudo os ambiciosos

Flor. lib. 2. c. 15.
Oroſ. lib. 4

Scripsit insignis Præceptor Doctor Frãc. Valaſc. de Gouuea, de iuſta acclamat.

Oſor. lib. 2. de gloria.

nam.

Ebrietas furor est, furor est ſpes improba nummi
Ebrietas brevis est longior ipſa furor.

E ſe aſſi como os olhos enfermos não ſofrem luz, os animos apaixonados naõ admittem rezaõ, deſprezando os inimigos eſta, q̃ no juizo vniuerſal dos entendidos permanece he claro, que vzamos do braço eſquerdo belico, por ſe não conhecer de todos a rectidaõ, & braço direito da juſtiça, & rezaõ. O meſmo ſe confirma com o que commũmente lemos de Iulio Ceſar, que por ſer tam valeroſo como douto, ſe coſtuma pintar com a pena na maõ direita, & a eſpada na eſquerda com o Epigrapho, *in vtroque Cæſar*, a que alludio o Poeta dizendo:

Dextra tenet calamum, ſtrictum tenet altera ferrum,
& ferro, & calamo prælia dura gerit.

§ 5 Aduertindo diſcretamente, que a eloquencia leuaua ventagem a eſpada, & que eſta obraua quando ſe não admittia a rezão, & preeminencia da juſtiça, & ſciẽcia, que he credito dos Reis, & perpetuidade dos Imperios: *Ideò in ſacra pagina Sap. c. 6. Si delectamini ſedibus, & ſceptris, ò Reges populi diligite ſapientiam, vt in perpetuum regnetis.* Marſilio Ficin. dizia, que bem auẽturada era a cidade, em que dominaõ os Sabios, & que ao Principe era tam neceſſaria aſciencia, como ao corpo a alma. Os antigos creraõ, que o verdadeiro eſforço era a eloquencia: *Herculem Mitologi credunt eloquẽtiam.* E as diuinas letras a approuaraõ por maior eſforço, & defenſa, vt Eccleſ. c. 9. *Melior ſcientia, quàm armabellica.* De Arion diz Herodoto, que tiraua os peixes do mar, cantando, & ſendo lançado nelle, hum Delphin o tirou. De Amphiaõ, & Orpheo que com ſua muſica leuaua traſi os tigres, & penhaſcos, & atraindo as pedras edificou os muros de Thebas; & explicando Carolus Stephan. eſtas fabulas diz, q̃ a frauta de Herodoto, nem a voz de Amphiaõ, & Orpheo naõ tiraua õ peixes, nem atrahia õ pedras, mas que ſe ha de entender iſto

Sap. c. 6.

6 Eccleſ. c. 9.

Eſforço, & valor da eloquencia.

Carol. Stephan. Amphion. Fab.

da eloquencia, que he tam forçoſa, que vence ſem rezões, ſugeita entendimentos, & rende os mais fortes, & eſtranhos, & aſſi diz: *Non quid lira ſaxa aduxerit, neque compar eſt ita geſtũ videre, ſed quidquid affatus ſuauitate homines rupium incolas inculti moribus, rudis ad ſobſequij ciuilis pellexerit diſciplinam.* O orador Marco Antonio vindo hũa companhia de ſoldados pera o matar, lhes começou a fallar com tal eloquencia, que os rẽdeo, & fez logo mudar de intento, trocando o furor, com que vinhaõ, em admiraçaõ, & rendimento: porque o valor da ſciencia faz ceſſar o effeito das armas, que he menor, & ajuda de braço eſquerdo: & aſſi não errou o Emperador em trocar os vocabulos pera moſtrar a combinaçaõ: porque tambem no ſagrado texto muitas vezes ſe nomeaõ os doutos por ſoldados, & por exercitos as eſtrellas. O Spiritu ſancto querendo louuar a Dauid de valeroſo capitaõ lhe chama douriſſimo: *Erat doctiſſimus ſedens in cathedra.* E quando a Ioſue foi entregue o gouerno primeiro, ſe lhe entregou o liuro das leis, & fazendoo capitaõ general o mandaua inſtruir nellas pera moſtrar, que prevalecendo a

rezaõ,

ção se escusauão as guerras, & o
7 maior esforço era o ser sabio, & eloquente. No cap. 3. dos Cantares, querendo sallar dos fortes varões ar. mados, que cercauão o leito de Salamão, lhes chama o Spiritu sancto doctissimos, quando encarece seu valor. *En lectulum Salomonis sexaginta fortes ambiunt, ex fortissimis Israel, omnes tenentes gladios, & ad bella doctissimi, &c.* enfinandonos com isto, que a sciencia era o principal requisito, & a eloquencia o maiór esforço, & as letras o principal sustento, & braço do Reino, & as armas succedem em segundo como o braço esquerdo. Os,
8 Aduogados se chamão os soldados na l. aduocati, C. de aduoc. diuers. iudic. & com os sabios serem comparados às estrellas ellas se chamão soldadesca: *Nam & virtutes celorum mouebuntur*, lê o Habreo; soldadesca, & se dá este nome ao Sol, & à Lúa, & aos mais astros, vt Isai. 24. n. 21. & c. 34. n. 4. Ierem. 19. n. 3. Sophoniæ 1. n. 5. pera mostrar, que aquelles pugnão com a rezão, & justiça, que he a mais subida peleja, & mais victoriosas armas as da eloquencia, & no caso, q̃ a esta se não rendem, ou por ambição, ou cegueira, succede a ajuda das armas, q̃ sempre são inferiores á justiça, vt probatur ex Claudiano *laudãs tempora, quibus plurimũ potuit Stilico.*

Hoc quoque non parua fas est cum laude reliquit,
quod non ante fretis exercitus adstitit vltor,
ordine quam prisco censeret bella Senatus
neglectu Stilico: tam tot per sæcula morem
retulit, vt ducibus mandarent prælia patres;
decretoq; togæ felix legionibus iret
tessera. Romuleas leges redisse fatemur,
cùm procerum iussis famulantia cernimus arma.

E quando medindo o valor, quizermos dos effeitos colher a superioridade, he certo, que as armas rendem quando muito o corpo, porèm as letras sugeitaõ o entendimẽto, & captiuaõ as vontades, & assi he maior o vencimento, por isso deuia dizer o Poeta Tullio.

Fortior est qui se, quam qui fortissima vincit mœnia.

pera mostrar, q̃ sugeitar a võtade, & abater o entendimẽto, he a maior victoria; & q̃ por preualecerẽ no Reino os prudentes sabios he melhor o gouerno. porq̃ ou rendidos os animos â excellẽcia da rezão se conserua a paz ou ajudãdose da guerra com seus cõselhos he justa, & acertada. Moyses ainda q̃ regia os pouos Hebraicos cõ auisos do Ceo escolheo muitos cõselheiros doutos pera destribuir os encargos do gouerno. Deut. c. 1. *Date ex vobis viros sapientes, & gnaros, quorum conuersatio sit probata in tribubus vestris, vt ponam eos vobis Principes.* Porq̃ no Reino o principal gouerno ha de ser o dos sabios. q̃ de outro modo facilmente se perde, & arruina, vt Eccles. cap. 10. *Rex insipiẽs perdet populũ suũ, & ciuitates inhabitabũtur per sensũ prudentium.*

os Emperadores desejaraõ ser primeiramente sabios, & mais se gloriauão de doutos, que de esforçados, como Iulio Cesar, em cuja vida conta Plutarcho, que escreueo a seu mestre, dizendo: *Ego verùm scientia mallem me, quàm potentia præcellere* Desejaua mais ser sabio, que poderoso, como quem sabia era maior poder, & esforço o da sciencia. Phillipo Rey de Macedonia foi discipulo de Epiminondas insigne Philosopho, & valeroso capitaõ, vt Curt. lib 1. suppl. Alexandre seu filho tambem se criou com a doutrina de Aristoteles. Iustin. trist. 11. & estimou tanto seu pai o ter tal mestre, que ao tempo do nascimento de Alexandre escreueo à Aristoteles, dizendolhe, que tanto estimaua o nascimento de seu filho, como o nacerlhe em tempo, que pudesse ter tal mestre. (porque sò os doutos podem assistir ao Priucipe, & communicarlhe as excellencias, que a sabedoria comprehende, como testemunha Gell. lib. 9. cap. 3. referindo a carta do Rei, que dizia assi: *Filium mihi natum scito, quod equidem Dijs habeo gratias, non proinde quia natus est, quam pro eo, quod eum nasci contigerit temporibus vitæ tuæ; spero enim fore, vt edoctus, eruditusq; abste dignus existat, & nobis, & rerum istarum successione*. Do mesmo modo se inclinaraõ às letras os celebres Emperadores Cesar Augusto, Adriano eloquentissimo, Antonio, Elio. Nerua, Clodio, Albino, os Gordianos pai, & filho, Alexandre Seuero, em cuja vida diz Elio Lampridio, que julgaua por ocioso o dia, em que não estudaua, Numeriano, cuja oraçaõ assombrou o Senado, Federico II. Rei dos Germanos, & outros innumeraueis Thebanos, Atenienses, & Lacedemonios, que não sò se deraõ todos ás letras, mas ainda respeitaraõ summamente os letrados, peritos, & sabios, como se conta de Alexandro, q̃ entrando em Thebas a mais rica cidade de Egypto, sem respeitar capitaẽs, dignidades, nem estados somente deu perdaõ, & mãdou guardar recato aos descendentes do doutissimo Pindaro, como tambem Marcello Emperador Romano com os Syracusas, entrando a cidade, que sò a Archimedes, insigne Philosopho perdoou. E o mesmo se proua com a estimaçaõ, em que Alexandre teue as obras de Homero, o pouo Romano os versos de Virgilio, Antonio no premio, que deu a Oppinio por cada verso de hum liuro que lhe dedicou. & o q̃ Garciano estimou a Ausonio, que o chegou a fazer Consul, & Segismundo Cesar, que com tanto extremo amaua os sabios, que sendo hum dia perguntado porq̃ rezaõ lhes queria tanto? Respondeo, que amaua aquelles, que a natureza auantejâra aos mais. *Eos amo, quos natura alios ante stare voluit.* E os Atheniẽses consagraraõ sua cidade a Minerua, pera mostrarem quanto estimauaõ os Sabios, & doutos, aos quaes os Gregos chamaraõ Medicos, os Romanos pais, os Troianos escudos, os Assyrios defensores, & todas as mais naçõẽs do mundo principaes na sustentaçaõ de seus Reinos. No que tãbem não faltaraõ os nossos Portugueẽzes, assi na estimaçaõ dos doutos, como nas vtilidades, que de suas doutrinas receberaõ, & tantas vezes experimentaraõ. O seuhor Rei D. Ioaõ o primeiro, com andar em continuas occupaçõẽs de guerra, conhecendo, q̃ entaõ era por se não conhecer sua justiça, & vendo que depois de a manifestar

Toles. de Rep. lib. 8. c. 20. n. 10. Plin. lib. 30. c. 1. Tull. 1. Gregor.

10 *Dion. Cass. in vita Adrian. Imp.*

Reis q̃ forão entregues às sciẽcias, & estimarão grãdemente os sabios, & bomẽs doutos.

festar a todos o melhor meio de se conseruar o seu Reino eraõ as assistencias,& conselhos dos doutos, assi os amaua, que não os apartaua de sua casa Real,& os estimaua como companheiros em seu gouerno,pello que experimentou nas Cortes, que se fizeraõ em Coimbra no anno de 1385. sobre a succeſſaõ do Reino, estando todos em pareceres diuididos, obrou tanto a eloquencia do Doutor Ioaõ das Regras, que os que dantes eraõ varios votaraõ vniformes, & alegres na eleiçaõ do Rey,& o que naõ poderiaõ obrar nenhũas forças de armas, alcançou a eloquencia de hum douto tam breuemente,& rendendose a vontade, & sugeito o entendimento à rezão, se escusou toda a perturbação da guerra. Assi foi aquelle Doutor subido a maiores graos, & mais recomendado no amor de seu Rey, que tanto se inclinou ás letras, & liçaõ dos liuros, que naõ sò passou os do gouerno, mas ainda nos de deuaçaõ: mandou traduzir em Portugues as horas de nossa Senhora, pera que todos as rezassem; os Euangelhos, & a vida de Christo Senhor nosso; & outros liuros: no que o imitou muito seu filho o senhor D. Iaime Cardeal, que foi de S. Eustachio, & Arcebispo de Lisboa, que muito moço foi consumado em tanta doutrina, que realçada de muita virtude assombrou o mundo, como tambem o senhor Infante D. Ioaõ Mestre de Sanctiago notauelmente amigo da justiça, & dedicado ás letras: & o senhor Rei D. Duarte, que no exercicio das armas foi destrissimo, & na caualleria excedeo a todos, & assi cõpoz hum liuro de preceitos de andar a gineta, & às letras foi tam inclinado, que honraua muito os letrados, & foi tam estudioso, quẽ não sò soube pera si, mas pera doutrinar a todos, compoz varios liuros, assi de cousas moraes, como hum tratado do regimẽto da justiça, & officiais della, do qual ha hũa parte na Rellaçaõ, & compoz outro com titulo do leal conselheiro, dedicado à Rainha sua molher, E tam naturalmente, era eloquente, que atrahia os corações de todos. E não menos amigo foi das letras, & justiça seu filho o senhor Rei D. Affonso V. que foi o primeiro, que em seus paços Reais fez liuraria, & amou summamẽte os homens doutos, imitando assi a seu pai como a seus tios o senhor Rei D. Affonso de Napoles, & o senhor Infante D. Pedro, que todos foraõ insignes nas letras, sendo igualmente valerosissimos nas armas. E o senhor Rei Dom Manoel de boa memoria assi honraua as letras, & estimaua os letrados, que de longes terras os mandou vir pera lhes fazer merces, amou a justiça superiormente, constituio leis, & empregandose na estimaçaõ das sciencias, foi o mais prospero no gouerno, & o mais glorioso que ouue nos Triumphos das armas; alcançando tam innumeraueis victorias, como todos sabẽ. Finalmẽte todos os senhores Reis de Portugal fizeraõ este ẽpenho, & conheceraõ era superior a tudo a sciencia, & sustento do Imperio o amor da justiça. No que tambem a Magestade del Rey nosso Senhor Dom Ioaõ o IV. que Deos guarde felices annos se auantejou tanto, que naõ sò imitou a todos os sobreditos seus Reais progenitores, mas com notauel zello mandou sempre guardar a inteireza da justiça, & justificou o justo titulo, com que recuperá do seu Reino nos liurou do catiueiro,

em que eſtauamos, & por todas as vias procurou ſempre os maiores acertos, qualificando com tantas euidencias aſſi a excellencia de ſeus Reais aſcendentes, como o ſer pai daquelle gerogliphico da primazia dos talentos, que o Ceo depoſitou, & cobrou do brados de tantas virtudes na peſſoa do ſereniſſimo, virtuoſiſſimo, & doutiſſimo Principe o ſenhor Dom THEODOSIO, ſempre chorado de amado, & com ſaudades ſentido; o qual com ter a ſeu cargo o gouerno das armas, & nellas ter deſenhos, que excederaõ as maiores façanhas, que no mundo com as armas obraraõ os mais valeroſos, & experimentados na guerra, aſſi ſe deu á virtude, que foi eſpelho ainda dos mais Religioſos, & de tal modo ſe fundou no amor das letras, eſtudando não como diſcipulo, mas concordando opiniões intrincadiſſimas dos mais qualificados meſtres, compondo varios tratados, & fazendo grauiſſimos pareceres, com que aſſombrou os maiores Doutores, & foi por douto, & verdadeiramente ſabio, como digno sò de ſer eſtrella collocado neſſes Ceos, onde á mão direita de Deos (como piamente cremos) procurara de continuo muitas bençõens pera Portugal, & tantos augmentos nas letras, como victorias nas armas, de cujas compoſiçoẽs igualmente depende o bom gouerno, porque como o Emperador diſſe, que as armas fortaleciaõ, & as letras ornauão, nos quiz enſinar, que eſtes eraõ os braços do Reyno, & aſſi como o corpo fica diſforme ſe lhe faltar hũ braço, pois de ambos neceſſita igualmente, trocou o noſſo Iuſtiniano o vocabulo, pera moſtrar a combinaçaõ, & aduertir a conueniencia do Rey quelhe importa ter o braço das armas pera ſe ornar, como o corpo cõ o braço eſquerdo, & o das letras pera ſe guarnecer, & fortificar com a juſtiça, & ſciencia, em que conſiſte a fortaleza do braço direito, principalmẽte neceſſario ao corpo perfeito do Reino, pera que fortificado, & ornado ſe dilate, & augmente: *Et idcò Imperatoriam maieſtatem non ſolùm armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam.*

§. *Quorum.*

NEſte §. que he a ſegunda parte do Proemio, refere o Emperador Iuſtiniano (depois de ter dito a conueniencia, que o Reino tem na igualdade das letras, & as armas) o modo, com que ſe quiz eternizar entregandoſe às leis, & o trabalho, com que preſidindolhe o fauor diuino, reduzio a forma o direito, de que vzamos; & a gloria, que teue dos triumphos, q̃ alcançou com ſe ajudar das armas, & diz aſſi: *Quorum viam, quam cum ſummis vigiliis, ſummaq; prouidentia (annuente Deo) perfecimus, & bellicos quidem ſudores noſtros Barbaricæ gentes ſubiuga noſtra redactæ cognoſcunt; & tam Africa, quàm aliæ innumeræ prouinciæ, poſt tanta temporum ſpatia noſtris victoriis à cæleſti numine præſtitis ipſarum ditioni Romanæ additæ imperio proteſtantur; omnes verò populi legibus tam à nobis promulgatis, quàm cõpoſitis reguntur, &c.* Das quaes palauras primeiramente quanto ao modo dellas, obſeruaõ os Doutores, que saõ de jactancia, & inferem, que o louuor proprio he lícito; porem diſtingue Angelo dizendo, que ſim he liçito o louuor proprio quando he neceſſario

Louuor proprio quando he licito, neceſſario, ou reprouado

ou

ou vtil, com a qual diſtinção ſe conforma Aldobrando, & conforme a ella diremos, que ha louuor proprio neceſſario, vtil. & voluntario. Neceſſario he pera com os deſconhecidos, & ingratos: porque quem não he conhecido não ſe louua em dizer quem he, nem em referir ſua qualidade, como tambem não merece calumnia o Doutor, que pera alcançar a cadeira, ou o lugar relata ſua juſtiça, & faz publicos ſeus merecimentos, nem o capitão, que pera conſeguir o deſpacho faz alarde de todas as acçoens, em q̃ ſe moſtrou valeroſo; & fez admiraueis façanhas, porque neſtes caſos he o louuor proprio neceſſario pera ſer conhecido, ou por merecedor de premios, ou por quem he, ſe entra em patria alhea, ou falla com quem o deſconhece, vnde illud Virgil.

Sum pius Æneas.

Como tambem Ioſeph quando ſeus irmaõs o deſconheceraõ no Egypto, começou com palauras como de jactancia do lugar, em que eſtaua, a referirlhe, que elle era o dos ſonhos, a quem elles venderaõ, & agora deſconheciaõ, ſem q̃ merecceſſe calumnia, porque ſe daua a conhecer âquelles, que ſe moſtrauaõ deſconhecidos. Pera com os ingratos do meſmo modo he o louuor proprio neceſſario; porque o ingrato não ſe póde conuẽcer ſenaõ com repreſentaçaõ dos beneficios recebidos, nẽm deixar tam mao vicio, ſem conhecer claramẽte a grandeza da peſſoa contra quem o exercita. Eſta deuia de ſer a cauſa, porque Chriſto Senhor noſſo depois da ſacratiſſima Cea diſſe na pratica, que fez a ſeus ſagrados Diſcipulos: *Vos vocatis me Magiſter, & Dominus, & bene dicitis, ſum etenim*, & fez relaçaõ de todo ſeu poder de ſenhor, & reſpeito, que ſe lhe deuia como Meſtre, porque eſtaua preſente Iudas ingrato, pera ver ſe com a repreſentaçaõ de tantas obrigaçoẽs ſe mouia como tambem em outras occaſioẽs: neceſſarias, vt idem Ioan. 12. *Ego ſum lux mundi*, & Math. 6. *Conſiderate lilia agri*. & Pſal. 49. *Et pulchritudo agri mecum eſt*: & Paul. 2. ad Corint. 12. *Si gloriari oportet, &c.* E nas hiſtorias humanas naõ faltaõ exẽplos, aſſi de Achilles pera com os Gregos, vt Illiad. 1.

Ioan. 8. & 9.

12 Mat. 5.

Pſal. 49.

Paul. ad Cor. 12.

Cæpi biſcænas comitatus nauibus vrbes
non etenim galeæ fulgorem cernere noſtræ
quominus audebant.

Et Virg. Eglog. 2.

Nec ſum adeo infirmis nuper me in littore vidi
cum placidum ventis ſtaret mare, non ego Daphni
iudice te, metuam, ſi nunquam fallit imago.

Louuor proprio vtil he licito pera animar os fracos. Plutarcho no lib. 3. de ſui laude, refere de Cyro, que em muitas occaſioẽs perigoſas ſe louuou, & referio grandezas proprias pera dar animo a ſeus ſoldados, como tãbem Antigono, que dizendolhe hum ſoldado na guerra naual. Naõ vedes quãtas maïs ſaõ as naos do inimigo? Reſpondeo, & vòs comparaiſme a mi,

& a meu esforço com naos? E o mes-
mo fez Vlysses com seus companhei-
ros, que à vista de Charibdis desma-
yaraõ, dizendolhes:

Non tamen hocce malum nunc grandius ingruit illo,
cùm nos vi tenuit vasto Poliphemus in antro,
& tamen hinc virtute mea, nos consilioque
Fugimus, &c.

E Cesar indo em hum barco, temẽdo o barqueiro as ondas, que craõ grandes, & os mares tempestuosamente temerarios, foi conueniente referir Cesar sua grandeza, pera que o barqueiro não desmayasse, dizendolhe: *Ne extimesce Cæsarem enim vehis.* Pello que fica sendo o louuor proprio necessario pera com os desconhecidos, & ingratos, & vtil pera com os fracos, & desanimados: porem quãdo voluntariamente he sò jactancioso, entaõ he reprouado, & digno da calũnia, a que o condenou o douto, & elegante Prudencio em seus versos dizẽdo pellos que sem necessidade, nem conueniencia se louuaõ a si mesmos.

Desine magna loqui frangit Deus omne superbum
magna cadunt, inflata crepant, tumefacta premuntur;
disce supercilium deponere, disce timere,
ante pedes foueam quisquis sublime mirabis:

Porem he de notar, que sendo o louuor proprio necessario pera com os desconhecidos, & ingratos, & vtil pera com os desanimados, não diz o Emperador, que he conueniente pera com os enuejosos, & com muita rezaõ, porque como a enueja he irracional, & peruersa, vt Aristol. lib. 2. Rhet. c. 9. dicens: *Idem est, qui peruersè gaudet, atque inuidus.* E despreza a medicina, vt D. Bas. hom. 11. in var. script. loc. *Inuidiæ malum medicinam spernit.* He certo, q̃ não tem termo, nẽ remedio mais q̃ a propria morte, & castigo. De sete cegos faz menção a sagrada Scriptura, ẽ os quaes representão os sete peccados mortais, & com todos terẽ remedio, sò a enueja não tẽ nenhum. O primeiro cego foi o Apostolo S. Paulo, quando Saulo, em que se representa a soberba. O segundo o cego, de que S. Lucas faz menção nó cap. 18. que estaua pedindo no caminho, em que se representa a auareza. O terceiro, Sansam, a quem atou a molher, & significa a luxuria. O quarto, Lamech, em que se representa a ira, porque com o rigor de hũa frecha matou Cain, como dizem graues Doctores. O quinto, foi o pouo de Sodoma, em que se representa a gula. vt Ezech. 16. *Hæc fuit iniquitas sororis tuæ Sodomæ, quia saturitas, & abũdantia panis, cui suffusio oculorum non nec his, qui morantur in vino, & student calicibus epotandis.* Pois he certo, que a gula he mãi da luxuria, & fonte dos peccados. O sexto foi Heli, que significa a enueja, do qual se diz no liuro 1. dos Reys, c. 13. *Non poterat videre lucer*

Regueira da enueja.

Arist. lib. 2 Rhet. c. 9.

Basil. hom. 11. in var. script. loc.

Refert Raphael Aquilino tract. 2. fol. 38.

Act. 6.

Luc. 18.

D. Ambr. lib. 9. epist. 70.
D. Hieron.
D. Hilar.
ab Tolet. lib. 3. aduersus Iudeos.
Ansel. Laudunens.
Abbas. Tarniel.

Ezech. 16.

Reg. lib. 3. cap. 13.

lucernam Domini antequam extingueretur. O septimo, & vltimo cego foi Tobias o velho, em que se representa a perguiça, porque desacautelado se deitou a dormir. Sabidos pois os nomes dos cegos, he certo, que estes, & seus vicios tem remedio, porem os enuejosos saõ incuraueis. S. Paulo sarou, sẽdo cego, como diz o texto Act. 9. *Surrexit autem Saulus de terra, apertisq; oculis nil videbat*, conhecẽdo seu peccado, & sua ignorancia, pois o co-
6 nhecimento da fraqueza propria he
Act. 9. o melhor remedio contra a soberba. Ao cego auaro deu Christo Senhor nosso vista, como diz o sagrado Euangelista S. Lucas d. cap. 18. A luxuria deu o mesmo Senhor tantos remedios, porque a deuação da Virgem Senhora nossa he o maior escudo, & as occupaçoens remedio contra as tentaçoens, & o entregarse a sciencia o melhor meio de lhes fugir. Vnde in Canon. Iacob. 3. *Quæ desursum est*
Canon. Iacob. 3. *sapientia primùm quidem pudica est, idest pudicum reddens*. Vnde D. Hieronymus: *Ama sacras litteras, & carnis vitia non amabis*. A ira tem remedio no conhecimento, & brandura da reposta, como Lamech, que com sua confissaõ, conhecendo o homicidio, alcançou perdão, como diz Theodoreto: *Diuinam vltionem euasit Lamech peccatum suum apud Deum confitendo, & dum se ipsum iudicat iudicium Dei effugit*. A gula tem remedio na occupaçaõ, & na oraçaõ, que por isso Deos disse ao Diabo, que o tentaua com a gula: *Non in solo pane viuit homo*. Math. 4. E pello mesmo escapou Loth cõ os seus da destruiçaõ de Sodoma, porque não foi guloso, antes todo contemplatiuo, & entregue à oração, & do mesmo modo escapariaõ os mais moradores, se entre elles se admittiraõ os cõselhos de Loth. Porêm a enueja, nem destruida merece; & a rezão he, porque o multiplicarse a vida aos enuejosos he dobrarlhe o castigo, assi quando Deos castigou Cain, a primeira pena que lhe deu, foi dilatarlhe a vida, porque como a enueja he morte de si mesma, a fogo lento se mata, & percce, sendolhe o viuer a maior pena. Ita Claud. Maurius Victor. lib. 2. in Gen. sobre a sentença, que Deos deu a Cain, *Vagus, & profugus eris super terram*.

Math. 4.

7

Castigo da enueja.

Extorrem ab vtroque parente
Longiùs amandat, vastasq; relegat in oras,
& iubet â patrijs confestim excedere terris.
Hac etiam longè misero feliciter in re
gratificans: grauior nam multo est pæna videri
inter felices, & pura mente beatos
Victuro, post supplicium, factiq; pudorem.

Claudius Maurius Victor. lib. 2. in Genes

Porque viuendo na incurauel cegueira de tam incurauel vicio, assi se vai matando, & perseuerãdo no erro, porque como vem as luzes apagadas, & não quando luzem com os mesmos rayos dos enuejados cegaõ, & se atormentão, *nam*

Inuidus alterius marcescit rebus opimis.

S. Pedro

S. Pedro Celeuse diz, que mais sentio Esau ver seu irmaõ medrado, do que ficar sem benção; por isso pera castigar este vicio tira Deos os males dos enuejados, com que os enuejosos folgaõ, & honraos diante de seus olhos pera os cegar mais, & assi disse a Heli: *Videbis æmulum tuum in loco tuo*, tirando pera isso ao enuejado os vicios, & a Heli os filhos, que queria ver aproueitados, pera mostrar, que se todos os vicios tem remedio, a enueja como he a mesma ruina a si mesmo se mata, & em confusoẽs perece. Acertadamente disseraõ os antigos que a enueja até entre os vicios era monstro. porque he maior que todos, & comprehende toda a maldade. Ianfrenio nos Prouerbios lhe chama: *Vitium Stellionatus*, & Plinio na historia natural lib. 26. cap. 4. diz, que este animal Stellio he como lagarto todo matizado de pintas, forte de maõs, & muito enuejoso. E em direito se diz, que ha delictos publicos, & particulares nomeados com nome certo, & outros, q̃ não tem nomes especiais, & se comprehendem geralmente debaixo da palaura, *Crimen Stellionatus*, text. & DD. in l. fi, & per totum, ff. de crimine Stellionat. text. in l. 1. & per tit. C. eodem, vbi Odoffred. & com muita rezaõ, porque como ja neste animal Stellio se figuraua a enueja, rezão he que com seu nome se comprehendaõ todos os crimes; pois até os autores mais peritos acharaõ tanta variedade de nomes, que pòr à este vicio, que Aristoteles lhe chamou centro de dores, lib. 1. Rhet. cap 9. Seneca disse, q̃ era a enueja ira disfarçada. Cypriano a julgou por raiz de todos os males, fonte de discordias, seminario de delictos, apetite de vingança, soberba auara de todas as riquezas, & sempre morte de si mesma, como tambem a descreueo graphicamente, certo poeta graue de nossos tempos dizendo:

8 *Crime de Stellionato que he,*

Liuor tabificum malis venenum
intactis vorat ossibus medullas,
& totum bibit artubus cruorem,
quod quisquis furit, inuidet q; forti,
vt debet sibi pœna semper ipse est.
Testatur gemitu graues dolores:
suspirat, fremit, incutit q; dentes
sudat frigidus intuens quod odit.
Effundit mala lingua virus atrum:
pallor terribilis genas colorat.
infelix maius renudat ossa:
non lux, non cibus est suauis illi:
nec potus iuuat, aut sapor Lyæi:
nec si pocula Iupiter propinet,
atque hæc porrigat, & ministret Hebe
aut tradat Ganimedes ipse nectar.

non

Non somnum capit, aut quiescit vnquam.
torquet viscera carnifex cruentus.
Vesanos tacitè mouet furores
intentans animo faces Erinnis
lethalis, Titijsq; vultur intus,
qui semper lucrat, consestq; mentem
viuit pectore sub dolente vulnus,
quo Chironia nec manus leuaret.

Pello que sendo incurauel este vicio da enueja não tem remedio como os mais que disse nos, pois sabemos a miraculosa conuersaõ de S. Paulo, o milagre, que Christo Senhor nósso fez em dar vista ao cego, o exemplo que tem os luxuriosos na perda das forças de Sansam, os arrependidos no remedio, & confissaõ de Lamech, os deuotos em Loth, & os perguiçosos em Tobias, que ainda que descuidado no dormir, pello q̃ tornou em si mereceo a vista, que os enuejosos não alcançaõ mais que vendo augmentos no enuejado morrerem, & matarẽse a si mesmos, assi como a traça roe a propria seda, em q̃ se cria, & a vibora roe, & despedaça o ventre, em que foi concebida.

10 *Enueja não cabe em animos nobres, nẽ em sugeitos qualificados, & doutos.*

Outra rezaõ acho pera não se tratar neste proemio dos enuejosos mais que pera os abominar, & aduertir a muita pollitica, de que o Emperador vzou em não dizer, que nos Iurisperitos podia auer enueja, porque esta he mui alhea dos grandes, & muito propria dos baixos, & dos ignorãtes. Hum grande Prègador folga muito que haja muitos prégadores de fama, hum Doutor insigne ampara os que o imitão, louua os intentos, & fauorece a diligencia pera que cresça, & hum fidalgo illustre, honrado, geralmente com todos exercita humanguias, porque em semelhantes sugeitos não cabe enueja. Foraõ dizer ao glorioso Padre sancto Antonio gloria, & hõra dos Portuguezes, que auia hum grande Prêgador, que leuaua todos tras si. & que dos maiores era seguido com aplauso. Mui socegado respondeo o Sancto (como se conta em sua vida.) Bendito seja Deos, que nos manda jornaleiros, que nos ajudem a cultiuar sua vinha todos trabalhamos pera Christo, & assi he justo, que nos alegremos, que haja muitos, que nos ajudem ao trabalho. A Moyses disse hum moço, que Eldad, & Medad prophetizauaõ em presença de todo o pouo, vt Numer. 11. o que ouuindo Iosue ministro de Moyses lhe disse: *Domine mi Moyses prohibe eos.* ibi n. 29. aconselhandolhe, que os reprehendesse, porem Moyses o reprehendeo a elle pello conselho, & folgou muito que ouuesse Prophetas, pois era final de que Deos o queria assim, & lhes auia communicado seu spirito: *Quid* (disse o Sancto Moyses) *emularis pro me? Quis tribuat, vt omnis populus prophetet, & det ei Dominus spiritum suũ.* O mesmo aconteceo a S. Paulo, que sabendo prégauão alguns por via de contenda disse, que de todo o modo folgaua muito se prégasse

a ſẽ, & cada qual apuraſſe ſeu talento. *Quid enim?* (diz o Santo ad Philip. 1. n. 18.) *dum omnimodò, ſiue per occaſionem, ſiue per veritatem Chriſtus annuntietur, & in hoc gaudeo, ſed, & gaudebo.* Chegaraõ hũa vez os diſcipulos de S. Ioaõ peſarоſos de ver, que Chriſto bautizaua, & que ſe augmentaua ſeu credito, diminuindoſe a ſeu parecer delles, o de S. Ioaõ, & lhe diſſeraõ: *Rabbi, qui erat tecum trãs Iordanem, cui tu teſtimonium perhibuiſti, ecce hic baptizat, & omnes veniunt ad eum.* A o que o Sancto reſpondeo: *Non poteſt homo accipere quidquam, niſi fuerit ei datum de cœlo.* Como ſe diſſera, que os fauores do Ceo ſe communicauaõ conforme a vontade, de quẽ os reparte, & aſſi que recebendo alguem fauor diuino naõ era rezaõ, que ſe lhe impediſſe, & ſendo o Baptiſta diſcipulo naõ auia enuejar a opiniaõ de ſeu meſtre pera a desfazer, pera a ſeguir ſi, & por iſſo acreſcentou outra rezão, valendoſe da ſemelhança das bodas, a que aſſiſte o Eſpoſo pera ſer mais honrado de todos, & aſſiſtem os amigos pera o ſeruir, & aſſi como a eſtes lhes naõ peſa de ſeus goſtos, nem ao Eſpoſo de ouuir a voz da Eſpoſa, antes ſe alegra: do meſmo modo o Baptiſta folgaua de ſe augmentar a doutrina de Chriſto, & ſer ſeguida de todos, porque era o Eſpoſo, & o Baptiſta amigo, pello que nem ſe auia igualar á authoridade, nem diminuir o goſto, *nam Qui habet ſponſam* (diz o Sancto) *ſponſus eſt, amicus autem ſponſi, qui ſtat, & audit eum; gaudio gaudet ſuper vocem ſponſi. Hoc ergo gaudium meum impletum eſt. Illum oportet creſcere me autem minui.*

13

Com o que claramente ſe vê, que em peitos grandes, & em ſugeitos graues naõ cabe enueja, & por iſſo o Emperador como eſcreuia leis, & trataua com letrados, naõ era juſto ſe perſuadiſſe aueria nelles tal vicio, & aſſi trатou ſomente de louuar ſeu trabalho, peranos dar a conhecer a todos agrãdeza de ſeu Imperio, & o cuidado, cõq ſe expos a reduzir à fórma o direito, & cõpòr cõ a maior politica o bõ gouerno da Republica, & ſuſtento do Imperio, dandonos neſte §. as noticias de ſeus eſtudos, & jactandoſe de ſeus tropheos pera inferirmos juſtamente, que o louuor proprio (como tenho dito) he neceſſario pera com os deſconhecidos, & ingratos, vtil pera com os cobardes deſanimados, & reprouado quando he voluntario. Eſte he o ſentido formal das palauras referidas do noſſo texto geralmente; & em particular he de aduertir, que diſſe o Emperador, *Summis laboribus*, pera nos enſinar, que nada ſe alcança ſem trabalho, porque com elle ſe fizeraõ inſignes os letrados, que reconhecemos doutiſſimos, & ſe auanteiaraõ aquelles, que celebramos por valeroſos nas armas, pois he impoſſiuel ganharem ſe victorias ocioſamente, nem fazer progreſſos nas letras deſcanſados, iuxta illud

14

15

Com trabalho ſe alcança as ſciencias, referem ſe eſſeitos & excelencias do trabalho.

Non iacet in molli veneranda ſcientia lecto.

Et Horat. Poeta.

Qui cupit optatam curſu contingere metam
multa tulit, fecit q; puer, ſudauit, & alſit.

Com

Com o trabalho ſe alcançaõ as ſciencias,& ſem elle não ha nada, porque os graos ſem letras não daõ ſaber, nem a liuraria ſem eſtudar faz letrado,que o ſello conſiſte no eſtudo, & o ter liuros nó eſtudar. Auſonio Epigram.44.zomba muito daquelles,q̃ lhes parece,que por terem liuros ſaõ doutos,& por ſerem graduados ſem ſciencia ſaõ letrados, fundandoſe a opiniaõ na formatura,& a ſciencia na multidaõ dos liuros, que ſem eſtudo não valem nada, *nam*

Emptis quid libris tibi bibliotheca refertæ eſt
Doctum.& grammaticum te Philomuſe putas,
hoc gerere,& chordas,& plectra,& barbita conde,
hodie mercator, cras citharœdus eris.

Com muitos deſuellos, & continuos
16 eſtudos ſe eternizarão todos os iuriſconſultos,que allegamos, & todos os ſabios, que o mundo reconhece por taes. Ariſtoles tinhà deſpertador,que o acordaua de noute a eſtudar,como Democrito, Plinio, & outros infinitos, porque os que não tem engenho no eſtudo ſe apuraõ, & ficaõ pullidos como o diamante toſco na roda, & os que ſaõ dotados de engenho com mais facilidade ſaõ doutos,porque ainda q̃ Horacio in Poet. diſſe, que nem o engenho ſem eſtudo valia,nem o eſtudo ſem engenho.

Natura fieret laudabile carmen, an arte?
Quæſitum eſt,ego nec ſtudium ſine diuite vena,
nec rude quid proſit video ingenium: vlteriús ſic
altera poſcit opem res, & coniurat amice.

Com tudo hè certo,que ao eſtudo tudo fica facil, & ainda que o engenho à principio ſeja limitado pullindoſe na roda continua do eſtudo, ſe apura, & fica ſufficiente pera aprender; porque como diſſemos de Anacreonte: *Studium iuge ſuperat omnia*, não ha duuida, que entregandoſe com amor ao eſtudo, tudo depois lhe fica facil, pois ainda que o eſtudo tenha apparencias de trabalhoſo, aos entrados nelle he ſuaue, & aſſi o diſſe Socrates ſobre o adagio, *Cileni alcibiadis*, fingindo o eſcultor, que moſtraua a proſpectiua,em que a prima face ſe via hum monſtro, & dentro brilhauaõ diuindades. 17

Rammuſiæ eſt, mortalium iocus tota ars
furtuna ſæpê latet aterbo cortice,
vt grata ſit, Scultor iocatur, ars ſua
& ore deformes imagines fingit,
quas ſi recludas numen exhibent intus

ſubitaneum, quo gratioſus error ſit. Satis faceſcens ſectilem Deum ſpectrũ. Iocoſior, plerumq; fraude ſi lenus gnata laborum luſitat repentinis fallax bonis. Larvæ dolens atter rent, quæ ſæpè ſunt grauidæ latentibus lucris, & fallit improuiſus error angorum contraria gaude tacere ſors in ſpe.

18 *Premio fez trabalhar aos q̃ eſperão.*

Que como do trabalho reſultão as ſatisfaçoẽs, & premio aos entrados nelle, tudo parece facil com os olhos no que eſperão; he de notar em proua diſto aquelle lugar do Geneſis, quando Deos mandou a Abraham, que ſe ſaiſſe de ſua terra, deixaſſe ſeus parentes, & vieſſe pera hũa terra, que lhe aſſignaria onde lhe auia fazer grãdes mercees, & ſeria abẽçoado. Apenas o Patriarcha S. ouuio eſtas palauras quã do jaobedeceo ao mãdato, & ſaindo ſe de caſa foi caminhando pera onde Deos lhe ordenaua, & notou ſancto Ambroſio, que como leuaua os olhos no premio, nem a idade, & achaques lhe impediraõ a ſaida, nem o trabalho do caminho lhe pareceo aſpero, & diz o Sancto: *Difficilia profectò Abrahæ Dominus imperabat, obtempe rantiũ tamen magnam ſui neminis gloriam promittebat, vt ſi præceptis onere aggrauaretur; deſiderio leuaretur honorũ. Magnanimus enim vir ſerendũ mag num deſpicit laborẽ, dum magnũ aſſequẽ dũ ſibi deſpicit honorẽ.* Por iſſo o Emperador faz eſta aduertencia, pois tẽ dedicado aos eſtudioſos, q̃ trabalharem hũa ſciẽcia, que lhes ha de remunerar tudo com grãdes premios, & como requere o amor pera ella ſe alcançar, tambem facilita o trabalho, & por iſſo acreſcenta: *Summa vigilijs*, ou porq̃ como o direito eſtaua eſcrito pera os vigilantes, como acima diſſemos, os que amaõ tambem ſaõ mais ſolliçitos em vigiar: *Ego dormio, & cor meũ vigilat*, diſſe o Eſpoſo, pera moſtrar, que ſe daua deſcanſo ao corpo, o coração ſempre velaua com amor, pois he certo, que sò quem ama, trabalha ſem ſentir o que canſa, nem lhe parecer aſpero. O glorioſo S. Hieronymo eſcreuendo ſobre aquelle lugar do Exodo, em que ſe mandaua, que o Sũmo Sacerdote Aaron trouxeſſe ſobre o ſeu peito os nomes dos filhos de Iſrael, quando entraua no Sanctuario, ſculpidos em duas pedras das quaes no ombro direito traria os filhos mais velhos de Iacob, & no eſq̃uerdo os mais moços: acerca do q̃ notando o glorioſo Doutor S. Hieronymo aduertio, que leuaua Aaron os nomes dos Patriarchas nos peitos, & nos ombros, porque como os tinha no coraçaõ por amor, com facilidade os tomaria nos ombros ſem ſentir trabalho, & diz o Sancto *Iuxtà Aaron Patriarcharum nomina & in pectore, & in humeru deferebat: quos enim gestabat in pectore ſubditos per amorem, in humeris baiulabat quin ſentires laborem.* Porque nunca ſcaa mais ſuaue traba-

Gen. 12. n.1 Egredere de terra tua & de cognatione tua & de domo patris tui &c.

D. Ambroſ. lib. 1. de Abraham n. 2. & 3.

Exod. 28. n. 9. & 10. 11. & 21.

D. Hieron. Exod. 28. Epiſt. 126

o trabalho, do que quando o amor o facilita, pois como dissemos, quẽ ama nada teme, antes tem pella maior ventura auer occasiões de maior perigo, em q̃ ostente as finezas de seu amor; porem deuemos sempre aduertir, que este amor ha de ser licito, & virtuoso, porq̃ sò o amor da virtude he constãte pera poder com os trabalhos, pera perseuerar nas vigias, & pera saber esperar a satisfação. Anacreonte fingio, que o amor fora preso pellas tres graças, que entregandoo a varias carcereiras de todas fugiò, porem sendo entregue à virtude, ficou pera sempre preso, & assi o descreueo com a letra, *Solius virtutis constans amor.* Hũ moderno graue.

Prendunt amorem compede florea,
Et nexa acantho vincla rosacea
addunt, catenulasq; amenas
injiciunt charites fugaci.
Rursus venustas mancipium petit
musæ scelestæ, cui dederant prius:
non, non, Thalia, dixit, arens
hæc domina arefecit catellas;
at cùm sorores consulerent, hera.
Qua vincla verunt, vnanimes sibi,
virtutis, inquiunt, sit obses,
carcere perpetuò manebit.

29 Depois destes trabalhos diz o Emperador, que todos os que dantes lhe negauão a obediencia com o fauor diuino estauão ja innumeraueis prouincias (chamando innumarauel ao q̃ se podia contar; porem fallando encarecidamente por serem muitos) outra vez sugeitas ao Imperio Romano, porem todos os pouos se gouernauão com as leis, assi por elle promulgadas, como compostas: *Omnes verò populi legibus, tam à nobis promulgatis, quàm compositis, reguntur.* He muito de reparar nestas palauras dizer o Emperador que muitos pouos sugeitára a força de suas armas, porem q̃ todos os pouos se gouernauaõ por suas leis: parece que nisto ratificou o que acima disiemos, que as armas quando muito violentaõ os animos, mas a eloquẽcia, & primor das leis rende os coraçoens, vence sem extorçaõ, domina como senhora, & onde he admittida, se escusa todo o feruor de Marte, como bem notou Alciato, quando disse: 21

Arma procul iaceant, sat sit tunc sumere bellum,
quando aliter pacis non possis arte frui.

Alciat. lib. 1. emblem. 45.

E bem o disse tãbem outro Docto, q̃ as letras eraõ o ornato, & stabelicimẽto da Rep. à qual eraõ tam necessarias como a saude ao corpo, & as armas

como a medicina,he certo, que hum
22 homem tanto neceſſita da ſaude, cõ
mo da medicina ; pera remedio della
quando lhe falta ; porem he tambem
certo,que ſe não val do medicamẽto,
ſenão quando não pòde gozar da boa
diſpoſiçaõ. Da meſma ſorte as armas
muito neceſſarias ſaõ , & totalmente
ſe requerem pera defenſa da Repu-
blica,mas vſamos dellas quando naõ
podemos pella principal rezão,& mais
ſalutifera gozar a quietaçaõ da paz:
23 & tambem he reſoluçaõ de todos , q̃
ainda neſte caſo ſenão pode gouernar
o exercicio bellico ſem o braço, &
ajuda das letras;porque importa pou-
co a guarniçaõ das armas ſe faltar a
prudencia pera as diſpor, iuxta illud:
Cicer.lib. 1 de offic. *Parui ſunt armaforis, niſi eſt conſilium domi*; & probatur ex Pſalm. 32. *Non ſaluatur Rex propter multam virtutem: & gigas non ſaluabitur in multitudine*
Prou.c.21. *virtutis ſuæ.* Conſonat illud Prouerb. 21. *Ciuitatem fortium aſcendit ſapiens, & deſtruxit robur illius*. Ariſtoteles por iſſo teue pera ſi, que a arte militar procedia da ſciencia, & poſto que a execuçaõ das batalhas pertence a fortaleza , a diſpoſiçaõ dellas toca à prudencia,& como do que ſe diſpoem depende o que ſe obra,claro eſta, que tanta neceſſidade,& mais ha de quem aconſelhe,que de quem peleje, & por iſſo o grande Scipiaõ Africano ſendo arguido de huns, que lhe diſſeraõ pe-
Armas ſem o gouerno da prudencia importão pouco.
lejaua pouco;reſpondeo, que ſua mãi o parira capitão pera gouernar,& não ſoldado pera pelejar. E do grande capitão Ciſca ſe lè,que ſendo cego por ſua prudencia venceo com a diſpoſiçaõ muitas batalhas,& do meſmo modo liurou Ápio Claudio ſendo cego tambem a ſua patria Roma ; como ſe lembra o Iuriſconſulto Vlpiano in l. 1. §. Caſum ; & ibi gloſ. ff. de poſtuland. Platea in l. 1. C. qui morbo ſe excuſant. lib. 10. vbi Accurſ. citat carmen.

Conſilio pollet, cui vim natura negauit.

Et idem Accurſ. in l. quod conſtitutum 22, verb. *Militare*, ff. de militari teſtamento, ait: *Sunt enim quidam ad pugnandum inepti , ſed ad diſponendum apti*: porque ſem ſeguir o conſelho dos ſabios nunca jamais ſe acertou na guerra, pois com a prudencia ſe diſ
25 poem, & com ella ſe alcança o bom ſucceſſo, fortalecendo os intentos cõ o bom conſelho,como diſſe Salamaõ nos Prouerbios : *Cogitationes conſiliis roborantur , & gubernaculis tractanda ſunt bella* : porque como o braço direito da rezaõ he o que gouerna com a diſpoſiçaõ,& prudencia não deue o valeroſo capitaõ vſar da ajuda do braço eſquerdo da guerra,ſem que ao cõſelho do ſabio dè a deuida obediẽcia, como enſinou Valerio Flaco,quando diſſe:
Prou.c.20.

nec ſolis viribus æquum
credere ſæpè acri potior prudentia dextra.
Valer.Flac. lib.4.

Et probatur ex illo Machab. lib. 1. cap.5. *In illa die ceciderunt ſacerdotes in bello dum voluerunt fortiter facere, dum ſine conſilio exeunt in prælio.* Por iſſo muitos Emperadores, & valeroſos capitaẽs ſe preſaraõ tanto de elo-
quentes, como de eſforçados, ſendo tam animoſos pera vencer ſeus inimigos, como doutos pera eſcreuer ſuas proprias victorias,como de ſuas incil-

naçoẽs

naçoẽs sabemos; em Herodoto, Aníbal, Marco Porcio, Catão, Quinto Fabio, Assineo, Iosepho, que escreueo a conquista de Hierusalem, & os Cesares Iulio, Octauiano, & seu sobrinho, & pella mesma rezaõ não estimou menos Cicero em seus tempos, a eloqüẽcia de Marco Escauro, que as armas de Cayo Mario, nem menos a experiencia do gouerno publico de Q. Catullo, que a valentia do grande Pompeo, & por isso o nosso Emperador dá o superior lugar as letras, dizendo que muitos se renderaõ á força de suas armas; porem que todos os pouos aceitaraõ pera seu gouerno a politica, & cabal doutrina de suas leis, assi pellas que promulgou, como pellas que compoz. Destas palauras, *Tam promulgatis, quàm compositis*, deuemos colligir, que he resoluçaõ certa entre os Doutores notada aqui, que ninguem pôde fazer lei vniuersal sem authoridade Real, porque as leis deuem ser promulgadas em nome do Rey, q̃ sô tem poder pera as fazer, vt habetur in l. 2. ff. de origine iuris in §. primus, D. Augustº & notatur in l. 1. C. de legib. & estas pòde fazer absolutamẽte sem consentimento do pouo. o qual tanto que deu ao Principe o supremo poder, ficou sugeito a obedecer, sem liberdade de repugnar a nenhum mãdado Real, senão quando notoriamente fosse injusto, porque ainda no caso de justiça duuidosa se deue obedecer á ordem Real, como ensinou o grãde Doutor S. Agostinho, como ao diãte veremos largamente no tit. 6. do 4. liuro onde diremos como se faz, & obriga a lei, & o modo, com que lhe deuemos obedecer, vamos agora cõ a continuaçaõ do Proemio.

26

8. August. Reg. lib. 23 cont. Faust c. 72.

§. *Cumq; hoc.*

VAi o Emperador proseguindo o Proemio, & neste §, louua muito aos Iurisperitos, cõ cuja assistencia fez as leis, & aperfeiçoou todo o direito, que nesta Instituta resumio, & assi dando graças a Deos sempre, & de tudo o que obrou dà louuor aos sabios, que lhe assistiraõ, honrandoos, & chamandolhes amigos, pais, & antecessores, como se pòde ver na l. secundum responsum, C. de contrahend. stipulat. onde chama ao Iurisconsulto Vlpiano seu amigo, & na l: ex diui. C. locat. o ñomea por pai em rezaõ da idade, & da doutrina, que delle tinha recebido, & de seu saber, do que se admirou Cyn. ibi dizendo: *Vides studiose, quantum possit scientia, quæ facit Iurisperitum patrem, & amicum Principum?* Tambem lhes chama illustres, porque alem da sciẽcia illustrar sua nobreza he mais preferida que todas, como ao diante veremos, & porque là temos doutrina, que aqui naõ conuem repetir, & temos mostrado quanto conuinha ao Principe ter conselheiros doctos, & quanto mais lhe sejaõ necessarias as letras, que tudo vamos dando fim ao Proemio pera entrar na explicaçaõ da justiça, em que tudo o referido se ha de ratificar.

27

§. *Quas.*

TAmbem neste §. nos detereremos pouco, porque nelle se deue notar o que acima disse-mos, que ninguem podia fazer lei vniuersal, senaõ o Principe, & assi como este liuro da Instituta era composto

28

por varios Iuriſconſultos, cujas autho ridades não ſaõ neceſſarias, poſtoque prouaueis, pois os ditos, & opiniões dos Doutores, não ſaõ de neceſſidade nas deciſoẽs das cauſas, mas sò ſazem hũa preſumpçaõ pella boa rezão, em que ſaõ fundados; vt gloſſ. ordinaria *in l. 1. C. de leg.* & notat Panor. c. ad hoc, n. 23. de poſtulat. Prælat. Iaſ. in l. properandum 11. §. ſiue autem, n. 8. C. de iudic. Confirma agora o Emperador tudo o referido, pera que cõ ſua approuaçaõ tenha força de ley, & ſe veja, que foi iſto feito de ſeu mandado, & como tal tem todo o vigor: *Quia qui per alium facit per ſe ipſum facere videtur.* c. per alium de reg. iur. l. 1. ff de vi, & vi arm. l. 1. *ac paſsim quod vi, aut clam, & etiam quia cùm Imperator emmendat hos libros ipſius reputantur.* l. 2. C. de veter. iure enucleand. porque eſte poder de fazer leis pòde ſer delegado pello Principe, & cometido a quem lhe parecer, o q̃ não pòde fazer o inferior *nec magiſtratus, neq. Epiſcopus, Legatus, Comites, & Barones*: porque ainda que os Condes, Biſpos, & ſenhores de terras em ſeus territorios poſſaõ pòr leis, não podem commetter, nem delegar o poder de as fazer, vt per Abil. in Proœm. gloſſ. ordenãçaſ. l. 8. tit. 1. part. 1. Paul. de Caſtr. in l. 1. ff. de leg. n. 7.

29 Por iſto tambem differaõ os ſantos Doutores, que quando Moyſes recebeo a lei moral do Decalogo, & as ceremonias, & judiciais do Leuitico, celebrou diante de todo o pouo o pacto de ſangue, ſacrificando hum bezerro, & tomando hum hyſope molhado no ſangue, com que lançou a todos os circuſtantes ſangue do ſacrificio, enſinando com iſto (como declarou o Apoſtolo S. Paulo, que a ley, q̃ lhe ſora dada por Deos era por elle cõ firmada com aquelle ſacrificio, no qual ſe figuraua, que a lei Euangelica auia ſer confirmada com o ſangue de Ieſu Chriſto noſſo Redemptor poderoſo pera remir mil mundos, ſe os ouuera. E nõ dito capitulo veremos como Deos foi o que deu a Moyſes a lei, & ſem confirmaçaõ, ou comiſſaõ diuina naõ fez elle nenhũa. Com o q̃ demos fim a eſte §. per q̃ no tit de obligation. quando tratamos dos contratos vai explicado como, & quando obriga a ley, em os contratos, & no de actionibus o modo, com q̃ ſe ha de obſeruar, receber, reſtringir, ampliar, & derogar com varios exemplos, & com as mais ſellectas opiniões dos Doutores.

Exod. 2. & 24. n. 8.

Paul. ad Hebr. 9. 20

§. *Summa itaque.*

DA o Emperador fim ao Proemio, prometendo neſte vltimo paragrapho grandes premios aos que ſeguirem eſta ſciencia, & nella ſe fizerem conſummados. Porque como tinha poſto por requiſito o amor propoem agora o premio, que de outra ſorte ninguem ſeguira amante eſta ſciencia, pois quem ama a quem lhe naõ correſpõde, ama a ſeu proprio mal. Niſto tambem ſe houue tam diſcreto, & acertado, como em tudo; por q̃ aſſi como os maos ande ſer amedrontados com o caſtigo; os bons deuem ſer aliuiados com o premio, que os anima, & acreſcenta o amor das letras, & facilita todo o trabalho, por iſſo o meſmo Iuſtiniano diſſe na Authentica de hæredib. & Falc. que as leis naõ permittiaõ, que ninguem morreſſe em aperto: nem viueſſe em pobreza: *Leges neminem*

Premio, ſe promet aos q̃ mer cerẽ, & ci mo á viſt delle tud ſe empreẽ

30

in paupertate vivere, neq; in anxietate mori permittunt. E o Iurisconsulto na l. 1. ff. de iustitia, & iure. *Bonos enim, ait, non solùm metu, panarum, verùm præmiorum quoq; exhortatione effici cupit.* E em todas as Respublicas bem ordenadas o melhor acerto foi assinalar premios pera os bons, & càstigo pera os maos, romando todos este cõselho da que instituio Solon, como refere Tulio: *Duabus contineri Respublicam, & præmio, & pœna.* E os Romanos tiueraõ diuersas coroas, conforme a variedade de façanhas, pera remunerar com ellas os esforçados, ensinandoos Eneas: *Tull. ad Atticum.*

Protinùs Æneas celeri certare sagitta
inuitat, qui forte velint, & præmia ponit. *Æneid. 1.*

O glorioso Apostolo S. Paulo diz, q̃ Moyses desprezou hum Reino tam florido como o do Egypto, & se aventurou a tantos perigos, & maos tratos: porque tinha os olhos no premio: *Aspiciebat enim in remunerationem*; pois he certo, que sô á vista do premio se pòdem acometer empresas, fazer progressos, & animar pera cousas grandes, como notou Tito Liuio, dizendo: *Eò impendi laborem, & periculum vnde emolumentum, atq; bonos speretur, nihil non aggressuros homines. Si magna conatis magna præmia proponantur, magnos homines magnis honoribus fieri.* Alaxandre quando intentaua vencer batalhas, propunha aos seus soldados o glorioso triumpho da victoria, os premios, os despojos, pera que à vista de tudo cobrassem animo. E Christo Senhor nosso, em quem como verdadeiro espelho deuemos sempre pòr os olhos, tambem approuou esta doutrina, assi no q̃ fez, como em sua propria pessoa, pois tanto que tomou a condiçaõ humana, & se vestio della, todos os gostos q̃ teue no mundo foraõ em premio de trabalhos, pera nos dar exemplo, como logo veremos. *Hebr. 11. n. 26.* 31 32

Quanto ao que fez temos o exẽplo no que refere S. Matheos da vinhada Senhor, que foi conduzir os trabalhadores, prometendolhes a satisfaçàõ: & por isso S. Paulo pera tratar da coroa de gloria, refere o que obrou: *Bonum certamen certaui, &c.* E o mesmo se proua com muitos lugares do sagrado texto. No Genesis quando Deos mandou a Abraham a longas peregrinaçoens, pera lhe dar grandes premios: *Ego sum protector tuus Abraham, & merces tua magna nimis, &c* & Hieremiæ 31. *Racheli filios suos ploranti dictum est: quiescat vox tua à ploratu, & oculi tui à lachrymis, quia est merces operi tuo.* E o Real Propheta Dauid dizia: *Inclinaui cor meum ad faciendas iustificationes tuas propter retributionem.* O que Christo Senhor nosso pessoalmente obrou, certificaõ varios exemplos, entre os quaes me parecem principais dous do Euangelho. O primeiro foi quando o Senhor leuado do spirito se foi pera o deserto passar os quarenta dias de jejum, & passando em abstinencias, foi tẽtado do demonio com as tres fortissimas tentaçoẽs, que S. Matheos refere, & todos sabem, as quaes venceo, & logo se vio cercado de Anjos, que seruindoo de joelhos, lhe ministrauão & assistiaõ obedecendo. Repara o glorioso S. Hilario neste lugar, dizendo, porque não vieraõ estes Anjos antes da tentaçaõ, & do vltimo dia? Resolue *Ad Timot. 2. 3.* *Gen. 15.* *Hierem. 31.* *Psal. 118.* 33 *Math. 4.*

que

Math. 2. Quanto ao que fez temos o exẽplo no que refere S. Matheos da vinhada Senhor, que foi conduzir os

que quiz o Senhor moſtrarnos, que não ſe alcança a gloria ſem ſe vencer primeiro o diabo, nem ſe merecem goſtos ſem paſſar por trabalhos. *Victo autem* (diz o Sancto) *à nobis, calcatoq; diaboli capite, Angelorum miniſteria, & virtutum in nos cælestium officina non deſutura oſtenditur*: porque vencido o demonio; os regalos do ceo eſtaõ ſeguros.

O ſegundo exemplo traz o meſmo Euangeliſta S. Matheos, & he de notar aquelle marauilhoſo paſſo da Transfiguração, onde diz o S. Euangeliſta, que depois de ſeis dias tomou o Senhor a S. Pedro, Sanctiago, & S. Ioaõ ſeu irmaõ, & os leuou a hum alto monte, & ſe transfigurou perante elles: *Et poſt dies ſex aſſumpſit Ieſus Petrum, & Iacobum, & Ioannem fratrem eius, & duxit illos in montem excelſum ſeorſum, & transfiguratus eſt ante eos, & reſplendit facies eius ſicut Sol, veſtimenta autem eius facta ſunt alba ſicut nix*. Achaõ os Doutores ſagrados grandes myſterios naquellas palauras *& poſt dies ſex*, depois de ſeis dias & ponderaõ grandemente contar o Euãgeliſta dias antes de referir o milagre da Transfiguraçaõ? E pera reſoluçaõ deſte reparo recorrem ao auxilio do meſmo Senhor, de cujas obras ſe ha de colligir a ſoluçaõ, porque ſe haõ de contar eſtes dias deſde a viagem q̃ Chriſto Senhor noſſo fez a Tyro, & Sydon até o dia da Transfiguraçaõ; nos quaes fez tam marauilhoſos milagres, como do Texto ſagrado conſtaõ. O primeiro, ſarou a molher endemoninhada filha da Cananea. Dali tornou a Capolis donde ſarou o cego ſurdo, & mudo Subio ao monte a orar, & decendo achou muita multidaõ de enfermos, a que deu ſaude. Poz meſa eſplendida no deſerto a quatro mil homens, a que deu de comer com cinco paẽs, & dous peixes: & deſpedida a multidaõ, que o ſeguia, ſe embarcou pera Magueda, cidade, q̃ eſtà poſta da outra parte do mar Tiberiano perto de Geraſena, onde achou os Fariſeos, que lhe pediraõ ſinaes do Ceo, os quaes ò Senhor lhes naõ cõcedeo por indignos. Sarou o cego com o lodo, pondolhe ſuas ſagradas maõs com a ſaliua nos olhos. Chegou com ſua peregrinaçaõ aos campos de Ceſarea de Philipo, onde examinou a fê de ſeus ſagrados diſcipulos, & prometeo a S. Pedro a futura ſucceſſaõ da Primacia de ſua Igreja. E acabadas todas eſtas marauilhas, diz o ſagrado Euangeliſta: *& poſt dies ſex*, depois deſtes ſeis dias, de tanto trabalho, de tam milagroſos empenhos, & de tanto fruito, foi o Senhor transfigurarſe, pera nos dar exemplo, & enſinar, que a gloria naõ ſe alcança deſcanſado, & que a eſperança de a lograr ſe ha de conſeruar com o trabalho, pera que tenha o eff ito deſejado, como o glorioſo Doutor S. Agoſtinho no lugar acima diſſe: *Et ſi hæc recte habet iſta ſex, rectè transfiguratur.*

Pera emprender eſta acçaõ, & entregarſe todo com amor aos trabalhos, diz finalmente o Emperador, q̃ a fermoſa eſperança nos anime: *Vt ſpes vos pulcherrima foueat*, no que tãbem andou tam prudente como em tudo o mais, pois a eſperança he anchora, em que ſe eſtriba o animo quãdo entre cuidados anda fluctuando: & quem a perde totalmente perece, como bem notou hũ Douto graue ſobre aquellas palauras: *Et galeam ſpẽ ſalutis*. Que ſendo a eſperança o elmo, com que ſe fortificão noſſos penſamentos

34

35

36

Eſperança dà animo, & ſem ella não ha permanecer.

Marc. 8. n. 1.
Matth. 15. n. 39.
Marc. 8. n. 1.
Marc. 8. n. 13.
Matth. 16. n. 13.
Marc. 7. n. 26.
Matth. 15. n. 21.
Marc. 7. n. 23.

mentos, nota, que tirando Absolon o elmo foi enforcado pellos cabellos, & morreo; porque quem deixa a esperança, totalmente se perde. Estaua Iacob as portas da morte, & ja no vltimo de sua vida, dizia com os olhos no Ceo: *Saluare tuum sperabo Domine*, pera mostrar, que nem ainda com a velhice acabaua o esperar. De Alexandro conta Plutarcho, que depois de fazer grandes mercès a seus soldados, & tantas, que só se ficou com o nome delRey, foi perguntado de hum, *Quid tibi nunc Rex superest?* Que lhe ficaua mais? Respondeo, *Spes*, disse, q̃ lhe ficaua a esperança, porque com ella ficaua mais rico, & assi apoderãdo toda Assia, não largando a esperança poz em maior augmẽto seu Imperio. Com a esperança se fortalecerão desde o primeiro estado nossos pais Adam, & Eua, os quaes quando conhecerão sua culpa forão cubertos cõ as pelles do cordeiro, significando nellas a esperãça da vestidura espiritual, que a morte de Christo Senhor nosso nos auia de merecer, como notou agudamente hum moderno, achando ainda mysterio nas mesmas palauras do texto: *Induit eos*, que donde foraõ traduzidas do Hebreo, sem accrescentar letras, senaõ mudandoas de seus accentos, vem a dizer, *Iesu cor eorum*. Do que tudo se collige, que a esperança he muito necessaria, & muito mais nos que haõ de emprender cousas grandes, pois facilita o trabalho, & dáanimo pera obrar sem temor, nem desistencia. O glorioso S. Gregorio sobre aquelle Psalmo, que acima repeti no verso: *Inclinaui cor meum ad faciendas justificationes tuas propter retributionem*, diz, que o que parecia difficultoso pello trabalho, fica suaue pella esperança do premio: *Quod valde esset importabile ex labore considerationi proposita ex remuneratione tenuigatur.*

Gen. 49.

Plutarc. in vita Alex.

Cen. 3.

Greg. super Psal. 118.

37

Porem esta esperança naõ ha de ser como a que pintou Platão, pondo em a margem de hum rio hũa aruore, de que pendia hũa dama presa por hũa cadea de ouro, & naõ pouco afflicta de ver a aruore inclinada, & o perigo imminente no rio; descreuendo desta sorte a esperança dos homens posta em outros semelhantes, & em cousas terrenas, que como mal arreigadas, & de fraca subsistencia, ainda q̃ prendaõ com laços de ouro saõ momentaneos, & perigosos, & taes que precipitaõ pera sempre em caudelosas correntes de perdiçaõ. Deuemos pois com o principio rematar o fim, & aduertir, que a esperança ha de ser posta em Deos nosso Senhor, pera que tudo succeda bem. A glorioſa S. Maria Magdalena limpando com seus cabellos os pès de Christo Senhor nosso lhe fez offerta de seus pensamentos, & esperanças, por isso teue os mimos de discipula, os premios de gloria, & na terra hum defensor em Christo Senhor nosso, que acudio sempre por ella, na calumnia do Pharisco, nos zelos de sua irmaã, & na auareza de Iudas. E finalmente nenhum justo esperou em Deos nosso Senhor, que lhe faltasse gloria, & vencimento neste mundo de todas as tribulaçoens, como ao justo Noe, a quẽ não offenderaõ as agoas do diluuio. Ao sancto Loth, a quem as chamas do Ceo naõ tocaraõ. Ao sancto Patriarcha Iacob, a quem naõ prejudicou a fome de Canaam, antes se criou trigo no Egypto pera seu sustento. A Dauid, a quem naõ rendeo o rigor de

38

39

Luc. 10. *Math.* 14.

40

Saul:

Saul: aos minimos de Babylonia, a quem não offenderaõ as chamas do ardente forno. E ao Sancto velho Eleazaro, de cujas cans naõ triumphou Anthioco, pois Deos he protector dos justos, & com muita mais rezaõ dos, que entrarem a aprender a jurisprudencia com zelo de administrarem justiça, & pera isso aprenderem pera merecer a coroa, que aos justos está promettida no Ceo, com todos os bens, que o Emperador tambem refere.

IESVS

IESVS, MARIA, IOSEPH.

Dominus illuminatio mea, & salus mea quem timebo?

DE IVSTITIA ET IVRE.

TITVLVS PRIMVS.

SVMMARIO.

1 Exordio do titulo da justiça.
2 Concordãcia, & diuisaõ deste titulo.
3 Diffiniçaõ da justiça.
4 Defendese a diffinição, & se exorna.
5 Declarase porque se chama a justiça constante vontade.
6 Diuisaõ da justiça, em cõmutatiua, & distributiua.
7 Se pode ter lugar em Deos a justiça commutatiua.
8 Referemse as partes da justiça.
9 Deos foi o primeiro, que na terra exercitou o officio de julgar.
10 Considerase a Deos nosso Senhor justo Deos, & justo Iuiz.
11 Preceitos dados no direito diuino aos que haõ de julgar.
12 Mostrase como a estes preceitos se ajusteu o Emperador nas leis, & se referem.
13 Iustiça ha de ser temperada com a misericordia, & como?
14 Refere se hũ notauel exẽplo pera saber como se ha de exercitar a justiça.
15 Com o póde o juiz proceder nos casos duuidosos, & de varias opinioẽs.
16 Causa, pessoa, tempo, & lugar se deue considerar, & como pera se cõbinar a justiça com o temperamẽto da misericordia.

17 *Exemplo Diuino deue tomar o julgador.*
18 *Bom, porque se chama o juiz em direito? & sua ethimologia.*
19 *Boa, porque se chama à luz?*
20 *Pondera se o lugar do Genesis 1. Vidit Deus lucem, quod esset bona, explica se com a doutrina pera os que julgaõ.*
21 *Tres cousas se requerem na administração da justiça, & quaes?*
22 *Exemplo de hum infiel, que por amigo da justiça foi perseruado da condenaçaõ eterna.*
23 *Como Christo S. N. trouxe ao mũdo o cargo de julgar.*
24 *Como o justo deue perpetuar o animo pera fazer justiça.*
Excellencias da justiça, & como he necessaria aos Reinos. 25

COmeça o Emperador Iustiniano com a diffinição da justiça, a qual propoem como principio da jurisprudencia, & objecto desta profissaõ, pois à justiça se dirigem os preceitos, & se referem todos os desejos dequẽ quer acertar. Concorda este titulo com as rubricas in ff. de iustitia, & iur. Diuidese em cinco partes. Na primeira ensina o Emperador a diffinição da justiça. Na segunda, a da jurisprudencia. Na terceira, declara a ordem, com que as leis se hão de aprender, & dispor. Na quarta, dà os preceitos de direito: & na quinta o diuide. 1 2

PRIMEIRA PARTE,
& diffiniçaõ da justiça.

3 IVstitia est constans, & perpetua voluntas ius suum cuiq; tribuendi. He a justiça hũa perpetua, & constãte vontade de dar o seu a seu dono.

Esta he a diffinição cõmua, que lhe dão todos os DD. vt per Pichardum
4 tom. 1. hoc nostro tit. duuidão porem q̃ diffinindo se aqui a justiça humana està em quanto administrada por hum homẽ mortal, & corruptiuel, não póde ser perpetua, nem cõstante; & posto q̃ logo daõ a rezão da solução, & geralmente dizẽ, q̃ aqui se diffine a justiça, *prout est in abstracto*, ainda q̃ *in cõcreto* seja administrada por homẽ; & como a justiça seja sũma de todas as virtudes, conforme aquillo de Arist. *Vbi prudentia interdum est malitia, vbi fortitudo, ibi iracundia, vbi temperãtia, ibi impietas, vbi est iustitia ibi omnium vir-*

Arist. 6 Ethic. Ambros. in Exameron.

tutum est concordia. Aquelle q̃ quer fazer iustiça continuamẽte, & cõ animo perpetuo està deliberado a fazella, & ainda q̃ os casos, & negocios sejão varios, cõ tudo o entendimẽto tem certas noticias naturalmẽte perseuerãtes & insistentes no animo dos homẽs, pellas quaes julga tambẽ pella diuersidade das circũstancias o q̃ he justo, & estas noticias saõ perpetuas, & immutaueis, & quando a vontade lhes obedece, então acerta, iuxta illud: *Ratio semper hortatur ad optima.* Rectamẽte se diz, q̃ a justiça he perpetua, & cõstante. Porẽ deixadas estas rezoẽs, q̃ em geral dão vejamos ẽ particular algũas, q̃ mais cõfirmẽ por não faltar à obrigaçaõ do intẽto; & digo, q̃ bẽ diffinida està a justiça, e deuemos entẽder desta sorte a diffinição

niçaõ. Dissemos, q̃ era perpetua, & cõ stante võtade de dar o seu a seu dono. He cõstante vontade, porq̃ he propo. sito habitual, firme, & deliberado; he perpetua; porq̃ este proposito ha de ser perpetuado no animo; porq̃ aq̃lle, que hũa, ou duas vezes dá o seu a seu dono, não he justo. senaõ o q̃ sempre está prõpto, & deliberado ao dar, dissemos, o seu, *& sic ius suum*; porq̃ se ha de dar aquillo, q̃ stricta obligatione he deuido, & se ha de reduzir este direito
§ a equidade: *Quia iustitia æqualitas quædam est, vel certe æqualitatẽ inuoluit.* E assi dizemos, q̃ a justiça he virtude, porq̃ dá o seu a seu dono, & constitue hũa deuida proporçaõ nas acçoẽs, cõ q̃ os homẽs se cõmunicaõ entre si, & as dispõe de sorte q̃ igualmẽte se dè a cada qual o q̃ lhe for deuido. E tãbẽ lhe chamamos vontade, porq̃ alem da justiça não ha outra algũa virtude, q̃ se leue meramẽte da vontade, porque as mãis se mouẽ principalmẽte de outra parte concorrẽdo tambem a vontade, vt Arist. 5. Eth. c. 3. & D. Thom. 2.2.q.58.ar fin. & basta na justiça a võtade pera hũ homẽ se chamar justo, & o he aquelle q̃ quer, & não o q̃ simplesmẽte faz cousas justas; porq̃ estas muitas vezes as fazẽ os injustos, & cõ tudo porq̃ o não fazem por vontade, não se chamaõ justos, & pello cõtrario às vezes faz o justo injustiça; mas como o não faz por vontade, & sempre quer ser justo, o he: *Quia iusta vult, & iniustitia, voluntas inspicitur, nõ factũ.*

Arist. 5. Eth c. 3.

D. Thom. 2. 2. q. 58. ar. fin.

Supposto isto deuemos pera maior
§ clareza aduertir em segũdo lugar, q̃ os antigos diuidiraõ a justiça em quatro especies. s. natural, diuina, ciuil, & judicial: & os Doutores a diuidẽ em distributiua, & cõmutatiua. A primeira. s. a distributiua pertẽce a Deos N. S. pera remunerar conforme os merecimẽtos de cada qual, & distribuir os premios como eles mereceré. A cõmutatiua diffine aqui o nosso Emperador, porq̃ toca aos cõtratos, & cõsiste em hũa mutua igualdade de dar, & receber, vt ex Arist. 5. Ethic. c. 4. docet D. Thom. in 1. p. q. 21. a. 1. & desta diuisaõ tomaõ tambẽ motiuo de argumento cõtra a diffiniçaõ, pera q̃ senão possa dizer perpetua, nẽ constante a justiça cõmutatiua, ou ciuil, & judicial que aqui diffinimos.

Arist. 5. Ethic. D. Thom. 1. p. q. 21. ar. 1.

Porem alẽ do sobredito aduirtamos
7 nos q̃ supposto q̃ em Deos não haja propriamẽte, nẽ nelle tenha lugar a justiça cõmutatiua, vt per D. Thom. & cum illo Caiet. Vasq. & Bellarm. com tudo o Apostolo S. Paulo escreuendo aos Hebreos, entẽdeo, q̃ tambẽ a remuneraçaõ, q̃ Deos ha de fazer da gloria aos justos pertẽce em parte à justiça cõmutatiua pella promessa q̃ o Senhor fez della aos bõs, & assi diz o S. *Non enim iniustus est Deus, vt obliuiscatur operis vestri, & dilectionis, quam ostendistis in nomine ipsius.* E conforme a isto ensinou o Angelico Doutor, q̃ a justiça tem hũas partes subjectiuas, & outras potestatiuas. As subjectiuas saõ aquellas partes da justiça, q̃ retem a rezaõ generica della, como he a cõmutatiua, & distributiua, em q̃ se acha jũta, inteira, & perfeitamẽte a rezão da justiça: & as potestatiuas saõ aquellas partes da justiça, q̃ não tendo em si toda a realidade, & verdadeira rezão da justiça inteiramẽte; cõ tudo lhe saõ semelhãtes em parte. E deste modo tem lugar em Deos N. S. ambas as especies da justiça; porq̃ posto q̃ de nossa parte falte a realidade de termos dado muito a Deos pera recebermos (pois tudo o q̃ temos he do Senhor) & naõ

D. Thom. in d. ar. 1. Vas. 5. in 1. p. ar. 1. q. 21. Bellar. tom. 3. contrauers. lib. 5. c. 14.

Paul. ad Hebr. 6.

D. Thom in 2. 2. q. 80. ar. 5.

deuemos cõpensar ex justitia as obras que ao mesmo Senhor deuemos; cõ tudo temos a promessa, que Deos fez da gloria aos justos, pella qual voluntariamente lhes ficou deuedor, & parece que tem lugar, quanto aisto, a justiça commutatiua por suas partes potestatiuas: assi se proua com as palauras do sermaõ 16 de verb. Apostol. onde o glorioso Doutor Santo Agostinho diz assi: *Debitor nobis factus est Deus non aliquid accipiendo, sed quod ei placuit promittendo, aliter enim dicimus homini debes mihi, quia promisisti mihi, aut quia dedi tibi, & aliter dicimus debes mihi, quia promisisti mihi Deo igitur quid dicimus, redde mihi, quia dedi tibi: quid dedimus Deo? Quando quod sumus, & quod habemus boni, & ab illo habemus? Nihil ergo ei dedimus non est quemadmodũm ista voce exigamus debitorem Deum illum ergo possumus exigere Dominum nostrũ redde quod promisisti, quia fecimus quod iussisti, & hoc tu fecisti, quia laborantes iuuasti.* E o mesmo se proua com o q̃ S. Paulo disse ad Timoth. in epistol. *Reposita est mihi corona iustitiæ*, chamãdo â remuneraçaõ da gloria, coroa de justiça pella promessa que Deos fez aos justos della, & por isso acrescenta: *Nõ solũ autem mihi, sed & ijs, qui diligũt aduentum eius* mostrando, que Deos nosso Senhor como justo juiz por esta promessa naõ sò a elle, mas a todos os que o bem amassem auia premiar com a dita coroa. Logo he certo, q̃ sendo a justiça tam diuina bem perpetuada no animo do justo merece o nome de constante, & perpetua, pois os attributos do corpo saõ finitos & por isso com a idade se extinguem, & os do animo saõ perpetuos, & quanto mais se cresce, melhor florecẽ. E como mo na justiça se considera o animo do justo, sempre he perpetua, & constãte pois he encaminhado por Deos, vt Sap. 10. *Iustum deduxit Dominus per vias rectas*: & sempre os traz cõsigo, vt Psalm. *Innocenti, & recti adhæserũt mihi*, vestindoos de sermosura, vt Sapient. 3. *Fulgebunt iusti, &c.* & abençoandoos continuamente, vt Prouer. 10. *Benedictio Domini super caput iusti.* E leuantandoo até o Ceo: *Iustus vt palma florebit, quia reddit Deo honorem proximo compassionem, sibi sustẽtationẽ, vnde hæc via Regia, nec ad sinistrã, nec ad dexteram declinabit.* Deue logo conforme a isto, aquelle, que se deliberar a ser justo por todos seus olhos em Deos, & ver q̃ he seu tenente na terra, pois nella foi Deos o primeiro, q̃ exercitou o cargo de julgàr, como acima prouamos ex Saluiano Episc. Massilens. lib. 1. de vero iudicio: & da sua maõ o entregou a Noe, ao qual ordenou, que viuesse justamente, guardando em tudo os preceitos da justiça, vt Genes. cap. 5. 6. & 9. & depois a Moyses, & aos Reys vngidos, vt Exodo c. 23. & assi Isaias lhe chamou legislador, c. 33: *Dominus legifer noster.* E por isso no Psalm. 8, ibi. *Deus stetit in synagoga deorum in medio autem deos dijudicat.* Chama aos juizes deoses, quando Deos lhe vẽ tomar conta pera mostrar, q̃ como exercitaõ tam sublime cargo, & saõ tenentes de Deos na terra deuẽ proceder como justos, & receber a justiça da fonte, que he o mesmo Deos, com quem o juiz recto deue primeiro q̃ tudo consultar seus intentos. & pedir conselho, como bem ensinou Dauid: *Iacta cogitatũ tuũ in Dño, & ipse te enutriet.* E Salamaõ teue pera si, que não se podia acertar sem este diuino cõselho, pois he certo que

Aug. serm. 16. de verb. apost.

Paul. epist. ad Timoth 2. c. 4.

Sap. 10.

Sap. 3.

Prouer. 10.

Psal. 91.

Salu. lib. 1. de vero iudicio relatus sup. in rubric. pag. 2.

Gen. 5. 6. 9.

Exod. 23.

Isai. 33.

Psal. 54.

Ps. 31. Delectare in Dño. &c.

que sem elle tudo são erros, pella fragilidade, & incerta prouidencia dos homẽs; ideò Sap. cap. 9. *Cogitationes mortalium timidæ, & incertæ prouidentiæ nostræ.* O que confirma Tobias c. 4. *Consilia tua in ipso Deo permaneant.* Dandonos a entender, que sem a luz suprema não podiamos gouernar nossas acçoẽs, & por isso aconselhaua a seu filho, q̃ consultasse tudo cõ Deos; porque na terra se não póde acertar sem tal espelho. Bẽ nos ensinou Christo Senhor nosso esta doutrina, pois sendo tam cabal conselheiro, & aquelle Anjo do grande conselho, como lhe chamou Esaias c. 8. vindo ao mundo, & andando na terra (pera nosso exemplo, como diz S. Gregorio) nas obras grandes leuantaua os olhos ao Ceo, pedindo a seu eterno Padre conselho, como fez quando resuscitóu a Lazaro, & sarou o surdo, & mudo: dãdo com isto doutrina a seus ministros da terra, que pera cousas grandes o principio ha de ser do Ceo, & de lá deue proceder todo o acerto.

Sap. c. 9. *Tob. c. 4.* *Isai. c. 8.* *D. Gregor. Moral. homil. 10. in Ezech.* *Ioan. 10.* *Marc. 7.*

Por isso diz o Emperador na l. 1. C. de veter. iur. enucl. §. sed neq; ibi & á nostro diuino fuerint ere profusa: porq̃ ao direito diuino, & seus preceitos, foi ajustando as leis politicas, & ciuis- *Psal. 51.*

Supposto isto, bem diffinida está a justiça na perpetuidade, & constancia pois tem por espelho a Deos, & bem deuia o Emperador quãdo tomou seu principio ver estes fundamẽros pera dar os preceitos aos que auiaõ exercitar o ministerio da justiça.

Vejamos pois o exemplo diuino, & cõsideremos a Deos N. S. com as propriedades de justo Deos, justo Senhor, & justo juiz, veremos q̃ em quãto Deos dà todos os bẽs, q̃ verdadeiramente saõ seus, & os naõ póde dar outrem, criando, conseruando o criado, sustentando, & moderãdo tudo cõ sua diuina justiça, & como Deos benigno perdoando tambẽ culpas, & aggrauos, vnde Psal. 51. *Libera me de sanguinibus Deus, Deus salutis meæ, & exultabit lingua mea iustitiam tuam.* Em quanto justo Senhor tem pleno dominio de todas as cousas criadas, & tudo lhe está sugeito pera dispor conforme sua diuina vontade, vnde Sap. 11. *Omnipotens manus Dei, quæ creauit omnia.* E em quanto justo juiz vemos, que de justo se nomea em muitas partes, vt Exod. 9. *Dominus iustus: & ego, & populus meus, impij.* & Deuteron. 32. *Deus fidelis, & absq; iniquitate, iustus, & rectus.* & 2. Paralipomen. 2. *Confessa-tiq; Principes Israel, & Rex dixerunt, iustus es Dominus.* & Iob. 3. *Iustus es Domine, & omnia iudicia tua iusta sunt.* & Psalm. 10. *Quoniam iustus es Dñs, & iustitiam dilexit.* E de juiz parece que se presa, vt Psalm. 50 *Annunziabunt cæli iustitiam eius, quoniam Deus iudex est.* & Psalm. 7. *Deus iudex iustus, fortis, & patiẽs.* & 2. Thim. *Reddet mihi Dñs in illa die iustus iudex.* E cõ estas propriedades vemos, que tantas vezes julgou, & deu preceitos aos q̃ auiaõ exercitar semelhãte cargo: porq̃ primeiramẽte ensina a amar a justiça, vt Psal. 10. *Iustus Dñs, & iustitiam dilexit*, pera com ella conseruar a paz, & guardar entre todos o socego, & deuida moderaçaõ das acçoẽs por isso com Deos dizẽ os Sãtos, & o Psalmista, q̃ naceo a justiça, pera q̃ em abũdasse a paz, & como estaua dito por Esaias a obra de justiça he a paz, com a qual está o pouo em vistosa, & fermosa quietaçaõ, confiança, & rico descanso. Ita Psalm. *Orietur in diebus eius & iustitia, & abundabit pax.* & Esai. *Opus iustitiæ pax, & cultus iustitiæ silentium, & securitas vsq; in sempiternum, & sedebit populus meus in pulchritudine pacis, & tabernaculis fiducia, & in requie opulenta.* Em 2. lugar mãda, q̃ não sejaõ

Exod. 9. *Deut. 32.* *2. Paral. 2.* *Iob. 3.* *Psal. 50.* *Psal. 7.* *Paul. ad Timoth. 2.* *Psal. 71.* *Isai. 22. & 54.*

os juizes surdos ao clamor dos pobres, antes admittindoos lhes façaõ justiça, vt Psalm. 5. *odisti omnes, qui operantur iniquitatem, &c.* Exodi 22. *Viduæ, & pupillo non nocebitis si læseritis eos vociferabunt ad me, & ego exaudiam clamores eorum.* Et Deutoron. cap. 1. *Quod iustum est iudicate, siue ciuis ille sit, siue peregrinus, nulla erit distinctio personarum, ita paruum audietis, vt magnum, nec accipietis cuiuspiã personam.* Terceiro, manda, que se admitta causa, & faça justiça, ainda q̃ os mesmos opprimidos não clamem, porque às vozes do sangue do innocente Abel acudio Deos a castigar Cain. Genes. 4. *Cain, quid fecisti? ecce vox sanguinis fratris tui clamat ad me de terra.* Et Ecclesiast. cap. 35. *Quia vox pauperis penetrat nubes, & non descendit donec audiatur.* E o glorioso S Ioaõ Chrysostomo diz, que quãdo o pobre padece violencia do poderoso, ainda que não clame, & por medo deixe de dar vozes, por seu sentimẽto interior o ouue Deos, & diz o Sancto: *Quando pauper violentiam patitur à potente, etiam si non est ausus vociferare, sed lachrymanter lachrymatur tacitus eius clamor in excelso auditur.* Quarto, ordena o Senhor, que não seja o julgador respectiuo, nem o moua a amizade, nem odio nem respeite pessoas, senão igualmente a todos faça justiça, vt Deut. 10. *Deus personã non accipit, nec munera, facit iudicium pupillo, & viduæ.* Et Leuitici. 19. *Non facies quod iniquum est, nec iniustè iudicabis, non consideres personam pauperis, nec honores vultum potentis: iuste iudica proximo tuo.* Quinto, julgando, & pronunciando as sentenças, conforme a verdade manda o Senhor, q̃ tomem exemplo em seu juizo, vt Psal. 118. *Iustus es Domine, & rectum iudicium tuum.* Et Deuteron. cap. 16. *Iudices, & Magistros constitues in omnibus portis tuis, quas Dominus Deus dederit tibi per singulas tribus tuas, vt iudicent populum iusto iudicio, nec in alterã partem declinent.* Et Sapient. 1. *Diligite iustitiam, qui iudicatis terram: sentite de Domino in bonitate, & in simplicitate cordis quærite illum.* Sexto, ordena, que se castiguem os maos, & liurẽ os justos innocentes, porque o castigo dos maos he exemplo, & não se deuẽ dissimular, & o libertar os innocentes he virtude, que agrada a Deos assi como o condenalos injustamente lhe aborrece, ideo ait Isaias: *Væ qui iustificatis impium pro muneribus, & iustitiam iusti auferetis ab eo:* Isai. 5. *Qui iustificat impium, & qui condẽnat iustum abominabilis est vterque apud Deũ.* Setimo. E finalmẽte dà o Senhor exemplo, a q̃ se ajũte à justiça a piedade, & tẽperandose com ella o juiz recto nẽ seja injusto, nẽ se mostre cruel, por isso quando Deos veio a dar a lei, posto que trazia nas maõs instrumentos de castigo, vinha com o rosto muito resplandecente, & benigno, pera mostrar, que a justiça com a misericordia deue realçarse mais. E dos Numer. cap. 11. consta, que elegeo Deos a Moyses primeiro juiz de seu pouo, porque era o mais brando, que na terra auia; porque do bom juiz he sentẽcear com justiça, & executar com misericordia, vt inquit D. Ambros. super Psalm. 118. serm. 8. vers. 20. *Misericordia est portio iustitiæ.* E com estas propriedades temos visto a Deos juiz exemplar dos que julgaõ, & apontados os mais conuenientes preceitos do direito diuino.

Tudo parece, que o nosso Emperador

Psal. 5.
Exod. 22.
Deut. c. 1.
Gen. 4.
Eccles. 35.
Chrysost. hom. 2. super Matth.
Deut. 10.
Leuit. 19.
Psal. 118.
Deut c. 16 n. 18.
Sap. 1.
Isai. 5.
Habac. 3. *Cornua in manibus eius splẽdor eius vt lux exit.*
Num. 11.
D. Ambros. sup. Psal. 118. serm. 8. vers. 20]

perador Iuſtiniano com ſeus Iuriſcõſultos pera ajuſtarem o procedimẽto ao principio, que tomou do altiſſimo nome de IESVS eſteue vendo pois aos ſobreditos, ajuſtou tanto os preceitos, que nas leis ſe dão aos que exercitaõ o cargo de julgar: porq̃ quanto ao amor da juſtiça o Emperador exclamou, porque ſenão guardaua, vt in Auth. vt iudices, ſine quo. ſuffrag. in princip. ibi: *Inuenimus enim plurimã ingreſſam cauſis iniuſtitiam: & hanc non olim, ſed ex quibuſdam temporibus violenter acceſſiſſe.* Por iſſo deſterrou injuſtiças, & ordenou as leis tam juſtas, propõdonos no principio deſte liuro, & de todo o direito a juſtiça perpetua & conſtante por objecto, pera q̃ aquelle, que a guardaſſe, ficaſſe de todos amado, & na memoria dos homẽs immortal, como ja eſtaua dito in Sapient. 1. *Iuſtitia omnis perpetua eſt, & immortalis.* E tanto teue pera ſi o Emperador, que os juizes deuião ſer rectos, q̃ diz o Iuriſconſulto Papiniano na l. filius 15. ff. de condit. inſt. ibi: *Nam quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & (vt generaliter dixerim) quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.* Que tal deue ſer o juiz, que nem ainda por imaginaçaõ ſe hade crer, que faça couſa injuſta, & indecẽte contra os bõs coſtumes, piedade, & rectidaõ. Encomẽdou tambẽ do meſmo modo o Emperador, que ſe fizeſſe juſtiça aos pobres, & defendeſſem os pequenos das calumnias dos poderoſos, vt per Iuriſconſult. Paulum in l. illicitas, §. ne potentiores, ff. de offic. Præſid, ibi: *Ne potentiores viri humiliores injurijs afficiant, neve calumnioſis criminibus inſectentur innocentes ad Religionem Præſidis Prouinciæ pertinet.* l. adinuidiam C. quod metus cauſ. vbi Bald. ait: *Oportet iudicem benè uolum, & protectorem pauperum eſſe ne iniuſte moleſtiam patiantur, nam erit hoc magna eleemoſyna coram Deo.* Cõſonat Ouuid. de Ponto lib. 1.

Regia crede mihi res eſt ſuccurrere lapſis
conuenit, & tanto quantus es ipſe, viro.

E que não reſpeitem qualidades pera fazer juſtiça, o recomendaraõ os Emperadores Arcadio, & Honorio, vt in l. Miſſi opinatores, C. de exact. tribut. lib. 10. ibi: *Iudicibus quoq̃, eorumque officijs eatenûs ſubueniemus, vt in contumaces debitores cuiuslibet dignitatis authoritatem ſuam exerceant, &c.* E que ſe julgue com rectidaõ conforme a verdade ſem reſpeito eſtà diſpoſto na Authent. de trient. & ſemiſſ. §. ſtudium verò, verſ. ſi quis autem, ibi: *Nullo iudicantium, neq̃ in hoc flectendo, ſed integritatem legis cuſtodiendo.* Et in l. obſeruandum, ff. de officio Præſid. ibi: *Non eſt recti, neq̃ conſtanti iudicis.* *Authent. iusiurandum quod præſtat ab his.* §. 1. vbi gloſ. verb. *ſubinclinatus.* l. iuſtitia, ibi: *conſtans, ff. de iuſtitia & iure:* que ſe caſtiguem os maos, & ſe naõ diſſimule o caſtigo pello exẽplo dizem as leis, & os Emperadores Valentino, & Theodoſio ordenaraõ, que o juis que diſſimular o caſtigo dos delictos ſeja caſtigado com a meſma pena do delicto, que diſſimulou, & que o tal juis ſeja notado de infamia, vt in l. ſeruos, C. ad legem Iuliam de vi, ibi: *Iudicem verò noſſe oportet quod graui infamia ſit notandus ſi violentiæ crimen*

men apud se probatum distulerit, seu omi serit, seu impunitati donauerit, aut molliorem, quam præstitimus pœnam protulerit. Facit. cap. 1, decret. de colluſ. detegend. & que ſeja inteiramente ſem fraude da ley piedoſo eſtá diſpoſto na Authent. de iudicibus, §. oportet. *Quia iudex non poteſt eſſe ſeuerior, nec clementior lege.* gloſ. in l. ſeruos in fin. C. ad leg. Iuliam. de vi publica, l. ſi ſtipulatio. ff, de verborum obligat. ibi *Quia contenti eſſe debemus pœnis legalibus.* l. ſiquis dicat, ff. de manumiſſ. ibi vtique: *Non maiorem ex ea cauſa pœnam conſtituturus*: porque ainda que as leis ſejaõ riguroſas pera eſpantar, na execuçaõ dellas deue o juiz vſar de piedade, & com beneuolo anïmo ir temperando com ſeu entendimento a ſeueridade das palauras da lei, como ſe diz na l. Reſpiciendum, ff. de pœnis ibi *Debent ſeueritatem legum cum aliquo temperamento benignitatis proſequi.* l. Pedius, §. 1. ff. de incendio ruin. & naufrag. l. 2. ff. de cuſtod. reorum. *Sæuientibus enim iudicibus frœni ïeperies imponitur, & æquitas.* Abb. in cap. fin. n. 6. de tranſact. porque temperado o agro da juſtiça com o doce da piedade, mais facilmente ſe vence, & deſterra o vicio, que com a tyrania, que totalmente deſtroe a quem a exercita, *nam*

Tyranni multi crudeli cæde necati
oſtendunt, quanti referat eſſe pium.

E no 2. liuro do Paralipomenon le-
13 mos, que na arca do Tabernaculo eſ-
Paralip. 2. tauão juntas a vara de Aram, que era de caſtigo, & o maná que era a doçura, com que deuia ſer temperado, & a iſto alludio o Propheta Rey quando
Pſal. 84. diſſe: *Miſericordia, & veritas obuiauerunt ſibi, iuſtitia, & pax oſculatæ ſunt.* E poſto que pareça q̃ na meſma cauſa não pòde o juiz vſar de miſericordia, & juſtiça; com tudo he certo, que ſi pôde, ſendo no ſentenciar juſtiçoſo, & no executar piedoſo, porque da miſericordia atê condenando â morte ſe pòde vſar, ainda que naõ ſeja cõ diminuiçaõ da pena, ſendo com compaixão de quem a padece, ou porque caſtigando, ſe poem fim ao mal, & faz que o mao não ſeja peor, que tambẽ he lance de miſericordia, ou porque compungindoſe do que padece, dá moſtras de miſericordioſo. O Philoſopho, & Plutarco dizem, que aſſi co-

lib. 1. de Rhetor. Plutar. in politicis.

mo o fim da medicina, & do medico he compor os humores em tal proporçaõ, que não ſe leuantem, & cauſem infirmidade no corpo, do meſmo modo o intento do bom juiz ha de ſer amanſar os coraçoens com brandura, que não ſe alborotem em diſcordias, & aſſi como he diſcredito do medico morrerem lhe muitos enfermos, he abominauel no juiz caſtigar muitos com ſeuicia, & crueldade: *Non minus turpia ſunt Principi multa ſupplicia, quã medico multa funera*, diſſe o Seneca, & o Iuriſconſulto Marciano aborrece tambem os que querem alcançar fama de ſeueros. in l. reſpiciendum, ff. de pœnis, ibi: *Nec ſeueritatis, aut clementiæ gloria affectanda eſt.* Das quaes palauras podemos tirar a concluſaõ deſte requiſito, porque diz, que nem ſeuero, nem clemente ha de ſer, do q̃ ſe collige, que deue attender á equidade, & inteireza da juſtiça com o li-

Seneca lib. de clemẽt. ad Cæſar. cap. 24.

cito

cito temperamento de miſericordia, de maneira que com a juſtiça não paſſe de recto a querer ſer ſeuero, nem com a piedade venha a ſer puſilanime de ſorte que tenhaõ nelle abrigo os malfeitores, porque a miſericordia não ha de ſer com quebrantamento do officio de juſtiça, ſenão com obſeruancia della. A cerca diſto he de notar hum caſo, que ſobre aquelle mandato do Exodo 23. *Pauperis non miſereberis in iudicio*, refere hum Author graue de hum Religioſo da Cartuxa, q̃ chamauaõ Dom Forte, o qual ſendo eleito juiz de hũa cauſa entre hum homem rico, & hũ pobre, & como o Religioſo foſſe piedoſo, queria julgar a ſauor do pobre, ſendo que com a lembrança, de que era juiz recorreo aos pés de hum Crucifixo, como bem aduertido, a pedir conſelho, & vendo o Senhor ſeu animo, que eſtaua inclinado ao pobre, que naõ tinha tanta juſtiça, lhe diſſe: *Forte, Forte non placet mihi hac charitas*: não me agrada eſſa charidade, como ſe diſſera, que por nenhum reſpeito, nem ainda pio, ſe ha de fraudar o que eſtá diſpoſto pella lei. Nos caſos duuidoſos, ſi póde o juiz aſſi nos entendimentos dos Doutores, como nas diſpoſiçoẽs da lei in dubio ſeguir a opiniaõ mais pia, & inclinarſe a abſoluer, & auendo diuerſas leis no caſtigo de algum delicto, podem julgar pella mais benigna, & ſendo a pena arbitraria ſe póde tambem inclinar à piedade, como ſe prona tudo dos textos in l. pen. & fin. ff. de pænis, in pænis benignior eſt interpretatio facienda. reg. in pænis. 49. de reg. iuris in 6. l. Arrianus, ff. de actionib. & obligat. cap. eos verò 50. diſtinct. c. fin. de tranſact. l. 1. C. de legib. Paz in practic. 1. tom. c. 3. §. 12. n. 101. & ſeq. cap. duo iſta 23. q. 4 cap. fin. de tranſact. Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 11. n. 15. como tambem ſe ha de executar a ſentença mais piedoſa, ex hisque DD. in l. inter pares, & l. duo iudices ff. de re iudicata conſiderando ſempre a cauſa, a peſſoa, o tempo, & o lugar na forma, que no titulo de iniurijs auemos explicar, Deo fauente, & no de officio iudicis, porq̃ da conſideraçaõ da cauſa ſe forma a perfeita juſtiça, por iſſo os antigos pintauaõ a juſtiça em hũa carroça, à qual tirauaõ duas molheres, hũa dellas trazia hũa eſpada embotada, & ſem ponta nas maõs, & outra vinha encoſtada a hum bordaõ como doente: em hũa ſignificauaõ o zello, & a eſta punhaõ a eſpada embotada na maõ, pera que nem pudeſſe ferir de ponta, nem dar golpe ſem a afiar na conſideraçaõ. Na outra denotauaõ a madureza, que como enferma anda com vagaroſos paſſos pera deter os do zello, que naõ haõ de ſer muito ligeiros. E naquelle Cantico de Dauid eſtá bem declarado quando dizia ao Senhor: *Virga tua, & baculus tuus ipſa me conſolata ſunt*; que com a vara ſomos caſtigados, & com o bordaõ da miſericordia ſuſtentados, porque naõ pôde tolerarſe o rigor, ſem que a piedade de algum modo o tempere, & a conſideraçaõ o apure. Entre os Romanos era coſtume quando os Conſules hiaõ fóra leuarem diante de ſi huns miniſtros, que chamauaõ lictores com hũs mòlhos de varas, & no meio dellas hum cutello largo, tudo muito bem atado, as varas pera caſtigar os reos, & moſtrar, que em quanto ſe defatauaõ, era neceſſario conſiderar a cauſa do caſtigo; & por iſſo entre os conſelhos de Socrates ſe celebra muito o de dizer

Deli-

14 16 15 *Exod. 23. n. 13.* *Pſal. 22.*

Titulo primeiro

Delibera tarde, perfice autem cito
quæ visa sunt.

De modo que a consideraçaõ he causa da misericordia, & o vsar desta he conueniente ao juiz, porque como a clemencia o faça amado, & em consequencia temido, he certo, que ninguem o offenda, pois aggrauarse a quem se ama, he cousa impropria. Por isso disse Seneca, que o Rey pera reinar bem auia ser brando, & inclinado a clemencia: *Qui vult regnare longa regnet manu.* & Prouerb. cap. 20. & 29. *Roboratur clementia thro-*

Senec. in Thiest. Prou. c. 20. & 29.

nus eius. O exemplo de tudo como deuemos, se pòde ver em Deos N. S. que tanto encomenda a misericordia, Vt Matth. cap. 9. *Misericordiam volo non sacrificium.* & Ezech. 18. *Nolo mortem peccatoris, sed vt magis conuertatur, & viuat.* & Math. 11. *Discite à me, quia mitis sum, & humilis corde:* por q̃ se a todos os peccados Deos differa com castigo todo o mundo brevemẽte pereceria, como notou Ouuid. Trist.

Matth. 9. *Ezech. c. 18* *Matth. 11.*

Si quoties peccant homines sua fulmina mittet
Iupiter, exiguo tempore nullus erit.

Porque como do muito rigor procede o medo, & deste tal vez a desesperação, não se ha de acreditar de justo o bom juiz por rigor, senão por piedoso, de sorte que tendo na maõ a balança da justiça deue sempre atender à equidade, & nem fraudar a lei pera ser contra ella piedoso, porque entaõ seria injusto, nem carregar mais o peso da justiça com a crueldade, que entaõ seria tyrano, ideo Horat. Satyr. 3.

Regula peccatis, quæ pœnas irroget æquas:
Nescutina dignum horribile sectere flagello.

Et Forcatull. in Epigram.

Nolo Magistratus sæuos, admitto sæueros,
atq; reis facile cum grauitate pios.

E o glorioso S. Agostinho disse, q̃ no juiz deue concorrer misericordia, & justiça, porque a misericordia sò dà segurança pera peccar, a justiça absoluta occasiaõ de desesperar. *In iudice* (diz o Sancto) *misericordia, & disciplina debet esse, quia vna sine altera, bene esse non poterit: misericordia sola si fuerit securitatem faciet peccandi subiectis iterum: si disciplina semper aderit, vertitur animus delinquentis in desperatio-*

D. August. Serm. 208. de tempo.

nem. E pera que em hum mesmo acto veja o recto juiz como de misericordia, & justiça se pòde vsar, he de notar aquelle lugar de Daniel, em que secõta dos tres meninos companheiros de Azaria, que sendo lançados na fornalha ardente, veyo hum Anjo, que com hum brando, & fauoravel vento liurou os innocentes do fogo, & assoprandoo pera fora com o mesmo vento queimou os injustos, & peruersos,

que

que estauão à porta, liurando como piedosos os justos, & castigando da mesma sorte os peccadores, vt apud Gloss. & Hugon. Cardin. *Angelus prætitit: & excussit è medio fornacis flammam ignis: & induxit in medio fornacis ventum roris flantem: vt per flāmam impios foris cremaret; & per ventum pios intus refrigeraret. In vno minister factus iustitiæ diuinæ malos punientis: in altero misericordiæ diuinæ bonis subueuientis.* E no Exodo se mandaua ao Sumino Sacerdote pòr a mitra pontifical, & q̄ sobre ella se iançasse o oleo da vnção. *Et pones iaram in capite eius & laminam sanctam super tiaram, & oleum vnctionis effundes super caput eius &c.* Acerca do que aduertio o grãde Arnoldo, que depois da mitra, q̄ era insigniado poder se mandaua lançar o oleo, que he final da brandura pera mostrar, que pera os delinquentes deuia ser o poderoso temido, & abrandando com clemencia o rigor respeitado de todos: *Aptè* (diz o douto Arnoldo) *postquam imposita dicitur super caput Pontificis mitra, quæ erat insigne suæ potestatis; iubetur super caput ipsius infundi oleum, quod est signum lenitatis, vt qui potestate esset delinquentibus terrori: lenitati foret pœnitētibus amori.*

Dan. 3. n. 49. & 50. Gloss. & Card. Hug.

Genes. 22. He tambem muito de notar aquelle celebre sacrificio de Isaac, em q̄ Deos mandou ao sancto Patriarcha Abraham lhe sacrificasse seu vnigenito, & amado filho, acerca do qual notou o insigne Ruperto, que auia Deos por sua muita misericordia proposto liurar o genero humano do peccado de Adam, & de suas culpas com a vinda de seu vnigenito filho Christo Senhor & Redemptor nosso, mas porque em Deos não ha misericordia sem justiça, pera que neste mesmo acto se ajuntassem, buscou o Senhor esta obrigação no homem, pera que à vista do sacrificio de Isaac justamente pudesse esperarse a misericordia de nossa redempção: *Nam proposuerat* (diz o Douto Ruperto) *quidem Deus per multam misericordiam præiudicati in Adam generis humani iudicium, per Christum adducere ad victoriam: sed absque iudicio, vel iustitia facere misericordiam, non cadit in Deum.* Vnde Psalmista: *Misericordiam* (inquit) *& iudicium cāntabo tibi.* Item: *Misericordia, & veritas præcedent faciem tuam.* Et alibi: *Misericors Deus, & iustus, & multa in hunc modum testantia, non dissociata esse in Deo misericordiam, & iudicium, siue veritatem, & mansuetudinem, vt ergo non omnino ex sola misericordia staret salus hominis, sed misericordia, & veritas obuiarent sibi: quæsiuit misericors Deus capitulum in homine, per quod posset iustè debitor ipse teneri: quæsiuit ab homine vnigenitum sibi filium immolari, vt suū ipse filium iusta vicissitudine deberet homini.* E daquella sentença de Salamão no liuro 3 dos Reys vemos, que de dous, que contra o Rey conspirarão por Adonia a hum deu a vida a outro mandou matar, sendo iguais no crime, vsando na mesma sentença de misericordia, & piedade: porque posto que maiores obsequios auia feito a Dauid Ioab, do que Abiathar, tque ficou viuo, posto que o Rey se inclinasse a fauorecello, considerãdo a justiça, vio, que Abiathar não tinha outra culpa mais que aquella que era hũa conspiração contra elle Rey Salamão, que como injuria pessoal lha podia perdoar, & em Ioab via não só aquella culpa, mas outros muitos crimes, & a morte de Amalão, de Abner, & de Absalaõ, & o escandalo, que resultaria

Rup. super Gen. 22. cap. 30.

Psal. 109.

Psal. 89.

Psal. 116.

sultaria de viuer, pois pera vsar de misericordia, & justiça não perdoa ao mais afeiçoado, & obrigado, senão ao menos culpado, & assi disse Abulẽse quæst. 39. *Ex duobus aduersus se conspirantibus pro Adonia Rex Salomon alteri vitam contulit, alteri mortem inuulit, vt in vno suæ manifestaret misericordiæ pietatem, & in altero suæ ostenderet iustitiæ potestatem.* E finalmente no mesmo sacrificio, de que acima fizemos menção, diz o Texto sagrado, q̃ leuaua o innocente Isaac a lenha do sacrificio, & seu pai Abraham o fogo nas maõs, & a espada: *Tulit quoq; ligna holocausti, & imposuit super Isaac filium suum; ipse uerò portabat in manibus ignem, & gladium.* Acerca do que diz o insigne D. Carthusiano, que pello fogo se significaua o amor, & pella espada o rigor da justiça. De modo que o Padre eterno em sua omnipotencia, & efficacia tinha tanta charidade, & amor aos homẽs, quanto zello de justiça contra seus peccados, & por isso mandou seu vnigenito filho a padecer. pera que nem perecesse o genero humano, nem o peccado ficasse sem castigo, ideò Carthusian. n. 6. sic ait: *Per ignem ardor amoris, per gladium rigor iustitiæ datur intelligi. Itaq; Pater æternus portauit in manibus, hoc est in omnipotentia, & efficacia sua habebat tantam ad homines charitatem, tantum quoq; iustitiæ zelum contra eorum iniquitates, quod vnigenitum suum dedit ad patiendum, ut nec genus periret humanũ, nec peccatum maneret inultum.*

Genes. 22.

D. Carthus sup. Genes. 22. n. 6.

17

De tudo deue o justo julgador tomar exemplo pera ser recto, & piedoso justamente, porque á imitação diuina deue proceder quem julga com justiça. He muito de reparar naquella comparação, que S. Isidoro, & outros muitos fizerão do jacinto com a justiça. Disserão huns, que por ser como diz Dioscord. porque nelle se não póde esculpir nada, nem lhe faz impressão nenhum respeito: porèm, como bem disse o mesmo S. Isidoro, o Iacinto não semuda nunca senão com o Ceo: & quando elle está sereno está o Iacinto alegre, & vistoso, & resplandecente, & pello contrario escuro, quãdo o Ceo está nublado, & encuberto: *Cùm facies cœli mutatur* (diz o Sancto) *sereno etiam præspicuus est, atq; gratus; nubilo coram oculis euanescit, & marcescit,* Do mesmo modo comparandose a justiça a esta preciosa pedra, diremos, que não ha de fazer mudança cõ cousas da terra, senão proceder em tudo ajustado com o exemplo diuino, & com a obseruancia de justiça, que no juiz bom deue sempre realçar, & estar presente. Por isso o Euangelista S. Lucas disse, que Christo Senhor nosso começou a fazer, & ensinar, pois neste objecto da justiça se encerra o seruiço de Deos, descargo da consciẽcia do Rey, & bom gouerno da Republica; & assi o intento do julgador deue ser o culto, & obseruancia da justiça tanto pera o que ha de fallar, & obrar como pera o que ha de julgar nos outros. E por esta rezão do nome da justiça foi formado o nome de juiz (como disse S. Isidoro nas suas Ethimologias) que quer dizer bom varão, posto pera fazer rectamente justiça ao pouo. Assi o diz o Texto ciuil na l. vir bonus. ff. iudicatum solui. l. Hereuocat: ciuil. iudic. l. cætera, §. mala, ff. familiæ herciscund. per textum in principio, ibi: *Boni enim, & innocentiuiri officio,* vbi Baldus tenet, *quod bonus vir, & iudex sunt conuertibilia.* Cassian.

Dioscord. lib. de ver. nat.

S. Isid. lib. 16. & 17.

In Act. Apost. cap. 1.

S. Isidor. in Ethimol. iudex dictus est quasi diẽs populo.

Sanat. in Cathal. gloriæ mundi 7. p. conſ. 25. diz, que o juiz deue ſer luz, & eſpelho de todos, porq̃ nelle como em direito, & lei animada deue reſplãdecer a juſtiça, & rectidaõ. & pera iſſo ſe chama bom varaõ. No que acho grande proua no ſagrado Texto (com o que tambem fica certo, que tudo eſtaua ja dito nelle) Naquelle Pſalmo 174. onde diz o Real Propheta Dauid que o ſpirito bom de Deos o guiará rectamente: *Spiritus tuus bonus deducet me in terram rectam*. Pera a terra recta, & de verdade, que he a gloria. E com tudo no Pſalmo 50. tinha chamado ao meſmo Spirito, ſancto, pedindo a Deos, que o não apartaſſe de ſeu coraçaõ: *Spiritum ſanctum tuum ne auferas à me*. E Ezechiel 1. chamou ao meſmo Spirito de vida: *Et Spiritus vitæ erat in rotis*. E Iſai. 11. lhe chamou Spirito de ſabedoria. *Et requieſcet ſuper eum Spiritus Dñi, Spiritus ſapientiæ, & intellectus*. E o Euangeliſta S. Ioaõ lhe chama Spirito de verdade: *Spiritus veritatis, qui à Patre procedit*. Pois como o não intitula Dauid com nenhũ deſtes nomes, & sò lhe chama bom? com muita rezão, porq̃ falla de guiar com rectidaõ pera a terra da verdade, & gloria, que Deos como juſto juiz dà aos bõs: logo com rezão lhe chama bom, quando eſpera que dé como juiz: porque debaixo do nome bom ſe inclue toda a perfeiçaõ, que pera iſſo ſe pòde deſejar, & pera adminiſtrar juſtiça ſem ſer mudauel, fragil, nẽ reſpectiuo. Pera proua diſto he muito cõſideraue l aquelle Texto, que no cap. 2. do Geneſis diz: *Vidit Deus lucem quòd eſſet bona*: Vio Deos a luz porque era boa, ou vio, que era boa, como dizem outros, Reparo primeiro, porque lhe chamou boa? Lembrame, que Virgil. lhe chamou reſplandecente:

Pſal. 174.
Pſal. 50.
Ezech. 1.
Iſai. 11.
Ioan. 14.
Geneſ. 1.

Excritur Phœbus perfundens luce nitorem.

Lucrecio lhe chamou preclara:

Lunamq; & Solis præclara luce nitorem.

E Ouuidio Syderea:

Hanc quoque ſyderea, qui temperat omnia luce.

E quanto a iſto de noſſos juizos humanos, que eſtes julgaõ as couſas por aparencia reſplandor, & brilhante aſpecto, & Deos pella bondade, & verdadeiro merecimento, como bem aduertio o grande Doutor S. Agoſtinho: *Doctor malet rebus placere, quàm veris*. E Tertulliano diſputando contra Marchion diſſe, que aquelle aduerbio *quòd*, era cauſal, & ſe auia de entender, *quia, vidit Deus quia bona*. Poz Deos os olhos na luz porque era boa, & por iſſo fez cabedal della.

D. Aug. 4. de Chriſt.

O maior reparo hé, que eſte meſmo Texto ſe lê de tres modos, porque Lipomano diz, & lé no genero maſculino, *quòd bonus, pulcher, optimus*. A Caldea, os Serenta, Vatabl. Pagnino, & Caiet. lem no feminino, *quia bona*, & os Rabbinos com Tertul. no neutro, *quia bonum*. E os Antonſenſes poem neſte lugar a palaura Hebrea, *Tob*, que quer dizer bom, & he de todos os tres generos. E com muita rezaõ, porque a luz não he como as outras couſas, que em hũ ſô genero ſaõ boas

Lipoman. Cbald. 70. Interp. Vatabl. Pagnin. Caiet. & Terrul.

senão he boa com bondade de todos os generos, & assim o bom juiz luz, & exemplo da Republica pera o ser não basta ser bom sò de hũa maneira ha de ter bondade masculina no animo constante, varonil, pera se não mudar com cousa algũa, feminino pera mostrar a brandura, com que deue temperar o rigor na forma, que referimos, & dissemos de Adam, que como Deos o criaua pera Principe no lugar da costa, que tirou pera formar Eua, poz carne pera mostrar, que não auia ser tudo osso, & que daquella carne tirada pera a femea auia de ficar memoria pera ser brando, & benevolo, & por isso tambem daquellas palauras de Isaias; *Principes tui*, disse S. Gregorio, *Dulces tui*, pera mostrar, que o mesmo era ser Principe, & ter gouerno, que deuer ser brando, & afauel. E neutro, pera que com nenhum respeito de odio, amor, ou interesse se moua antes da inteira administraçaõ da justiça, que deue, sò se lembre, nem se leue de cuidado, que o diuirta. Augustinho Celio conta daquella pintura de Europa filha de elRey Aganor, q̃ assentada em hũ touro saindo por meio das aguas sempre viraua a cabeça pera a patria, pellaqual figura entẽdeo Platão a alma do justo, & bom, q̃ tinha perpetuado no animo fazer justiça, & posto que fosse leuado pellas ondas dos respeitos sempre auia virar a cabeça pera o Ceo, & pera acertar com justiça, pôr os olhos donde ella procedia; que por isso os antigos pintauaõ (& particularmente os Egypcios) a justiça assentada no Zodiaco sem cabeça, porque lha encubriaõ as nuuens do Ceo, que só deixauaõ ver o corpo da imagem, parecendo aos circunstantes, que tinha a cabeça no Ceo, pera mostrar com isto, que se o corpo era fragil, & da terra o sentido estaua posto no Ceo, & os olhos, pera que sem respeito algum com animo deliberado, & constante sempre igualmente desse a cada qual o seu, como tambem descreueo o Poeta pondo a justiça entre as balanças, & hum Leaõ com estes versos. *lib. 59.*

Rite Leonem inter, libramq; Astræa sedebit
Ingenuum multo sydere tecta caput.
Omnia lance libran's, animo inperterrita, constans,
Respectat solùm nuuina iustitia.

Pello que todo o que poem em seu animo fazer justiça he justo, & perpetuando esta vontade na deliberaçaõ, naõ ha duuida que fica immutauel pera fazer tudo rectamente sem respeito: ideò ille interpres Arist. ad 2. Nichomachiorum caput, ait: *Ita enim erit iustus, si iusta faciat, sciens quæ faciat: deinde si deliberatò ea faciat: postremum verò si ad talem actionẽ constãter se habeat, atq; immutabiliter.* Consonat Cicero Philippica 1. *Mea perpetua, & constans voluntas in Rempublicam.* Dõde se collige, que na administraçaõ da justiça se requerem tres cousas. 1. perfeita rezaõ pera diuidir o mao do bõ, & o justo do injusto. 2. intençaõ recta. 3. stabilidade perfeita, & cõstãcia firme, que por isso se diz, que a justiça he hũa torre, q̃ cõ estes fundamentos se

se faz inexpugnauel,& bem guarnecida. E os que em ella militão b em são dignos do maior premio,& tem a palma de gloria, como pera firmeza do maior encarecimento aduertio Hostiense com muitos Doutores dizẽdo,q̃ o officio do bom juiz he de mais merecimẽto,q̃ o do Frade,Prègador,ou Hermitão;porq̃ da administraçaõ da justiça(conforme S. Ioaõ Chrysost.) sente,& recebe a Republica maior beneficio. E assi diz o Santo : *Volo enim maiori gloria virtutum curuscare vos, qui in medio urbis versamini,quã illos, qui montes,& crêmos petierunt.* E pera recomendação disto he de notar o milagroso exemplo,que refere o glorioso S. Antonino Arcebispo de Florença de hũ juiz infiel, porem muito obseruante da justiça, & muito zeloso de acertar na administração della, o qual morrendo pagaõ , & infiel foi por amigo da justiça reseruado largos tempos da condenaçaõ do inferno: & succedeo, q̃ andando hũ laurador cauando em hũa herdade sua,ouuio hũa voz,que dizia:Caua manso, & não me maltrates; & preguntando o laurador quem era o q̃ fallaua,lhe respondeo,q̃ era aquelle gentio, q̃ fora juiz amigo da justiça, & pella que auia guardado o preseruou Deos da condenação até que recebesse agua de baptismo : & assi rogou ao laurador, que lhe fosse buscar à cidade o Bispo , pera que o baptizasse, & vindo todo o Clero cõ muito acompanhamẽto viraõ,& acharaõ o corpo inteiro, & viuo, fallãdo, & declarando tudo o referido,& sendo baptizado se conuerteo em cinza o corpo pera a alma ir gozar de eterna gloria. E não menos admirauel foi o outro successo do Emperador Trajano,que como referem Lucas de Pena,Cassanco, & outros, foi Espanhol clemente,& muito justo, porem porque era pagaõ foi condenado : & muitos annos depois de morto, pella grande fama de sua piedade , & justiça rogou Sam Gregorio Magno a Deos pella alma daquelle Emperador, & por singular priuilegio foi liure da condenaçaõ. E se tantos,& tam prodigiosos effeitos faz a justiça nos infieis,com quanta,& mais rezão se deue prezar o Christaõ de justo , pois conhecendo,& amando a Deos fonte de justiça,tomando nelle exemplo,& tendoo por espelho acerte grangeando a coroa de gloria,com o applauso de toda a terra, pois até o mesmo Deos vindo ao mundo fazerse homẽ pera nos remir, trazendo a seu cargo o officio de juiz , delle se prezou tanto, que mysteriosamente foi pronosticado felicissimo sem resistencia , & magestoso na comparaçaõ . A prova he de Sam Gregorio, que com seu costumado acerto, & soberano juizo reparou naquellas palauras de Salamaõ Prouerb. 30. *Tria sunt, quæ bene gradiuntur, & quartum quod incedit feliciter, Leo fortissimus bestiarum,gallus succinctus lumbos, Aries& Rex, nec est qui resistat ei.* De modo que diz o sabio Rey, que tres cousas saõ que andaõ bem, & o quarto, que com apparato anda felizmente com ventura sem resistencia , o Leaõ mais forte de todos os animais brutos, o Gallo, o Carneiro, & o Rey, que he o quarto, que anda magestoso , & felix sem resistencia. Dizẽ o glorioso Sam Gregorio , & Beda, commentando este lugar , que nestas palauras se significão quatro cargos, que Christo Senhor, & Redemptor nosso trouxe à terra , & todos os commentadores,

Hostiens. in proem. sum æ n. 8. & sin. dib. & sasin. l. 1. ff. de instit. & iur.

Chrysost. sup. Matth. hom. 44.

col. pen. S. Antonin. Episc. Florent. 3. p. sua histor. tit. 9. c. 1. in princ.

Lec. de Pena in l. 2. col. 3. C. de exact. trib. lib. 10. Fab in proem. inst. in princ. Bened. in cap. Rainũcius 3. p. verbo qui cũ alia n. 129. in fin. de test. Chassan. in catal. glor. mund. 5. p. consid. 5. vers. ex hac iustitia.

23 *S. Greg. lib. 3. moral. cap. 5.*

Prouer. 8.

E 2 que

que declarão as ditas palauras dizem, que se haõ de entender mysteriosamé te,não reparando tanto na letra,quãto penetrando o interior do spirito (que como diz S.Paulo) elle vinifica. E assi quiz significar Salamaõ quatro cargos que a Christo Senhor nosso encarregou o Padre eterno, a saber, Redemptor, Iustificador, Prégador, & Iuiz. O primeiro se representa no carneiro, por ser accommodado pera o sacrificio,& por isso a redempçaõ,que Christo Senhor nosso auia de fazer na ara da Cruz,foi figurada naquelle carneiro mysterioso, que viõ o Patriarcha Abraham quando quiz sacrificar seu filho Isaac. No Leaõ se significa o de justificador, porque o Apostolo Sam Paulo attribue a justificaçaõ dos homens â Resurreiçaõ de Christo: *Mortuus est propter delicta nostra, & resurrexit propter justificationem nostram.* E porque no Leaõ se significaua Christo resuscitado. Apocalip. 5. *Vicit Leo de tribu Iuda.* No gallo significa o mysterio de Prêgador, porque conforme S. Gregorio, o gallo he despertador dos que dormem, & o peccado he sono,como disse S. Paulo ad Ephesios: *Surge qui dormis, &c.* No Rey significa o juiz, & por isso nos Euangelhos, quando pintaõ,& descreuem a Christo Senhor nosso Iuiz, lhe dão nome de Rey,vt Math.29.& Math. 25. & neste toma o titulo mais magestoso, & procede com felicidade,porque em todos os mais cargos referidos lhe não succedeo como no de juiz, porque com elle ha de dar premio aos que se aproueitaraõ da sua sacratissima paixão, & redempçaõ copiosissima, & castigarà os que della senão souberaõ aprouei-tar, mostrandose seuero aos que não se conuerteraõ a sua doutrina,& assentado em magestoso throno dará premio de gloria aos bons, & justos,castigo,& condenaçaõ perpetua aos maos.

Ad Corint. cap. 3.

Genes.22.

Paul. ad Rom.4.

Apoc.4.

S.Greg.lib. 3.cur.past c.5.

S Paul.ad Ephes. 5.

Math. 29. & 25.

Vejaõ pois os que começão a aprender esta sciencia quanto importa desde logo firmarse neste objecto, & ir perpetuando em seu animo o proposito de sempre administrar justiça, que fazendo assento nesta virtude lhe não faltaraõ as mais,pois ella he superior a todas, & as comprehende,como tenho dito,& como lhe chamou Socrates mestra da vida, origem da paz, extirpadora dos vicios. Aristoteles disse que era mais vtil que a fertilidade dos tempos, & que era mais admirauel q̃ o Sol,pois por ella se sustenta o mundo, & deixa de tornarse ã confusaõ primeira,& tirou os homens do primeiro caos,& ser que tiueraõ os animais, como o affirmaõ Aristoteles, & Claudiano.

24

Socrat. apud Platon. in Apolog.

Tu prima hominem siluestribus antris
Elicis, & sedo de tergis sectus a victu.
Te propter colimus leges, animos q̃ ferarum
exuimus.

Macrob. in 2.lib. de sõno Scipionis. Arist. lib. 5 polit. c. 7.

E não sò hũa Republica necessita de seu gouerno, mas ainda hũa limitada casa se não pòde gouernar sem justiça como disse Macrobio, & os Philosophos, que nem Iupiter podia reger sem ella o mundo, & como diz San-

to

to Agostinho, os Reinos sem justiça saõ latrocinios. O mesmo Santo diz se, q̃ com ella se sustẽtaua a Republica, & que onde Christo residia, permanecia a justiça, a qué S. João Chrysostomo chamou vniuersal Philosophia da alma, conseruação de todos os preceitos filha da verdade, exaltação das gentes, Rainha do mundo, & mais forte, que a mesma fortaleza, pois absente a justiça, ella não aproueita.

S. Aug. in lib. 4. de ciuit. Dei c. 4. & in 4. serm. Dom 4. in quadrages. & tom. 5. col. 132. & col. 1349. Chrysost.

SEGVNDA PARTE,

da diffiniçaõ da Iurisprudencia.

§. *Iurisprudentia.*

SVMMARIO.

1 *Diffinição da Iurisprudencia.*
2 *Como combina a Iurisprudencia com o direito.*
3 *Prudencia he companheira da justiça.*
4 *Prudencia, & astucia o que saõ, & como se differenção.*
5 *Noticia das cousas diuinas, porque se chama a Iurisprudencia.*
6 *E porque se chama tambem noticia das cousas humanas?*
7 *Sciencia do que he justo, & injusto porque se chama a Iurisprudencia?*
8 *Sciencia he pera julgar, a prudencia pera gouernar.*
9 *Principio desta sciencia ha de ser o temer de Deos.*
10 *Iurisprudencia como combina com a justiça.*

A Iurisprudencia he hũa noticia das cousas diuinas, & humanas, & sciẽcia do q̃ he justo, & injusto, cõforme a diffinição do nosso Texto hìc: *Iurisprudentia est diuinarum, atq; humanarum rerum notitia, justi, atq; injusti scientia.* Combina cõ a diffinição do direito, q̃ dizẽ os DD. he arte do bom, & igual. *Jus est ars boni & æqui.* Do q̃ he bom, & justo conueniente à equidade. I.C. & DD. in l. 1. ff. eodem, porq̃ com esta arte se descobrem, & colhẽ as justas noticias do q̃ he bom, & conueniẽte, & q̃ ensina a seguir o justo, & euitar o injusto, & indecente. 1 2

Aduirtamos pois, q̃ a prudencia he companheira da Iustiça, assi o diz aqui o Emperador, & ja S. Isidoro o disse, q̃ não podia auer juiz sem justiça, nem justiça sem prudencia: *Neq; index sine justitia, neq; ulla potest esse justitia sine prudentia.* E Christo S.N. quando mãdou seus sagrados discipulos pello mũdo, tendoos cõstituidos juizes dos tribus de Israel, lhes encomendou a prudencia: *Estote prudentes sicut serpentes, & simplices sicut columbæ*; igualando a prudencia com a bondade da qual 3

S. Isidor. lib. 2. de summo bono cap. 1. Math. 10.

recebe o espirito perfeiçaõ. E assi não ha de ser prudencia maleuola, senão benigna, & lagaz com desejo de acertar. Dizem alguns, que a prudencia, & astucia saõ companheiras, por aquellas palauras dos Prouerbios 1. *Vt detur parvulis astutia.* Isto he pella semelhança, mas ha entre ellas muita differença, porque a prudencia, & astucia ambas caminhão com intẽção de chegar ao fim; porem a prudencia pellos caminhos licitos, & a astucia por vias indecentes; & ideò *Prudentia est recta ratio agibilium, & astutia in agibilibus aduersatur rectæ rationi, quia astutia est vitium, quod per vias non veras, sed simulatas, & apparentes tendit ad aliquẽ finem prosequendum, siue bonum, siue malum.* He doutrina do Angelico Doutor S. Thomas, & como vicio he prohibido, conforme o que disse S. Paulo escreuendo aos Corinthios: *Abdicamus multa dedecoris, non ambulantes in astutia.* E assi deue a aduertencia do Iurisprudente ser virtuosa, & prudentemente lagaz pera ver às pessoas com que falla, por ser aforismo muy recebido, que entra com o Imperio o odio, & a enueja desejosa de destruir os que bem gouernão, & se bem melhor os destroem. E assim se chegão sempre vestidos de lisonjas, & manhosas astucias pera os peruerter, que por isso Tertulliano desejaua ver os peitos dos homẽs crystalinos, porq̃ se auião de achar poucos sem manchas, & tragedias. Estas euitará o prudente com sua sinceridade lagaz, com o desejo de acertar, fazendo caminho plano pellas escaridades dos enganos, atropellando vicios tendo a Deos de sua parte, que como diz Dauid, destroe os dolosos: *Dispergdet Dominus universa labia dolosa.* E o que perfeitamente he

D. Thom. in 2. 2. q. 55. a. 4. D. Aug. lib. 4. contra Iulian. c. 3.

S. Paul. 2. ad Cor. 4.

Tertull. in apolog. c. 35.

Psal. 11.

4

justo, & prudente, confiando no amparo de Deos, tudo vence, nada teme, anda com seu coração cinceramente limpo, confiado, & verdadeiro: *Qui ambulat simpliciter, ambulat confidenter, qui autem deprauat vias suas manifestus erit.* *Prou. 10*

Chama o Emperador à Iurisprudencia noticia das cousas diuinas, cõ muita rezão, porque como temos prouado, que o justo juiz ha de pòr os olhos na justiça, & ella he tam diuina, & procede do Ceo, & do verdadeiro Deos fonte de justiça, rezão he, que tenha noticia de seus diuinos mysterios aquelle, que a ouuer de administrar, & pera mostrar, que todo o poder, com que se gouerna, he do Ceo, como no cap. 8. dos Prouerbios se diz: *Per me Reges regnant, & legum conditores iusta decernunt.* E ja por Hieremias estaua decretado, que sô com o conhecimento de cousas diuinas; & do mesmo Deos podia acertar quem auia de ser juiz na terra. *Non glorietur prudens in prudentia sua, & non glorietur dives in diuitijs suis: sed in hoc glorietur qui gloriatur: scire, & nosce me, & facere iudicium, & iustitiam in medio terræ.* Ou porque como o Emperador ajustou tanto seus preceitos das leis ciuis aos de direito diuino, mal poderá ser perito nellas, quem não for noticioso dos sagrados Textos. O grande Doutor S. Hieronymo disse: *Literas non nouit, qui sacras ignorat;* tendo por certo, q̃ com a luz do direito diuino tudo ficaua facil: & por isso nas decisoens das causas se pòde allegar a authoridade da Scriptura sagrada, & seguirse, vt per Felin. & allegata per ipsum in cap. ex parte 1. n. 63. de rescriptis. Outros dizem tambem, que se chama noticia das cousas diuinas, porque no direito

5

Prou. 8.

Hierem. 9.

reito

reito ciuil ha os titulos in C. de sum. ma Trinitate, & fide Catholica, & in ff. de rerum diuisione,& infra eod. & de acquirendo ipsarum dominio,onde em hum trata da sanctissima Trindade, principal mysterio de nossa sancta fé,porque como auia tratar da equidade da justiça fez primeiro menção de seu procedimento, pois (como dissemos) a verdadeira justiça traz sua origem de Deos, & pera a explicar trata da sua parte principal, que he a Religiaõ companheira da justiça, & como desta Religiaõ seja a fé o principio , com muita rezão propoz o Emperador por fundamento o maior mysterio da fé: *Quia Religio est pars principalis iustitiæ,& Religionis principium est fides: cûm omne, quod nõ est ex fide,sit peccatum.* c. fin. extr. de præscript. Em outro trata da diuisaõ das cousas , explicando a qualidade dellas , & diuidindo as que saõ de dircito diuino , ou humano , & das cousas sagradas,religiosas, & sanctas, como tambem veremos no primeiro titulo do 2. liuro deste commento.

6

Com estas perfeitas noticias se deue formar a prudencia do juiz bom & discreto,tomando em tudo seu conselho com Deos , postos os olhos no Ceo donde a justiça procede. Reparo mais em lhe chamar noticia tambem das cousas humanas;porque requerer no homem,que seja noticioso das cousas sagradas, aduertencia digna he do q̃ lhe conuem,& deue aprender ; mas a das cousas humanas parece,que he natural,& nãõ necessita de que se recomende? Porem quiz o Emperador dizer,que o bom juiz deuia ser noticioso das cousas humanas,ou porque cõuem muito, que saiba das humanidades,& feitos generosos , que as letras humanas ensinão , pera que emulando as acçoens mais ajustadas faça hũa verdadeira harmonia & suaue consonancia com as letras,equidade, & policia, ou porque como o consideraua tanto em contemplaçoẽs diuinas,lhe rão esqueçaõ as noticias da humanidade, ou melhor que tudo pera ensinar, que supposto deue ser justo, prudente, & noticioso das cousas diuinas,isto hade ser com o temperamento de humano, & brando,como dissemos, sendo pio, & clemente,não todo riguroso , mas moderado, pois atè a Absalon , não sendo sancto como seu pai Dauid , seguia todo o pouo de Israel por se mostrar humano,como bem notou o glorioso Doutor S. Ioaõ Chrysostomo dizendo sobre aquellas palauras: *Venit igitur nuntius ad Dauid dicens toto corde uniuersus Israel sequitur Absolon. Voluntarius sequebatur* (diz o Sancto) *populus contra legitimum Regem , quem Deus secundùm cor suum inuenisse monstrauerat,toto corde Absolonem tyrannũ, quia is se populo simulasset humanum.* Que tem tanta força a afabilidade , & clemencia, que atêa tyrania disfarçada com ella produz amor, & sequito: com muita mais rezão temperada a justiça serà lanço de maior prudente lembrarse , que he humano pera ser piedoso,& pera que quando esteja nas enleuaçoens de altiuo,se não esqueça de quem he,& sendo acertado, tenha noticia de toda a sciencia pera ser perfeito,& consumado.

2.Reg.15 n.13.

Chrysost. serm. de Absolon.

He finalmente a Iurisprudencia sciencia do que he justo , ou injusto, porque sabendo hũa,& outra cousa,se diuide o bom do mao , o licito do indecente,& como a sciencia se acquire tambem com noticias , poz primeiro o Emperador o titulo de noticia à Iu-

he justo, & conueniente excluindo o mal,& indecente: & não he de admirar o diuidirse a prudencia, & a sciencia, pois são diuersas, porque a sciencia he pera julgar,& a prudencia pera gouernar. Idcò Arist. de anima ait: *Prudens est qui intelligentia sua aliquid cognoscit, sciens qui alterius iudicio rem pertipit.* E Ioaõ de Mena diz, que a sciencia he a que todos commũmente podem alcançar, porque assi o sesudo como o de menos juizo podem saber algũa cousa; porem a prudencia não requere soomente sabedoria; mas elleuação de juizo, capacidade, & memoria a que se recomende, & especulatiua, pera descernir,& expressiua pera representar. E assi disse o Emperador, que a Iurisprudencia era sciencia do justo, & injusto com a prudencia, que temos referido; porque sò com ella se gouerna bem, & saõ stabellecidos os Imperios, como ja no direiro diuino estaua dito no Eccles. *Iudex sapiens iudicabit populum, & principatus sensati stabilis erit.* O principio desta sciencia ha de ser o temor de Deos nosso Senhor, iuxta illud: *Initium sapientiæ timor Dñi* E por isso no procmio do ff. velho, §. illud, ibi: *Cùm oporteat prius animas, quàm linguas fieri eruditas.* Disse o Emperador, que da alma se auia de tratar primeiro pera alcançar a sabedoria, pois esta não entra onde o peccado mora: como ja nos Prouerbios tinha dito Salamão cap. 1. *In animam malevolam non introibit sapientia, nec habitabit in corpore subdito peccatis.* E o segundo deue ser grande fundamento, que o Iurisprudente ha de fazer em saber as leis, segundo todos os bons foros, & costumes da Republica, informandose com os melhores, & procedendo em tudo com tal modestia, que nem parça, que obra bem por appetecer vangloria, nem cobrar odio com o poder, conhecendo a todos os bons pera os amar, & fauorecer, os maos pera os emmendar, & castigar: assi o disse Biel. de Republic: *Conseruatores Reip. ingeniacium, & eorum analogias omnes exactè cognoscant, & eas indeterius vergere nũquam sinant; sed potius in meliorem aliquam, & firmiorem constitutionem continuò transferant, quia sine cognitione motuum totius naturæ, nunquam poterũt egregiè præstare.* De maneira que o conhecimento das cousas más ha de ser pera as melhorar, & as boas pera as seguir, & augmentar, que por isso Aristoteles disse, que a prudencia era recta rezão, que encaminha as cousas agueis no conselho, & na obra, apartãdo o bem do mal, pera que sempre feliz, & rectamente possaõ acertar: *Prudẽtia est virtus mentis, qua de bonis, ac malis, quæ ad felicitatem pertinent, bene possumus consulere.* Et Cicero de offic. ait: *Prudentia est rerum expetendarum, fugiendarum vè scientia.* & Rhet. lib. 2. *Est bonarum, atq; malarum rerum scientia.*

Arist. in lib. de anima. 8

Poet. Ioan. de Mena in suis cõment. in cõmenat. Mestro. 28.

Biel. de Republ. lib. 4. c. 21. fol. 196. in fin

Arist. lib. 1 Rhet.

Dic. offic. & Rhet. lib. 2.

9 Pello que temos dito se collige, q̃ em tudo combina a Iurisprudencia cõ a justiça, porque com o direito se cõpoem a justa sentença, por quanto a justiça manda, que se de o seu a seu dono, o direito a ajuda, & a Iurisprudencia ensina como se ha de dar. Por isso dizemos, que a prudencia he espirito das outras virtudes morais, q̃ as abraça, & lhes dà lustre, & vida, & tem o assento primeiro no spirito do homẽ, sem a qual a fortaleza seria temeridade, & a justiça injuria, ou rigor, & a tẽperança austeridade, & os actos de magnificencia, mais seriaõ reputados por de homem voluntario, do que grã

Prouerb. 1

dioso. Em proua disto he graue a consideraçaõ do glorioso Doutor S. Ambrosio, que sobre aquelle lugar do Genes. 22. quando Deos mandou a Abraham, que lhe sacrificasse seu filho Isac aduerte, que todas as quatro virtudes se vniraõ neste acto pella prudencia, com que o santo Patriarcha obedecé do pospoz o affecto humano ao diuino preceito, foi sabio, & prudente em crer a Deos nosso Senhor, & naõ poder mais com elle o amor, que tinha a seu filho, do que a obrigaçaõ de obedecer. Logo em consequencia foi justo, & fez justiça, dando a Deos o que delle recebera. Foi forte, porque refreou com rezaõ o appetite, guiando o filho ao sacrificio, tentãdoo o amor paterno, mas naõ vencendoo. E vzou finalmente da temperança, por ter na execuçaõ o pio, & agradauel modo, com que mereceo por discreto obediente o louuor, & premio do sacrificio, ficandolhe o filho viuo, & elle hũ exemplar da justiça, que ornada com a prudencia foi de todas as virtudes perfeitamente acompanhada, & assisti da, como bem considerou o doutissimo Sancto vbi supra dizendo: *Pulchrũ in hoc opere Abraham justitiæ se præbuit simulachrum, quatuor scilicet speciebus justitiæ, quæsi coloribus effigiatum.* Pello que a sabedoria, que aqui requere o Emperador no Iurisprudente, dizẽdo, que seja sabio, & prudente, saõ os olhos, que vem, & mostraõ por onde se ha de ir: & consiste em entender, qual he o officio, que exercita, & que cousas podem nelleiser vteis, ou per judiciais, medindo os requisitos, que a variedade dos casos, & bem cõmum requere, trazendo sempre ante os olhos, que julga, & gouerna homens, q̃ ha de julgar conforme as leis, & que naõ ha sempre de julgar, & presidir, como Voleterrano recomenda: *Triũ reminisci magistratum oportet, scilicet quod hominibus præsidet, quod secundũ leges præsidet, & quod non semper præsidet.* Vejamos agora em consequencia a

D. Ambr. lib. 1. de of fic. c. 25.

Voleterran lib. 29. c. 2.

TERCEIRA PARTE

Da ordem, com que as leis se haõ de aprender, & dispor.

§. *His igitur.*

SVMMARIO.

Ordem, com que as leis se haõ de oprender, & dispor. 1

Ordem como he conueniente guardarse em tudo. 2

Confiança he necessaria pera a seguraça. 6

Gouer

4 *Gouerno da Republica não consiſte na multidaõ das leis, ſenão no modo com que ſe exercitaõ, & diſpoem, referemſe exemplos.*

5 *Extremos ſempre ſe haõ de fugir.*

6 *O caluario onde crucificaraõ a Chriſto Senhor noſſo eſtà no meio da terra, & porque?*

DEclarada a diffiniçaõ da Iuriſprudencia enſina agora o Emperador a ordem, com que pera a alcançar, ſe ha de proceder, dãdo o verdadeiro modo de aprender àqlles, que deſejaõ ter legitimo conhecimento deſta ſciencia. De ſorte, que mandando começar por eſtes principios da Inſtituta, moſtrando nelles a ſumma do direito, & dando noticia de todos os portos não arribem deſanimados os que ſe entregarem ao Oceano dos Digeſtos, & pera que os animos dos ſtudioſos não paſmaſsẽ á viſta da multidaõ de tantos caſos, da prolixidade das ſentenças, & variedade dos caſos, propos eſte reſumo, pera que ſe não chamem ao engano os que ſe virem ao depois na confuſaõ, & innumeraueł copia de diuerſos caſos, & intricadas reſoluçoens. Reſta pois cobrar animo à viſta deſta deſcripçaõ, conhecer os portos, pera com deſejo de chegar a elles os buſcar, & guardar em tudo a ordem, que o Emperador aqui tanto recomenda, & no Texto ſagrado acharemos tam obſeruada. No cap. 6. do Euangeliſta S. Matheos veremos como Chriſto Senhor noſſo mandou ſentar ſeus diſcipulos por ordem. No cap. 21. do Apocalypſe vio o Euangeliſta S. Ioaõ aquelle Anjo, que com hũa medida igual media por ordem as cidades.

Math. 6.
Apoc. 21.

No Exodo cap. 16. mandaua Deos, q̃ do manã colheſſe cada hum o q̃ lhe baſtaſſe. E o Real Propheta Dauid diz, que ao tempo oportuno dà Deos aos que nelle eſperaõ o que lhes conuem. *Oculi omnium in te ſperant Domine, & tu das illis eſcam in tempore oportuno.* Porque ordenadamente ſe deue tudo fazer, medindo as obras com as poſſes, os lugares com as peſſoas, & o ſuſtento com a neceſſidade: aſſi diſpoz o Emperador as ſuas leis, dando o primeiro lugar aos que com amor as buſcarem, propondolhes as noticias de tudo o que hauiaõ profeſſar neſte bem compoſto reſumo da Inſtituta, dando as regras, que mais conuenientes ſaõ aos principiantes, pera q̃ dando eſte conuite ao juizo ſe preparaſſẽ a entrar nas maiores communidades.

Exod. 16.
Pſal. 116.

Suppoſto iſto fica claro, que neſte §. quiz o Emperador ratificar a ſatisfaçaõ, que prometeo na dedicatoria deſta Inſtituta; porque offerecendoa aos que com amor buſcarem as leis, *Cupidæ legum iuuentuti ſalutem*, tendo poſto por requiſito o amor o quer ſegurar agora, dizendo, que por eſte leue caminho podem entrar na perplexidade das leis, pera que não deſconfiem depois de nellas entrarem. E como andou tambem diſcreto o Emperador neſta acçaõ, pois pera ſegurar firmezas buſca confiança, que ſem eſta, nem os principiantes poderiaõ ſeguir, nem ſuas promeſſas tinhaõ pera com elles credito, porque he certo que a confiança facilita a obediencia, & deſterra os inconuenientes, que à podem eſtoruar. Mandou Deos a Abraham, que ſe ſaiſſe de ſua terra, de ſua familia, & de caſa de ſeu pai, & que

Geneſ. 12. n. 3.

ſoſſe

fosse pera hũa terra, que lhe assinaria onde lhe faria grandes beneficios, & cheio de bençoẽs augmentaria seu nome grandemente. Sabio Abraham, obedecendo ao Senhor, & sendo de setenta & cinco annos foi mais apressado que todos, precedendo nos passos a Loth mais moço na idade, que com elle foi, & não reparando em nada, nem oppondo impedimentos da multidão dos annos, & achaques da idade. Porque, como bem notou o glorioso Doutor S. Ioaõ Chrysostomo neste lugar sobre as palauras: *Septuagintaquinque annorum erat Abraham cum egrederetur de Haran.* Era Abraham amãte, & confiaua em Deos & assi não temia nada, nem lhe parecia difficultoso, precedendo a todos sem impedimento, não reparando em inconuenientes, senão obedecendo. *Quia omnibus impedimentis quasi arcta tela essent disrupta, mente fide roborata, bene fidem dignitati promittenti iter aggressus.* Et Chrysost. hom. 3. *Egrediebatur, vt senex, sed gradiebatur vt iuuenis, quem proinde Loth cũm iuuenis esset, non praire, sed post ire dicebatur.*

Chrysost. hom. 31. in Genes.

Por isso o Emperador segura tãto a confiança, diuertindo os inconuenientes, pera que amantes, & confiados sigão os principiantes esta sciencia, começando com os moderados principios, que aqui se propoem, & fugindo os extremos. No titulo seguinte diremos, que cousa seja lei, como se dispoem, & ordena, agora sò faz o Emperador a aduertencia, que temos referido, pera segurar a confiança no proseguimento das leis, & admoestar que destas vzemos, como he licito, & conueniente, sendo na sciencia dellas peritos, & na execução diligentes, pois não consiste o bem gouerno da Republica na multidaõ das leis, senão no modo de vsar da administraçaõ da justiça, & disposiçaõ dellas. Mandaraõ os Thebanos a Phyton Philosopho a Lacedemonia, pera que de lá lhes trouxesse leis, esteue o discreto Philosopho alguns dias ausente, & tornando depois pera Thebas, trouxe varios instrumentos de justiça, como cadeas, açoutes, & outros, & pondoos diante dos Thebanos não fallou: do que elles admirados, preguntaraõlhe a causa; respondeo, que não trouxera leis, senão instrumẽtos de justiça, por que elles tinhaõ leis sufficientissimas pera gouernar a Republica, & sò lhes faltaua a execuçaõ dellas: *Misistis me Thebani in Lacedemoniam, vt vobis leges adduxerem, ego autem multò magis justitiæ instrumenta vobis adduxi: habemus quidem sufficientissimas leges ad nostram Rempublicam gubernandam, non enim legibus, sed executione legum indigemus.* Porque gouernandose tudo com ordem, nada póde ser aduerso, porque a prosperidade consiste na moderaçaõ, & prudencia, & como com esta se principia sempre, saõ ditosos os fins, & como a justiça he temperada com a beneuolencia, as leis com as pessoas ajustadas à obseruancia dellas, tudo fica igual, & sem extremos, q̃ sò dellcs resultaõ desacertos. O glorioso S. Gregorio repara muito na differença das vações de Dauid, & Saul pera serem Reys, considerando os successos, pois Saul se perdeo, perdoãdo a el Rey de Amalech, & degolando os mais, & Dauid teue tam prosperos successos, pedindo pello pouo quando o Anjo os quiz degolar, & pera resoluerse, notou o Santo Doutor as palauras do Texto sagrado, que quando falla

Phiten Philosoph. ad Thebani in Lacedemoniam, vt vobis Lacem. leges adduxerem, ego autem multò magis justitiæ instrumenta vobis adduxi: habemus quidem sufficientissimas leges ad nostram Rempublicam gubernandam, non enim legibus, sed executione legum indigemus.

S. Greg. lib 6. cap. 26. 1. Reg. 9. & Reg. 16 2. Reg. 24.

falla da vnçaõ de Saul, diz: *Venerunt in extremam partem ciuitatis*: buscaraõ extremos. E quando trata de Dauid diz: *Vnxit eum in medio fratrum suorũ*. No meio de seus irmaõs; & logo tira a consequencia da perdiçaõ de Saul, pois buscou extremos, & da prosperidade de Dauid, pois no meio cõ igualdade se vngio Rey. Do mesmo modo

6 Beda lib. de imagin. o veneravel Beda diz, que o caluario está no meio da terra habitavel, & que por isso Christo Senhor nosso quiz padecer nelle, pera que a todos igualmente abrangesse sua copiosissima redempçaõ: *Vt passionem nobis æqualiter offerret*. Et cõfirmatur ex Psalm. *Deus autem Rex noster ante sæcula operatus est salutem in medio terræ*. Et ex illo Isai. *Consumationem, & seruationem faciet Dominus exercituum in medio terræ*. Pello que gouernãdose tudo igualmente não faltaraõ prosperidades, & começando os principiantes com a animosa confiança, & moderaçaõ, q̃ o Emperador requere tudo lhe será facil, & poderaõ seguir as maiores empresas, & dar inteiro comprimẽto aos justos preceitos, que se seguem.

Psal. 73.

Isai. 20.

QVARTA PARTE,

Dos preceitos de Direito.

§. *Iuris præcepta.*

SVMMARIO.

1 *Preceitos do Direito.*

2 *Honestidade se comprehende no primeiro preceito, & como se ha de guardar?* 8

3 *Prohibiçaõ das offensas contem o segundo preceito, & como se entende?* 9

4 *Matarse a si mesmo não póde ninguem, nem obrigar sua vida.* 10

5 *Fiador se se pòde obrigar a pena corporal do Reo?* 11

6 *Carcereiros como se obrigaõ?* 12

7 *Penas dos que se mataõ a si mesmo: & se intentar matarse se será o mesmo?* 13

Rezaõ porque os que julgaõ podẽ mandar matar. 8

Gentios, que se mataraõ por suas maõs, & Christaõs, que fizerão o mesmo, & porque? 9

Terceiro preceito toca às fazendas, & contratos. 10

Iustiça se considera hũa torre triangular, & seus fundamentos. 11

Direito ciuil como procede do direito diuino, & combinaõ sens preceitos. 12

Preceito da honestidade como se acomoda com a lei diuina, & como ha de ser honesto o Iurisprudente. 13

dente.

14 Segundo preceito de não offender a outrem quanto concorda com os preceitos de Deos, & a paz quãto he amada do mesmo Senhor.

15 Terceiro preceito de dar o seu a seu dono, quanto tem de diuino, & comprehendetodos tres.

16 Corroborados saõ os preceitos referidos com o direito diuino.

17 Temor, amor, & rancor saõ contrarios â justiça, & se proua.

18 Como se vencem estes contrarios, & quem he honesto não teme, & vence o primeiro contrario, porq̃ o justo honesto he forte, mostrase como a fortaleza he companheira da justiça com a diffinição, & combinaçaõ.

19 Amor segundo contrario da justiça como se vence com a obseruancia do segundo preceito do direito:

20 Amor diuino nada teme, amor humano he respectiuo, encobre a verdade, viue de temores.

21 Prudencia vence as traças do amor profano, refere se hũ raro exemplo.

22 Vence se o rancor terceiro contrario da justiça com a administrar rectamente, dando o seu a seu dono como manda o serceiro preceito.

23 Affabilidade, que deue ter o juiz.

24 Justiça aiê aos maos parece bem, referemse varios exemplos. & condemnar o justo, como he abominauel, como absoluer o mao.

Deue o que julga considerar a breuidade da vida, mostrase quanto momentanea he, & os grandes, q̃. breuemente morreraõ. 25

Consideraçaõ do fim quanto póde? Explicase com a vara de Moyses. 26

Juizes saõ tenentes em lugar de Deos, & como se pinauaõ antigamente. 27

Sentença naõ ha de ser apressada, se não considerada. 28

OS preceitos de direito saõ tres, viuer honesto, não offender a ninguem, dar o seu a seu dono: *Honestè viuere alterum non ladere suum cuiq; tribuere.* textus hic, & in l. 1. §. 1. ff. eodem, & destes preceitos como de hũas fontes nasce todo o direito ciuil, & o gouerno, & disposição delle, & parece que todos se podem reduzir a hum, porque em cada qual se comprehendem bem todos tres; pois quem viue honesto parece que não offende a outro & não offendendo he certo, que lhe ha de dar o que for seu: & quem não offende parece que viue honesto, pois não molesta, & sic de cæteris. E desta sorte combinaõ entre si os preceitos, & as leis, pois não ha rezão algũa dellas, que a elles se não possa reduzir. 1

O primeiro preceito, que comprehende a honestidade da vida, ainda que se estenda a mais, parece que a cada qual pertence particularmente 2

pera que todas as acçoẽs, practicas, & cõmunicaçoẽs sejão tam moderadas, que não se cuide, nẽ se obre cousa algũa contra a honestidade, pois não sò se deue attentar o q̃ conuẽ, senão o q̃ he honesto: *In omnibus vitæ actionibus non solũ id, quod licet; sed quod honestum est, spectare debemus.* l. sẽper, ff. de reg. iuris. E muito mais deue resplãdecer esta virtude nos q̃ gouernão, pois sãõ exemplares de seus subditos, & preju dica a todos, como bem disse o glorio so S. Bernardo: *Principis error multos involuit, & tantò obest, quantò præest ipse.* Por isso o adulterio de Dauid foi tam asẽado nas letras sagradas, porque era peccado, que trazia escandalo ao pouo, & de hũ Principe, cuja obriga. ção era atalhar vicios, & não cair nel- les, & assi mal poderá administrar justi ça liure quem catiuar seu coração, & bem se vio, q̃ hũ Rei deshonesto man. dou cortar a cabeça do Baptista mo- uido por rogos de hũa moça, poden- do mais com elle a torpeza de seu a. mor, q̃ a dor das reprehensoẽs de tan tos annos: por isso se requere a hone- stidade, & limpeza de coração q̃ estan do este liure de laços deshonestos, & vicios os amara a justiça, & será verda deiramente recto, & bom administra- dor della, vt Sapient. *Diligite iustitiã, qui iudicatis terram sentite de Domino in bonitate, & in simplicitate cordis quæ- rite illum.* Et Eccles. 2. *Væ dissolutis corde, qui non crediderunt Deo, & ideò non protegentur ab eo.*

Sapient. 1.

3 O segundo preceito pertence à pro hibição das offensas, & não só ás do corpo, mas tambẽ as injurias da fama, & se pòde entẽder de qualquer sorte, q̃ a pessoa, ou a fama for offendida: *quia Vita fama æquiparatur.* l. iuxta ff. de ma nu vind. ou ás cousas, & fazendas de qualquer q̃ estas se reputão por segũdo langue do homẽ. secund. gloss. & DD. per text. in l. aduocati in verb. vitam. C. de aduoc. diuers. iud. & do mesmo modo q̃ a offensa feita a outrẽ he pro hibida, não conuẽ tambẽ, q̃ ninguẽ se 4 offenda a si mesmo, nẽ se fira, nẽ mate, & ideò sui offensio est prohibita, in l. omne delictũ, §. qui se vulnerauerit ff. de re milit. De sorte q̃ se hũ homẽ de proposito, ou por medo de algũ cri- me, que cõmetteo, se ferisse, tem pena de morte, d. § qui se vulnerauerit, & aduerte Angel. neste ponto, que não sò se não pòde o homem por si ferir, mas que nem pòde obrigar, que o fi- raõ, nem q̃ o atormentem: *Quia dire- ctè corpus torquendum, aut sciendum obligare nemo potest.* Se se pôde obri- gar a ser preso, & diminuir sua liber- dade, diremos largamente no titulo de obligationibus, onde tratamos dos pactos. E no de fideiussoribus, onde por esta mesma rezaõ dizemos, que os fiadores nas causas crimes, que pro- mettem estar em juiso pello reo, & pa- gar por elle toda a pena corporal, se fugir, & se ausentar, temos por certo, que ainda que o reo fuja, se não pòde dar a mesma pena corporal aos fiado- res, porque como elles não se podiaõ obrigar a ella: *Cùm non sint dñi mẽbro- rum suorum*, se lhes não pòde impor: *Et etiam, quia pœna suos debet tenere au- thores.* l. sancimus, C. de pœnis, & as- si pagaraõ pena pecuniaria ao arbitrio do juiz, porem a corporal não. Doc̃to res in l. si quis reum, ff. de custod. & exhibit. reorum. Tiraõse porem de- sta regra os carcereiros, que fugindo- lhe os presos, estão sugeitos á mesma pena, que o preso auia de ter, & as que se declaraõ na Ordenação lib. 1. tit. 33. §. 2. & na lei ad cõmentariẽsem

C. de

C. de custod. reorũ, concedẽdo selhe primeiro aluarà de busca, conforme se conthem no regimẽto dos Dezẽbargadores do Paço ad fin. Ord. lib. 1. §. 48 porq̃ o carcereiro toma ja o officio com esse encargo, & pena imposta pella lei, a q̃ está sugeito, & dene ter todo o cuidado; porem o fiador voluntariamente não se pode sugeitar à pena, que a lei naõ quer como mais senhora do corpo humano. E tambem por limitaçaõ do sobredito acerca do que se mata a si mesmo, deuemos notar a distinçaõ, q̃ fazẽ o I.C. & DD. na d.l. omne delictũ, §. qui se vulnerauerit, & na l. fin. & l. 1. C. de bon. cor. qui morté sibi consciu. dizendo, que se alguem se ferir, ou matar por impaciencia de algũa dor que padeça, por aborrecimento da vida miseraũel, ou por doença, furor, & locura, ou outra semelhante causa, não tẽ castigo, nem perde seus bẽs pera o fisco: & nisto cõcorda a nossa Ordenaçaõ lib. 2. tit. 26. §. 32 ibi. matandose alguẽ a si mesmo por sanha, enojo, ou doudice não perde seus bẽs pera o fisco porem se por medo de crime q̃ haja cõmettido, & da pena delle se matar, seraõ confiscados seus bẽs pera o fisco: o q̃ procede se o tal crime, q̃ o q̃ se mata, cõmetteo era tal, q̃ por elle auia de ser condenado á morte, ou lhe auiaõ ser confiscados seus bẽs, como no crime de lesa Magestade, heresia, &c. Auth. Bon. dãnat. C. de bon. damnat. A segunda pena dos q̃ se matãõ a si mesmo he q̃ ficaõ incapazes de testar, & o testamento feito por elles he nullo quando se mataõ por medo de crime, q̃ tẽ cõmettido, & a rezaõ lie, porq̃ matandose, confessa o crime, & se julga por conconfesso. Cyn. in l. fi is, qui C. quite-stam. facer. poss. l. fin. post princip. in verb. veluti confesso. ff. de bon. cor. qui ante sent. mort. sib. consciu. & por esta cõfissaõ, q̃ a lei finge, & presume, se julga o tal por condenado, & sendo o fica escrauo da pena, & em cõsequencia incapaz de testar, por isso se annulla o testamento por elle feito, como mais largamẽte veremos ao diãte em titulo particular lib. 2. quibus nõ est permissum facere test. A terceira pena he, q̃ conforme a direito, a molher viuua dene trazer dò por seu marido hũ anno, a q̃ as leis chamaõ annũ luctus, & se o marido se matar por medo de crime, naõ tem a molher esta obrigaçaõ. l. liberorũ, §. non solent. ff. de infam. A quarta he, q̃ aqueles, q̃ se mataõ a si mesmo, ou seja por furor, & impaciencia, ou por medo de crime naõ saõ enterrados em sagrado. DD. & text. in c. placuit iunct. gloss. n. 23. q. 5. perguntaõ agora os Doutores acerca disto. E se hũ homẽ se quizer matar, & lhe acudirem, terá as mesmas penas, como se se matara? E responde Cin. Alber. Paulo de Castro, & outros que sim, & q̃ procede o mesmo, como se actualmẽte se matara. per text. in l. fin §. si autem, ff. de bon. cor. & l. omne delictũ, §. qui se vulnerauerit, ff. de re militar. & per text. expressũ, in l. si quis aliquid 2. §. fin. ff. de pæn. de quo latius Ias. in d.l. is qui, C. qui testam. facer. possunt.

Com o que fica certo, que ninguẽ se pòde ferir, ou matar, & fica certa a nossa regra *Nemo est dominus membrorũ suorũ*. l. liber homo. ff. ad leg. Aquil. porq̃ da vida sò Deos pòde dispor como do sagrado Texto consta, in Sapient. cap. 16. *Ipse solus vitæ, & necis potestatem habet?* E as leis, que com os diuinos preceitos saõ ajustadas, so podem neste particular dispor pera que os transgressores dellas seja-õ 8 Sapine. 16

jão castigados com perda da vida, que lhes pòde ser tirada pellos que cõ poder de Deos exercitão na terra a administraçaõ da justiça nos casos approuados, & pellos crimes commettidos. E com isto tambem respondemos aos humanistas, & curiosos, que quizerem dizer. louuou a gentilidade a muitos, que se mataraõ celebrando a Catão, a Lucrecia, & a Dinocrates capitão Messenio, de quem disse Plutarcho, que se matou, vendose vencido dos Acheos; Democrites, & Sargapices, que sendo tomado por el Rey Cyro dos Persas, não se podendo liurar das prisoens, se matou, como tambem Marco Antonio, P, Crasso, & Fanio, de quem se escreue. *Plutarch. in Philop.*

Hostem dum fugeret se Fanniius ipse peremit
hic rogo non furor est, ne moriare mori.

E a Christandade fez menção de tantos Sanctos, & Sanctas, que sendo muitos em numero homicidas de si mesmos, não perderaõ a gloria como muitas Virgens, por guardarem sua castidade, & muitos Sanctos por veneraçaõ, & obseruancia da fé, como de trezentos Martyres escreue Sancto Augustinho. E outros Doutores, & das donzellas sanctas, Eusebio, Sancto Ambrosio, Sam Hieronymo, Dionysio, & muitos mais. Porem a isto se satisfaz com a reposta, que na gentilidade foi aquella acçaõ de cada qual ignorante, & não se refere pera imitada, como tambem se não haõ de seguir estas, que a Christandade louua pôr obediẽcia, ou especial permissaõ do Ceo, mas não pera que os sigamos, porque ninguem se pòde a si mesmo matar, & estes Sanctos, que tiraraõ suas proprias vidas, foi porque Deos lho reuelou assi, & o permittio, & assi se louua nelles a obediencia, porque assi como o soldado, que arcabuza outro, porque lho manda seu superior, não tem a pena, que aliàs tinera se voluntariamente o matara, da mesma sorte, mandando Deos a este Sancto como maior general, que lhe entregassem suas almas em se priuarem das vidas, não merecem pena, pois a obediencia os excusa, como disse o glorioso Doutor S. Augustinho: *Ad cautellam proprij homicidij: Sienim* (diz o Sancto) *hoc virgines aliquot fecerunt non humanitus acceptæ; sed diuinitus iussæ: nec erranes, sed obedientes: sicut de Sampsone aliud nobis fas non est credere. Cùm autem Deus iubet seque iubere sine vllis ambagibus intimat, quis obedientiam in crimen vocet? Quis obsequium pietatis accuset? Sed non ideò sine scelere facit, quisquis Deo immolare filium decreuerit: quia hoc Abraham etiam laudabiliter fecit: nam & miles cum obediens potestati, sub qua legitimè constitutus est hominem occidit, nulla ciuitatis sua lege reus est homicidij: imò, nisi fecerit, reus est imperij deserti, atq; contẽptui, quod si sua sponte, atq; auctoritate fecisset, in crimen effusi humani sanguinis incidisset. Itaq; vnde punitur, si fecerit injussu inde puniretur, nisi fecerit iussus: quod si ita est iubente Imperatore: quanto magis iubente Creatore? Qui ergo audit non licet se occidere, facit si iussit, cuius non licet iussa contemnere.* *Aug. lib. 1. de ciu. c. 16*

O terceiro preceito toca às fazẽdas, & cõtratos dos homẽs pera q̃ hũs não enganem outros: mas a cada qual seja dado o seu, & castigado o delinquẽte, & pre- 10

& premiado o benemerito, pera o que se deue considerar tudo o que tenho referido, & relatado neste titulo da justiça, & do modo com que se ha de administrar a equidade, com que deue o juiz igualar o pezo, pera que ninguem fique fraudado. Por isto disse Marienço, que a justiça se continha em hum triangulo, & como hũa fortissima torre triangular,

Marien. à Dialig. relat. c. 61.

os quaes triangulos eraõ os tres preceitos, que temos referido, & que esta fortaleza se compunha de seis pedras fundamentais. s. a Religiaõ, a piedade, & a observancia, a verdade, a graça, & a rectidaõ, assi pera castigar os maos, como pera liurar os justos. & cõseruar os bõs. Sendo os basses de todo o fundamento a fé, & a charidade: vt in cap. vbi sana 24. quæst. 1. & videtur sentire D. Thomas 2. 2. quæst. 80. art. 1. desta forte torre saõ portas a prudencia, & a fortaleza, vt in cap. Sapiens de pœnitentia, distinct. 2. *Sapiens enim nunquam ignauus est, sed semper habens amictum prudentiæ, qui potest dicere, iustitiam induebam, & vestiebam iudicium.* Porque como o justo propoem em seu animo a constancia deliberada nada teme, & como se fortalece com a justiça, nenhũ respeito mundano o pòde peruerter, nem deixar de dar o seu a seu dono igualmente, porque a equidade he escudo, que defende dos maos pensamẽtos, iuxta illud Sapientiæ: *Induet pro thorace iustitiam, & accipiet pro galea iudicium certum, sumet scutum expugnabile æquitatem.*

Sap. 5.

E não pareça, que estas allegaçoẽs dos Textos sagrados saõ alheas da nossa prõfissaõ; porq̃ alem de o direito, com que se gouernaõ as Respúblicas, & o mundo ser tirado das letras sa-

gradas, naõ pòde ser Iurisprudente aquelle, que dellas naõ for noticioso. pois he certo, que o meio de se alcançar a sciencia he o estudo da diuina Scriptura, iuxta illud Psalm. *Præceptum Domini lucidum illuminans oculos.* E acrescenta o grande Doutor da Igreja Sam Hieronymo. *Litteras non nouit, qui sacras ignorat.* E conforme a isto sendo tam grande o encargo da Iurisprudencia, não poz o Emperador aos que a professaõ mais que tres preceitos, que todos se podem resumir a hum, no que se mostrou não só discreto, mas muito ajustado ao exemplo de Deos nosso Senhor, que a nossos primeiros pais não poz mais que dous preceitos. Genesis 2. *Ex omni ligno paradysi comedes: de ligno autem scientiæ boni, & mali ne comedas.* E com tudo que brantaraõ elles hum, dõde ficou espelho aos maiores, que não deuem carregar os subditos de preceitos, porque os homens appetecem o prohibido, & por isso he perigoso o encargo. Vnde Paulus ad Romanos 7. *Sine lege peccatum mortuum fuera.* Et eiusdem 5. *Lex subintrauit, vt abundaret delictum.* A esta imitaçaõ attendeo o Emperador quando foi breue nos preceitos, & vendo, que nossos primeiros pais quebrantaraõ o segundo, ordenou as suas leis tam justas, que pudessemos vsar bem da sciencia do bom, & mao, tirando a occasiaõ de offender a Deos nosso Senhor, com se ajustar em seus preceitos das diuinas leis, mandando que viuaõ honestos, não offendaõ a outrem, & dé cada hum o seu a seu dono.

Quanto ao primeiro da honestidade, em se vé nelle o muito q̃ tem de diuino, porq̃ em todos os estados

se deue guardar. Na continencia conjugal Augusti. ad Abraham: *O virum factis vtentem viriliter vxore temperãter ancilla obtemperanter, nullo intemperanter.* No Euangelho se vê claramente ex illo Lucæ 12. *Sint lumbi vestri præcincti, &c.* & principalmẽte nos taes deue realçar a honestidade, como diz Tiraq. in l. 15. conub. n. 157. referindo de hum, que foi excluido do Senado por beijar sua propria molher diante de hũa sua filha. Pello q̃ em nada deue ser o prudente escandaloso, vt per Scaciam de sent. & re iudicata. E assi he certo, que a honestidade dà vida a quem observa, & o honra com todos os bens, ornandoo como a flor orna o cãpo, as arvores, o horto, & a pedra preciosa o anel.

Não menos celeste parece o se-
14 gundo preceito de amar a o proximo, não offendendo a ninguem; porque das mesmas sagradas letras. Consta quanto Deos ama a paz, pois nasceo na maior quietação do mundo: *Toto orbe in pace composito*: cumprindose aquillo de Isaias 2. *Tunc conflabunt gladios suos in vomeres, & lanceas suas in falces.* Depois do nascimento sempre o mesmo Senhor encomendou a paz por cousa sua, & por tal a reconheceraõ os Anjos, vt legitur in Lucæ 2. *Gloria in excelsis Deo, & in terra pax hominibus bonæ voluntatis.* E reconhece os pacificos, especialmente por filhos seus. vt Math. 5. *Beati pacifici, quoniam filij Dei vocabuntur.* E tanto assi, que ja o Texto sagrado confirmou por preceito do Direito natural o amor do proximo, vt Math. 7. *Quæcunque vultis vt faciant vobis homines, eiã naturaliter simile simili congaudet.* Pello que ratificou o Emperador esta recomendação, encomendando no principio do direito este preceito, & encomendando a observancia delle, não só pera o entender, mas pera o guardar com a charidade deuida, pura, & sem respeito, porque o amor, que não he gratuito he interesse. Vnde illud Eccles. 6. *Est amicus sectus mensæ: hæc est amicitia Labam ad Iacob sic sequitur musca mensam, cadauera Lupi.*

O terceiro, & vltimo preceito he 15
o de que com mais rezão se pòde dizer que he resumò de todos; porque he o objecto da justiça, & o fim pera que se deue aprender a Iurisprudẽcia, tem muito de diuino o que sabe dar a seu dono o seu, pois mais pertence a justiça distributiua a Deos do que aos homẽs, & nenhũa cousa he mais agradauel ao mesmo Senhor do que a igualdade, & boa administração da justiça. Vnde illud Prouerb. *Statera dolosa abominatio est apud Deum, & pondus æquus voluntas eius.* Pello que bem merece o nome de constante aquelle, que tendo na mão a balança da justiça sabe igualar o peso, & do mesmo modo que agrada a Deos nosso Senhor o bom, & justo pello contrario lhe abor rece o desigual, & injusto. Vnde in Leuit. 19. *Ego Dominus Deus vester nolite facere aliquid iniquum in iudicio, & in regula, & in pondere, & mensura.*

Sabemos pois, que os nossos pre 16
ceitos saõ tirados do direito diuino, & corroborados com seus mandatos, grande argumento de approuação delles, & bom animo pera os que professaõ esta sciencia, que por isso determinei o tratar delles neste principio, por pedir mais depressa o parabem do asserto do nosso Emperador, que posto que esteja confirmado por grandes Doutores, eu como minimo discipulo quiz recorrer á authoridade dos

sagrados

sagrados Textos, pois he certo, que os segredos do Ceo,& seus fauores mais depressa se communicão aos pequenos, que aos grandes.

17 Finalmente tendo visto a grandeza desta sciencia, & a excellencia de sua combinaçaõ, vejo, que me dizem ao referido, que a mesma justiça tam louuada tem contrarios, com que se corrompe, conforme a vulgar sentença, que diz, q̃ temor, amor, & rancor tem grãde força contra todas as cousas, como tambem certifica o Texto sagrado de 1. in 5. Isai. *Qui iustificatis impium pro muneribus.* De 2. Machab. 7. exemplum in Eleazaro, & de 3. Math. 27. *Sciens quòd per inuidiam tradidissent eum.* Porem supposto q̃ isto seja verdadeiro, não ha duuida tã bem, que com a obseruancia recta de nossos preceitos, se vencem estes tres contrarios da justiça.

18 Porque quem viue honesto com limpeza da consciencia, não teme perigos, nem padece temor, que o diuirta, porque cõmo tem posto o coração no Ceo, não pòde padecer medos terrestes, & inferiores pera o vencerem, pera fugir delles si: vnde Psalm. *Descendant in inferiora terræ.* Bernard. *Ne descendant morientes.* E contra estes temores obra a verdadeira justiça mediante a fortaleza sua companheira, porque ninguem duuida, que todo o justo he fortissimo, porque a justiça compoem rectamente nossas acçoẽs, & a fortaleça não sô faz o mesmo, mas liura de temores: vnde meritò D. Thom. in 2. 2. q. 58. ar. 8. ad 2. dixit ex D. August. *Quod fortitudo est firmitas animi aduersus ea, quæ temporaliter molesta sunt. Iustitia est, qua per cætera diffunditur, dilectio Dei, & proximi, quæ scilicet, est communis radix totius ordinis ad alterum.* Assi que todo o honesto he virtuoso, & sendoo, não lhe põde faltar a justiça acompanhada da fortaleza, que he virtude perfeita, como proua o Angelico Doutor S. Thomas in 2. 2. q. 123. ar. 1. porque o justo deue attender no gouerno da justiça, se o que faz he licito a respeito de Deos, & do proximo, se he decente à condiçaõ da pessoa, & se conuem à disposiçaõ da lei: vnde Aristotel. lib. 3 Ethic. c. 10. ait: *Qui ea, quæ oportet, & vt oportet, & quando perfert, & timet similiter, & confidit fortis est.* E tanto que o justo se arma com estas consideraçoẽs no animo constante da administraçaõ da justiça não teme nada, & vence com a constancia, & fortaleza da justiça, todos os temores que se lhe oppoem.

19 Vencido pois o primeiro contrario resta o segundo mais forte, que hé o amor tam celebrado, como corroborado de grandes opinioẽs, porque he certo, que o amor he juiz, que não quer ser julgado, & não admitte rezaõ contra seu parecer, porque em tudo defende a quem ama, & rouba as forças do coração pella arte, com que se defende com as armas de seu contrario, & onde o amor mais se apura, mais fraco anda o entendimento, como quem tem feito doação de seus sentidos. Porem com tudo isto digo, q̃ cõ a prudencia do segundo preceito do nosso Direito, que he não offender a outrem, se vence este segundo contrario da justiça: porque alem da paz leuar as ventagens, & alcançar as victorias, que ja disse. Suppomos que o justo, forte, & pacifico não tem nenhũ amor desordenado, nem o deue ter, & assi que empregandose todo no amor diuino, do proximo, & da justiça, claro

eſtâ, q̃ te vence ẽm conſequencia toda a deſordem do amor profano. E como o q̃ viue honeſto nã̄ pòde amar deſordenado, clariſſima rezaõ he, que ha de acertar; porque o amor de Deos he cauſa de todas as bondades, pello que ſe ha de dizer, & crer, que ama tudo, porque como o verdadeiro amor ſeja querer tudo o que o Senhor tem criado he boniſſimo, vt in Geneſ. c. 1. *Valde bona*, tanto que quer que algũa couſa tenha ſer, logo a ama. Pello que de fê ſe ha de crer, que em Deos neceſſariamente ha amor, vt Epiſtol. 1. D. Ioann. Apoſtol. cap. 4. *Deus charitas* 20 *eſt, in hoc apparuit charitas Dei in nobis.* E em tudo he neceſſario eſte diuino amor, & quem o nã̄ tem, nem pòde ſaluarſe, nem acertar, vt 1. Ioan. 3. *Qui non diligit manet in morte.* E he iſto tanto verdade, que o amor humano crê a falta, & conhece o erro, mas nã̄ ſe reſolue a confeſſallo por temor, & o amor diuino nã̄ teme nada, nem diſfarça a vontade; tudo iſto colligeremos das ſagradas letras, porque sò eſſas ſaõ os verdadeiros textos, conforme o que diz o grande Doutor S. Agoſtinho in Epiſtol. 19. ad Hieron. *Solis enim ſcripturarum libris, qui Canonici appellantur, didici hunc honorem deferre, vt nullum authorem eorum inſcribendo erraſſe aliquid firmiſſimè credam: alios autem ita lego, vt quantalibet ſanctitate, doctrinâq; propolleant, non idcò verum putem, quod ipſi ita cenſerunt, vel ſcripſerunt.* E aſſi a noſſa ſancta fê manda, que ſempre as allegaçoẽs dos Sanctos ſe corroborem com as opinioẽs da Scriptura ſagrada, & os DD. da Igreja ſe alleguem argumentando, ſed probabiliter, porẽm ſerem approuadas ſuas opinioẽs, & deuemos ſeguillas: vt docèt D. Thomas in 1. p. q. 1 art 8. Suppoſto iſto, ſe confirma o referido com o que ſuccedeo a Chriſto Senhor noſſo com os principais dos Phariſeos, que muitos criaõ em ſuas miſſagroſas obras, & querendo manifeſtar ſua affeiçaõ, a naõ declarauaõ por ſe naõ odiarem cõ os Iudeos, que eſta he a differença do amor ordenado, que naõ teme nada, & eſtá só em Deos, & o deſordenado conhece de ſi que he injuſto, mas viue de receos, & aſſi dá o Euangeliſta a rezaõ ſobre eſte lugar dizendo: *Dilexerunt enim gloriam hominum magis quám gloriam Dei.* Onde a Gloſſa, & S. Chryſoſtomo hom. 68. in Ioan. 12. *Omnia quidẽ* (diz o Sancto) *nobis fugienda neceſſariò ſunt, quæ animam noſtram corrumpunt, ſed illa longè magis quæ plura peccata ex ſe pariunt, talis eſt gloriæ inordinatus amor. Ecce enim hi propter gloriæ cupiditatem fidem contempſerunt; multi enim crediderunt, ſed non confitebantur Dñm, ne de ſynagoga ejicerentur.* Baſta iſto pera admoeſtar o Iuriſprudente, a que obſerue os preceitos, que o Emperador nos dá neſta profiſſaõ viuẽdo honeſtos, pera que ajuſtados com a juſtiça vençaõ todos os temores; porque o que viue bem, teme sò a Deos, donde lhe procedem ſeus augmentos, & naõ teme nada da terra, porque só os peccadores viuem com eſſes receos, & por iſſo a diuina Scriptura dá ao peccado dentes de Leaõ, & gume de eſpada, pera denotar o tormento, que a mà conſciencia dá interiormente aos que mal viuem: & neſte ſentido ſe toma o conſelho in Eccleſ. 21. *Quaſi à facie colubri fuge peccata, & ſi acceſſeris ad illa ſuſcipient te dentes Leonum: dentes eius interficientes animas hominum, quaſi romphea bis acuta omnis iniquitas: plagæ illius non eſt ſanitas.* Porq̃

pual-

qualquere ſtrondo parece aos juſtos o que he,& aos que temem o pedirem-lhe ſatisfaçaõ de diuidas cuidão, que he o mundo,que ſobre elles cae;& neſte ſentido faliou Ouuidio Faſt. 5.

Fallor an arma ſonant? non fallor,& arma ſonabant.

E Iuuenal na ſua Satyra 3. tambem o entendeo aſſi quando diſſe:

Exemplo quodcumq; malo committitur ipſi
diſplicet authori prima eſt hæc vltio quod ſe
iudice, nemo nocens abſoluitur.

21 E amando á paz, porque alẽ do amor diuino, & do proximo ſerem preceitos, só eſta ſe deue buſcar tratando hum prudente de amar a Deos, & as ſciencias, que logo tudo lhe ſobejarà; & que vença a prudencia as traças do amor profano,alem do que temos dito,o proua aquillo, que ſe eſcreue de elRey Alexandre o namorado,& amigo de molheres, ao qual foi trazida hũa molher donzella, que fora creada com peçonha,& comera ſempre manjares verenoſos,mas com tudo era em eſtremo fermoſa: & cuidando os vaſſallos,que o Rey pella natural affeiçaõ tiueſſe ajuntamento com ella,do qual lhe reſultaſſe a morte: ſuccedeo,que Ariſtoteles eſtaua ao tal tempo no paço,& com o prudente que era, conheceo dos meneos,& geſtos da donzella os manjares, com que fora creada, & auiſou ao Rey, que de nenhum modo a tocaſſe, & com ſua prudencia o liurou da morte. Pello que vejaõ os Reys,que a ſua vida,& gouerno conſiſte em amarem muito,& terem conſigo os labios,& prudentes;& eſtes collijão o daqui, que a prudencia vence as traças do mao amor, vt recitat Iuuen. Satyr. 13.

Paulatim vitia, atq; errores exuit omnes
prima docens rectum ſapientia.

E que eſta ſeja companheira dos bons, & virtuoſos o proua Autholl. Bill. apud Polianthea:

Quis mihi ſit dignus ſapientis nomine quæris?
Accipe: cui virtus iam ſapit, ille ſapit.

22 Vltimamente tendo vencido o temor,& amor,digo,que o rancor terceiro contrario da juſtiça ſe vence cõ o terceiro preceito do noſſo Emperador, q̃ he o de dar o ſeu a ſeu dono,em o qual conſiſte a juſtiça& aquelle, que legitimamente a adminiſtra,não póde obrar nunca mal, nem contra a inteireza do juſto,ſem o mouerem reſpeitos, nem rancor: porque a affabilidade,& o affecto ſaõ partes da juſtiça:& o affecto pertence á parte integral da juſtiça

justiça, quẽ pede, & ensina a obrar bẽ, vt affirmat D. Thomas 2. 2. quæst. 8. ar. vnic. ad 2. & a affabilidade tãbem se lhe adjunta; porque ahi nao pòde auer justiça sem misericordia, & saõ os dous attributos, que o Prophera Rey apregoa em voz alta de Deos N. Senhor, prometendo de os cantar sempre Psalm. 100. *Misericordiam, & iudicium cantabo tibi.* E desta mesma condiçaõ quer Deos que sejaõ os q̃ julgaõ, lembrandose com justiça da companhia que lhe deue fazer a affabilidade, & affecto de acertar, & quem tiuer esta lembrança nunca pòde julgar com odio, nem rancor. Peilo que deue o juiz ser justo no sentencear, zeloso do bem commum, & obseruante dos preceitos das leis, & direito: porẽ affauel & brando nos conselhos, & repostas, porque da aspereza do aspecto de muitos, ficaõ tam medrosos os litigantes, que o que vence, mais folga de se ver liure de saa vista, do que gosta da victoria, & sentença; & o que he vẽcido, leua dous tormentos, a pena de descair na causa, & de viuer temoriza do em quanto ella dura; & pello contrario he tam excellente, & generosa a boa reposta, & affabilidade, que até os mesmos vencidos se consolão quãdo ao menos tem o aliuio da boa esperança; porque como entendeo Iuuenal na Satyra 9. não ha melhor conhecimento do animo dos homens, que as suas palauras, & exteriores.

Deprendas animi tormenta latenti in ægro
corpore, deprendas, & gaudia sumit virumq;
inde habitum facies.

Ouid. etiam Metamorphol. lib 9.

Esse quidem læsi poterant tibi pectoris index
& color, & macies, & vultus, & humida sæpè
lumina.

Et amor. lib. 1. Eleg 11.

Aspicias oculos mando frontemq; legentis,
ex tacito vultu scire futura licet.

Vulgatumque illud
Intima per mores cognoscim° exteriores.
E o mesmo ensina o nosso Iurisconsulto in l. si tamen, §. 2. ff. de ædelict. edicto. l. naturalem, §: in his, ff. de acquirendo rerum dominio.

Finalmente deue lembrarse o Iurisprudente, que tam mao he cõdenar o justo, como absoluer o injusto, & 64 assi o disse o Sabio nos Prouerb. 17. *Qui iustificat impium, & qui condemnat justum abominabilis est vterq; apud Deum.* E he tam fermosa a justiça, quẽ atẽ aos maos homẽs parece bẽ; como se vio em ElRey Antiocho, q̃ sendo tam mao como se vio no 2. liuro dos Machabeos, todavia mandou despir, & matar hum grande priuado seu por nome Andronico, por ser accusado dos Iudeos, que matara a Onias sendo innocente, & sancto Sacerdote, & morto injustamente: E se isto se vio em hum preuerso, com quanta mais razão

zaõ ſe ha de achar em o Iuriſprudẽte, & no recto julgador, que tem as bençoẽs do Ceo, & os fauores referidos, que o ajudáo ſem ter que temer as calumnias da terra, porque eſtas ſeruẽ de coroa aos juſtos, vt Diuus Doctor Auguſtinus ait: *Qui juſtus eſt, & injuſte maledicitur præmium illi redditur.* Item. *Aliud eſt ſella terrena, aliud eſt tribunal cæleſte; ab inferiori accipit ſententiam, à ſuperiori coronam.* E o que tratar de ſer juſto pera merecer eſta coroa, a alcançará ſem duuida, & quc. rendo contemporizar, & agradar sô os mundanos feneceraõ ſeus intereſſes com breuidade da vida, & começaraõ ſeus males em perpetuidade ſem fim, conforme o que diſſe S. Paulo ad Galat. 6. *Quæ ſeminauerit homo, hæc & metet: quoniam qui ſeminat in carne ſua, de carne & metet corruptionem: qui autem ſeminat in ſpiritu, de ſpiritu metet vitam æternam.* E os que com mais acerto quizerem fazer eſcolha podẽſe valer da conſideraçaõ, & fazer alarde das breues horas deſta vida, & da pouca ſubſiſtencia de ſeus premios, pera aſſi tratarem sò de merecer os da vida eterna, á viſta da inconſtancia deſta temporal, em que Iſaias, quando ſe via formado, ſe conſideraua no meſmo tẽpo deſtituido, vt Iſai. 3. *Dum adhuc ei direr ſuccidit me.* Onde o glorioſo & Angelico Doutor S. Thomas ſe admira, & conſidera como Deos planta a ruoreſinha tam viſtoſa pera ſe ſecar tam breuemente. E Iob no meſmo põto, em que ſe vê creado aduerte o precipicio, vt Iob 18. *Manus tuæ Domine fecerunt me, &c. Et ſic repente præcipitas me?* O meſmo entendeo o Real Propheta Dauid. Pſalm. 101. *Elevans allisisti me.* E quando elRey Balthezar eſtaua naquelle grande conuite, & tam celebrado de todos os Principes lhe appareceo na parede hũa maõ, que lhe annunciou a morte, vt Dan. 5 E quando Alexandre Magno eſtaua na flor de ſeus dias, entam conheceo ſua morte, ao tempo, em que cuidaua ſuas victorias, & nos tropheos, que ganhara, vt Machab. 1. E quando a fortuna ſubio a Ceſar de ſoldado a dictador, & daqui a Emperador, entam morreo. E Dario quando ſe defendeo cõ groſſos exercitos; & Pompeio gozaua de famoſos triunphos, morreraõ ambos deſaſtradamente, como aquelles, a quem Noe determinaua acordar depois de muitas bodas, & deſpoſorios, que repentinamente os tragou o diluuio, & aos de Sodoma no meio de ſeus deleites; & aos opprimidos da torre de Siloe, de que trata S. Lucas cap. 13. De ſorte que a morte nem repara em idades, nem encargos, he igual no impetu, & deſigual nos paſſos. O primeiro que experimentou a morte, fòi o innocente Abel, pera que foſſe exemplo de Adam, & de ſeus deſcendentes, & viſſemos, que nem o florido da idade, nem o inculpauel da innocencia ſeruia de reparo, nem o mageſtoſo dos lugares tem priuilegio contra a morte que tudo iguala, *nam*

Pſal. 101.

Dan. 5.

Machab. 1

Lauros cupreſſus deprimit, & quibus
Anguſtus orbis, Sarcophagus ſat eſt.
Heu vanitas! quid intumeſcit
Bulla tenello animata ſtatu

Que

quæ nata vento, vento iterum perit?
sic vitæ in auras ludibrium fugit.

E mistura as felicidades com as miserias, confundindoas na destruiçaõ, vt aduertit Maph. Barbar. Vrb. 8.

Ingentem subitus sylvam dum corripit ignis
confundunt cineres quercus, humilesq; myricæ
sic cunctos extrema dies insignibus æquat.

Como tambem não he necessaria causa, porque a todo o tempo, & de toda a sorte tem a morte entrada, & poder. Do Philosopho Diogenes affirma Rubisio textor, que morreo de hũa mordedura de hum cam. E o Emperador Licinio dá de hum cauallo. E Q. Emilio sò de tropeçar na entrada de hũa porta; & de Euridice mólher de Orpheo, diz Quintilliano no seu Epitafio que sô de pisar hũa biuora morreo.

Hîc iacet Euridice calcato extincta colubro.

Pois atê os fabulosos, & os gentios conheceraõ esta verdade, com quãta, & mais rezão a deue trazer perante os olhos aquelle qne julga pera ser julgado depois, & dar conta do que julgou. Pello que tendo sempre esta lembrãça nunca póde errar. Quãdo Deos
16 chamou a Moyses, deulhe hũa vara, a qual posta no chão tornauase cobra, & tomada pello fim, ficaua outra vez vara, pera mostrar com isto, que quando o juiz arroja a vara da justiça por terra seguindo respeitos mundanos, & seus foros com paixão, amor, odio, ou interesse, tornase cobra, que tudo destroe. E quando a toma pello fim da consideração do cargo, que tem, & da conta que ha de dar, então fica vara de justiça recta, & agradauel a Deos, a cuja semelhança está o julgador executando a justiça, & dando o seu a seu dono. Por isto disse Platão lib. 4. de leg. que a dignidade dos juizes era superior a dos homens. E no Psalmo 81. saõ chamados Deoses, ibi: *Deus stetit*
27 *in synagoga deorum in medio autẽ Deos*

dijudicat. Onde nota S. Dionysio Areopagita, que lhe chama Deoses, porq̃ saõ tenentes em lugar de Deos, & executores da justiça. E os Egypcios puzeraõ por geroglifico do juiz recto o Sol pera mostrar, que assi como este planeta he puro, & não parcial, assi os juizes deuem ser puros, & limpos de todo o vicio, & paixãq, & os mesmos pintauão ao juiz hum homem ancião rodeado de liuros, os olhos cerrados, & ao pescoço hũa medalha de Saphiro (como diz Elian. de var. hist. lib. 14. Diodor. Sicul. lib. 2. de fabul. Antiq. gest.) na qual estaua esculpida a verdade. No rodeado de liuros significauão. que deuião julgar com maduro conselho, & não precipitadamẽte o que se lhes antojasse, mas sò o que estaua disposto pellas leis: nos olhos cerrados notauão, que o naõ deuiaõ mouer respeitos. E na medalha significauaõ, que no peito do bom juiz não deuia reinar paixaõ, senão verdade. E tambem puzeraõ os mesmos Egypcios a seu Deos Osyris (vt per Plutarchum

tarchum de ſyd. & Oriſid. com hũa vara de arueretirados os ramos (como diz S. Eraſm. lib. 8. Apopht.) deixando o vltimo sò, com o qual ſe formaua no alto hum olho, dando a entẽder a inteireza recta, & a verdade, & vigilancia do q̃ preſide, que ſe não ha de dobrar por hũs, nem abater ſe por outros, ſe não igualmente julgar a todos com juſtiça, ficando no alto sò o olho delle, cortados os mais olhos de reſpeitos, que niſſo conſiſte a igualdade em não ſer reſpectiuo, nẽ a peſſoas, nem a dadiuas, como pera bom gouerno das Republicas, o pintou Alciato no Emblema 144. pondo o juiz aſſentado, ſem maõs, & ſem olhos, pera ſignificar, que não auia ter maõs pera receber dadiuas, & auia cortar as do intereſſe, & tirar os olhos dos reſpeitos pondoos sô na juſtiça, & aſſi diſſe:

Effigies manibus truncæ ante altaria diuum
hinc reſident, quarum lumine capta prior.
Signa poteſtatis ſummæ, ſanctiq; ſenatus
Thebanis fuerant iſta reperta viris.
Cur reſident? quia mente graues decet eſſe quieta
juridicos, animo nec variare leui.
Cur ſine ſunt manibus? capiant ne xenia, nec ſe
pollicitis flecti, muneribus ve ſinant.
Cæcus at eſt Princeps quod ſolis auribus abſq;
affectu, conſtans iuſſa ſenatus agit.

28

Como o que ſe moſtra, que não sô deue de terrar os reſpeitos, mas tambẽ haõ de ſocegar o animo, & examinar as prouas, & julgar com maduro conſelho das leis. Diz o glorioſo S. Cyrilo in Ioan. lib. 5. cap. 16. que quãdo Chriſto Senhor noſſo eſcreueo na terra ao tempo que lhe traziáo a adultera, foi pera moſtrar, que os Iudeos eráo imprudentes em pedirẽm ſentença com tanta preſſa, & com tal breuidade, & o meſmo glorioſo S. Cyrillo traz em proua diſto aquelle lugar do Geneſ. 18. num. 20. quando o peccado de Sodoma era tal, & tam proua do, que clamaua caſtigos ao Ceo, vt bi: *Clamor Sodomorum, & Gomorrorum multiplicatus eſt, & peccatum eorum aggrauatum eſt nimis.* E conſtitu-

do acreſcenta, quẽ quẽria eximinar ſe era aſſi: *Deſcendam, & videbo vtrum clamorem, qui venit ad me, opere compleuerint.* De ſorte que eſtando tam juſtificada a culpa, & prouado o delicto, he neceſſario examinar a proua, & conſiderar a cauſa com pleno, & legal conhecimento, com animo deliberado pera fazer juſtiça, & ſocegado, & liure dos affectos mundanos. E do cap. do Exodo 18. lemos, que Moyſes ſempre eſtaua aſſentado julgando o pouo: *Moyſen à mane vſq; ad veſperam ſedentem, vt iudicaret populum.* E no cap. 19. do Euangeliſta S. Ioão vemos, que Pilatos ſentado pro tribunali ſentenceou (ainda que injuſtamente) a Chriſto noſſo bem, & Redẽptor. Do q̃ tudo o Emperador

tirou os conselhos, que sobre este põ to com os Iurisconsultos nos da na lei 2. Cod. de sent. experic. recitand. ibi, *non subitus*, dizendo, que a senten ça repentina sem consideração he nul la, & da muita pressa se induz a nullidade: *Quia iudicia non sana, sed praua elici possunt ex nimia celeritate*. Et probatur ex cap. ex literis, §. non igitur de restitutione in integr. l. prolatam. C. de sentent. & interlocut. omnium iudic. & ibi Bart. col. 3. & ex textu in cap. sciendum distinct. 29. & ao proposito com as palauras, de q̃ nelle se faz mençaõ do glorioso Santo Isidoro, que culpa os juizes apressados no sentenciar, dizendo: *Quorum modi, quia medulitas non indagatur, in erroris labirinthum nonnulli intrincando impinguntur, cûm ante iudicant, quam intelligant, ante inculpant, quàm iterando lecta perquirant*. O mesmo socego, & quietação de animo recomenda assi pera com os maos, como pera os regatiuos o texto na l. obseruandum, ff. de offic. præsid. & bem constaua a Deos nosso Senhor do peccado de Adam, & com tudo não o sentenceou sem o chamar a juizo, & lhe dar cargos de suas culpas. vt Genes. 2. & assim julgando com justiça, socego, & rectidaõ merecerão o premio, que se dà aos justos, vt Psalm. 105. *Beati, qui faciunt iudicium, & iustitiam in omni tempore*: tomando pera isso o conselho do glorioso S. Ambrosio in Psal *Beati immaculati*. serm. 20. *Bonus iudex nihil ex suo arbitrio facit, & proposito domestica voluntatis, sed iuxta leges, & iura pronuntiat, statutis iuris obtẽperat, non indulget propriæ voluntati, nihil præparatum de domo defert, sed sicut audit, ita iudicat, & sicut se habet natura decernit, obsequitur legibus, non aduersatur, examinat causæ merita, non mutat; qui iudicat voluntati suæ obtemperare non debet, sed tenere, quod legum est.*

QVINTA, E VLTIMA

parte da diuisaõ do Direito.

§. *Huius Studij.*

SVMMARIO.

1 *Disposiçoẽs das leis se encerraõ em direito publico, & particular, mostrase hum, & outro qual he?*

2 *A palaura, Ius, que quer dizer direito, como se entende? & o que comprehende, & inuolue em si.*

3 *Ius in re, como se entende, & como se tem direito em alg̃a cousa?*

4 *Ius ad rem, que he, & quem se pòde dizer que tem direito pera alg̃a cousa?*

5 *Resumese tudo o deduzido no direito publico, & particular.*

De

6 *De todos os bens se deue gloria, & graças a Deos, & os que o contrario fizeraõ como foraõ destituidos, & perderaõ tudo.*

O Emperador acaba o titulo cõ este §. final, dizendo, que tudo o referido, & todas as disposiçoens das leis se encerrão em estas duas especies, & partes do direito, a saber, publico, & particular, vt hic, & l. i. §. huius, ff. eodem. O direito publico dizemos q̃ he aquelle, q̃ consiste nas pessoas publicas, & pertence ao estado da Republica, & nelle se trata do superior gouerno do Imperio, da Religião, da justiça, da authoridade dos Magistrados, & Gouernadores da Republica, do direito da guerra, &c. Direito particular he aquelle que toca a cada qual, como pessoa particular, & principalmente pertence ao proueito, & vtilidade de cada hum per si, este trata da diuisaõ das pessoas, & das cousas, dos contratos, successoens, juizos, & cousas semelhantes, que ainda que respeitão ao bem publico, pois à Republica conuem ter vassallos ricos, & que ninguẽ vse mal de seus bens, vt §. fin. infra de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, com tudo principalmente pertence â commodidade particular de cadaqual, & em consequencia ao bem commũ: porque posto que das successoens, & contratos tenha muita vtilidade a Republica pello augmento do comercio, & credito de auer nella cidadoens ricos, o proueito fica com quem contrata, & herda, ou succede nestes bẽs, & assim lhe toca o principal deste direito, que por isso se chama particular. E deste se trata neste liuro colligindoo de todos os preceitos naturais, das gentes, ou ciuis, que por isso diuidimos o direito particular em tres especies, a saber, em direito natural, das gentes, & ciuil, como logo veremos no titulo seguinte, antes do qual saibamos tambem, que esta palaura, *Ius*, que vulgarmente chamamos direito, se recebe de tres modos, que se podem incluir na diuisaõ, que acima fizemos, & delle se não póde vsar bem, sem saber isto; porque primeiramente se recebe o direito, & a palaura, *Ius*, por cousa justa, & ideò vt sit id quod iustum. E assim especialmente significa aquillo, que he licito igualmente, & deuido a outrem, porque a palaura *Iusto*, inuolue tres cousas, a saber, equidade, diuida, & ser deuido a outrem, vt docet Diuus Thomas quæst. 80. *Iustum enim hac tria inuoluit, scilicet aqualitatem, debitum, & esse ad alterum.*

Segundo, se recebe o direito, & a palaura, *Ius*, pella lei, a qual dizemos genericamente, que he regra daquillo que he justo, & sic lex est, regula iusti in genere, como abaixo veremos, com a diffiniçaõ, que lhe dão os Doutores no titulo seguinte.

Terceiro, se recebe por legitimo poder desta sorte he o direito poder legitimo pera ter algũa cousa, & vsar della, o qual se não póde perturbar, sobpena de injuria: *Quia violat ius iuris iniuriam cõstituit*, vt infra videbimus, & he esta diffiniçaõ muito seguida, & se resume assim: *Ius est potestas legitima ad rem aliquam obtinendam, vel ad aliquã functionẽ cuius violatio iniuriã*

constituit. E dizem, que he poder, *quia est habitudo quædam ad aliquid*. De modo que este direito he poder em commodo, de actiuo, ou passiuo, dizendo, que he actiuo; quando he pera fazer algũa cousa, litigar, ou reter: & passiuo quando he pera ser conseruado no que tenho pera ser guardado, sustentado, ou seruido. & tambẽ he resistiuo. v. g. quando eu resisto, & não quero consentir, que se abra hũa janela na minha parede, ou se naõ meta nella hũa traue, &c. & dizem, que este poder he legitimo, porque he concedido pella lei, & esta que o concede, ou he diuina, ou positiua, vt ad sacra percipienda; ou he natural, como pera vso do necessario â vida, pera celebraçaõ do matrimonio, & rebatimento das forças, & sic ad vim vi propulsandam: ou he humana como pera successaõ das heranças, prescripçoens, & vsucapioẽs, acquirindo, retendo, alheando, possuindo, & contratando conforme as leis permittem, & consentem: *Quia tot sunt genera iurium, quot sunt genera legum, quæ ius tribuunt*. E por isso dizemos, que pera ter, & vzar de algũa cousa, que nos pertença por herança, doaçaõ, contrato, occupaçaõ, &c. com o direito, que a lei nos dà pello titulo, com que adquirimos pera lograr aquella cousa, ou pera a pretender, & alcançar, que por isso tambem dizemos, que ha ius in re, & ius ad rem: os quaes explicarei pera maior clareza, & digo que.

Esta palaura, a que chamamos, & com que explicamos o direito, que se tem em algũa cousa, & sic ius in re, he aquelle, que dá acçaõ real, pera algũa cousa, que nos está obrigada, como na cousa comprada, a qual, posso cobrar, por hũa acçaõ real (que no titulo de actionibus se explicara) tanto que a comprar, pellos outros contratos, que produzem semelhantes acçoẽs, como em seu lugar veremos, pella entrega, & pella collaçaõ do beneficio, seguindose a entrega, & este direito he dominio, & vsufructo daquella cousa, & tambem as seruidoens se comprehendem nelle, & a hypotheca, & penhor, & todo o direito in re chamamos aquelle, pello qual temos algũa cousa, que nos he obrigada pera podermos colher os fruitos, & emolumentos della, ou seja corporal, como casa, quinta, campo. &c. ou incorporal, como officio, beneficio, reddidos, &c.

Ius ad rem dizemos, que he aquelle, que dà acçaõ pessoal, & assim differem o direito na cousa, ou pera a cousa, porq̃ o q̃temos na cousa nos dà acçaõ real pera a cobrar, como dissemos, & o q̃ temos pera a cousa, dà acçaõ pessoal, *& sic ius ad rem dicitur, quod non tribuit actionẽ iurẽ, sed tantũ in personam*, Este tal direito compete pella estipulaçaõ, doaçaõ, compra, & os mais contratos antes da entrega, porque se antes della a cousa se veuder a outrem, & se lhe entregar lhe fica, & naõ se pòde reuendicar; porque naõ ha dominio nella, & somente se pòde intentar acçaõ contra o que nos fraudou, como veremos no titulo de actionibus na differença, & modo das acçoens reais, & pessoais.

Colligindo pois de tudo o referido o que aqui nos conuem he saber, q̃ de todas as diuisoẽs, que acima dissemos, & das que mais se trazem neste particular, dizendo, que o direito tambem ou he natural, ou positiuo, como

abaixo veremos, he certo, que tudo ſe comprehende na diuiſaõ, que acima fizemos de direito publico, & particular, pois no primeiro ſe reſumio tudo o que pertence à recta adminiſtração do gouerno, & juſtiça, & ſeus miniſtros. E no ſegundo ſe compre hende tudo o que pode pertencer a cada hum como peſſoa particular, aſſim pera alcançar a couſa, que lhe tocar, como pera ſe conſeruar na poſſe della, & aſſim veremos pello diſcurſo de toda a noſſa Inſtituta o modo, & como ſe acquire, ſe poſſue, & ſe reſtitue cada qual ao que he ſeu com particulares titulos, & doutrinas, ſendo de tudo o principio, como recomendou o Emperador o amor de Deos, aſſim pera os que julgão, que deuem tomar no Senhor exemplo, como nos que começão que deué ſer ſeu fundamento no amor diuino: cũ *Initium ſapientiæ ſit timor Domini*. E nos que poſſuem, pois deuem de todos os bens dar graças a Deos, que lhos deu, pera que fazendo o contrario não percão tudo com as vidas, & eſtados, como os Anjos maos, que *Geneſ. 3.* cerão por ſoberbos, noſſos primei- *Pſal. 48.* ros pais, que ficarão comparados aos *Rup. lib. 2.* animais, o Rey de Babylonia, que ſe *in Geneſ.* perdeo por querer ſubir ſe até o Ceo, *cap. 39.* & gloriar ſe de ſeu poder, o Rey de Ty- *Iſai. 14.* ro, que como diz Ezechiel ſe deſuanecco até cuidar que era Deos, o Rey *Ezech. 48* de Egypto, de que trata o meſmo Pro- *Luc. 12.* pheta. O Phariſeo arrogante do Euangelho, o Biſpo do Apocalypſe, q̃ *Apoc. 3.* por ſuas riquezas foi deſtruido jactãdoſe dellas, dizendo: *Dives ego ſum, & nullius egeo*. Porque Deos não ſofre ſe leuante ninguem com a gloria, que ſò a elle he deuida, como diſſe o Apoſtolo S. Paulo: *Quid habes, quod non* *1. Corinth. 4.* *accepiſti? Si autem accepiſti, quid gloriaris, quaſi non acceperis?* E aſſim quem poſſue ha de conhecer, que tudo he de Deos, & quem julga ſe hade ajuſtar com ſeus preceitos pera poder acertar naquelles que lhe dà o direito ciuil conſoantes ao vſo da rezão, & das gẽtes, como veremos no titulo, que ſe ſegue.

DE IVRE NATVRALI, Gentium, & Ciuili.

TITVLVS SECVNDVS.

SVMMARIO.

1 *Diffiniçaõ do direito natural.*
2 *Diuiſaõ deſte titulo.*
3 *Argumenta ſe contra a diffinição, & diuide ſe o direito natural em primeuo, & ſecundario.*
4 *Moſtra ſe qual he o direito natural primeuo, & qual o ſecundario:* §.
Ajuntamento de macho, & femea he effeito do direito natural: explicaſe, de q̃ direito he o matrimon. §.
Suſtẽto, & criaçaõ dos filhos he o ſegundo effeito do direito natural.

Titulo segundo

7 *A obrigaçaõ de alimentar os filhos he direito ciuil, porq̃ pòde o filho obrigar ao pai, que o alimente, refere se julgado.*

8 *Filhos ou sejaõ legitimos, ou naturaes, ou emancipados, ou casados, ainda contra vontade do pai, haõ de ser alimentados, ainda que sejaõ incestuosos, refere se julgado.*

9 *Causas, que excusaõ da obrigaçaõ de alimentar.*

10 *Filhos espurios se haõ de ser alimentados, & se basta pera isso prouar a quasi posse da filiação, & se pòde a mãy pedir os gastos, & alimentos, que com o filho fez, ao pai, refere se julgado.*

11 *Filho tem obrigaçaõ de alimentar o pai, & mãi pobres.*

12 *Irmaõ se tem obrigaçaõ de alimẽrar o irmaõ pobre, & quando, refere se julgado, & nos mais collaterais.*

13 *Refere se tudo o que se comprehẽde debaixo da palaura alimentos, & mostra se julgado.*

1 DIreito natural, diz o Empera dor, que he aquelle, que a natureza ensinou a todos os animais: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit.* Os Philosophos dizem, que he hũa noticia insistente naturalmente no entendimento dos homens, dando, & propondo a rezão boa, & conueniente aos bons costumes, & dizem, que nesta diffinição se comprehende, porem na que o Emperador refere he certo, que tudo se resume, como pello discurso do titulo veremos, diuidindoo em seis partes na primeira declararemos este direito natural, & seus effeitos; na segunda explicaremos o das gentes, na terceira o direito ciuil, & na quarta diremos qual seja este direito, & sua diriuaçaõ, & nome: na quinta donde procede: na sexta, & vltima a differença entre o direito ciuil, & natural, & com estas seis partes veremos este excellente titulo, & comecemos a primeira. 2

A primeira parte he tratar do direito natural, & seus effeitos. Disse mos acima na diffiniçaõ do direito natural, que era o que nascia com nosco, o qual não aprendemos, nem lemos: *Sed ex natura ipsa arripuimus, & hausimus.* E assi que a diffiniçaõ do nosso Emperador, cercade q̃ cousa seja direito natural, diz, que he aquelle, *quod natura omnia animalia docuit*, & parece q̃ não diz bem, porque os animais não tem rezão: *Et per consequens nullũ ius*, ergo parece, que diffine o Emperador o direito natural pella inclinaçaõ, & instincto, & não pello direito. Com tudo os Doutores seguem este diffiniçaõ por verdadeira, porque o direito natural he o que a natureza ensinou a todos os animais, scilicet, *Quodlibet in suo genere, & suo modo, quo conditum est à Deo.* Porq̃ os brutos fazem *in citatione naturali*, aquillo, que os homẽs fazem com juizo de rezão, que he a differença. E porque mais facilmẽte colhamos isto dos effeitos, poẽ o Emperador o exemplo no ajuntameto de macho, & femea, como abaixo veremos, & por defesa desta diffiniçaõ dizẽ os Doutores, q̃ se ha de entender do direito natural primeuo, & não do secundario, pera melhor entendimento disto vejamos estes direitos naturais. 3

O direito natural primeuo he aquelle

quelle, que os homẽs tem commum. mente com os animais, id est, *Quod solo instinctu, & inclinatione naturali constat, & tam hominibus, quàm cæteris animantibus commune est, vt se ipsum diligere se se conseruare, declinare ea, quæ nociua sunt, parare ad vitam necessaria, sui simili procreare.* E cousas semelhantes, qne saõ commũas a todos os animais racionais, & irracionais, por rezão natural. O direito secundario he o que só pertence aos homens, por que consiste em juizo de rezão, em q̃ nos differençamos dos animais irracionais, & a este compete a primeira diffiniçaõ; vejamos agora os effeitos do direito natural primeuo, de que tratamos.

O Emperador propoem o ajuntamento de macho, & femea, que he o matrimonio por effeitos deste direito, scilicet, ajuntamento de macho, & femea, multiplicaçaõ, & creaçaõ de filhos, do que diz Cicero in lib. 1. officior. *Commune omnium animantium est, conjunctionis appetitus procreandi causa, & cura quædam eorum, quæ procreata sunt.* E acerca do que fazem os Doutores pergunta, de que direito se ja o matrimonio, & resoluem, que he de direito natural, & da natureza, de diuino, das gentes, ciuil, & canonico, he de direito natural quanto ao instincto do ajuntamento de macho, & femea, & conseruaçaõ da especie; de direito diuino, quantum ad intentionem em que Deos instituio o matrimonio no paray so terreal, no estado da innocencia. Gen. cap. 2. De direito das gentes, quanto ao consentimento dos contrahentes, que contrahem, como nos mais contratos *ex consensu*, que chamamos de iure gentium, scilicet, contratos, *qui consensu perficiuntur.* l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure; & de direito ciuil quanto as solemnidades, & prohibiçoẽs, que veremos abaixo no tit. de Nuptijs, excepto as prohibiçoens nos ascendentes, descendentes, & collatrais, que saõ de iure canonico, aut de iure diuino entre ascendentes, & descendentes, & collatrais, do primeiro grao, cuja prohibiçaõ he de direito diuino, c. litteras, §. sane, verbo opinioni, & ibi glossa, & Abbas notant extra de rest. spoliat.

O segundo effeito do nosso direito natural primeuo, de que tratamos, he o sustento, & creaçaõ dos filhos, & que seja isto de direito natural assi como os exemplos nos certificaõ, nos ensina o nosso §. presente, & text. in l. vnic. §. taceat. C. de rei vxor action. porque o estimulo natural nos incita, & moue a creaçaõ, & augmento dos filhos, *& voti paternicst liberis parare, & locupletare eos.* l. nihil interest in med. ff. de bon. liber. E assi que o instincto natural, com que os pais saõ mouidos, & stimulados a creaçaõ dos filhos he de direito natural; quanto ao motiuo, & quanto à obrigaçaõ de direito ciuil, respectu necessitatis, porq̃ pôde o filho obrigar por justiça ao pai, que lhe dê alimentos pro modo facultatum. l. si quis à liberis. ff. de liberis agnoscendis, não sò ao que o pai tem no patrio poder; mas tambem aos casados, & os emancipados, & os naturais somente. l. si quis in pretio iuncta authentica licet. C. de naturalib. liberis, & assi que conforme à qualidade da pessoa, & posses le deuem taxar os alimentos ex d. l. penult. ff. de liber. agnoscendis; porem ha de deixar sempre ao pai o necessario: *Nemo autem coarctari tenetur sibi victum, vt alium alat,* Bald. in l. officium. in fin. ff. de tut.

5

7 *E não só o pay deue alimentar o filho, mas tãbẽ o auo o neto spurio, ou naturalfilho deseu filho legitimo Franch. decis. 686. idẽ in dec. 178. & dec 283. Mainard. dec. 22. lib. 3.*

& não sò pai, mas se vsa berdeir. tẽ esta obrigação, vt per d. Frãc. dec. 87. n. 150. & in dec. 178. n. 12. & dec. 6ẽs m q̃ pella pessoa dos filhos tem o pai o vsufructo lhe deue alimẽtos. idem Franch. decis. 156. Decis. 1. Veja se a nossa notit. de exheredat. liber. E ainda q̃ cõfor. me a ella possa o pai desherdar a filha, q̃ casar antes de 20. ann. cõtudo nã lhe pode negar alimentos, vt per Surd. de alimẽt. tit. 1. q. 6. n. 17. Mol. lib. 2 de p. imog. c. 16. ex n. 4. & 15.

dationc, quem sequuntur Natta cons. 381. n. 8. Lara in l. si quis à liber. tit 7. quæst. 8. n. 9. & isto quanto aos alimẽtos necessarios pera a vida, porque os pertencentes ad splendorem, & dignitatem se deuem coarctar ao pai pera q̃ sustente ao filho. Burnon. á Solc c. 7. glossa 13. n. 26. & assi que os alimẽtos se haõ de taixar respeitando as posses do pai, & non inspecta qualitate, sed ad tuendam vitam. D. Gabriel Pereira de Castro decis. 10. n. 9. & plurimis relatis Giurb. dicta glossa 13. n. 23. vers. verúm si magna filius prematur egestate. E ainda que o filho, ou filha case sem võtade do pai, tenetur ei præstare alimenta, iuxta ea, quæ latè prosequitur D. Gabriel Pereira decis. 10. n. 8. vsque ad finem. Surd. de aliment. tit. 1. q. 6. & de proximo se julgou assi no Senado, juizes os excellentissimos Iurisconsultos, & dignissimos Dezembargadores os Doutores Antonio Pereira de Sousa, Ioaõ Rodrigues Fontoura, Hieronymo da Sylua de Azeuedo, & o Doutor Francisco Valasco de Gouuea Relator na causa de Lisboa, Francisco Ferreira de Lemos. com Duarte do Quintal seu sogro, Escriuaõ meu Pai Leonardo da Costa Leal.

E assi que temos dito dos alimentos dos filhos legitimos, & dos emancipados, & dos naturais somente, a quem se deuem alimentos pella l. fin. & per totum titulũ de alendis liberis. Aos incestuosos parece que se não deuem alimẽtos de iure; & a estes filhos nascidos de coitu, que chamamos dãnado, & reprouado pella lei ex Authẽtica ex complexu. C. incest. nupt. com tudo pella equidade canonica suprema, se julga, q̃ haõ de ser os taes filhos alimentados, ex pontificia sententia in cap. cum haberet de eo, qui duxit, &c. E pellas resoluçoens de Gama decis. 345. n. 4. & ibi Flores de Mena, Surd. de alimentis tit. 4. q. 28. a n. 49. cum seqq. Molina de primogen. lib. 2. cap. 15. n. 51. vers. sed veriùs. E assi a julgaraõ os suptemos Dezembargadores, & Doutores Francisco de Mesquita, Iorge de Araujo Estaço, Francisco de Andrade Leitaõ, & Luis de Goes de Aragaõ, mandando se desem alimentos a Dona Maria Salema contra os herdeiros de Manoel Rodrigues Castello, anno de 1631. Escriuaõ Valentim da Costa de Mattos, & ao presente no cartorio de Antonio Rodrigues da Costa no feito de Feliciano Cardozo marido da dita Dona Maria Salema, cõtra Antonio de Moura, onde se ajuntou o dito exemplo. Conforme a glossa in §. consideremus in verb. legitima Auth. de triẽte, & semisse, se haõ de taixar os alimentos, assi aos incestuosos, como aos naturais a arbitrio do juiz, o qual com todo o zelo, & inteireza de justiça julgarà o que lhe parecer justo. per text. in l. quod nisi ad finem, vers. dumnodo patronus, ff. de oper. libert. considerando as posses do que ha de alimẽtar, & a qualidade, porque supposto q̃ dissemos se não atenta a qualidade, isso he pera se coarctarem os faustos pera se alimentar o necessitado, mas fora deste caso sempre a qualidade se ha de respeitar. l. si cui, vbi Doctores ff. de annuis legat, Verall. in dec. Rot. Rom. 22. part. 1. & no filho illegitimo basta sò considerar a necessidade, vt tradit Barzius decis. Bonon. 69. & decis. 129. & Benitend. decis. eiusdem Rot. 22. Franc. decis. 282. & pode se deixar hum legado pera alimentos do filho espurio, vt per Gaill. obseru. 88.

Decis. 2.

lib. 2. & delle se não tira a quarta falcidia. Capic. decis. 164. facit text. in l. diui. ff. de aliment. legat. & elle encargo, que tenho dito, passa aos herdeiros do pai. Franch. in decis. 178,

Porem as cousas sobreditas não procedem, scilicet, não se deuem alimentos ao filho rico, ou official, & q̃ 9 tenha em que ganhar sua vida. Segundo, quando o filho foi ingrato ao pai: *Ingratitudo enim tollit debitum naturæ* tex. in §. optimè, vers. hoc autem in Authent. de nupt. & quaes sejaõ as causas da ingratidaõ saõ as mesmas, com que o filho póde ser desherdado, & as que tiraõ a herança tiraõ os alimentos, como diremos no tit. infra de exheredat. liberorum; & pera se darem alimentos aos filhos naturais, ou espurios, a quem se deuem, circa 10 notata ad Ord. lib. 4, tit. 99. §. 1. & ibi gloss. basta que se prouc a quasi possessio filiationis, vt per Phæb. decis. 44. n. 4. D. Gama decis. 152. num. 4. Surd. tit. 1, q. 112. n. 3. conforme a doutrina de Valasco consult. 116. n. 17. & 78. & cons. 134. n. 5. Phæb. decis. 30. n. 9. E ainda que seja questaõ, *An pater teneatur soluere alimenta præterita?* No qual caso se julga pella parte negatiua, vt tenuit gloss. dicto tit. 99. §. 1, n. 16. Com tudo he certo, que a mãi póde pedir ao pai os gastos, que fez com os alimentos do filho, ex Surd. tit. 5, q. 1. n. 40. & tit. 6. q. 8. per l. Nerennius ff. negot. gest. que se conforma com a Ord. do liuro 4. vbi sup. ibi *Em todo o caso, &c.* principalmẽte sendo a mãi pobre, vt latiùs Menoch: casu 88. n. 22. E assi se julgou no anno de 1649. na causa de Lisboa de Catherina Nunes, A appellada com Cosme Gonsalues Reo, appellante, em que se confirmou a sentença do juiz do ci-

Decis. 3.

ual que mandou pagasse o R. â A. os alimentos, que se liquidaraõ do tẽpo que a A. teue hũa sua filha natural do Reo em sua casa, alimentando-a, sendo que o pai a conheceo, & baptizou por sua filha, como julgaraõ os excellentissimos lurisconsultos, & dignissimos Dezembargadores os Doutores Antonio de Sousa Tauares, Lourenço da Gama Pereira, & Ioaõ velho Barreto. no mesmo cartorio de Antonio Rodrigues da Costa.

Não se lhe deuẽ, porẽ quãdo concorrẽ estas causas. Se tẽ de outra parte de q̃ se sustente, vt per Thesaur. dec. 21. Gai. de obser. 88. ou do tẽ algũ

E tambem o filho tem obrigrçaõ 11 de sustentar o pai, & mãi pobres, porq̃ esta obrigaçaõ he correlatiua: ex qua ipso iure obligantur tam filius, quàm pater Menoch. de præsump. lib. 3. q. 29. n. 16. Card. in praxi iudicum verbo alimenta n. 14. & verbo filius n. 40. Surd. de alimentis, tit. 1. quæst. 22. n. 1. o que procede, ainda que o pai seja infiel: *Quia quamuis sit bannitus, & legũ contemptor tamen pater est (vt inquit tex. in §. si verò contigerit in Auth. de incest. nupt.)* como considerou o doctissimo lurisconsulto o Doutor Iorge da Sylua Mascarenhas, em hũa causa de Beja de Maria da Conceiçaõ.

ficio, ou arte de que se sustente. vt dicit Benit. in dec. 22. itẽ quã de he ingrato, como fica dito, & ao diãte se verà no tit de alẽ. com largus decisoens.

E o mesmo que dissemos nos 12 descendentes tem tambem lugar nos collaterais, porque o irmaõ pobre deue ser alimẽtado pello irmaõ rico secũdúm glossam post text. in l. qui filium ff. vbi pupillus educari, & ibi Bart. o que procede sendo o irmaõ rico, porque não tendo o necessario pera si não deue sustentar a outro: *Charitas enim bene ordinata incipit à se ipso.* Como considerou o Senado na causa de Lisboa de Manoel Pereira de Miranda A. appellante contra Francisco de Miranda Henriques seu irmaõ R. appellado, na qual foi absoluido o dito A. de dar alimentos ao R. por prouar

ser

ser pobre, & andarem empenhados os bens de morgado, & pellas mais cõsideraçoẽs, & doutrinas da doctissima tençaõ seguinte do Doutor Diogo Leitaõ da Fonseca, que seruirà de exemplo pera semelhantes casos.

Quamuis frater dines teneatur alere inopem fratrem, vt notant Doctores per tex. in l. mutus, ff. de iure dotium, ibi, vt egentem virum fratrem, sororem ve sustineat, l. cum plures, §. fin. ff. de administ. tutor. Bart. & alij in l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat, & melius in l. si quis à liberis, §. vtrũ ff. de liber. agnos. Molin. de primog. lib. 2. cap. 15. á n. 57. Xuares in l. quoniam in prioribus & ad l. 2. fori limit. 9. Gratian. Forent. tom. 1. cap. 65. n. 2. Cancer. var. 1. p. cap. 16. n. 18, & 24. Giurba decis. 5. n. 4, & 46.

Attamen ex processu isto non constat Reum ita diuitijs abundare, vt fratrem Authorem debeat alimentare, quinimò ex testibus optimè demõstratur, neq; Reum, neq; filios eius, prout decebat, ornatos incedere, quia vlteriùs non extenduntur illius facultates, tum quia redditus maioratuum ad illam summam non ascendunt, quæ in libello expressa fuit; tum quia multis debitis grauatus proponitur, ratione quorum multoties ad executionem peruentum est, & bona pignori capta sunt, vt ex certitudine videre est. Et licet ex parte Authoris obijciatur ea debita iam soluta fuissent, ad idq; adducantur certitudines, cùm onera ratione quorum coniunctus fuit, & ad executionẽ deuentum est, annua, & perpetua sint, ab illis liberatus dici non debet, cum singulis annis conuenire possit. Cùm ergo Reus non habeat vnde sumptus ad domum, & familiam necessarios, secundùm personæ qualitatem, facere possit, neq; equm, & famulum habeat, quibus similes personæ vti solent, iam dici non potest dines, vt fratri alimenta subministrare valeat, considerata personæ qualitate, secundũ quam dines, aut pauper iudicis arbitrio iudicari debet secũdùm ea, quæ Menoch. de arbit. lib. 2. cas. 65. n. 7. vbi plures refert,

Et licet Actor probet, neq; redditus, neque sufficientia bona habere, ex quibus prout decet ali possit, id non sufficit, vt ad illum alendum Reus sibi victum coarctare teneatur ex ijs, quæ Surd. de aliment. tit. 7. q. 8. n. 9. & q. 15. n. 30. & si Reus cùm sibi haberet neteſſaria cogendus nō erat, ex illis indigenti fratri ſubuenire, multò minus dicendum eſt, ad id teneri, quia ea, quæ poſsidet ad neceſſarios ſibi ſumptus non ſufficiunt, quia charitas bene ordinata incipit à ſe ipſo, l. Præſes C. de ſeruit. & aqua. Mantica de tacit. & ambi. lib. 10. tit. 9. n. 42. Menoch. de præſump. lib. 3. præſump. 44 n. 3. & cùm Reus filium, & filiam habeat quibus & dotes, & cætera à paterna obligatione ſpectantia præſtare teneatur illum ab onere alimentorum liberarem.

E aſſi cõuieraõna abſoluição do A. na forma ſobredita os ſapientiſſimos Doctores Diogo Marchaõ Thiemudo, & Gaſpar Rodrigues Porto, an. de 1646. na dita cauſa, & carrorio.

Deciſ. 4. E quando o irmão litiga com outro irmão, pedindolhe a legitima, deue ſer alimentado. Franc. Marc. deciſ. 227. & ampliaſe iſto, que procede tambem no herdeiro do irmão Frãch. dec. 178. E quãdo for a demanda ſobre a herança, & periçaõ della, deue o irmão, que eſtá de poſſe alimentar o litigante, & darlhe as deſpeſas da cauſa. Rot. dec. 2. de arbitris in nouis, & refert deciſi. Vercll. in deciſ. 20. p. 2. E ampliaſe mais, que procede iſto de modo que o irmão he obrigado a alimentar a mea irmam filha de outro pai. Boer. deciſ. 129. Anton. Theſaur. deciſ. 192. & o que ſuccede no morgado tem obrigação de alimẽtar cõforme as poſſes os mais irmaõs, & dotar as irmãs pobres, vt per Abb. in cap. licet n. 10. de voto. Laté Mol. de primog. lib. 2. cap. 15. ex n. 56. Rojas de ſucceſſ. cap. 5. n. 35. Piraquel. de primogen. q. 4. ex n. 33.

Vltimamente acerca deſta parte aduirtamos, que debaixo da palaura alimentos ſe comprehende. não sò o comer, & beber, mas tambem a caſa, em que ſe mora, á cama, o medico, & a roupa lauada, & o ſeruiço dos criados, como conſiderou o Senado na cauſa de Beja de Franciſco de Andrade com Matheos de Brito Godines, em a qual o eruditiſſimo Doutor Pedro Paulo de Souſa eſpecificou cõ ſingular Doutrina o referido na forma ſeguinte. 13

Quidquid dicat appellans vterq; ſententia confirmatione digna videtur, quia attenditur ad qualitatem perſonarũ, quibus alimenta fuerunt miniſtrata. Attenditur etiam quod verbum, alimenta, non reſtringitur ad ea, quæ veſci, & potari ſolent, ſed comprehendit etiam habitationem, & lectum

Titulo segundo

lect. Menoc. de arbitr. 2. cent. 2. casu 170. à n. 29. item medicinas, & medicum, Bartol. in l. si cum dotem, §. sin autem, ff. solut. matrim. comprehendit etiam seruitium exhibitum per famulos, quia nobiles non sibi seruiunt Pallat. Rubios in repitione, cap. per vestras notab. 3. num. 1. Tiraquel. de nobilit. cap. 20. n. 142. comprehendit etiam subucularum, & linteaminum ablutionem, & alia sine quibus viuere non solent nobiles; qualitas namq; alimētati attenditur ex Cephalo cons. 498. n. 36. vol. 4. considerantur etiam plura alia, quæ alimentorum appellatione continentur, & singillatim describūt Cauil. Borrel. controu. 71 à n. 1. Surd. de aliment. tit. 4. q. 1. cum seqq. vsq; ad quæst. 10.

E assi conuieraõ com o dito Doutor os dignissimos Dezembargadores os Doutores Antonio de Sousa de Macedo, & Francisco de Almeida Cabral juizes Cõmissarios na dita causa, anno de 1647. no mesmo cartorio.

Decis. 5.

§. 1. *iuncto §. Ius autem gentiũ.*

SVMMARIO.

1 *Direito das gentes o que he? E cõmo differe do natural?*
2 *Diuidese em primeuo, & secundario.*
3 *Direito das gentes secundario, qual he?*
4 *Amor de Deos primeiro effeito do direito das gentes, segundo effeito amor da patria, terceiro, as guerras justas.*
5 *Guerras quando se podem chamar justas, referemse varios exẽplos, & combinaçoens de direito diuino.*
6 *Origem da guerra.*
7 *Guerras, ou saõ publicas, ou particulares, mostrase quando saõ lici tas, & como pòde cada qual defender o seu.*
8 *Referemse os mais effeitos do direito das gentes.*

REsta agora saber, que cousa seja o direito das gentes. *Est id quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, & apud omnes populos per æquè custoditur, & obseruatur,* quer dizer, este nosso direito das gentes, que se chama assi, porque sô as gentes humanas vsaõ delle à differença do direito natural primeuo, q̃ he commum aos brutos, & aos homẽs, & este he só dos pouos, & da gente, porque contem a piedade, & a defensaõ, & os contratos: diuidese em duas partes como o direito natural, porque hum

hum he direito primeuo, & o outro secundario; o primeuo he o que foi juntamente introduzido com as gentes, que he o que lhe dictaua o juizo de rezão, pera fazer o que conuinha, & o instituto de rezão, porem não cõ tanta politica, como em este tempo, pois aquelle era o que chamauão tempos dourados, como diz Seneca in Octauia.

Iuuenis tenente regna Saturnia Poli
tunc illa virgo numinis magni Dea
iustitia cælo missa cum sancta fide
terras regebat, mitis hominum genus
non arma gentes cingere assuerant; suas
muris nec vrbes: peruium cunctis iter.

Et Ouidius Metamorphos. 1.

Aurea prima sata est, ætas, quæ vindice nullo
sponte sua, sine lege, fidem, rectumq; colebant.

3 A este se seguio o direito das gentes secundario, que he o que as gentes vzão com aquellas constituiçoẽs politicas, que se fizeraõ de boa rezão; & supposto que de principio não era assi este direito, com tudo foi instituido a respeito das necessidades dos homẽs, como nas guerras as defensoẽs, as seruidoens, a distincçaõ dos dominios, & os mais effeitos, de que abaixo diremos, & de que os poetas chamando tempo de prata a este secundario, differão com a mesma sciencia in O Quianum.

Deterior ætas erui t ferrum graue,
aurumq;, seuas mox, & armauit manus
partita fines, Regna constituit, neuas extruit vrbes.

4 Digamos agora os effeitos do direito das gentes secundario, que he o do q̃ tratamos, & seja o primeiro a Religiaõ, & amor de Deos, & a reuerencia que dicta o juizo de rezão, pera hum Deos Omnipotente criador, & conseruador de todas as cousas tam justo pera com os bons, como piedoso nos castigos pera com os maos, & daqui vem dizerse, que o nome de Deos se ha de inuocar, temer, & venerar: & parece que com esta noticia fallou Cicero quando disse lib. 2. de nat. Deor. *Omnibus innatum est, & in animo quasi insculptum esse Deos*: & acertara se differa, *esse Deum*, como outros Philosophos.

O segundo effeito he a piedade pera com os pais, & o amor da patria, & por isso os traidores saõ castigados com a pena do crime læsæ maiestatis; porque saõ traidores á patria, porq̃ não nascemos sò pera nòs, senão tambem pera a patria, & não ha cousa de

maior gloria pera hum Reyno, que os varoens insignes, que dâ, pois vemos Prouincias riquissimas de ouro, prata, drogas, & pedraria, & só por serem pouoadas por gente barbara, ficarem barbaras, & Aldeas pobres, & de antes sem nome, & sò por darem hum varaõ insigne ficarem nobres, & afamadas no mundo, & daqui se vem a chamar a patria dulcissima na l. qui habebat, ff. de legat. 3. com que combina Ouid. quando diz:

Nescio qua natale solum dulcedine cunctos
ducit, & immemores non sinit esse sui.

Et patriæ potiùs quàm parentibus parendum est, si vtrique non possimus parere, vt notatur per Text. in l. post liminium, §. filius, ff. de captiu. & post liminium reuers.

O terceiro effeito saõ as guerras se saõ justas, porque as injustas não saõ guerras, senão injustiças. As guerras justas saõ aquellas, que se fazem por authoridade do Principe, como a nossa, em que defendemos o Reyno restituido a seu legitimo Rey, & verdadeiro senhor, como veremos no terceiro liuro deste Commento no titulo de bonorum possessionibus, onde tratando das successoens mostro com euidencia como este Reyno pertencia a el Rey nosso Senhor D. IOAM o quarto, que Deos guarde, & no 4. liuro no titulo de interdictis, §. Recuperandæ, ratifico a mesma opiniaõ.

E quanto á guerra dizemos aqui que entre as mais justissimas causas de se auerriguar por justa a guerra he a que se faz pera defensa da Republica, pera que não seja tyranizada, nem opprimida com forças, & por defensa do Imperio proprio, & de Rey natural, & das Prouincias que lhe pertencem, vt per Doctores in cap. olim de restitut. spoliat. l. vt vim, ff. de instit. & iure. l. furem, ff. ad legem Cornel. de sicar. l. itaque ff. ad legem Aquiliam, Doctores in cap. 2. de homicid. *Habet enim ius indicendi bellum, qui nullum superiorem habet in eius principatu ad defendendas prouincias sibi pertinentes.* Diuus Augustinus lib. 22. contra Faustum, cap. 74. quæst. 1. Isidor. lib. 18. Etimolog. & cap. 1. quæst. 23. l. hostes, ff. de verborum significatione. Diuus Thomas, & Caietanus 2. 2. quæst. 40. art. 1. Innocent. in cap. olim 5. de restitut. spoliat. Syluester verbo, *Bellum* 1. quæst. 1.

ás presas, & consentimento da guerra quãdo saõ dos soldados, ou não, expli carei no tit. de acquirend. rerũ domin.

Tambem por rezão de injuria feita he a guerra justa, como proua em muitos lugares o sagrado Texto, assi quando conta dos filhos de Israel, que pelejaraõ contra Seon, & Og Reys dos Ammorrheos, porque lhes não concedeo o passo liure pera a terra de promissaõ. acerca do que o glorioso Doutor Sancto Agostinho disse. *Notandum est sane quemadmodum iusta bella gerabantur, inoxiæ enim transitus negabatur, quiiure humanæ societatis aquissimo patere debebat.* Refertur à Gratiano in cap. vltimo, quæst. 2. tradit Ioann. Lup. 5. part. de Regno Nauarræ, §. 3. Barthol. in l. 1. Cod. de paganis. Iaſ. in l. ex hoc iure, ff. de justitia. & iure, Albertinus in rubrica de hæretic. in 6. q. 8. n. 12.

Num. 21.

D. Augusti. lib. 4. qq. c. 44. sup. Numer.

E assim regularmente dizemos, que a guerra justa he a que se faz por authoridade do Principe, que a pode declarar, & por defensaõ de sua patria, propulsaõ das violencias, & injustiças, & por repitiçaõ daquellas cousas, que injustamente saõ retidas por qualquer outro violentamente, como nos lugares acima citados approua o glorioso Doutor Santo Agostinho, & consta do Texto sagrado no segundo liuro dos Reys. Onde o Real Propheta Dauid depois da morte de Saul fez guerra a Isboseth filho de Ionathas, o qual pertendia occupar por força de armas o Reyno de Israel, que Deos nosso Senhor tinha entregue a Dauid pello Propheta Samuel. E de outros varios exemplos, que calamos por abreuiar, somente do sobredito podemos colligir a justissima causa de nossas guerras com nossos inimigos os Castelhanos, em que a propria justiça nos está ajudando, & nos ha de dar as victorias, que taes principios promettem, pois defendemos nosso Reyno libertado das tyranias de hum cruel, que por força, & violencia injusta se introduzio tantos annos â força nelle, & pelejamos pella conseruaçaõ de hum Rey natural, a quem, & a cujos descendẽtes está prometido o estabelecimento deste Imperio, não por Samuel, como a Dauid, mas pello mesmo Deos no campo de Ourique, & assim he justissima a defensaõ, & guerra, que os Portuguezes fazem por defensaõ de sua patria, & Reyno, & do verdadeiro Successor, & Pai da patria contra os inimigos, que pretendem perturbar o Imperio, que o Ceo como cousa sua ha de dilatar, & augmentar; & basta que as guerras se façaõ por authoridade do Principe, pera que se presumaõ justas, cap. Iulianus 11. quæst. 3. Abb. in cap. sicut de iure iurando, Castro, & Isa. in leg. ex hoc iure, ff. de iustitia, & iure. E naõ me parece fora do lugar buscar a ethimologia â palaura, *Bellum*; & ainda que alguns dizem, *quia minime belum*, com tudo mais moderno achei, que antiguamente se brigaua a punhadas, & não em esquadroens; porem depois, *Bellus*, (que assim se chamaua o primeiro, que fez a espada) introduzio o vzo das armas, inuentando a espada pera com ella pelejarem, & daqui se conseruou o nome, *Bellum*, como dizem alguns Expositores, *quorũ sententijs Horatij carmina non parùm adstipulantur*,

6

Na origem da guerra me não detenho, porq̃ a explica Plin. lib. 7. hist. natur. c. 56. dizendo q̃ a primeira guerra foi cõtra os Egypcios cõ varas, & outras que refere. E antes do genero humano ja ouue aq̃llas guerras entre o Archanjo S. Miguel, & os Anjos caidos.

Cùm prorepserunt primis animalia terris
Mutum, & turpe, pecus, glande, atq; cubilia propter
vnguibus, & pugnis deinde fustibus atq; ita, porrò
pugnabant armis, quæ post fabricauerat vsus.

Nec non & Illa Lucretij lib. 5. de rerum natura.

Arma antiqua manus, vngues, dentesq; fuerunt.
& lapides & item syluarum fragmina rami,
& flammæ, atque ignes postquam sunt cognita primum

Titulo segundo

posteriùs ferro vis est, æriſq; reperta.

E deſte ponto da guerra auemos ſaber, q̃ he de dous modos, porq̃ ou he publica, ou particular: a publica he a que diſſemos que ſe faz por defenſa do Reyno, & authoridade do Principe, & eſta he juſtiſſima, conforme todos os Doutores, & muito mais depois de Ang. in l. extat, ff. quod metus cauſa. A guerra particular he a que cada hum faz por amor deſi, a qual he injuſta quando naõ he por neceſſaria defenſaõ; porque eſta por diſcriçaõ he a que ſe explica na l. ſcientiam, §. qui cũm aliter, ff. ad legem Aquiliam. *Vim vi defendere omnes leges, omniaque iura permittunt; eſt quæ in ore omni populo vim vi repellere licet.* E aſſi que neceſſaria defenſaõ, diz Bartholo, que he a que ſe faz *cum moderamine inculpatæ tutellæ*, que he quando o damno he irreparauel, & hum homem ſe não pò de defender de outro modo do perigo imminente, pera o que ſaõ neceſſarios alguns requiſitos. Primeiro, que preceda a ofenſa, ou juſto temor. verbi gratia, andar o inimigo armado, porem ha de eſperar, que o inimigo o buſque, mas não lhe ha de eſperar a primeira cutilada, porque diz o noſſo Emperador (na lei final. Cod. in quibus caſibus reſtit. in integr. non eſt neceſſaria) que melhor he guardar o direito ſaõ, do que buſcar o remedio, ferido. O que he certo, precedendo ameaços, & actos manifeſtos de ofenſas, como veremos no tit. de publicis iudicijs, quando tratarmos do homicidio.

O que tudo he arbitrario ao juiz aſſim acerca do modo, & igualdade das armas, como acerca do tempo, ſcilicet, que a defenſa ſeja incontinenti, & naõ depois de interuirem actos eſtranhos; & acerca da cauſa, q̃ ſe faça por defeſa, & não por vingança, & pera melhor conhecimento deſtas defenſas ſe pòde ver largamente (alem de ſer arbitrio ao juiz) Angelus §. injuria infra de lege Aquil. & in tractatu maleficiorum ſup. verb. & dictus Titius ſe defendendo, & cæt. Gloſſ. & Doctores in leg. vt iure, & l. 1. Cod. vnde vi, & nòs explicaremos largamente no ditto titulo de publicis iudicijs, & nos de pænis temerè litigant, & de interdictis, onde trataremos das deſeſas judiciais.

O quarto effeito do direito das gentes foi o catiueiro, & as preſas, q̃ ſe tomaõ na guerra, q̃ ſendo couſas mouueis ſaõ dos ſoldados, & ſendo villas, lugares, ou caſtellos, & couſas immoueis pertencem ao Principe vt per Barthol. & ſcribentes ad leg. ſi quid in bello, & l. ſi captiuus, ff. de capt. & poſtlim. reuerſ. & videbimus in titulo de rerum diuiſione. O terceiro effeito he a eſcrauidaõ, que ſendo os priſioneiros Chriſtaõs, ſe chamaõ aſſi, & ſendo Mouros ficaõ catiuos.

O quarto he a diſtinçaõ, & diuiſaõ do dominio das couſas, a quem pertencem, ou naõ.

O quinto, quaſi todos os contratos, & obrigaçoens, que o direito das gentes introduzio, tirando quatro, & por iſſo diſſe, quaſi todos, porque ſe exceptuaõ os quatro ſeguintes, que foraõ introduzidos pello direito ciuil. Primeiro, a ſtipulaçaõ. Segundo, a obrigaçaõ dos eſcri-

escritos, q̃ se chamaõ, *literarũ obligationes*. Terceiro adoaçaõ propter nuptias. Quarto os contratos emphyteuticos, dos quaes explicarei (Deo fauẽte) pello discurso dos liuros em seus titulos particulares.

O 6. effeito he a fé, q̃ o direito das gentes mãda guardar aos embaixadores, & por isso de iure gentium se chamaõ sanctos, idest, inuiolaueis, & tudo o q̃ se comete contra hũ embaixador he violencia, q̃ castiga a lei com entregar o delinquẽte aos inimigos pera ser seu escrauo, vt tex. in l. fin. ff. de legat. O 7. he, q̃ o direito das gentes manda guardar os contratos, por ser cousa mui congrua à fé humana, a obseruançia do prometido. l. 1. ff. de pactis.

§. *Ius autem ciuile, cum §: constat, cum sequentibus.*

SVMMARIO.

1 *Direito ciuil o que he?*
2 *Direito publito declarase qual he?*
3 *Diffinese a lei, suas causas, & effeitos?*
4 *Constituiçoens do Principe tem força de lei: diuidese em geral, & particular: mostrase qual tem esta força.*
5 *Priuilegio especial concedido a hum não faz exemplo a outros.*
6 *Direito particular escrito qual he?*
7 *Plebiscitos, & Senatusconsultos o que saõ?*
Direito Pretorio o que comprehende, & seus edictos, & se saõ partes do direito ciuil.
Respostas dos sabios, & como se haõ de entender, & differem das opiniões dos Doutores.

DIreito ciuil se chama aquelle, que o Pouo, & Reyno obserua pera seu gouerno, o qual nem em todo se aparta do direito das gentes, & natural, nem em tudo o segue, mas em algũas partes o imita, & em outras o acrescenta, & estabelece. l. ius ciuile, ff. de iustitia, & iure, & assi como o direito natural das gentes se chama assi, porque todos vsaõ delle, assi o direito ciuil se diriua *à ciuibus*, porque todos os cidadeens o guardaõ conforme a pratica de seu Reyno. Diuidese o direito em escrito, & não escrito: & o escrito se diuide em publico, & particular. Vejamos o publico.

Direito publico he todo o direito ciuil, que consta de lei, em a qual se incluem os Plebiscitos, Senatusconsultos, constituiçoens dos Principes, edictos Pretorios, respostas dos Sabios. O que tudo saõ as partes do direito, & juntas fazem o corpo perfeito da lei, & direito ciuil.

Supposto isto saibamos, que a lei he aquella, que o pouo Romano cõstituio, & ordenou no Senado: ou tambem tomando geralmente a diffiniçaõ da lei; he hũa sentença, que o Magistrado, & supremo Senado ordenou, admoestando, & mandando cousas honestas, & prohibindo as torpes. l. 1. & 2. ff. de legib. ideò sic dicitur.

Titulo segundo

Lex est quod populus Romanus Senatorio Magistratu veluti consule interrogante statuebat.

Et tãle x est communis schola publica inspiratio numinis, doctrina Dei, sibi lum magni pass is, ratio alium applemen gu tionis & cõmiscuramẽtis humanæ ex portione diuinæ.

Do que se collige, que a causa da lei he a authoridade do Senado, a forma he a honestidade, o fim a conseruação dos pouos, & o officio prohibir as cousas mãs, & torpes, que perturbão o bõ gouerno, & quietaçaõ da Republica: & assi se diz, que tudo o que não he gouernado pella lei, he fora do juizo da rezão. Vnde illud D. Chrysostomi oratione 76. *Lex vitæ dux, communis ciuitatum Magistra, rerũ recta norma ad quam quisq; mores suos conformare debet: nisi id faciat futurus, obliquus, & malus.* E na l. legis virtus ff. de legib. se diz assi: *Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire.* De maneira, que imperando manda o que se deue fazer; permittindo não admoesta, nem prohibe; & castigando violentamente impede que se não cometaõ crimes, nem injustiças, cui consonat illud Donati ad Adelphos. *Alia sinunt leges, alia cogunt fieri.*

Supposstas tambem estas preeminencias, notemos, que toda a lei se póde chamar constituição. *Eo quod constituta sit:* porque o direito se faz com o costume, com a necessidade, & com o consentimento: iuxta illud, quod legitur ex Meandro.

tria sunt, queis Here
Dijudicantur cuncta, legum regulis,
necessitatis, aut consuetudinis.

Porem propriamente as constituiçoẽs dos Principes tẽ força de lei, §. quod Principi hoc tit. d. l. 1. ff. de constit. Princip. vnde Guber. Ligur. sic ait:

4

Pro lege voluntas
Principis esse solet quidquid decreuerit ille
esse ratum mos est, & legis habere vigorem.

Diuidese porem esta constituiçaõ em duas partes, a saber, geral, & particular. A geral se obserua por todos; a particular he sò pera hum, que não serue de exemplo aos mais, de maneira, que a lei geral, que o Principe faz, deuem guardala todos, mas a merce particular não serue mais que pera aquelle, a quem he feita, vt in d. l. 1.

Quod Principi placuerit legis habet vigorem, siue per subscriptam epistolam statuit, vel cognoscens decreuit, siue alio quocunq; modo. Hæ sunt, quas constitutiones appellamus. Ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, siue alicui indulsit, vel si quã pœnam arrogauit, &c.

Porque

Porque o priuilegio especial, que o Principe dá alguem por qualquer causa, ou dispensando em algum decreto particular, esta merce como seja graciõa, respeitando causa particular não serue de exemplo, iuxta regulam. *quod alicui gratiose conceditur, trahi non debet ab alijs in exemplum.* cap. quod alicui de regul. iuris in 6. Vejamos agora, que cousa seja direito particular não escrito.

Temos dito, que o direito ciuil
6 consta de escrito, ou não escrito, temos insinuado o modo, resta agora saber breuemente, que suppoſto a escritura seja cousa accidental, com tudo pera a formalidade do direito, se requerem dous substanciais, a saber, o direito, que está escrito, & o não escrito, que he a lei, & costume particular obseruado, vt declarat Caius in l. 9. ff. de iustit. & iure, ibi, *Omnes populi legibus, & moribus reguntur*, & por isso se ha de sempre attentar primeiro, que todo o costume do lugar ex Aretin. cons. 31. n. 6. Menoch. cons. 13. n. 13. & cons. 9. n. 7. & cons. 34. n. 8. facit text. in l. minime, ff. de legib. & idem Menoch. cons. 54. n. 4. & 5. *Vanum est enim legem sancire, constituere, decernere, nisi constitutis rebus populus vtatur.* E por isso dizemos, que o corpo do direito ciuil escrito se conserua com a alma do consentimento do pouo, & obseruancia da lei, a qual, como temos dito, se chama, *Communis Reipublicæ sponsio*, porque obedecendolhe todos, & obseruandoa fica em seu vigor, vt l. 2. ff. de legib. & ideo leges per contrariam populi consuetudinem rationabilem, & præscriptam abrogãtur, vt in cap. fin. de consuetudin. l. de quibus. ff. de legib. & nos infra videbimus, tit. de obligat. de maneira, que

Arist. lib. 2 polit.

o direito escrito se chama assi pera differença do costume, & comprehende em si seis partes, as quaes não se differençaõ quanto à authoridade, & força, porque todas a tem de lei, mas distinguemse somente quanto a diuersidade dos authores, & origem, de q̃ procederaõ, porque o direito ciuil se formou do que constituia o pouo, & se chamou *Plebiscito*, do que mandaua o Senado, que dahi tomou o nome *Senatusconsultus*, do que ordenaua o Principe, que saõ as constituiçoens, & ordenaçoẽs Reays, do que os Pretores promulgauão nos edictos, de q̃ procederaõ os edictos Pretorios, & do que os Iurisconsultos responderaõ, que saõ as repostas dos prudẽtes, & sabios, de que tudo se formou o direito ciuil, porque.

Declaramos ja que cousa fosse lei, & quaes eraõ as constituiçoẽs do Principe, que como taes obrigauaõ a
7 todos, & quando: resta saber, que *Plebiscito*, dizemos, que he aquillo, que o Plebeo Tribuno, como apud nos o mister, propunha ao pouo, & por sua authoridade tinha força de lei o que se resoluia. Pera cujo entendimento devemos notar, que o pouo Romano estaua diuidido em tres partes, & por ellas era eleito este Tribuno, *vel quia Tribunum suffragio creãtur*, vt ait Pompon. in l. 2. §. Ijsdem temporibus, ff. de origin. iuris, & da mesma sorte que o Cõsul perguntaua ao pouo, & o rogaua pera effeito do que auiaõ de ordenar, assi o Tribuno rogaua, & propunha ao pouo o que determinaua se fizesse, como a diante veremos no titulo de lege falcidia, onde notaõ muitos, que Falcidia Tribuno Plebeo propos ao pouo, & ordenou, que o legado se obseruasse na forma, em que fosse deixa-

do pello testador, *ita vt quemadmodũ quisq; rem suam legasset, ita ius esset*. l. 1. ff. ad leg. Falcid. como tambem no tit. de lege Aquilia se aduerte, q̃ Aquilio Tribuno Plebeo rogou ao pouo, & ordenou, que quem ferisse hum animal quadrupede, ex numero pecudum, pague a condenação a respeito do valor que o dito animal tiuesse trinta dias, antes que fosse ferido, vt infra §. cap. 3. tit. de lege Aquilia. l. 1. & 2. & toto titulo. ff. eodem; porem estes Plebiscitos tem a mesma força, & vigor que as mais leis. A rezaõ he, porque o pouo em direito dizemos, que saõ todos os cidadoẽs, contando se tambem os Patricios, & Senadores: & Plebe dizemos, que saõ os mais, exceptos os Patricios, & Senadores; l. plebs 238. ff. de verborum significat. ideô *Plebs differt à populo eo modo, quo species à genere; populi enim appellatione vniuersi cines significantur, connumeratis etiam Patricijs, & Senatoribus; plebis autem appellatione cæteri cines sine Patricijs, & Senatoribus significantur*. d. l. plebs, & textus hic, & Gell. lib. 10. noctium Attic. cap. 20. E porque como dissemos, a lei por ser commum preceito, & promessa de todos, necessita de consentimento do pouo, parece que o Plebiscito tendo só consentimento de parte do pouo, & não de todo, não podia ser lei, porem a isto satisfez o Emperador dizendo, que veio a lei Hortẽsia ordenando, que os taes Plebiscitos tiuessem força de lei, & compondo Hortencio Ditador as discordias, q̃ hauia entre o pouo, & plebeos, em razaõ das quaes, se tinha apartado a plebe da cidade pera o monte Auentino onde separados do pouo tinhaõ ordenado leis, mandou Hortencio Ditador, que os taes Plebiscitos tiuessem força de lei, & se contassem como hũa parte das leis, que temos proposto, de que consta o direito ciuil, compõdoos desta sorte, pera que todos vnanimes viessem neste consentimento; & ideò dum textus ait, lege Hortencia, accipienda est lex pro pacto ex notatis ad l. legem C. de pact.

A terceira parte, ou especie, de q̃ consta o direito ciuil dizemos, que saõ os Senatusconsultos, que vem a ser os Acordaõs, que o Senado pronũcia, & ordena, como em direito notaremos muitas vezes nos Senatus consultos Macedoniano, Tertulliano, Saluiano, Orphiciano, &c. como veremos pello discurso da explicaçaõ destes liuros, & se explica neste §. Senatusconsultus, & na l. 2. §. proinde. ff. de origine iuris; porque como o pouo Romano crescesse de sorte, que naõ fosse possiuel facilmente cõuocarse o pouo, & ser rogado pera as constituiçoens das leis, ficou o Senado com as vezes do pouo, com o que se responde à dificuldade, que se pòde oppor dizẽdo, que parece cousa diuersa o Senatus consulto da lei, porque ainda q̃ tenha força della, com tudo parece diuerso, vt in l. 9. ff. de legib, ait Vlpianus: *Non ambigitur Senatum ius facere posse*: porque respondemos, que hũa cousa he fazer direito, & outra constituir lei, & assi dizemos, que os Senatusconsultos valem tanto, que tendo força de lei valem tanto como ella, *Et vim tenẽt non secus, ac si leges essent, quia Senatus vice populi fungitur*. Por isso as sentenças, & decisoẽs do supremo Senado da Casa da Supplicaçaõ, onde se discidem as cousas de maior importãcia, vt ex Ordin. lib. 1. tit. 1. in principio, fundada à semelhança do Senado, que estaua em Roma, que constaua de cem

Senado

Senadores, teste Titoliuio Decada 1. & notatur in l. fin. C. de petitione hæredit. fazem direito in simili, vt affirmat Cabed. decis. 212. n. 5. Aegyd. in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure, p. 1. cap. 10. n. 7. Valasc. cons. 68. n. 4. Barbos. ad Ordinat. lib. 3. tit. 64. in princ. n. 6. l. res iudicata, ff. de regul iuris. l. penult. ff. de iust. & iure. l. Præses, ff. de re iudicata.

8 Os edictos dos Pretores saõ a quarta especie do nosso direito ciuil, & q̃ tem grande authoridade nelle, vt in nostro tit. §. Prætorum quoque edicta, & l. 7. & 8. ff. de iust. & iure, & l. 2. §. 5. ff. de orig. iuris, a causa destes edictos foi, porque como nas leis das doze taboas, senão declaraua tudo o que conuinha á boa expediçaõ dos negocios, os quaes por crescerem muitos, & as difficuldades serem grandes, se inuentou, & introduzio o cargo de Pretor com poder de suprir, emendar, & acrescentar o direito naquellas partes, em que estiuesse falto, escuro, ou diminuto, como veremos ao diãte no tit. de bonorum possession. & no de obligationibus melhor, & notat Papinian. in d. l. 7. ff. de iust. & iure, & por isto se chamaraõ estes edictos direito honorario, assi pella honra do mesmo cargo, como pella authoridade, q̃ foi dada ao mesmo direito, dos edictos Pretorios, nos quaes o Pretor emendaua o direito ciuil, porque como não podia fazer leis, nem tiralas, vt declarat Faber in rationale ad l. ius ciuile, ff. de iust. & iure, com tudo podia suprir, & emendar o direito ciuil, & por este respeito propunha edictos no principio de seu Magistrado, em q̃ declaraua ao pouo o que auia de julgar nos casos, em que o direito parecia aspero, ou diminuto; porem como isto lhe era permittido voluntariamente, ordenou Cornelio Tribuno, que os edictos fossem perpetuos postos no principio, de modo que o Pretor na forma de seus edictos julgasse por elles em quanto durasse o seu cargo, & fosse igual em todos a disposiçaõ, & pera todos a mesma lei sem que ficasse em seu arbitrio innouar outra vez as disposiçoẽs, porque a variedade dos casos fez, que á principio houuesse só hum Pretor na cidade, que se chamaua urbano, ex eo quod in vrbe ius reddebat, este tal era cidadaõ, porque estaua na cidade. l. 2. §. cumque consules, ff. de origine iuris: mas como a multidaõ dos forasteiros fosse crescendo, se ordenou outro Pretor, a q̃ chamaõ Peregrino, porque julgaua as causas dos peregrinos, & forasteiros, & depois crescendo o pouo Romano se fizeraõ outros muites Pretores, & porque a arbitrio de todos naõ estiuesse o mudarem cada hora de parecer foi ordenado, como disse, que julgassem durante seu cargo na forma de seus edictos, sem os poderem mais renogar. Porem como tambem estes edictos acabauaõ como officio do Pretor, & o successor os naõ queria guardar, & tal vez ordenaua outros, compuseraõ os Iurisconsultos mais curiosos, & zelosos do bem publico hum liuro de edictos, pera que delle os pudessem tirar os Pretores, achando tudo o que fosse justo, vt notatur in l. 2. §. ex his auditoribus, ff. de iustit. & iure. Mas como ainda isto lhes era arbitrario, ordenou Saluio Iuliano por mandado de Diuo Adriano o edicto perpetuo, & com approuaçaõ do Senado mandou, que por elle se julgasse, tirando o poder de se promulgarẽ mais edictos, vt in l. 2. §. sed quia diui.

næ. C. vetere iure enucleandi. Eigualmente o noſſo Emperador Iuſtiniano approuou o meſmo edicto perpetuo, vt notant Pichard. Minſinger. & cõmuniter ſcribentes ad noſtrum titulũ in hoc §. Prætorum quoque edicta, & Cicer. in Verrem: *Ademinuit eorum mutabilitatem ex eo, quod ſublata fuit amplius promulgandi potestas.*

Com o que temos viſto aſſi os principios, como a rezaõ, porque ſe introduziraõ os edictos Pretorios, & porque ſe mandou guardar o edicto perpetuo. E poſto que pareça, que ainda hoje ſe não auia de chamar a eſte direito Pretorio, ſenaõ ciuil, porq̃ quando elle acreſcenta, ou tira algũa couſa ainda ſe faz menção de ſeu principio, com tudo diremos, que o direito Pretorio, que anda nos Digeſtos, & incerto nas Pandectas não val como edicto, ſenaõ como conſtituiçaõ, que tem força de lei pella approuaçaõ, & confirmaçaõ que lhe foi dada.. E poſto que ainda pareça q̃ tirãdoſe algũa couſa, ou acreſcentandoſe ao direito fica elle proprio, de quem o tira, ou acreſcenta, como que ſe ſe fizeſſe hũa noua eſpecie de materia alhea, vt notatur in §. cùm exaliena infra de rerum diuiſione, & como o Pretor acreſcenta, & emenda o direito, parece que elle ſe auia ficar chamando todo Pretorio, & naõ ciuil. Reſpondemos, que ſe ha de diſtinguir entre quando ſe tira algũa couſa por authoridade propria, ou por permiſſaõ da lei, & como o Pretor o que acreſcenta, ou emenda o faz por authoridade da lei, por iſſo poſto que ſe conſidere a origẽ de ſeu edicto, ſempre val como conſtituiçaõ de direito ciuil. como largamente veremos no tit. de obligationibus, onde moſtraremos quaes ſaõ as obrigaçoẽs que procedem de direito Pretorio, & no de actionibus, onde tambem haue mos tratar das acçoẽs Pretorias.

Diſemos tambem, que as repoſtas dos Sabios eraõ hũa das partes do direito ciuil, acerca do que ſe deue notar, que depois que o pouo Romano teue Principe, elle eſcolheo da cidade os mais ſabios, aos quaes deu poder pera reſponderem às duuidas de direito, & aſſentarem entre ſi a reſoluçaõ dellas, de ſorte que ficaſſem ſendo lei, como vemos nos Digeſtos, onde apenas ha lei, q̃ naõ falle por palauras que denotaõ controuerſia, como *placuit, ſententia, opinio, &c.* §. reſponſa hoc noſtro titulo. E he de notar, que eſtes taes ſabios, que reſpondiaõ às duuidas era com authoridade do Principe, & por iſſo ſuas reſoluçoẽs valeraõ tanto: com que ſe vẽ a differença que dellas ha, & das opiniões dos Doutores, os quaes não tem poder mais q̃ de interpretar os Textos, porem não de fazer leis ſem authoridade do Principe, & por iſſo dizemos, q̃ as opiniões dos Doutores não ſaõ neceſſarias, ſe não prouaueis, & que não procede neſtas repoſtas, de que tratamos, que pella authoridade do Principe ficaraõ ſendo leis, & eſpecie do noſſo direito ciuil.

9

§. Ex non ſcripto.

SVMMARIO.

Diffine ſe o direito particular não eſcrito, mas introduzido por coſtume; moſtraſe quando eſte faz lei.

1

Requi-

2 *Requisitos pera introduzir costume.*

1 O Direito particular não escrito, se chama por outro nome costume, porque foi introduzido pello vso dos pouos, de todo, où da maior parte vsado, & continuado, & tem força de lei, pello texto in l. de quibus, ff. de legib. E pera sabermos quem pôde introduzir estes vsos? se pôde ver Barth. na l. 1. ff. de constit. Princip. l. 1. ff. de iure immunit. & brevemente notemos.

1 Primeiro, que pôde fazer costume qualquer pouo sem ser necessaria a sciencia do superior, & basta pera se introduzir o consentimento tacito, ou expresso: *Quia par est virtus taciti, quàm expressi*, notatur per textum in l. cum qui, ff. si certum petatur.

Segundo, requere se pera validade do costume, que seja ajustado à lei, porque contra a expressa prohibiçaõ da lei se naõ pôde introduzir costume: & que seja o vso racional, porque nem ha de ser contra os bons costumes, nem se deue dar occasiaõ de delinquir: o que tudo he arbitrario ao juiz, que considerará se o vso he honesto, ou naõ. l. quod non ratione, ff. de legibus.

Terceiro, requere se, que o costume seja prescripto, & inueterado: & assi saõ necessarios dez annos pera se introduzir costume, excepruãdo se as cousas reseruadas ao Principe, como legitimaçaõ dos espurios, imposiçoés de tributos, &c. porque destas em nenhum tempo se póde induzir o vso, senão como diremos no titulo de præscriptionib. & no de obligationib. onde dizemos como obriga o costume, ou não. Tambem os actos, & frequencia delles saõ arbitrarios ao juiz que os examinará, & basta que sejaõ os actos extrajudiciais, porque como a frequencia he essencial, bem se pò de colligir de actos extrajudiciais, vt Barth. in d. l. de quibus lect. 2. n. 19. como largamente veremos no §. actionum, infra de actionibus.

§. final.

SVMMARIO.

Declara se tudo a que pertence o direito ciuil, & tudo o que se comprehende nestes liuros.

RE sume se neste §. hũa regra geral, ou diuisaõ do direito de todas as cousas, que nella se referem, & por isso este liuro se intitula, *Resumo do direito*, pois nelle torna o Emperador todas as materias, porque o direito ciuil, ou pertence às pessoas, ou às cousas, ou às acçoẽs. l. 1. ff. de statu homin. & por isso neste primeiro liuro da Instituta se declara tudo o que pertence às pessoas, & seus estados, & diuisoẽs, declarando quaes saõ os liures, ou escrauos sugeitos a outrem, ou izentos. E no segũdo até o titulo de obligationibus exclusiuè se mostra a diuisaõ das cousas, & o modo, com que se acquire o dominio dellas por todos os titulos: E logo se trata das acçoens, explicando primeiro as obrigaçoẽs, q̃ as produzem, como largamente veremos.

DE

Titulo terceiro

DE IVRE PERSONARVM

Titulus tertius.

SVMMARIO.

1 *Continuação do direito, & qualidade das pessoas, & suas combinações.*

2 *Diuisão das pessoas, & quaes são liures, ou escrauos, suas origens, & introduções.*

3 *Quartel, que se dà aos vencidos quão licito he, com exemplos de humanidades.*

1 ISTA he a primeira parte da diuisão, que o Emperador promete no §. final do tit. precedente, porque trata neste titulo da qualidade das pessoas, & concorda cõ outro in ff. de statu hominum: Porq̃ o que aqui chamamos direito das pessoas; diz o Digesto concordante, que he estado, porque em hum, & outro titulo se explicão as condiçoens das pessoas liures, ou escrauos, de seu direito, ou sugeitos ao poder de outrẽ.

2 Supposto isto saibamos, que a diuisão principal das pessoas he, que ou são liures, ou escrauos, vt hìc, & in l. 3. ff. de statu hominum. Liures são aquelles, que por faculdade natural lhes he licito fazer o que quizerem, não sendo cousa prohibida por força, ou direito, vt l. 4. ff. de statu hominum; por que não faz o que quer quem faz o q̃ não deue, & assi que deuemos ajustar nossas vontades a disposiçaõ da lei, & não viuer à redea solta da vontade, q̃ nisso naõ consiste a liberdade, senão na obseruancia das leis diuina, & humana, isto nos encomendou o glorioso S. Bernardo serm. 19. sobre os Cantares, reprehendendo os que fazem o que querem, sem obedecerem a seus maiores, seguindo a vontade propria, que os guia pera a perdiçaõ: *Qui vestri curam semel nobis credidistis, quid retrorsum de vobis vos intromittitis? nam illam, qua toties Deum offendistis propria voluntatem, ecce nunc iterum magistrã habetis, non me illa vox naturæ docet nõ parcere, rationi non acquiescere, non obtemperare seniorum consilia, vel exemplo non obedire nobis, an ignoratis quia melior est obedientia, quàm victima? Bonum accepernis spiritum, sed non bene vtimini eo vereor ne aliunde pro isto recipiatis, qui sub specie boni supplãtẽt vos, & qui spiritu cepistis, carne consummemini.* Pello que a melhor liberdade he viuer ajustado às leis, que quem faz o contrario he escrauo dos vicios, & de! obediencias, a que se sugeita.

Non est liberum nisi qui vivit vt libet, at solus viuet vt libet, qui libet, vt licet & solus illi libet vt licet, qui semper bonum, qui nihil loquitur, agit, cogitat, nisi liberè, & libenter, officio delectatus, vinculo devio semper à se prouisa, cui nemo nisi sibi ipse inseruit, prior dicit qui sibi sua voluntas oraculum Dei est, fas est qui ad bonum non trahitur, sed practerit.

3 Os escrauos são aquelles, q̃ não são liures pera fazerem (ainda o que as leis permittem) à sua vontade, mas pello direito das gentes são sugeitos ao dominio de seus senhores contra a natureza de seu nascimento, conforme o qual todos nascião liures, mas pellas

pellas guerras,& vso das gentes se introduzio a escrauidão, l. ex hoc iure, ff.de iustitia, & iure: porem entre os Christaõs não saõ escrauos, senão os Turcos, Mouros: & negros,que estâ em vso o seruir aquella geração,porẽ os que se tomão na guerra, saõ prisioneiros, & posto que se chamem seruos,he *à seruando*, que quer dizer guardar, porque atè nisto nos recomenda o Emperador o quartel, que he muito justo se dé aos vencidos,que se rendem. Muitos exemplos pudera trazer em proua disto,porem aduirto somente, que até aos infieis pareceo bẽ o perdão q̃ se dá aos vencidos, assi o notou Cicero lib. 1. de Oratore: *Nihil est* (inquit) *tam Regium, tam liberale, tamque magnificum, quàm opem ferre supplicibus, excitare afflictos, dare salutem, liberare periculis, &c.* & do Leaõ escreue Plinio lib.3.histor. c.16, que se contenta com o rendimento, & perdoa aos que se dão por vẽcidos, & do mesmo se espantou Ouuid lib.3 de trist.Eleg.1.quando disse:

Corpora magnanimo satis est prostrasse Leoni,
pugna suum finem, cum iacet hostis, habet.

Virgilio tambem nos recomendou e perdaõ,dizendo no 6. Aeneid.

Hæ tibi erunt artes, pacisq; imponere morem
parcere subiectis, & debellare superbos.

Et Horat.

Vendère cùm possis captiuum occidere noli;
seruiet vtiliter.

§. *Serui autem.*

SVMMARIO.

1 *Causas da escrauidão, & donde procedeo, & como o parto segue o ventre, & o filho da molher liure o he tambem, posto que o pai seja escrauo.*
2 *Se segue o filho a nobreza da mãi.*
3 *Nobreza da sciẽcia se prefere a tudo & a do procedimẽto excede toda.*
4 *Nobreza do animo se diuide em natural, & gratuita, & como?*
5 *Terceira causa da eseranidão he consentir hũ homẽ liure ser vendido participando do preço.*
6 *Condenado â morte se faz escrauo da pena, perde a liberdade, & não pòde fazer testamento.*
7 *Differenças que auia antigamente entre os escrauos.*
8 *Differenças entre os homẽs liures.*

1 AS causas da escrauidão procedem do direito ciuil,&das gẽtes,tambẽ teue seu principio no direito diuino, vt in c.21.Exod. A primeira causa he o nascimẽto da parte da mãi, porq̃ os filhos da escraua saõ escrauos, ainda q̃ os pais sejão liures: *Quia partus sequitur ventrẽ*, text.hic, iũcta glos.in verb.ancillis: porẽ quãto â dignidade,& nobreza, não procede isto, porq̃ os filhos seguem a condição

paterna, & a familia, de modo que se o pay for nobre, & a mãi mecanica, será o filho nobre, & pello contrario se o pai for mecanico, & a mãi nobre, será o filho mecanico. l. cum legitimæ cum gloss. & ibi notatis per Pichard. tit. de nobilit. cõmunicat. & per DD. in tit. ff. de statu homin. mas posto q̃ isto seja verdade, bom hé sempre o ter nobreza por qualquer das partes, & muitos creraõ, que a materna era supprimento do defeito da do pai, testemunhas saõ os Poetas, que reputaraõ aos filhos das Deosas por Deoses, attendendo sò à familia materna, vt Virgil. 11. Aneid.

Genus hinc materna superbum
nobilitas dabat, incerto de patre ferebat.

E Ouuid. lib 3. Metamorphos. tratando de Vlysses.

Est quoque per matrem Cillenius addita nobis
Altera nobilitas, Deus est in vtroq; parente.

Et idem libro 1. Fast.

Hinc fuit Euander, qui quamquam clarus vtroque
nobilior sacræ sanguine matris erat.

Et melius Poeta Papinian. lib. 3. Siluat. in lachrymis Ethrusij.

Sed quidquid patrio cessatum est sanguine, mater
Reddidit, obscurumq; latus clarescere vidit
connubio gauisa domus.

E conforme a direito val muito o ter bom sangue, ainda que seja materno: *Fauorabile enim, vtileq; est bonũ habere nomen*, ex textu in l. facta, §. quod si conditio scripta est, ff. ad Trebell. & ibi gloss. & DD. allegati per Ioannẽ Andr. in cap. grauis depositi. idẽ tenet Cin. in l. 1. col 1. in 2. notabil. Cod. de summa Trinit.

Porem os Iurisprudentes saibão, que a nobreza da sciencia se antepoem, & prefere à nobreza de sangue, assi o proua Cyn. in l. prouidendum, Cod. de postu. Alexander cons. 94. volum. 1. num. 2. Lucas de Penna in l. mulieres Cod. de dignit. lib. 12. col. 1. o qual diz, que a nobreza da sciencia, & das letras he a primeira do mundo, & leua a ventagem às mais nobrezas, & conforme a isto o Sabio, & prudente deue ser mais estimado, & preferido aos nobres de sangue, riquezas, & priuilegios, ita Abil. in proœmio, gloss. I. D Fernando n 26. vers. & quia nobilitas sciẽtiæ, vbi in vers. sed contra, entende, & explica a lei, 2. tit 21. part. 2. Regn. Cast. contrária a esta opinião. E o certo he, q̃ a nobreza consiste nos procedimentos, porq̃ estes fazẽ grande, & destroem grandezas, assi o encommendou Ouuidio ad Pisonem, quãdo tem por cousa de riso as imagens, & proesas dos antepassados, que não saõ imitadas pellos successores, & he grãdeza em hum pequeno querer fazer em si fundamento de nobreza, & diz o Poeta.

Nam quid imaginibus, quid auitis fulta triumphis?
Atria quid pleno numeroso consule fasti,
profuerint si vita labat? perijt omnis in illo
gentis honos, cui laus est in origine sola.

E como a nobreza do animo seja a ver
4 dadeira, notemos, q̃ he de dous modos, porque hũa he natural, da qual diz Seneca: *Qui est generosus ad virtutem bene à natura compositus*. E outra he gratuita, a qual he concedida por Deos nosso Senhor âquelles, q̃ he seruindo pera não serem sugeitos a vicios, & escrauos de torpezas, de qua Tull. *Liber (inquit) æstimandus est, qui nulli turpitudini seruit.* Item Sapiẽs. *De illa nobilitate glorieris, quæ filios Dei, & coharedes facit.* E assi q̃ o liure he o que viue bẽ, & o escrauo he o q̃ se ẽtrega aos vicios, de q̃ se sugeita, & destes diz S. Bernardo: *An non seruus, cui domina tur iniquitas?* Mas tornãdo ao nosso §. temos ditto, q̃ as causas da escrauidão he a primeira o nascer de mãi escraua, & a segũda, o catiueiro na guerra, da qual se não vsa entre os Christaõs.

A terceira causa he, a venda quãdo
5 hũ homẽ liure maior de 25. annos cõsente ser vendido pera participar do preço, & ia o direito diuino in 15. Deuter. condenou a catiueiro os q̃ vsaõ desta traça; porem conforme os DD. saõ necessarios cinco requisitos pera isto ter lugar. 1. q̃ se deixe vẽder pera participar do preço. 2. q̃ seja maior de 25. annos. l. 7. ff. de liber. caus. 3. q̃ participe do preço. 4. q̃ ignore o cõprador, q̃ elle he liure, & q̃ se deixa vẽder, por q̃ sabẽdo da malicia he nulla a venda pella mà fé do cõprador. l. liberis, §. siquis sciẽs, ff. de liberal. caus. 5. requere se q̃ seja vendido por terceiro, aliás não póde sugeitar sua liberdade, Porq̃ nenhũ he senhor della, nẽ de sua vida. l. liber homo, ff. ad leg. Aquil. & patet ex illo Sap. 16. *Tu es Dñe, qui vitæ & mortis habes potestatem*; & Deut. 32. *Ego occidam, & ego viuere faciam*, text. in c. si non licet cũ seqq. q. 23. vnde Seneca de vitæ breuit. inquit: *Suus nemo est*: & por isso se requere, q̃ o vendido se venda por terceira pessoa, porque elle mesmo não se póde vender a si. Vltimamẽte se requere, q̃ o vẽdido saiba q̃ he liure, & q̃ maliciosamẽte se deixe vender, porq̃ se ignorar sua condiçaõ, não procede, nem póde sugeitar sua liberdade. l. linicius in fine, ff. quibus libert. proclamar. non licet.

A quarta causa he quando alguem he condenado à morte por crime capital, porq̃ em consequencia depois da sentẽça fica escrauo da pena, & perde a liberdade. l. qui vltimo, ff. de pænis, nẽ póde o condenado fazer testamẽto l. eius, qui §. 1. ff. de testam, não sendo restituido, porq̃ sò o Principe póde restituir hũ condenado a seu primeiro ser, estado, & dignidade. l. 1. C. de sentent. pass. & restit. E a restituiçaõ gratiosa se extende a todas as dignidades ainda de futuro. E denota indulgẽcia plenaria, & recupera o restituido todo seu direito, vt per Mastrilh. de Magistr. in tract. ad indultũ generale, cap. 20. per totum.

Vltimamente notemos, q̃ hoje não
7 ha differença entre os escrauos, como auia antigamente, q̃ hũ era vendedor, outro solicitador, outro mienos, & tinhão suas differenças, conforme os DD. q̃

referem esta antiguidade, q̃ aqui nos não serue mais q̃ pera sabermos quando lermos nos textos dos escrauos, q̃ erão ordinarios, ou Atrienses, q̃ procurauão os negocios, ou veteranos, neuicios, scuparios, supellectarios, aquarios, & vigarios, como se lembra Marcial no seu Epigrãma ad Maximũ quando diz:

Esse sat est seruum iam nolo vicarius esse,
qui Rex est, Regem, maximè non habeat,

Entre os homens liures hà muitas differenças, porque huns saõ ingenuos, outros libertinos, como veremos nos titulos seguintes.

DE INGENVIS

Titulus quartus.

SVMMARIO.

1 *Ingenuo se chama aquelle, que nasce liure, & qual he?*
2 *Se a mãi liure conceber, & ao tempo do parto for escraua se será liure o filho, ou não? & as rezoẽs de duuidar, & discidir.*
3 *Calamidade da mãi se prejudica ao filho?*
4 *Molher prenhe não póde ser castigada.*
5 *Causas da ingenuidade, & quem se dirá que nasce liure?*
6 *Se hum homem liure for tido por escrauo, se dandoselhe liberdade, constando da injusta escrauidaõ, se se chamará ingenuo, ou libertino?*
7 *Idade como se proua?*

INgenuus est, qui statim vt natus est, liber est, diz o nosso Emperador Iustiniano no principio deste titulo, que Ingenuo se chama aquelle, que nasce liure à differença dos Libertinos, que saõ os que alcançaõ a liberdade, tendo sido escrauo, por nascimento, como se explica no titulo seguinte, & neste tratamos primeiro dos que nascem liures, pera que começando do mais digno, sigamos com boa ordem a continuação do nosso tit. q̃ cõcorda cõ outros in ff. de statu homin. l. 5. §. ingenui. l. ingenui 8. C. de ingen. & manumis. Declarada a diffinição dos ingenuos, diz o Emperador, que saõ aquelles, que nascem liures por rezão de q̃ seu pai, & mãi eraõ tambem liures, ou o que nasce de mãi liure, posto que o pai seja escrauo, ou ainda que não se saiba de certo quem foi o pai, & seja o tal filho dos que chamamos *Vulgo quæsitos*. A rezão disto he, porque o parto segue o ventre, & assim quanto à liberdade se attende á condição

1

da

da mãi,& não do pai. d.l. 1.§.ingenui, ff. de ſtatu hominum. l. partum. C. rei vindicat. o que ſe introduzio a fauor da liberdade, que em direito tem
5 muitos priuilegios, vt ſingillatim notatur per textum in l. ſi fuerit 10. §. plane, ff. de rebus dubijs. l. ſi peculium 18. §. ſi ſeruus, l. libertatis 17. l. ſi ita ſcriptum 26. de manumiſſ. teſt. l. generaliter 24. §. ſi quis de fideicõmiſſ. libert. l. in obſcura 179. ff. de regulis iuris, l. 1. Cod. de communi ſeruo, docet Gregorius in leg. 4. titulo 5. part. 8. verb. los derechos, Merill. lib. 1. obſeruat. c. 15. em tanto q̃ ſe a mãi cõceber ſendo eſcraua, & lhe derẽ liberdade, & parir ſẽdo liure, o tal filhò ſe chamarà ingenuo, ou pello cõtrario ſendo concebido em tempo q̃ a mãi ſeja liure, poſto que naſça ſendo a mãi eſcraua depois, fica liure. A rezão he, porque aquelle, que eſtà no ventre ſe reputa por naſcido, quando ſe trata de ſeu commodo, & vtilidade, & por iſſo ſe conſiderão tres tempos para a ingenuidade, a ſaber, o tempo do naſcimento, porque naſcendo de mãi liure, ainda que ſeja concebido ſendo ella eſcraua fica ingenuo, Segũdo, o tempo da concepçaõ, porque ſe naſcer ſendo a mãi eſcraua, tendo ſido concebido quando ella era liure, fica tambem ingenuo. Terceiro, o tempo em meio, porque lhe não prejudica, nem o hauer ſido eſcraua ſe o filho naſceo quando era liure: nem ſer a mãi depois eſcraua, ſe foi concebido quãdo ella tinha liberdade: *Cõſiderantur enim tria tẽpora ad ingenuitatẽ natiuitatis, ſcilicet, cõceptionis, & medio tẽpore, quia quãdo agitur de cõmodo partus, tunc qui in vtero eſt pro nato habetur.* l. qui in vtero, ff. de ſtatu homin.

E ſuppoſto que contra iſto pudera arguir grandes argumentos, que em outro tempo hão de ſer mais largos, digo só, que padece eſta reſolução algũas rezoens de duuidar, porque ſeguindo o filho quanto à nobreza, & familia a condiçãc paterna, vt in l. aſſumptio, §. ad filium, ff. ad municipal. parece, que he injuſto ſeguir quanto à liberdade a condição materna. Com tudo reſpondemos que ſegue quanto a liberdade a condição da mãi, porque eſta ſempre he certa, & o pai incerto; & como a liberdade ſeja mais fauorauel, que as honras, vt l. libertas, ff. de reg. iuris, quiz o Emperador, que ſeguiſſe pera ella o filho a condição da mãi, porque eſta he mais proueitoſa ao parto pella conſideração, que nella ſe faz dos ditos tres tempos, a qual ſe não faz no pai; & por iſſo tambem não prejudica ao meſmo naſcido o ſer a mãi eſcraua. ſe foi concebido quãdo era liure, porque o direito da ingenuidade eſtaua ja acquirido ao filho no ventre, & aſſi lhe não pòde prejudicar a calamidade da mãi. l. id quod noſtrum. ff. de regul. iuris, *& nemo alterius odio prægrauari debet.* cap. non debet ext. de regul. iuris. E ſeria caſtigar o que eſtà no ventre ſem cúlpa, o que o direito não permitte, ex cap. ſine culpa de regul. iuris in 6. & por iſſo a molher prenhe não pôde ſer atormentada, nem executada uella a ſentença de morte, poſto que a mereça por qualquer caſo até não parir. l. Imperator 2. ff. de ſtatu hominum, l. prægnantes, ff. de pœnis.

E poſto que ainda contra o ſobredito ſe poſſa prouar, que ſe dá em direito ingenuidade ſem que a mãi ſeja nunca liure, como ſe collige do texto na lei penultima, Cod. de his, quibus vt indign. nos termos do qual

foi deixada à liberdade a hũa escraua, a qual estaua prenhe, & o herdeiro grauado, que lhe auia de dar a liberdade dilatou a aceitação da herança, & a tal escraua pario, & resolue o ditto Texto, que o tal filho nasce ingenuo, & liure, sendo que a mãi não tinha ainda a carta de alforria, & liberdade, & parece que se da parto ingenuo daquella, que nunca deixou de ser escraua? Respondemos com tudo que a liberdade foi deixada à mãi, & lhe competia antes de parir, & por isso lhe não prejudica a mora, & dilação do herdeiro, cuja perguiça não deue prejudicar ao fauor da liberdade, como q̃ se confirma mais o referido.

E de tudo podemos colligir as causas da ingenuidade, & em consequencia saõ. Primeira, a liberdade da mãi. 2. a sentença, porque julgandose, que a mãi he liure fica a sentença sendo causa da ingenuidade, *Quia res iudicata pro veritate habetur*. l. res iudicata, ff. de reg. iuris. l. ingenuum, ff. de statu hominum.

A terceira causa he, quãdo o escrauo, ou libeito por especial beneficio do Principe he restituido ao primeiro estado de liure. l. 2. & l. patroni §. fin. ff. de natalib. restituend. Acerca do que perguntaõ os Doutores neste titulo. E se hum homem, que na verdade era liure, & ingenuo de nascimẽto, por erro for tido por escrauo, & depois lhe for dada a liberdade, & constar, que elle nunca fora justamente escrauo, porque nascera liure, & erradamente fora tido por escrauo, se ha de julgar por ingenuo, ou por libertino? Respondem, que se ha de ter por ingenuo, & que a tal manumissaõ, não ha de ser damnosa, nem prejudicial ao primeiro estado de liure, em que o tal homem nasceo. Aldroband. hoc nostro tit. & text. ibi, considerando tudo na forma referida, & pera sabermos a melhoria que ha entre os ingenuos, & libertinos, vejamos o titulo seguinte.

DE LIBERTINIS

Titulus quintus.

SVMMARIO.

1 *Libertinos saõ aquelles, a que se dá a liberdade sendo escrauos,*
2 *Manumissaõ que significa?*

Libertini sunt, qui ex iusta seruitute manumissi sunt, diz o nosso Iustiniano, que Libertinos saõ aquelles, q̃ sendo verdadeiramente escrauos lhes daõ carta de alforria, & com ella a liberdade. Consonat l. libertini, ff. de statu homin. l. manumissionis 4. ff. de iustit. & iure. E neste titulo nos deteremos pouco, porque só com as noticias, que nelle daremos espero informar os principiantes pera a explicação ao diante no tit. de successione libertorum.

Saibamos pois q̃ antigamente chamaõ

Considera-se tambẽ o tẽpo, & idade, & esta se prouua pellos liuros do baptismo. Virell. decis. 314. p. 1. viu. decis. 84. n. 2.

mauaõ Libertos, & aos filhos deſtes Libertinos; com tudo no noſſo titulo ſe entende da ſorte que tenho ditto, & ſe chamaõ Libertinos a todos os q̃ ſaõ manumitidos de juſta eſcrauidaõ, vejamos agora que couſa ſeja manumiſſaõ.

ou a arbitrio do juis pello aſpecto, & eſtatura do corpo. Ret. Roman in antiq. deciſ. 812. ou por conjecturas argum. l. cũ dote. C. de probation. Put. deciſ. 202. lib. 1. Ludoa. in dec. Peruſ. 55. n. 16.

Manumiſſio quer dizer, a liberalidade, com que o ſenhor dà liberdade ao ſeu eſcrauo, ou deixaçaõ do q̃ tem na maõ, porque como tenha o eſcrauo ſugeito, dandolhe liberdade o larga da ſua maõ, & dominio.

§. *Multis autem.*

1 *Modos com que antigamente ſe daua a liberdade.*

O terceiro era quando entre amigos ſe daua a liberdade ao eſcrauo, em o qual caſo eraõ neceſſarias cinco teſtemunhas, & eſcrito aſſinado pello ſenhor. l. vnica. §. ſed & ſi C. de dit. lib. toll. O quarto era por eſcritura, ou eſcrito, tambem cõ cinco teſtemunhas, vt in d. l. vlt. §. ſancimus. O quinto era ex teſtamento (& eſte modo ſe guarda apud nos) em que o ſenhor por vltima vontade deixa a liberdade a ſeu eſcrauo, ou eſcraua, vt hic & tit. C. de teſtam. man. per totum. & infra quibus ex cauſis ſerui, &c.

§. Serui.

SVMMARIO.

1 *A fauor da liberdade ſe tiraraõ os*

REfere o Emperador os modos com que ſe fazião a manumiſſaõ, ou doação da liberdade antigamente, & refere cinco. O primeiro modo ſe dizia *in Eccleſia*, quãdo em a Igreja em preſença do pouo, & do Biſpo manumitia o ſenhor ao eſcrauo, & lhe daua liberdade com ſua carta de alforria. l. 1. & 2. C. de his, qui in Eccleſia manumitt. a vendicta, que ſe chama aſſi, porque o Pretor cõ hũa vara, & com palauras ſolemnes, tocaua o eſcrauo, & dizia tres vezes. *Aio te eſſe liberum.* Outros dizem. que o ſenhor era o que tocaua ao eſcrauo, & depois abrindo a maõ ante o Pretor moſtraua que lançaua, & largaua de ſeu poder aquelle eſcrauo, & a iſto alludio Perſio quando diſſe:

Vindicta poſtquam meus à Prætore receſſi,
cur mihi non liceat iuſſit quodcunq; volumas?

modos, com que antigamente ſe daua a liberdade; & como ſe dà hoje?

A Fauor da liberdade ſe permite o poder ſe deixar em qualquer tempo, & lugar; porque he hum acto voluntario, que depende do arbitrio, & liberalidade do ſenhor, & aſſi não he neceſſaria a preſença do juiz pro tribunali, nẽ a mais, q̃ antigamente ſe fazia. l. 2. ff. d̃ offic. pro cõſ. onde depois da gloſſa ſe nota, que as couſas de juriſdição voluntaria ſaõ as que as partes entre ſi celebraõ por concerto, & conſentimento proprio ſem extorção, nem conſtrangimento, & contendioſas ſaõ as que ſe fazem em juizo, & contra vontade. l. inter ſtipulantem, §. 1. ff. de verb. oblig.

Titulo quinto

§. *final.*

SVMMARIO.

1 *Generos de Libertinos, que auia antigamente, erão tres, & se explicaõ.*

2 *Entre os Libertinos, & Ingenuos não ha differença a respeito das pessoas dos Libertos.*

3 *Liberto sempre fica sugeito ao que lhe deu a liberdade.*

1 ANtigamente auia tres generos de Libertinos, porque os primeiros se chamauão Cidadoẽs Romanos. Os segundos Latinos. Os terceiros Dididicios: porem hoje não hà esta differença; porque todos tanto que saõ forros, & liures ficão de hum modo. *& fiunt liures Romani*, l. vnica C. de latin. libert. toll. & l. vnica C. de dididicia lib. tol. & que cousa fossem Libertinos Latinos declara Minsingerio hìc n. 2. & diz, que eraõ os libertados por carta, ou entre amigos na forma que acima referimos. Os Cidadoẽs Romanos eraõ os que ficaõ forros no testamento, ou em lugar sagrado, ou ante o Consul: & os Dididicios eraõ os ferrados, & assignados com outro final patente, marcados, ou condemnados por crime, & castigados. E a esses chamauaõ Dididicios: porem apud nos não hà mais que hum genero que dissemos.

2 Entre os Libertinos, & Ingenuos não ha differença, porque todos os q̃ alcanção a liberdade ficão de hũ modo huns, & outros: porque renascem com a liberdade, & se reputaõ por ingenuos. O que procede a respeito dos homens, porem a respeito do senhor, que lhes der a liberdade não, porque sempre fica seu patraõ, & tem na pessoa do Liberto o direito do padroado secular, que explicaremos com suas preeminencias, & priuilegios no tit. 8. do 3. liuro de successione Libertorum onde explicaremos a differença do direito do padroado secular, & do Ecclesiastico, de q̃ tambem há titulo particular in Decretalibus, & in 6. de iure patronatus.

3 Do temporal, de que tratamos, diremos no ditto titulo.

QVIBVS EX CAVSIS MANVMITTERE non licet.

TITVLVS SEXTVS.

Continuação deste titulo, & concordancias.

1 *Mostraõse as pessoas, que não podẽ dar liberdade, & as causas porq̃ não val sendo dada.*

2 *Deuedor porque não pòde dar liberdade aos escranos em fraude de seus acredores, & como se presume este animo de fraudar.*

3 *A quem pertence prouar que houue fraude, & como differe este da culpa, & do dolo.*

4 *Fraude, & enganose comette de pessoa a pessoa, de cousa a cousa, ou de*

de contrato a contrato, & como, & quando ſe preſume?

No teſtamento pòde libertarſe o eſcrauo em fraude dos creedores, 6 *& como a liberdade ſe ſegue, inſtituindo o ſenhor o eſcrauo por herdeiro, ainda que o não declare por forro.*

DIſſemos acima dos modos, 1 com que ſe da a liberdade, a que chamamos Manumiſſaõ, ſeguеſe agora tratar das peſſoas, que não podem libertar, & manumitir pellas cauſas, que abaixo veremos neſte titulo, que concorda com outro in ff. qui, & a quibus manumiſſi liberi non fiunt, & in C. qui manumittere nõ poſſunt. E aſſi ſe nota neſte titulo, que todos os que não ſaõ prohibidos pella lei podem dar a liberdade aos ſeus eſcrauos, & manu- 2 mittilos. E os que não podem libertar ſaõ os ſeguintes.

Primeiro, não pôde o deuedor liber- 3 tar ſeus eſcrauos em fraude dos acredores. l in fraudem. 1, ff. qui, & á quibus manumiſſi liberi non fiunt. E ainda que a liberdade ſeja ſempre fauoraуel pera ſe julgar a fauor della. l, inter pares, ff. de re iudicata, com tudo não ſe deue por iſſo tirar o direito aos acreedores. l. 2. §. ſiquis â principe, & §. merito, ff. ne quid in loco publico, vel itinere fiat: & em qualquer acto ſempre ſe exceptua o dolo, & fraude. l. Titius creditor, ff. mandat. l. ſi pater ff. quæ in fraudẽ credit. l. actione, C. tranſact. l. Aurelio, §. Caius, ff de liber. legat. l. tres fratres, ff. de pactis, Cephal. conſ. 34. n. 23. & conſ. 62. n. 17. Menoch. de recup. remed. 15. n. 178. & de arbitr. lib. 1. q. 13. n. 8. aſſim que o deuedor, que não tendo ja por onde pagar liberta os eſcrauos, ou ſabe, que em lhes dando liberdade fica pobre ſe preſume, que o faz em fraude dos accreedores, vt hic §. in fraudem, & pera ter lugar o impedimento da liberdade ſe requerẽ (conforme o Emperador neſte §. in fraudem & in l. 1. C. eodem) dous requiſitos principais. Primeiro, vontade de fraudar dolo, & conſelho do que da a liberdade; & que em effeito fique o manumittente, que he o que da a liberdade, pobre ſem bens, com que ſatisfaça aos accreedores, & faltando alguns deſtes requiſitos não ſe reuoga a liberdade deixada ao eſcrauo, por tanto ainda que o libertador, ou manumittente fique pobre, ſe elle não teue animo de fraudar os accredores não ſe reuoga a liberdade, & manumiſſaõ. *Sæpè enim de facultatibus ſuis amplius quâm in his eſt, ſperant homines*, vt textus hîc, & he muito certo preſumir ſempre hũ homem de mais rico do que he, d. l. in fraudem.

E aos accreedores pertẽce prouarẽ, que houue dolo, & fraude da parte do que dà a liberdade, não eſtando cõtra elle as preſunçoẽs claramente de direito, ſecund. text. iuncta gloſſ. in l. 2. ff. de probat. porque eſta palaura, *Fraus*, he hum vicio ordenado pera engano dos homens, ſecundùm illud Iob. 13. *Nunquid decipietur vt homo veſtrus fraudibus*. E conforme a direito hũas vezes ſe toma por delicto, outras por engano, vt in l. aliud eſt fraus ff. de verborum ſignificat. onde diz o I.C. *Aliud eſt fraus, aliud pœna, fraus enim ſine pœna eſſe non poteſt: pœna eſt noxæ vindicta: fraus, & ipſa noxa dicitur, & quaſi pœna quædam præparatio.* 4

& in l. cũ autem 23. §. excipitur, ff. de ædilit. ædict. se explica cõ as seguintes palauras: *Excipitur etiã ille, qui capitalem fraudem admisit, capitalem fraudem admittere, est tale aliquid delinquere propter quod capite puniendus sit. Veteres enim fraudem pro pœna ponere solebant. Capitalem fraudem admisisse accipimus dolo malo, & per nequitiam: cæterũm si quid errore, si quid casu fecerit, cessabit edictum. Vnde Pomponius ait neq; impuberem, neq; furiosum capitalẽ fraudem videri admisisse.* Outras vezes se distingue da culpa, como direi no 3. liuro tit. de obligat. (Deo fauente) latè, & distinctè: o que aqui deuemos saber he, que o dolo, & engano não deue patrocinar a ningnem, vt dicitur in cap. sedes de rescriptis, C. tuæ de clericis non resid. & que o engano se differença do dolo, porque o engano se faz ás claras, & o dolo he mais interior, vt dicit glos. in l. 2. vers. ne que dolo, C. de inlitem iurand: per l. iurisgentium, §. dolo malo, ff. de pactis. E tambem notemos, que o engano se commette de cousa a cousa, ou de pessoa a pessoa, ou de contrato a contrato, da cousa a cousa ha engano quando. v. g. a lei prohibe, que se não empreste dinheiro ao filho familias, & Pedro lhe emprestar trigo, ou azeite, vt in l. item si filius, §. mutui, ff. ad Macedon. de pessoa a pessoa, se faz o engano, quando v g. a lei prohibe, q̃ a molher não faça doaçaõ ao marido, & pello contrario o marido á molher, & suppondose outra pessoa se fizer a doação, & não val pello engano de pessoa a pessoa. vt in l. hac ratione, §. non tantum, ff. de donat. inter virum, & vxorem, & de contrato a contrato ha engano, quando v. g. a molher, que não póde ser fiadora, se faz deuedora principal, vt in l. quanuis §. si cũm essem. ff. ad Velleian. latè glos. fin. in cap. quanto 26. de priuil. & ibi Ioan. Aud. & alii Doctores, conhecese este engano por conjecturas, vt in l. filia ff. soluto matrimonio, l. dolo. C. de dolo, cap. 2. de renunt. in 6. Felin in cõs. 50. cap. 22. & na vẽda, & alheaçaõ se presume, quando o deuedor alheàr seus bens, & juntamente os possuir, q̃ póde hum homem fingirse deuedor de outro, & fazerlhe hũa diuida, & venda fingida, & estar comendo os fruitos maliciosamente, vt est text. in l. sicut §. superuacaneum, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca sol. & Bald. in l. qui sub imagine, C. de distract. pignor. Item, se presume quando não he contrahida a venda, ou compra com as solemnidades requisitas por direito, vt per Zasium in d. §. item si quis in fraudem tit. de act. n. 13. & 14. & tãbem do pouco preço da compra, ou venda, vt in l. per diuersa, C. mandat: & in cap. ad nostram de empt. & vendit. & pello contrario tambem da maior quantia da paga se presume o engano, vt post Doctores, quos citat Mascard: de probat. cõcl. 815. num. 57. & nós diremos largamente (com o fauor diuino) no §. item si quis in fraudem no 4. liuro, tit. 6. de action. & concluo aqui com aduertir, que onde se puder tomar outra conjectura se não deue presumir engano, não se prouando euidentemente, Mascard. d. cõclus. 815. Gosad. in cons. 55. n. 13. & Mascard. vbi sup. cõcl. 1514. diz aquẽ pertence o prouar, que entreueo engano, & na dita conclusaõ 815. diz como se ha de prouar.

Porem quanto ao nosso §. & principio deste titulo notemos, que o sobredito não procede senão entre viuos, de

de modo que hum homem em quanto viue nao pôde libertar ſeus eſcrauos em fraude dos accreedores que tiuer porem eſtando na hora da morte, ou na vltima vontãde, ſe em ſeu teſtamento libertar hum eſcrauo pera o inſtituir por herdeiro, ou ſe ſimpleſmẽte inſtituir por herdeiro ſem o libertar por palauras expreſſas; com tudo tacitamente fica liure por cenſura de direito, por ſer veriſimil, que não pôde ſer herdeiro ſem ſer liure, & aſſi o fica logo tanto que for inſtituido herdeiro, vt in gloſſ. hic, ſuper verb. inſtitutionis: donde ſe collige aquelle axioma notauel, *quod vno conceſſo videtur omne id conceſſum, ſine quo illud expediri non poteſt*, ex textu in l. penult ff. de vſuris, & in l. quicunque §. ſi ei quem ff. de inſt. act. Nauar. conſ. 2. n. 6. de offic. iud. ordin. Ioann. Mar. Nouar. quæſt. forenſ. lib. 1 q 24. num. 8. o qual vulgarmente entendemos, q̃ quẽ concede hũa couſa ſe julga, que concede tudo o que he neceſſario pera expedição della, & da conceſſaõ, & quẽ quer a antecedencia (como he aqui o ſer herdeiro) quer tambem a conſequencia, que he o ſer liure, l. ad legatum, ff. de procurat. l. ad rem mobilẽ, l. qui proprio, §. qui alium eodem tit. l. illud, ff. de acquir. rerum domin. l. 2. §. inſpectio, ff. quẽadmodum teſtam. aperiuntur Gomes variarum tom. 1. cap. 3. n. 23. Surd. deciſ. 70. n. 5. & deciſ. 194. n. 6. & n. 32. & deciſ. 303. n. 9. & conſ. 99. n. 31. Fuſar. de ſubſt. q. 480. n. 21. & q. 421. n. 67. E eſta limitação de não proceder iſto nas vltimas vontades ſe introduzio parte em fauor do defunto, & parte em fauor dos accreedores, pera que tenhão a quem obrigar a lhes pagar, porque o herdeiro vniuerſal tem obrigaçaõ de pagar as diuidas todas do defuncto l. fin. §. cum igitur C. de iure deliberandi: & em fauor do defuncto, porq̃ ſe vendem ſeus bens como hereditarios por execução feita ao herdeiro, com a qual ſe liura o defuncto da ignominia (que antigamente era grande) de ſe venderem ſeus bens em praça, como teſtemunha Cicero in orat. pro Pub. Quintil. *Hercle, inquit, cuius bona ex adiecto poſſidentur, huius omnis fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur.* E aſſi eſcuſando o defuncto eſte deſcredito fica fauorecido em parte como os accreedores em terem a quẽ poſſaõ obrigar.

§. *Eâdem lege.*

SVMMARIO.

Menor de 25. annos não pode dar liberdade a ſeus eſcrauos. Limitaſe quando concorrem cauſas juſtas, & quaes ſaõ? 1

Menor ſe pòde libertar tanto que pòde teſtar, & como ſe ha de entender emendado o noſſo §. 2

Quem pòde o mais, pôde em conſequencia o que he menos, & como val o argumento da vltima vontade pera o contrato. 3

Dignidades, & cargos dados aos indignos ſeruemlhe de diſcredito. 4

Honras haõ de ſer merecidas, & os cargos mundanos não appetecidos, ou merecidos com trabalho. 5

A prudencia vence a fortuna, & a do ſabio nunca ſe muda. 6

Em

Titulo sexto

1 EM segundo lugar notemos neste §. que o menor de 25. annos não pôde dar liberdade a seus escrauos, text. hìc, & iu l. 1. ff. de manumiss. porem limitase esta regra se não tiuer o menor justas causas pera os libertar: porque tendoas, valerà a manumissaõ. v g. se der liberdade a hũa escraua, que lhe deu de mamar, & o criou, ou outros assi chegados, ou hũ escrauo, que o liurou de perigo, da hõra, ou da vida, como diz o Texto na lei iusta, ff. de manumiss. vind. vela manumissaõ, porque a honra, & a fama andaõ em igual passo com a vida, l. si quis á liberis in princip. ff. de liber. agnosc. & ibi Cordub. n. 34. Menoc. conf. 96. n. 15. Cald. Pereira in l. si curatorem, verb. cum non absimilis n. 10. Cod. de integr. restit. Menchaca illust. quæst. cap. 18. n. 13. assi que sendo solemne a manumissaõ, & sendo a causa justa allegada, & prouada, val. vt hìc, & facit text. in Auth. non licet, Cod. de liber. prætorit. & assi disse ja o antigo Donat. Adelphis, que era justo o allegarse, & prouarse a causa da manumissaõ: *Adscribi enim* (diz elle) *causas manumissionis in iure formula est.* E tanto que for a causa approuada, val ainda que seja injusta, vt hic §. semel, *quia quod semel placuit amplius displicere non potest*, cap. quod semel de reg. iuris: mas o sobredito procede na manumissaõ inter viuos, porem no testamento pòde o menor libertar tanto q̃ tiuer quatorze annos completos (que he a idade, em que pôde testar, vt in §. præterea infra quib. non est permissũ facere testamentum) pella disposiçaõ da glossa hic in verbo adimpleuerit per textum in §. 1. in Auth. *Vt sponsalia largitas specialis contractus sit*, com o qual foi emendada a disposiçaõ do §. final deste nosso titulo, por cuja resoluçaõ podia o maior de 17. annos dar a liberdade no testamento, ainda que pella ordem dos Digestos in l. nec militi ff. de manumiss. sò os de 20. annos o podiaõ fazer. Porem o que tenho dito se obserua, & tanto que o menor pôde testar (que he depois de 14. annos) logo pòde dar liberdade no testamento a seus escrauos, porque quem tem o maior poder claro he, q̃ se lhe não deue negar a consequencia do menor, conforme as vulgares regras do direito, que neste ponto combinaõ, certificando, que quem pòde o mais pòde o menos, vt in cap. cui licet, de reg. iuris in 6. vbi dicitur: *Cui enim conceditur id quod est maius, videtur etiam concessum id, quod est minus; & cui licet quod est plus, licet vtiq; quod est minus.* E tambem conforme a direito he licito o poder libertar a quem pòde testar, porque he valido o argumento da vltima vontade, pera o contrato, vt in l. iure ciuili 24. ff. cõdit. & demonstrat. l. item illa, ff. de const. pec. l. pactum inter hæredem, ff. de pactis. l. quæ de legatis, l. seruum filij 46. §. eum qui chirographum, ff. de legat. 1. l. final, Cod. de legat. Menoch. conf. 58. n. 23. & conf. 89. n. 36 Surd. de alimentis tit. 2. q. 10. n 7, & tit. 5. q. 1. n. 15 Brunor. à Sole verbo argumentum 2. Molin. de ritu nupt. lib. 3. quæst. 18. n. 14. Tuscus litera A, conclusione 495. E com muita rezão se concede nesta idade o poder pera libertar igualmente com o do testar, porque o testar he costume, & o dar liberdade grandeza, & assi se não ha de limitar esta, em que se reputa sufficiente pera aquelle, & do mesmo modo, que he justo darse o menos aquem se deue o mais, assi he injustissimo dar se o

ſe o menos a quem ſe deue o mais, aſſi he injuſtiſſimo darſe o mais a quem ſe não deue nem o menos. He entendimento do Poeta, que julgou a dignidade do indigno por infamia, pintãdo hum Enigma, em que ſe via hũ corpo morto ja quaſi cercado de pedras, no qual hum paſſageiro lançaua tambem hũa pedra ao paſſar, deſcreuẽdo aſſi com a letra: *Indigni dignitas infamis.*

Corpora collatis glebis ſceleratа ſepulchro
condit viator obuio.
(O dirum pietatis opus) qui vindice corde,
prece, & manu terram grauat.
Funus id Abſalon, turpiq; Horatia tymbo
meruere ſceleribus ſacrum.
Quæque decora viris, his probo vertitur vrna,
Mercurij inuggere Cthonij.
Sic prodactus honos, onus eſt inhoneſtus ineptis,
infame onus, grauis & honus.

O que ſe explica, & confirma com aquelle lugar dos Prouerbios 26. *Sicut qui immittit lapidem in acceruum Mercurij, ita qui tribuit inſipienti honorem.* E aqnellas palauras: *Acceruus Mercurij*, ſe entende por hum monte de pedras lançadas pellos paſſageiros nos corpos mortos dos condenados, que não ſe ſepultauão, & com ellas ſe encobrião: Porem quem quizer liurarſe deſte juizo, trate (como digo a principio) ou de deſpreſar as dignidades mundanas, ou de as merecer, trabalhãdo, & eſtudando que deſte modo nada lhe empecerá, como breuemente veremos em eſtas repreſentaçoens na primeira he, em que ſe moſtra a fortuna em o cimo de hum monte muito alcantilado, & ao pé delle à contemplação tres homens: hum coixo, & aleijado, outro muito carregado, & outro muito gordo, & barrigudo, & diz a letra, com a expoſição: *Contemptus rerum fortunatiſſimus.*

Fortuna difficili in lugo lectum locat
ſaxis quieſcens auijs, quo debilis
obeſus, & onuſtus nequibunt ſcandere.
Opes, voluptates, honores heus fuge.
Prædes miſeriæ hi ſunt, onus, marcor, tumor.
Aurum graue grauat; leuis at eneruat Venus;
pigro tumore gliſcere facit purpura.
Cælum bisne poteris, queis ſubire iugum nequis?
ante aſtra fortunam ſupergredi eſt opus.

Deſte ſe podem valer os que quizeré fugir às honras, & os que as quizerem alcançar deuem trabalhar a maneira do que ſe finge em outro emblema, propondo hũas aruores cortadas, & muitos homens comendo ao redor dellas, & diz a letra, *Labor ſemen gloriæ ſerotinæ.*

Titulo ĩexto

Syluafatigatis Perſis exciſa ſecuri,
indefeſſa dedit prandia regnipara,
grata laboranti requies; præcedit amaror,
poſtera ſunt grauido gaudia melle pigra.

6 É aquelle, que por ſeu trabalho, eſtudo, letras, alcançar dignidades viua ſeguro nellas, fazendo o que deue, porque a fortuna do ſabio nunca ſe rende, aſſi ſe toma por emblema daquelle Epitecto in Enchirid. & de ſeu cõmentador Simplicio, a ficçaõ de dous homẽs, que ambos tomaõ hum Vrlo cada hum com ſeu laço, & hũ dos homẽs chora, & outro riſſe, com eſta explicaçaõ, & letra: *Sapientis ars nulla fortuna flecti.*

Ille flet, hic ridet, quos par labor occupat. Anceps
Anſula diuerſos læta, grauisq; facit.
ſic ſortem illudes; gemina propendet ab anſa:
ſi docte capias, eſt tibi neutra grauis.
Nunc hoſtis ſiccus, calidus tunc æris hoſpes
(orbe catenato pax datur) ignis erit.

DE LEGE FVSIA CANINIA tollenda.

Titulus ſeptimus.

SVMMARIO.

1 Continuaçaõ deſte titulo.

2 Rezoẽs porque o Emperador deſterra eſta lei enuejoſa.

3 Enueja tem duas eſpecies, alegre nas aduerſidades do proximo, & triſte nas proſperidades, abominaõſe ambas, & ſe explicão.

4 Moſtraſe como a enueja he peor que a auareza, & outros males q̃ tẽ.

5 Comparaõſe os enuejoſos aos cegos, & ſe deſcreue eſte vicio.

6 Enuejoſo antes quer padecer com os maos, do q̃ alegrarſe com os bõs, & fazer mal a ſi pello fazer a outrem, com exemplos. 7

Enuejoſos como tẽ duas caras, & a peçonha q̃ formão ẽ ſuas ẽtranhas 8

Obrigaçoẽs q̃ temos de nos amar hũs aos outros por proximidade. 9

Enueja he porta pera todos os vicios por iſſo ſe deſterrou a lei ẽuejoſa. 10

O q̃ ſe cõtinha neſta lei Fuſia Caninia, q̃ repugnaua ao fauor da liberd. 11

CHeguemos ao tit. em q̃ o Emperador deſterra a lei enuejoſa, porque aborrece tanto a en-

a enueja ao Principe, que não faz mẽ. ção della, como legislador, senão como glorioso, de a ter desterrado, & assi que tratou no tit. acima da emenda, q̃ fez a lei ælia sentia q̃ prohibia aos menores de 20. annos darem a liberdade aos escrauos agora emenda, ou pera melhor dizer desterra, & abomina a l. Fusia Caninia feita por Fusio Caninio, não cam, mas peor, enuejoso da liberdade. Donde nota a glossa hic, q̃ não ha peor vicio, que a enueja, a qual
2 abomina o grande Doctor S. Agostinho no sermão 18. ad fratres in eremo que refere Anton. Gomes in l. 29. Taurin. 2.

3 E daqui podemos colligir quanto tẽ de desproposito o vicio da enueja, porque esta, conforme as melhores opiniões, tem duas especies, porq̃ he alegre nas aduersidades do proximo, & triste nas prosperidades. E notemos, que a tal alegria he doudice, & mal diabolico, pois choraõ quando vem bem ao proximo, & se alegraõ quando tem males, que he o tempo de chorar, & desta alegria louca se lẽ nos Prouerbios 17. *Qui in ruina lætatur alterius non erit impunitus.* Et Iob 31. *si gauisus sũm ad ruinã eius, qui me oderat & exultaui quod inuenisset eum malũ.* Pello que hauemos de considerar os enuejosos por homẽs crueis, & desumanos, & sem charidade, pois a perfeita he chorar com os tristes, & alegrarse com os alegres, vt legitur ad Rom. 12. vnde Apostol. ad Corinth. 11. *Quis infirmatur, & ego nõ infirmor?* No que mostraõ os enuejosos serem peores que brutos, & que os porcos, porque estes choraõ quando lhe mataõ os companheiros, & se cõpadecẽ delles. He a enueja aquella fera pessima, q̃ deuorou o innocẽte. Genes. 30. he peor q̃ a auareza, porq̃ o auaro se não cõmunica seus bẽs não prohibe a beralidade aos mais; mas o enuejoso he caõ, q̃ não acquire nada bom pera si enuejando o, & quer q̃ os outros percaõ tudo. E tanto assi, q̃ atè da bonda de de Deos, & de sua grandeza se doe porq̃ até esta sendo geral pera todos, quer coarctar o enueioso pera si, he peor que a ira, & que o odio, porq̃ainda que hũ homẽ irado queira mal a outrem, aquelle odio, todauia procede de algũ aggrauo, q̃ o odioso lhe fez, porem a enueja nasce das más, & peçonhentas entranhas do enuejoso, q̃ he discipulo do diabo, porque assi como elle enuejou à nossos primeiros pais o Reino do Ceo, assi os discipulos enuejaõ todas as felicidades. Pello q̃ não ha mais miserauel vicio, q̃ a ẽueja: porq̃ sò aos miseraueis perdoa, como diz ó grande Doutor da Igreja S. Hieronymo: *Difficile est in prosperis inuidia carere, sola miseria inuidia caret.* E fora daqui tudo corta, porq̃ não perdoou a nossos primeiros pais innocentes, nẽ a Abel. Genes. 3. nem a Ioseph quando seus irmaõs enuejosos o querião matar, nem Saul a Dauid, nem os Iudeos a Christo S. N. que por enueja o mataraõ. Math. 27. & he vicio infelicissimo, porque he cego, onde ha de ver, & como mal visto não sofre rezaõ, vnde illud Iob. 5. *Per diem incurrent tenebras, & quasi in nocte sic palpabunt in meridie*, vbi dicit S. Gregorius: *Mens inuidi cùm de alieno bono affligitur de radio lucis obscuratur.* E conforme a estas propriedades diffinio o Poeta o enuejoso quando disse.

Titulo ſeptimo

Pallor in ore ſedet, macies in corpore toto
nuſquam recta acies, liuent rubigine dentes
pectora felle virent, lingua eſt ſuffuſa veneno,
riſus abeſt omnis, niſi quem fecere dolores,
nec fruitur ſomno vigilantibus excita curis.

Porẽ a enueja he morte de ſi meſma, & da grandeza dos outros tira o veneno, com que morre, como dizo meſmo glorioſo Doctor Sam Hieronymo: *Inuidia ſui primum mordax.* E Sancto Iſid. *Inuidus medullitus animo æſtuans à ſemetipſo liuoris propry ſemper exigit pœnas.* Vnde Socrates. *Quanta felicium hominum gaudia, tanta ſunt inuidorum gemitus.* Cui ſonat dictum Horatij:

Inuidia Siculi non inuenêre tyranni,
maius tormentum.

E cõmo ella ſe cõrrompẽ primẽiro̅ a ſi propria, o enuejoſo he o que padece o maior mal, & a maior miſeria. porque como o bem commum luſtra mais, & conforme Seneca, não ha poſſe agradauel de algum bem, ſem companhia, o enuejoſo he tam mao, que antes quer ſer mofino com os triſtes, do que alegre com os venturoſos, & buſca o mal por ſuas maõs. E aſſi ſe conta de hum Rey, que concedeo a hum auarento, & a hum enuejoſo, que eſcolheſſem hũa merce, de maneira, que a eſcolha do vltimo ſe dobraria, & o que pediſſe derradeiro receberia dous premios: ouue grande contenda entre os dous viciоſos auarento, & enuejoſo, ſobre qual hauia ficar ſegundo na eſcolha, & peticiçaõ, de modo que mandou o Rey ao enuejoſo, que pediſſe primeiro. Vendoſe elle obrigado, & conſiderando, que o ſegundo como vltimo na periçaõ hauia receber dobrado, pedio ao Rey, que lhe fizeſſe merce de lhe mandar tirar hum olho, pera que tiraſſem ambos ao ſegundo; porque mais quer o enuejoſo padecer males pera fazer mal, do que ſer companheiro em grandes glorias; & por iſſo eſte enuejoſo quiz que ſe lhe tiraſſe hum olho pera ver cego de todo o proximo, & não pedio hum officio, nem hũa comenda, por não ver o outro com duas. E aſſi anda o enuejoſo tam arriſcado, que traz a morte comſigo, porque os bens do proximo o atormentaõ, & os males começaõ por elle, os bens affligindoo, & conſumindolhe o corpo, & os males, dandolhe occaſiaõ de ſe perder, & matandolhe a alma, & aſſi ao enuejoſo pertence aquelle ditto de Cain. Geneſ. 4. *Quicunque inuenerit me, occidet me.*

Saõ os enuejoſos tambẽ cõpanheiros dos de duas caras, q̃ cuidaõ, q̃ cõ grande ſciẽcia vẽ motejar dos outros

que

que os excedem, querendo descobrir lhe faltas, com o enfeite de suas disfarçadas entranhas, & não conhecem que saõ huns ignorantes, & que todo o enuejoso he nescio, & foge delle a sciencia, & a riqueza do Ceo, & da terra, iuxta illud Prouerb. 28. *Vir, qui festinat ditari, & alijs inuidet, ignorat, quod egestas superueniet ei.* & Eccles. 7. *Improperium, & contumeliam malus hæreditabit, & omnis peccator inuidus, & bilinguis.* E assi a enueja he o final por onde o diabo conhece os seus escrauos, & discipulos: porq̃ assi como Christo Senhor nosso disse a seus discipulos. Ioan. 13. *In hoc cognoscent omnes, quia discipuli mei estis, si dilectionẽ habueritis adinuicem.* Assi do mesmo modo que Deos nosso Senhor conhece os seus pella charidade fraternal, assi o diabo conhece os seus pella enueja, com que aborrecem tudo o bõ, & querẽ ter males pera fazerem mal: o que tudo lhe nasce de sua muita ignorância, & stultitja, com que não conhecem quanto se deue ao proximo, & quantos saõ os laços, com que estamos obrigados a amar huns aos outros, porque alem da irmandade natural, que todos temos em sermos filhos de Adam: & Eua, somos tambem irmãos espirituais, renascidos de hũ pai Christo S. N. & de hũa mãi a Igreja Catholica: & auemos pella misericordia do mesmo Senhor ser herdeiros da bemauenturança. Alem disto ha entre nôs a sociedade espiritual entre todos os fieis Christaõs, que somos companheiros do bem, & do mal, pois somos membros do corpo cuja cabeça he Christo Senhor nosso. vt Paul. ad Rom. 12. & ad Corinth. 12. *Siquid patitur vnum membrum compatiuntur cætera membra.* E se os taes enuejosos feros, & ignorantes conhecerão estas obrigaçoens, não cairão em semelhante torpeza, porque a enueja, como tenho prouado, he porta pera todos os vicios, & maldades: & tanto assim, que os maiores traydores, que ha saõ os enuejosos, & homens de duas linguas, ou caras, & nenhuns outros deuião ser desterrados, senão estes, como consta daquillo dos Prouerbios 23. & conselho nelles dado, quando se lê: *Ne comedas cum homine inuido, & ne desideres cibos eius: quoniam in similitudinem arioli, & conjectoris, æstimat quod ignorat, comede, & bibe, dicet tibi, & mens eius non est tecum.*

E por esta rezão, & as mais que apontamos, desterrou o nosso discreto Emperador Iustiniano esta lei enuejosa, porque na verdade nenhum acto ha mais prudente, & generoso em hum Principe, que não dar orelhas aos enuejosos, & desterrallos de seu Reino, porque por elles vem as discordias, de que resultaõ insolencias, mas no fim todas pagaõ elles, como mofinos, pois ordinariamente morrem de mà morte, como diz o glorioso Doctor Sam Hieronymo: *Non memini me vidisse malæ mortem mortuum, qui liberalem antea duxerat vitam, è contrario sæpè accidit quod inuidus malæ morte moritur, qui liberalem ante non duxit vitam.* Donde se colligе, que a enueja he final certo da perdiçaõ, & maldiçaõ, assim como a benignidade, & generosidade he demonstraçaõ, & indicio da predestinaçaõ.

Por fim do titulo notemos, que continha esta lei enuejosa hũa contrariedade, ou taixaçaõ daliberdade, porque a impedia, ordenando que quem

tiuesse dous escrauos os pudesse liber tar a ambos no testamento, & de dous até dez a metade, & dez até trinta a terça parte: & de 30. até 100. a quarta parte, & de 100. até 500. a quinta parte, & dahi pera cima não podia dar a mais escrauos liberdade no testamento. E assi que esta riguroſa, & enuejosa lei desterrou o nosso Emperador por justas causas. A primeira, porque a liberdade he mais fauoraue l, que todas as cousas, l. libertas omnibus, ff. de reg. iuris. E a segũda, porque por ella se tirauã aos que morrião a faculdade, que era concedida aos viuos. *Cùm viui quidem habebant licentiam, cæteris paribus solam familiam seruorum manumittendi, & ita actibus inter viuos plus tribuebatur, quã vltimis voluntatibus*, contra l. 1. C. sacros. Eccles. que diz, que nada se deue mais aos homẽs do que a liberdade do stylo dà vltima vontade, pois he a derradeira, *quod iterum non reddit ad arbitrium*. Passemos ao titulo seguinte, pois he tam prohibido, & mao o deter nesta lei.

DE HIS, QVI SVNT SVI, vel alieni iuris.

Titulus octauus.

SVMMARIO.

Segunda especie da diuisaõ das pes-
soas, que ou saõ de seu direito,
1 *ou sugeitos a outrem.*
Mostra se quaes saõ as pessoas de seu
2 *direito.*
Quaes sejaõ os sugeitos a outrem.
3 *Quem introduzio o catiueiro.*
4

1 ESTA he a segunda especie da diuisaõ das pessoas, que ou saõ liures, ou escrauos, ou de seu direito, ou de outrem.

2 As pessoas de seu direito saõ as que nem estão sugeitas ao poder do pai, nem do senhor ou porque seus pais morreraõ: ou porque saõ emancipados, ou pais de familias de qualqr idade capaz, ou debaixo de tutela, ou de mais de 14. annos: ou debaixo do cuidado de outrem, ou menores de 25. annos: nem debaixo de tutela, nem de cuidado.

3 As pessoas de direito alheo saõ os filhos familias, & os escrauos. porq̃ huns estão em poder de seus pais, & outros de seus senhores: & destes escrauos trataremos mais neste titulo, por não tratarmos nos mais, senão em seu lugar, & a materia deste titulo reseruamos pera outro ao diante, onde auemos tratar destas pessoas, que por rezão do patrio poder, & sugeição a outrem lhe acquirem vtilidade, ou obrigação, vt infra titulo, *per quas personas nobis obligatio acquiritur*.

4 O direito secundario, que chamamos das gentes introduzio os catiueiros, vt supra de iure naturali: porque consta, que esta authoridade, & poder do senhorio foi introduzida pello direito

reito das gentes,& recebida pellos homens, de modo que constrangem ao escrauo,que sirua,ou voluntario, ou contra sua vontade,obedecendo a seu senhor,quanto aos bens, & quanto à pessoa: & tanto que de direito ciuil saõ tidos por nada. l.quod attinet, ff. de regulis iuris.

§. *In potestate.*

SVMMARIO.

1 *Effeitos do senhorio, & dominio, que tem o senhor no escrauo, & o que lhe não permitte o direito.*

1 NEste §. se declarão os effeitos do senhorio na pessoa do escrauo. O primeiro he, que o escrauo não tem nada de seu, & o que acquire he pera o senhor: com tanto que acquira licitamente; porque illicitè, v.g. furtando, ou de outro modo reprouado não acquire ao senhor.

O segundo effeito he, que antigamente era licito ao senhor matar ao escrauo; & agora foi moderada esta crueldade, & somente póde o senhor açoutar, & fazer aquelles castigos costumados ao seu escrauo, vt in l. vnica C. de emend seru.

O terceiro effeito he, que o escrauo não póde ser trateado, nem atormentado contra seu seuhor, & pera o culpar senão nos casos exceptos na l. 1. & l. 2. C. de quæst.

O quarto he, que o escrauo não póde fazer testamento, l. si filiusfamilias, ff. de testamentis.

O quinto he, que o escrauo não póde ser testemunha, l. quoniam, C. de testam.

O sexto he, que não póde ser juiz nem ter officio publico algum de Tabellião, nem outro semelhante, l. cum Prætor, & l. quod attinet, ff. de reg. iuris, l. generali, lege, C. de tabular. lib. 10.

O septimo effeito he, que o escrauo não pôde demandar o senhor, nẽ trazelo a juizo, excepto por rezão de questão sobre sua liberdade, ou estado, vt in l. vix, ff. de iudic.

§. *final.*

SVMMARIO.

Antigamente podia o senhor liuremente matar o escrauo, & como foi limitado este poder. 1

Quem for demasiado cruel com seu escrauo póde ser constrangido a que o venda, 2

Em tempo de fome se deue constranger a quem tem trigo, que o vẽda no terreiro. 3

Como valerá a Igreja ao escrauo, q̃ pera ella fugir, & aos deuedores & delinquentes. 4

Immunidade da Igreja se a gozão os ladroẽs, & quaes, & aquelles, a quem não val. 5

Immunidade, de que direito he? como foi sempre obseruada, & se he licita, & em que casos? 6

Immunidade não val ao que mata, ou fere no adro, ou na Igreja, ou áquelle, que está na Igreja. 7

Aleiuoso não lhe val a Igreja, nẽ ao que mata, ou fere hum clerigo, ou sacrilego, & se val ao excommunga-

mungado, herege, ou traidor,

9 *Se val a immunidade ao que está já preso, & se val ao que dá peçonha?*

10 *Se valerá a immunidade ao que foge pera casa Real, ou de algum senhor?*

E TOcamos no tit. precedente o amplissimo poder, que o senhor tinha na pessoa do seu escrauo, & em sua vida, & morte, porq̃ o podia matar, como dissemos; a qual faculdade, por ser especie de tyrânia foi derrogada, & emendada na forma referida: porque conuem à Republica, que ninguem vze mal de suas cousas, & assi foi limitado este poder, em que o senhor faça do seu escrauo ò que he licito, & se sirua delle como cousa sua, porem que não exceda as leis de Christaõ, & assi se restringio o excesso, naõ limitando o vso licito; porque os escrauos seruem por necessidade da lei, & não por natureza, & ainda que a fortuna os faça escrauos, não lhe tira o natural de homens. & por isso as leis julgaraõ por temeridade, o serem tratados os homens, como os animais, ordenando, que hum homem, que fosse demasiado cruel cõ seu escrauo. & o tal escrauo se acolher a Igreja, informando se, & constando da tal crueldade ser excessiua, cõ boas condiçoẽs pòde o senhor ser obrigado a vender o escrauo, & receber o preço delle, vt hìc, & l. 1. & 2 ff. eodé, & supposto que seja regra vulgar, que ninguem pòde ser obrigado a vẽder a sua fazenda contra sua vontade, l. nec emere, C. de iure deliberandi, l. inuitum. C. de contrahenda emptione; com tudo tira se, & exceptua se desta regra o caso sobredito, *ob nimiam sæuitiam*, como tambem no tempo da fome, & caristia do trigo, podem os ricos ser obrigados contra suas vontades a vender, & pòr no terreiro o trigo, conforme Bald. Castrens. & alijn l. 1. C. de Episcop. audientia, per text. in l. 1. §. cura carnis, ff. de officio præfecti vrbis. 3

Acerca do que se nota tambem neste nosso titulo, que o que foge pera a Igreja não pòde ser tirado della violẽtamẽte, l. 2. & l. præsẽti C. de his qui ad Ecclesiã confugiũt: porque assi como o escrauo lheval o priuilegio da Igreja pera ser o senhor obrigado ao vender (se fugir por crueldade grande, porque se for por qualquer castigo deue ser restituido ao senhor com cãçaõ, de que o naõ trate rigurosamente, d. l. præsenti, §. sane si seruus, o que procede se o escrauo for sem armas, porque indo armado pòde ser tirado da Igreja, & resistindo o póde matar o senhor, sem que fique obrigado á pena de homicidio, l. si seruus, Cod. de his qui ad Ecclesiam confugiunt) assi tambem o homem liure, q̃ se valer da Igreja, lhe deue ser bom o priuilegio della nos casos, em que a lei o naõ derogua, & permitte, porq̃ se hum homem opprimido com dividas se acolher à Igreja, se for deuedor â Republica goza da immunidade pera naõ ser tirado por força; porem sendo chamado a juizo, & não acudindo se lhe confiscaõ seus bens; & sendo deuedor a hum homem particular lhe dà o juiz trinta dias pera se defender; & sendo obrigado, & cõdenado, se dà a sentença á execuçaõ, d. l. præsenti, §. 1. iuncto §. sed neque 4

in Auth. de mandatis princ. Porem fugindo por delicto cometido, tambẽ lhe val o priuilegio da Igreja, naõ sendo o delicto atroz, homicidio, adulterio, &c. porque entaõ podem ser tirados da Igreja, vt dicitur in §. neque autem homicidijs, iuncta glossa ibi in verbo neque custodes, Auth. de man. dat. princ. porque estes malfeitores saõ perturbadores da quietaçaõ, & gosto commum. Vnde Paul. de Castro dicit in l. 5. C. de Episcop. *Audit. Iustissimum esse officium si fiat iustitia de criminosis, nec potest, inquit, pinguior victima mactari Deo, quam homo sceleratus secundùm Senecam.* Supposto q̃ de direito Canonico tenha esta immunidade suas limitaçoens, que val o priuilegio aos que fugiraõ pera a Igreja, tendo cometido o delicto fora della: & aos que delinquiraõ na Igreja, naõ lhe val, porque quem obra cõtra a lei, naõ se pòde valer da mesma lei: porem os ladroẽs publicos, & deuastadores dos campos, nem de iure Canonico lhe val a immunidade, da qual se pòde ver Remigio, que no tratado de immunitate Ecclesiastica diz na fal. Iunt. 1. que naõ gozaõ da immunidade da Igreja os ladroẽs publicos: & quaesquer ladroẽs que furtarem na Igreja, ou se acharem nella com o furto, acolhidos naõ lhes val a immunidade, vt per Couar. lib. 2. variarum, cap. 20. n. 13. vers. decimo nono: & segundo a opiniaõ de Iaf. Romano, & outros Doutores, tambem os que defraudaõ a fazenda da Republica podẽ ser tirados da Igreja. Rom. in l. dies cautioni, §. ait Prætor, ff. damn. infect. Iaf. in l. plerique, ff. de in ius vocand. Igneus in repit. leg. 1. in princip. n. 55 ff. ad Syllanian. porque a semelhantes ladroẽs lançou do Templo Christo Senhor nosso, como refere o Euangelista S. Matheos.

Como vala Igreja aos deuedores, & como aos q̃ quebraõ, & o modo com q̃ se fazẽ os cõpromissos se explica adiante no tit. de verb. oblig.

Ord. lib. 2. tit. 5. §. 2. & a dauida se val a Igreja, ou naõ se auerigua cõ o Vigario geral tirada primeiro inquiriçaõ. Ord. d. lib. 2. tit. 5.

Math. c. 21

Dominus domus orationis, &c.

Sobre esta materia ha grandes questoẽs entre os Doutores, por ser muito considerauel em direito, & pera ajustarmos as soluçoẽs em tudo veremos as principais breuemente. E quanto à immunidade deuemos suppor, que he cousa muito recomendada, & considerauel, porque Igneo, & Remigio tem por opiniaõ certa, que he a immunidade de direito diuino: porque como lemos no Exodo, o altar de Deos tinha immunidade, o Tẽplo, & o Tabernaculo. Nos Numeros mandou Deos sinaler seis Cidades pera seguro, & refugio dos delinquẽtes: & no liuro dos Reys, & no de Iosue, & no Deuteronomio se conta das quarenta & oito cidades assinadas por ordem de Deos aos Leuitas, das quaes tinhaõ immunidade as da terra dos Amorreos, Hebron, Curiatharbe, Sichem, Cedes, & Gola na tribu de Manasses, Ramod na tribu de Gad, Bosor na tribu de Rubem. Com tudo Couar. lib. 2. variar. cap. 20. n. 1. com Deciano tem a contraria opiniaõ, dizẽdo que naõ he lei diuina hauerse de guardar a immunidade, porque as leis do Testamento velho expiraraõ com a vinda de Christo Senhor nosso, com tudo esta opiniaõ de Couarruuias reprehende Anastasio Germano lib. 3. de sacrament. immunit. cap. 16. n. 4. dizendo, que he de direito diuino a immunidade, porque os preceitos do Testamento velho foraõ renouados na lei da graça, & que sendo o Tẽplo de Deos casa sua, he justo, que por lei diuina se prohiba fazerse nelle uiolẽcia. E esta opiniaõ parece melhor a muitos Doutores, por serem maior recomendaçaõ da inuiolauel immunidade

Igneus in repit. l. 1. in princ. n. 26 cum seqq. ff. ad Syllanian.

Exod. c. 21.

Num. 7. & c. 35. 3. Reg. 1. 2. & 3. Iosue c. 20. Dent. c. 4. & 19.

Anast. Germ. de sacram. immunit. lib. 3. c. 16. n. 4. 5. 6.

7

nidade

nidade, que deuẽ ser guardada com o respeito deuido entre os Christaõs, pois até os Gentios respeitaraõ os Templos de seus falsos Deoses, como o Templo que os filhos de Hercules fizeraõ em Athenas; o de Apollo em Roma, o que se dedicou a Iulio Cesar, a casa de Lucila, & diz o Iurisconsulto Pomponio, que guardauaõ os Romanos os mais priuilegios nos têplos de Roma, & no que dedicaraõ a Diana, a Ceres, a Proserpina; nos Gregos se chamaraõ Asylos, como differaõ Titoliuio, Strabon. S. Agostinho, & o nosso Iurisconsulto Vlpiano, & outros, & finalmente innumeraueis pouos, & assi deue ser o Têplo de Deos asylo geralmente de todos os que a elle se acolherem, não sendo especialmente exceptuados por direito, como os que tenho referido, a saber, ladroẽs de estradas, destruidores dos campos, & os que furtaõ, ferem, ou mataõ dentro na Igreja. Preguntaõ agora acerca disto, & se hum homem se for pôr perto da Igreja pera dahi matar com esperança de se acolher à Igreja, valer lhe ha a immunidade? Respondem, que não. Couar. lib. 2. var. cap. 20. n. 15. post Anchar. in cap. fin. de immunit. Eccles. Menoch. tract. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 10. n. 12. Gutierr. lib. 3. practic. quæst. 1. n. 15. & 16. como da esmola disse Firmiano, que porque se tiraõ os peccados com ella não se dá licẽça pera peccar, & posto que aproueita pello peccado commettido pera o perdaõ, naõ se dá por ella con fiança pera peccar, & o mesmo procede ad exemplum na immunidade, que sendo asylo do delinquente, naõ deue ser causa pera deliquir. Donde se infere tambem outra pregunta. E se hum homem estando fora da Igreja atirar com hũa pistola, ou outra arma a outro que está na Igreja, & o matar, se valera a immunidade ao matador fugindo pera a Igreja? & resolue se que naõ: porque ainda que a principio o lugar onde se commetteo o delicto seja profano, com tudo a respeito do fim, & consumaçaõ delle he sagrado. E assi ou pella esperança de se recolher à Igreja, ou pello sacrilegio que commette o, matando, a quem estaua nella lhe naõ val, vt per Couar. vbi sup. & Visquis in tract. de immunit. Eccles. cap. 3. n. 23. & 31. & 62. O aleiuoso, que mata por industrias â treiçaõ, tambem naõ gozará da immunidade, como ja de direito diuino el Rey Salamaõ mandou tirar do Tabernaculo a que estaua acolhido Ioab, que matou à treiçaõ Abner, & Amasa. E o que estando na Igreja mandou matar outrem tãbẽ perde o priuilegio da immunidade. Ioan. Gutier. lib. 3. pract. q. 2. n. 1. onde na questaõ 4. diz, que ao que faz moeda falsa val a immunidade. Item não goza da immunidade o que mata algum Clerigo, nem ainda âquelle, q̃ o ferir pello sacrilegio, que commette na pessoa do clerigo, que representa a Igreja. Boer. decis. 3. Foller. in pract. crimin. can. cap. 17. in vers. vt si est sacrilegium n. 10. Farinac. 1. tom. crim. tit. de carc. q. 28. como tambem o q̃ commette sacrilegio, & o que quebra portas, ou grades pera furtar algũa cousa da Igreja. Faber. in l. 1. C. de his qui ad Eccles. confug. Ao excomungado ha grandes questoens se val a Igreja? Felin. diz, que não no cap. à nobis de except: porem muitos mais Doutores tem a contraria, & dizem, que si val, porque ao excomungado em vida não está interdicta a Igreja mais que em

Stacius lib. 12. Theb.. Aeneid. 8. Liuius lib. 1. Pompon. in l. 2 §. his tamen, ff. de orig. iuris. Seruius lib. 8. aug. de ciu Dei c. 34. Vlp. in l. 17. §. apud Labeonẽ ff. de ædil. itio edicto.

Lib. 1. Reg. Boer. decis. 109. n. 1.

Firmian. lib. 6. diuinarũ instit. cap. 13.

dos que saõ de seu direito, ou estaõ sugeitos a outrē 60

em quanto se celebraõ os officios di-
uinos. Boer. decis. 110. n.7- Visquis
in tract.de immunit, n. 49. Couarr.
lib.2.var.cap 20.n.11. Clar. in pract.
§.fin. quæst.30.num.18.tambem os in
fieis,que se acolhem á Igreja lhes não
val,porque a quem não crê o princi.
pal,não se deue dar confiança no ac-
cessorio. Abb. in cap.inter alia de im
munit. Eccles. nem aos hereges, &
blasphemos val a immunidade. Villa-
diego de hæret. q.11. n. 15. nem ao q̃
comete o crime de treiçaõ, & læsæ
maiestatis,cap.inter alia de immunit.
10 Eccles. o clerigo tambem não goza
da immunidade, vt per Abb.in d.cap.
inter alia: tambem ao que está ja pre
so não val a Igreja,ainda que fuja pera
ella. Boer decis.109. Visquis in dicto
tract. fallent. 1. n. 70. Hypolit. in re-
petit.l.vnic.C.de raptu virginū.n.101.
& 115; Alexand.cons.24.n.26.vol.2.
posto que outros tem a contraria o-
piniaõ,dizendo, que posto que não
val ao preso que fugir da cadea, vale-
rà ao que fugir das maõs da justiça.
Archidiacon. in cap. definiuit 17. q.
4. O que mata com peçonha não go-
za tambem da immunidade. l. 1. C. de
malefic. Ioan. And. & Felin. in cap. 1.
de homicid. Bald. in l. nemo, C. de lum
ma Trinit. item o incendiario não
goza. Dec. in 2.tom. crim. lib. 6. c.
2. n.24. textus in cap. pessimam, &
ibi gloss. 23. q. 8.

Tambem se hum preso fugir pe- 11
ra casa Real, não será tirado della, &
pera casa de algum Bispo, ou fidalgo
titular, & não sò na Igreja se goza da
immunidade,mas ainda se o delinquẽ
te indo fugindo se abraçar com o Sa-
çerdote, que a caso leuar o Senhor a
algum enfermo, vt per Hostiens. in
summa de immunit.Eccles. col. 7. n.
12.& de Regia domo,& priuatis,vide
Remigium vbi supra ampliat. 25. n.1.
Oldrad. cons.55. Couar. lib. 2. var.
cap.20. n.5.

E com esta breue noticia passe-
mos ao titulo seguinte, porque quádo
chegarmos com o fauor de Deos ao
de actionibus, & ao diante no de pæna
temerè litigantium quando tratarmos
dos juizos, auemos declarar como se
julgará esta immunidade, & referir ex
emplos,& os casos,em que o juiz Ec-
clesiastico conhece no secular,& pello
contrario.

DE PATRIA POTESTATE

Titulus nonus

SVMMARIO.

1 Continuaçaõ,& concordancias deste titulo.
2 Diffiniçaõ do Patrio poder.
3 Compete este poder ao pai, & auòs paternos,& porque?
4 Quaes saõ os que estão sugeitos ao Patrio poder?
5 Causas do patrio poder quaes saõ?
6 Como saõ legitimados os filhos naturais por tres modos,& se refe-
rem. Effei-

Titulo nono

7 *Effeitos do patriopoder referemse treze.*

8 *Mostrase a differença, que ha de peculios castrense, ou quasi castrense, profecticio, ou aduenticio, & como se acquirem?*

1 REferese neste titulo a segunda diuisaõ do titulo precedente, scilicet, das pessoas, porque hũas saõ de seu direito, outras não, porque ou o homem he senhor de si, ou está em poder de outrem, como os filhos em poder de seus pays: & os escrauos de seus senhores, dos quaes dissemos até o presẽte: & agora tratamos do patriopoder em consequencia do prometido. Concorda este tit. com a lei 3. cum seqq. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, & Cod. de patriapotestate. Saibamos o que he. *Patriapotestas est ius, quod filij, & filiæ, cæteriq; descendentes per lineam masculinam ratione personæ, & bonorum suorum subijciuntur patri, & auo paterno quoad certos effectus, de quibus dicemus.*

2 De modo que o pai tem direito, & dominio na pessoa do filho, ou filha, & neto, & nos bens na forma, que explicaremos.

E ainda que a reuerencia, & obediencia deuida aos pais seja de direito das gentes. l. veluti, ff. de iust. & iure, com tudo depois pello direito ciuil foi posto por lei.

Compete este direito ao pai na pessoa do filho, & não à mãi, ainda q̃ se lhe deua o mesmo respeito, vt inquit I. C. in l. parentes, ff. de in ius vocando. Segundo, compete este direito ao auò nas pessoas dos netos ainda viuo o pai, d. §. fin. & l. 4. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, porq̃ em quanto elle está sugeito a seu pai, não tem os filhos em seu poder: *Qui is, qui aliena potestati subiectus est, alium in sua potestate habere non potest.* l. sic eueniet, ff. ad leg. Iul. de adulc. Vejamos logo quaes saõ os que estaõ em poder do pai, & sugeitos ao dominio que dizemos, aduertindo, que passaremos breuemente as noticias deste titulo, porque as repitimos com rezoens de duuidar, & discidir no titulo de obligationi; notando que compete este direito ao pai & auos paternos, porque como este poder seja hõra de direito ciuil, ex l. filiusfamilias, ff. de legat. 1. §. sed & si liberos, desta não saõ capazes as molheres, vt l. 3. ff. de muuerib. & honorib. & por isso se reserua ao pai o poder mais superior, posto que da mãi siga a condição pera a liberdade.

Ao patrio poder estão sugeitos; em primeiro lugar os filhos, & as filhas nascidos de legitimo matrimonio. 4

Segundo, os netos, & netas filhos do filho casado, & os mais descendentes por linha masculina.

Terceiro, os filhos naturais, & depois legitimados.

Quarto, os filhos legitimos somẽte, ou adoptiuos.

E do sobredito se pòde colligir quaes sejão os que não estão no patrio poder, & primeiro os nascidos extra matrimonium ex legitimo coitu. Segundo, os filhos da filha, porque estes não estão em poder do auô materno, senão do paterno. E a rezão he, porque como a familia paterna he a que segue o filho, & o auò materno he conjuncto aos netos, mediante a filha, a qual não pôde por femça ter em seu poder o filho

lho

lho, assim em consequencia não póde passar ao auô o direito, que ella não tem, l. nemo potest 70. ff. de regul. iuris. Terceiro, os netos filhos do filho emancipado não estão em poder do auô, porque pella emancipação se extingue o patrio poder in dãnosis, non in vtilibus, § præterea inf. quib. mod. ius patriæ potest. soluitur.

Causas do Patrio poder.

AS causas do Patrio poder sã tres. A primeira he o matrimonio justo, legitimo, & approuado. A segunda he a adopçaõ, ou perfilhaçaõ. A terceira he a legitimação do filho natural, que he aquelle, que conforme a natureza he gerado pello pai, & não se chama legitimo por ser nascido de ajuntamento illicito extra matrimonium, & deue ser filho de homem solteiro, & molher solteira, como diremos em seu lugar; porque o amancebamento, ainda que não fosse condemnado de direito ciuil, vt tot. titulo, ff. de concub. com tudo de direito Canonico, & Diuino, a que se deue obedecer, he prohibido, & reprouado, cap. nemo, & cap. meretrices 3. 2. q. 4. donde se pregunta.

Como saõ legitimados os filhos naturais?

ESta questaõ tratão os titulos nas Authenticas quibus modis naturales efficiantur legitimi. Item quibus mod. efficiantur sui, & in Cod. de naturalibus, lib. referem os Expositores deste nosso titulo tres modos de legitimaçaõ. Primeiro que os expliquemos vejamos o principal, q̃ he saber, q̃ cousa seja legitimaçaõ, que he hũa restituição natural do nascimento, com que se faz legitimo o filho, que nasceo de ajuntamento reprouado pella lei, pera succeder, a seu pai, ex testamento, & abintestado com os mais irmaõs, & irmãs, (no titulo das successoens, que se inclue no de bonorum possessionibus, dizemos que cousa sejaõ estas legitimaçoens, & como succedem os filhos legitimados.) E assi se diz.

Legitimatio est quædam naturalium restitutio, qua is, qui ex illicito coitu natus est, efficitur legitimus ad hoc, vt potestate patris sit, vel eidem defuncto, tam ex testamento, quã abintestato cũ alijs fratribus, vel sororibus succedat.

E esta restituiçaõ faz o Principe por causas justas, ou porq̃ o pai nomea o filho em sua vida, & á sua petiçaõ faz expedir a legitimaçaõ, vt notatur in Auth. vt liceat matri & auiæ, §. ad hoc autẽ, & in Auth. siquis C. de nat. liber. ou quãdo o instituio por herdeiro no testamẽto, pedindo a legitimaçaõ, vt in Auth. quib. mod. natur. effic. sui, §. illud tamẽ facit Ord. lib 2. tit. 35. §. 12 approuada cõ a cõfirmaçaõ. l. 2. ff. de nat. rest. Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1.

O primeiro modo de q̃ aqui se trata. s. *per oblationem curiæ*, vem a ser quando o filho natural somente se offerece ao seruiço do Emperador, ou do Gouernador da sua cidade, §. primus itaque modus in Authent. quib. mod. nat. effic. sui, ou como explicaõ os modernos. quando o pai viuo, ou no testamento offerecia ao seruiço da Corte, & ordem dos cortesaõs o filho natural, como declara Aldobrand. no dito cap. fin. Donde diz Bald. na l. 1. Cod. de sacros. Eccles. 4. column. vers. iuxta hoc quærere, que assim como pella offerta feita à Corte se consiguia o meyo da legitimaçaõ, com muita mais rezaõ se podia alcançar pella offerta fei-

ta à Corte celeste, ideſt, do filho, ou filha ao moſteiro.

O ſegundo modo he, quando o filho legitimo he legitimado por proviſaõ, & merce do Principe: *hoc eſt per Regium reſcriptum*: porque hum homem, que tem filhos naturais ſomente, & carece de filhos legitimos, tem eſte meio in ſubſidium, pera pedir ao Principe, ou Papa lhe haja os filhos naturais por legitimos, concedendo-lhe eſte priuilegio, que sò o Papa, ou Principe pòde outorgar, ou aquelle, a quem tiuer dado poder pera cõceder ſemelhantes prouiſoens, como apud nos ſe coſtumaõ paſſar pello Dezembargo do Paço.

O terceiro modo he pello ſubsequẽte matrimonio, com o qual os filhos naſcidos, & de antes naturals, ſe fazẽ legitimos, cap. tanta eſt vis, extr. qui filij ſint legitimi; porem pera eſte terceiro modo de legitimaçaõ ſaõ neceſſarios alguns requiſitos. Primeiro, que ſejaõ os filhos nascidos de molher ſolteira liure ao tempo da concepçaõ, & nascimento, o q̃ he de iure ciuili, pella l. cum ancillis, Cod. de inceſt. nupt. porem de iure Canonico, a que ſe deue ſeguir na materia do matrimonio ſempre he valido, ſabendo hum homẽ, que he escraua a molher naõ impede a deſigualdade, text. in cap. 1. & 2. de coniug. ſeru. 2. q̃ ſejaõ nascidos os taes filhos de molher, cõ quem o homẽ pudeſſe caſar, & naõ foſſe prohibida, com parentesco de ſangue, ou affinidade, ou molher casada, ou elle casado, que neſte caso como adulterinos naõ podem ſer legitimados. Terceiro, que ſejaõ filhos de manceba tida em caſa em lugar de molher, ſecundúm Barth. in l. concubinatu, ff. de concub. donde aquelles que nascem de molher, que naõ he manceba, & tem comercio com outros homens, não podem ſer legitimados, o que procede de direito ciuil, porem de iure canonico todos os filhos do ſolteiro, & ſolteira (que ſe prouar ſerem filhos) ſaõ legitimados pello ſeguinte matrimonio, que apaga, & tira os vicios precedentes, vt eſt gloſſa in cap. innotuit, & ibi Abbas iuncto textu ibi, in verbo coniugata, & gloſſa in cap. qualis, verbo desponsata 30. quæſt. 5. & eſta he a ſentença, & opiniaõ ſeguida dos Canoniſtas, & Legiſtas pello texto in d. cap. tanta. que naõ ſe funda no concubinatu, ſenaõ no poder, força, & virtude do matrimonio: *Alias faueretur magis peccato diuturno, quam momentaneo*, ſecund. Abb. in d. cap. tãta. Quarto, requereſe interuir a ſé, & eſtromẽtos dotais, & quando naõ os haja o consentimento he o que faz o matrimonio, como diremos; & naõ obſta, que entreuenha no meo outro matrimonio pera o effeito da legitimaçaõ: porq̃ ſe hũ homẽ ſolteiro ouuer filhos de hũa molher tambẽ ſolteira & depois de eſta ſua molher morta, casar com a primeira, de que houue os filhos naturais, pello ſeguinte matrimonio ficaõ legitimos, não obſtãte o matrimonio em meio, ficando legitimos, não sò quanto à ſucceſſaõ, mas tambem pera as honras, dignidades, & morgados, vt notatur in cap. naturales ſi de feudo fuerit controuerſia, &c. Conſonat Ord. lib. 2. tit. 35. §. 12. per text. in dicto cap. tanta, & eſta he a verdadeira opiniaõ vejamos agora.

Os effeitos do patrio poder.

Varios

VArios saõ estes effeitos, eu os tratarei com a breuidade possiuel, & com o limitado, que meu juizo póde aprehender das largas opinioens. O primeiro effeito he, que os pais podiaõ antigamente naõ só castigar, mas tambem matar os filhos. l. in suis, ff. de liber. & posthum. & l fin. Cod. de patria potestate; porem esta inhumanidade foi reformada, antes saõ castigados com graues pennas, & o deuem ser os pais, que tratão cruelmente os filhos. *Cùm patria potestas consistat in pietate, non in atrocitate.* E assi he permetido ao pai vzar de hũa licita emmenda com os seus filhos. l. vnica, Cod. de emmẽd. propinq. E quando o filho for notauelmente desobediente, póde o pai queixarse ao juiz, que o prenderá, & castigara como o pai pedir, com justiça, text. in lege si filius, Cod. de patria potestate. Consonat Ord. lib. 5. tit. 95. §. 4.

O segundo effeito he, que o pai póde vender o filho na vrgente necessidade, & tempo da fome, ou obrigarse dando o filho em penhor, de modo que satisfeita a diuida, seja restituido a sua liberdade. l. 1. Cod. de patribus, qui filios distraxerunt. E o pai tornando a ser rico, & passada com melhoria a necessidade, deue ser obrigado a remir, & resgatar o filho Bald. in cap. ex rescripto extra de iure iurando. O que somente he permitido ao pai, que póde vender o filho, porem a mãi, nem auò naõ, porque suppoſto que o neto esteja em poder do auó, nem por isso o poderâ vẽder, porque este priuilegio he sô permittido ao pai, como diz o nosso texto, & lemos em muitas historias humanas como foi Erisichthon, que pella grande fome lhe foi forçado vender sua filha. de quo Ouuidius lib. 8. Methamorph.

Et tandem demisso in viscera censu
Filia restabat non illo digna parente,
Hanc quoq; vendit inops, &c.

O terceiro effeito he, que o filho naõ póde litigar com o pai, nem chamallo a juizo sem venia, & se costuma fazer petiçaõ ao juiz, & pedirlhe venia pera litigar com as pessoas prohibidas, pai, mãi, sogro, sogra, que estaõ em lugar de pais, com pena de cincoenta cruzados. l. fin. ff. & Cod. de in ius vocand. & assi deue pedir venia o filho, ou emancipado, ou naõ, sob a dita pena. Cõsonat Ord. lib. 3. tit. 9. §. 1.

O quarto effeito he, que entre o pai, & filho naõ ha demanda algũa, senaõ do peculio castrense, & nos casos que se notaõ na l. lis nulla, ff. de iudic. ou quando o pai damnifica os bẽs aduenticios, em que tem o vsofructo, & os dissipa, pôde ser demandado pello filho. Ord. lib. 3. tit. 9. §. 4.

O quinto effeito he, que ainda q̃ entre o pai, & filho haja algũa obrigaçaõ natural propter consensum, comtudo nunca póde entreuir obrigaçaõ ciuil, (como veremos largamente no titulo de obligationibus, a rezão he porque o patrio poder foi introduzido pello direito ciuil, & nelle por ficçaõ propria do mesmo direito, se reputaõ, pai, & filho por

hũa meſma pèſſoa, & ſe ſe dera entre elles obrigaçaõ ciuil como ſejaõ o meſmo, obrigandoſe o pai, obrigaſe a ſi proprio. & aſſi ſe naõ dá entre elles obrigaçaõ ciuil, §. item inutilis infra de inutilibus ſtipulat. & explicaremos ao diante no tit. de oblig. t.

O ſexto effeito he, que o filho familias naõ póde eſtar em juizo contra outrem, ſem licença de ſeu pai, l. fin. §. neceſſitate, Cod. de bon. quæ liber. o que procede nas cauſas ciueis, porẽ no crime naõ, porque nelle ſe trata de intereſſe publico, & no ciuil ſõ de particular do pai, & outras fallencias, & limitaçoens ſe podem ver per Socinũ in reg, filiusfamilias in iudicio n. 151.

O ſeptimo he, que de iure ciuili naõ podia o filho caſar ſem licença do pai, porem naõ he neceſſaria, que impida o matrimonio, ſuppoſto que ſeja licita, como diremos abaixo no tit. ſeguinte de nuptijs.

O octauo he, que o filhofamilias nem de conſentimento do pai pòde fazer teſtamento, nem codicillos, ſe naõ dos bens do peculio caſtrenſe, ou quaſi, (q̃ logo diremos o que he) nos quaes he reputado por pai de familias l. pen. & l. final. C. qui teſtam. fac. poſſ.

O nono effeito he, que o filho familias naõ pôde doar cauſa mortis sẽ licença do pai, l. tamis, iuncta, gloſſ. ff. de don. cauſa mortis.

O decimo he, qne o pai pòde pedir, & vendicar o ſeu filho, que eſtiuer retiudo por outrem contra ſua vontade, & o pòde o pai vendicar pello interdicto de liberis exhibendis, vt notatur in tit. ff. de liber. exhib. & reiuẽd. dizendo aſſi: *Vendico à te filium meũ, quem detines ea cauſa, quod poteſtas in eum iure Romano mihi datur*, & he cõforme oq̃ diz o I. C. na l. 1. ff. de reiuẽd.

O vndecimo he, que os bens aduẽticios (que logo diremos quaes ſaõ) pòde o pai adminiſtralos, ainda que o filho naõ queira, l. 1. C. de bon. mat.

O duodecimo effeito he, que ſe o pai fizer teſtamento, deue inſtituir o filho por ſeu herdeiro, ou desherdalo expreſſamente com cauſas juſtas (de que diremos no 2. liuro, tit. 13. de exhæredatione liberorum) aliàs naõ val o teſtamento quanto à inſtituiçaõ do herdeiro, como diremos no d. tit. cui conſonat. Ord. lib. 4. tit. 82. §. 5. Gama deciſ. 73. n. 21.

O decimoterceio effeito he, que tudo o que o filhofamilias acquire, he pera o pai, §. 1. infra, per quas perſonas nobis acquiritur. Porem pera entendimento deſte effeito he neceſſario vltimamente declararmos as eſpecies dos peculios, & bẽs que póde ter o filhofamilias, que ſaõ os bẽs, q̃ acquire por ſua induſtria pera ſi & ſe deffine. *Peculium eſt parua pecunia, quam filius, vel ſeruus ſua parſimonia, vel induſtria acquiſiuit.* l. peculiũ ex eo, ff. de pecul. & he de dous modos, porq̃ ou he caſtrenſe, q̃ he o dinheito dos ſoldados, ou paganico, q̃ he o dinheito, & bẽs dos que não ſaõ ſoldados, & ſe diz tambẽ quaſi caſtrẽſe. O caſtrẽſe he oq̃ o filho acquire pellas armas, & oq̃ lhe he dado pellospais, & agnados, & cognados, ou por eſtranhos por rezaõde ir águerra, & ſer ſoldado, vt hic, & conſonat Ord. lib. 3. tit. 9. §. 3. quaſi caſtrenſe he o q̃ o filho acquire por ſeu engenho, extra militiam; porem â ſemelhança de ſoldado, por arteliberal, ou adminſtraçaõ de officios publicos, ou pello ſacerdocio, ou pellas letras aduogando, ou de outro modo acquirindo, & os aduogados ſe chamaõ ſoldados na l. aduocatũ C. de aduoc. diuerſ. iudic.

O peculio paganico, q̃ he da paz dos q̃ não sa̅o soldados; hũ he profecticio, que procede da substancia, & fazenda paterna, & com ella acquire, o filho, ou escrauo lucros por sua industria Consonat Ordinat. libr. 4. ticulo 97. outro se chama aduenticio, que vem ao filho por heranças maternas, ou de agnados, ou estranhos, consonat Ord. lib. 4. tit. 98. como largamente veremos ao diante.

Quanto ao peculio castrense, & quasi caltrẽse, acquire o filho pera si in totũ a propriedade, & vsufructu, & delle pòde testar. l. fin. C. de inofficioso test.

O profecticio in totum se acquire ao pai quanto â propriedade, & vsufructo, porque como procede da fazenda do mesmo pai busca, & torna a seu centro.

O aduenticio se acquire ao pai somente, quanto ao vsufructo, porque a propriedade he do filho. Acerca do q̃ se deue notar, que nos dous titulos in C. de bon. mat. item de bon. quæ lib. se ordena, que o pai em sua vida goze os bẽs aduenticios, porem de costume obseruado não tem o pai o vsofructo mais q̃ em quanto o filho està em seu poder, porque feita separaçaõ he obrigado o pai a dar ao filho a legitima materna, & os bẽs aduenticios, como veremos no tit. de actionib. & no tit. de obligat. declararemos todas as limitacoẽs, ampliaçoẽs, & duuidas, que estas resoluçoẽs tem.

DE NVPTIS

Titulus decimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo, em que se trata do matrimonio, & como se diuide em quatro partes.*

2 *Diffine se o despos orio, & mostra se que cousa sejaõ esposados de futuro, & como se contrahe.*

3 *Diuide se esta promessa, em sponsalias de presente, ou de futuro, & suas differenças.*

4 *Effeitos da promessa, & esposorio de futuro.*

5 *Contrahese o esposorio por palauras expressas, ou tacitamẽte, & como?*

6 *Se se pôde contrahir debaixo de condiçaõ, & qual ha de ser: mostra se a differença entre as condiçoẽs possiueis, & honestas, & desbonestas, & impossiueis, & debaixo de qual se pòde contrahir?*

7 *Mostra se quando he o protesto contrario ao facto com exemplo, & resoluçaõ de direito.*

8 *Se o matrimonio se contrahir debaixo de condiçaõ honesta, & pendente ella se contrahir segundo paramente qual valerâ?*

9 *Modos porque se acaba a promessa de casar de futuro.*

10 *Se tem lugar o arrependimento nesta promessa?*

11 *Se mandando se contrahir o matrimonio por procuraçaõ, & esta se reuo-*

reuogar, ainda que o procurador, & os contrahẽtes ignorem a reuogação, se valerá o matrimonio contrahido depois da procuraçaõ reuogada?

12 *Se hum homem se receber com hũa molher, & antes de consumar o matrimonio se for receber cõ outra, & o consumar, qual se preferirá?*

Se de direito diuino saõ os recebidos por palauras de presente verdadeiramente casados, posto que não haja copula?

13

De Sponsalibus.

PARS PRIMA.

Sponsalia sunt mentio, & repromissio futurarum nuptiarum, idest, futuri Matrimonij. l. 1. ff. de sponsalibus. 2

Supposta esta diffiniçaõ, de q̃ este nome, *Sponsalia*, he hũa promessa, com que os futuros noiuos se desposaõ, prometendo reciprocamente serem marido, & molher. Chamãose *Sponsalia à spondendo*. porque se contrahe com o consentimento da promessa, o qual se pôde dar de qualquer modo; ou em presença, prometendo à moça de casar com ella, ou em ausencia por procurador, ou carta, conforme o que le diz na l. fin. ff. eodem. *In sponsalibus constituendis parui refert, an per se, & coram, an per inter nuntium, vel epistolam, aut per alium hoc factum sit. Ac nihil interest, siue in scriptũ, siue sine scriptura quis sibi spondeat uxorem futuram modo de consensu constet.* l. in sponsalibus, ff. eoden, & ibi DD.

A idade, q̃ se requere pera contrahir sponsais & prometer á casar he depois dos sete annos, como explicarey no tit. seguinte.

Saibamos em segundo lugar, que conforme a direito Canonico tẽ esta promessa duas especies: porque ou se chamaõ sponsalia de futuro, ou de præsenti. cap. pen. ext. eodem, & esta distinçaõ he de direito Canonico, porque de direito ciuil tudo era hũa cousa, & toda a promessa de futuro casamento se chamaua, *Sponsalia*, porem nestas materias se obedece ao direito Canonico, & conforme a elle tem a sobredita diuisaõ: & se chama *Sponsalia de præsenti*, o que de direito ciuil se chama matrimonio, & he quando hum homem promette a hũa moça puramente de ser seu marido, em pre-

sença

3

1 Ratamos acima, de que a causa do patrio poder era o Matrimonio justo, do qual com boa ordem tratarei neste titulo, diuidindoo cõ a breuidade possiuel em quatro partes, na primeira direi algũa cousa da materia de sponsalibus, pois precedem. & saõ os desposorios o nouiciado do casamento. Na segunda explicarei qual seja o matrimonio licito, & seus effeitos & excellencias. Na terceira darei noticia do illicito. E na quarta, & vltima referirei as causas do diuorcio. E seguindo em tudo a breuidade, a que attendo nesta primeira impressaõ em vulgar, com pretexto (Deo fauente) de exagerar grandemente tudo na segunda impressaõ Latina, que ja fico acabando com continuado trabalho, & curiosidade) direi o mais necessario neste titulo, que concorda com outros no ff. de ritu nuptiarum. No Codigo, & Auth. de Nuptijs, no direito Canonico in titulo de sponsalibus, & Matrimonio. Vejamos da primeira parte.

ſença do Parocho, que vem aſer o meſmo que quando ſe recebem tanto que dizem aquellas palauras reciprocas, *Recebo a vòs, &c.* ſcão verdadeiramẽte caſados, & eſte he o legitimo matrimonio, ſem que entreuenha copula: *Nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit*, Vulgata, l. nuptias, ff. de reg. iuris.

E aſſi que eſta he a conhecida difſerença entre *Sponſalia de præſenti*, ou *de futuro*, & pera mais claramente o ſabermos, rezão ſerâ que vejamos de huns, & outros effeitos.

Effeitos da promeſſa de futuro.

4 O primeiro effeito da promeſſa deſpõſalibus de futuro he, que conforme a direito ciuil a parte porque ſe desfazia o effeito do caſamento perdia as arras, que tinha dado, & ſendo maior de 25. annos as pagaua dobradas. l. mulier in princ. C. eodem.

O ſegundo effeito he, que ſe à promeſſa, que hum homem fizer de caſar com hũa moça ſe ſeguir copula. v. g. Pedro deſpoſouſe com Maria, & deſferoua dahi a huns dias, neſte caſo ficaõ verdadeiramente caſados, ainda q̃ ſe não tenhaõ recebido, cap. veniens 2. de ſponſ. o que era de direito antigo, & hoje não pella emenda do ſagrado Concilio Tridentino, vt aduertit Soacius ad tit. de nupt. n. 4. cap. de effectibus ſponſal. a rezaõ porque ſe preſumia iſto nos que hauiaõ contrahido ſponſalia de futuro, era porque do concubitu ſe induz preſumpçaõ de matrimonio, pella certa preſumpçaõ de direito, contra a qual ſe não admitte proua em contrario: porque conforme os Doutores, quando o direito preſume algũa couſa. v. g. que todos os bens ſaõ liures; bem ſe admitte a proua em contrario, porem quando a preſumpçaõ he iuris, & de iure, ideſt, quando o direito preſume hũa couſa, & ſobre iſſo tem ordenado E poſto lei, entam ſenão admitte a proua em contrario, cap. his qui fidẽ ext. eodem, & ibi Doctores.

O terceiro effeito he, que ainda q̃ da promeſſa de futuro não naſça affinidade, com tudo naſce hũa honeſtidade publica, que impede o matrimonio entre os parentes, de modo que ſe não póde contrahir entre os parentes do eſpoſo cõ a eſpoſa, nem os da eſpoſa com o eſpoſo, até o 2. grao, cap. ad audientiã, & cap. ſponſam ext. eodem.

O quarto effeito he, que eſta promeſſa de futuro ſe pòde confirmar cõ juramento, que he quando hum homem ſe jura com hũa moça, he promeſſa de ſponſalibus de futuro firmada com juramento, pello qual pòde ſer óbrigado o jurado a receber a moça, não obſtando algum legitimo impedimento. cap. ex literis ext. eodem.

De modo, que eſta promeſſa de futuro conſta de palauras puras, com que ſe contrata o ſeguinte caſamento, iuxta illud Acontij apud Ouuid.

Te mihi compoſitis, ſi quid, tamen egimus arte
adſtrinxit verbis ingenioſus amor.
Dictatis ab eo feci ſponſalia verbis,
conſulto q̃; fui iuris axore vafer.

Ou tacitamente ſe contrahe com o conſentimento. v. g. quando o pai cõ
5 preſença do filho promette de o caſar com hũa moça, ſe o filho não contra-

differ fica contrahindo esta promessa de futuro, cap. vnico de desponsat. impub. lib. 6. cui consonat illud Ouid, etiam sub Acontij nomine.

Nam quod habes, & tu humani verba altera passi,
non erit idcirco par tua causa mea.
Haec mihi te pepegit: pater hanc tibi, primus ab illa:
sed proprior certè quam pater ipsa sibi est.
Promisit pater hanc: haec & iurauit amanti:
ille homines, haec est testificata deam,

Contrahese tambem debaixo de con
6 diçaõ, como se explica no tit. in Decret. de condit. appositis. E conforme os mais contratos, vt in §. omnis infra de verborum obligat. E assi se pòde contrahir esta promessa condicionalmente. v. g. se acontecer tal, & tal cousa, & atè se não purificar a condição não he firme o matrimonio. Porem hauemos distinguir aqui dous casos principais. Primeiro, saibamos que em direito ha hũas condiçoens deshonestas, & impossiueis, & outras honestas, & possiueis. E assi, distinguamos. Ou estas condiçoens saõ contra a substancia do matrimonio. v. g. casarei com vosco se fizeres por não parir, ou caso com vosco até achar outra mais fermosa, ou mais rica, ou pera ganhar dinheiro com vosco adulterando. Estas condiçoẽs torpes, & contra a substancia do matrimonio o viciaõ, & impedem, C. fin. ext. codẽ & ibi gloss. Ou saõ estas condiçoens deshonestas, & não respeitaõ à substãcia do matrimonio, mas saõ peregrinas. v. g. Casarei com vosco se furtardes tal cousa. Outras saõ impossiueis de facto, que se não podem fazer. v. g. casarei com vosco se chegares com a maõ ao Ceo. E estas taes condiçoens peregrinas, ou impossiueis, não impedem o matrimonio, antes val, como se as taes condiçoẽs não fossem postas, d. cap. fin. ext. de condit. appositis.

O segundo caso principal da nossa distinçaõ he o seguinte. Ou as condiçoens saõ honestas pertencentes ao ajuntamento. v. g. casarei com vosco, se meu pai consentir: ou se me deres dous mil cruzados. Neste caso pro interim se suspende o consentimẽto, & está impedido o matrimonio atè se cumprir, & purificar a condiçaõ, & naõ sendo comprida se extingue a promessa do contrato do matrimonio cõdicional, cap. de illis, & d. cap. super eo ext. de condit appositis, donde se hum homem prometer a hũa moça de casar com ella debaixo de condição, se seu pai consentisse: antes do consentimento do pai naõ pòde o tal homem ser obrigado a consumar o matrimonio; porem isto tem hũa limitaçaõ, idest, se o tal esposado naõ conhecer carnalmẽte a esposa, antes do effeito da condiçaõ, porque se Pedro promete a Maria de casar com ella, se seu pai cõsentir, & antes de fallar ao pai tem copula com ella, neste caso parece, que se apartou da condiçaõ, & a renogou. text. expressus in c. per tuas ext. de condit. appositis, em tanto q̃

guar-

quando se segue o concubito sem se esperar o effeito, & cumprimento da condiçaõ se julga, que aquelle ajuntamento he consumaçaõ do matrimonio, de modo que se o esposado protestar expressamente, que se não quer apartar da condiçaõ, tendo depois ajuntamento lhe não aproueita nada o protesto, que he contrario ao facto. secundùm glos. in dict. cap. per tuas, in verbo præsumendo. E o protesto contrario ao facto não val, nem tem recurso, vt hic, & faciunt dicta per Surd. decis. 70. & 246. & probatur ex textuin cap. gratum de offic. deleg. & assi se diz, que os contrahentes se deuem abster da entrega dos bens da Igreja alheados, ainda que seja com salua, ou protesto de auer licença, porque tomando a posse delles, ficaõ obrando contra a lei, que não consente tal, & fica o protesto sendo encontrado ao facto do tomar da posse, & encorrem na pena da extrauag. ambitiosæ de rebus Eccles. non alienand. testatur Sayr. decis. 1. de rebus Eccles. non alien. Thesaur. forens. q. 73. lib. 1. Gramat decis. 49.

8 Donde nasce a questaõ, porque se pregunta, se o matrimonio primeiro se contrahir debaixo de condiçaõ honesta, & pendente ella se contrahir segundo matrimonio puramente qual delles ha de ser preferido?

Exemplo. Prometeo hum homem a hũa moça de casar com ella debaixo de condiçaõ, se o pai consentir, & neste meio tempo primeiro que o pai désse seu consentimento, contrahio com outra moça puramente, & depois disto escreuer o pai, ou declarar, que consente que se faça o primeiro esposorio. Freguntase, qual destes dous se ha de preferir? E breuemẽte responderemos, conforme os Doutores, que o segundo esposorio puramente contrahido val, & se deue preferir ao primeiro condicional, ainda q̃ depois do segundo purè contractus se purifique a condiçaõ pello consentimento do pai postea euemente. glos. in d. cap. per tuas in verbo præsumẽdum ibi, *Item quod si contrahe, &c.* ext. de condit. appos. porque o primeiro esposorio condicional tẽ força de promessa de futuro, que se resolue & extingue pella seguinte promessa de sponsalibus de præsenti, cap. sicut ex literis ext. de sponsalib. & ibi DD. E daqui podemos colligir qual seja o modo, com q̃ se acaba a promessa de 9
sponsalibus de futuro, & prim ò se acaba com a mudança da vontade de hũa & outra parte: porque se os esposados não quizerem receberse, naõ os obrigarão, por quanto a promessa de futuro he hũa palaura simples, que cõ outra contraria se acaba, & se não quizerem receberse do mesmo modo na forma sobredita, cap. 2. ext. eodẽ. E o esposado por palauras de futuro não pòde ser obrigado a receber adesposada contra sua vontade: posto que no cap ex literis, & ibi Marta decis. 171 se diga, que ha de ser constrangido o esposo a receber a esposa, com tudo logo diz no fim, se naõ ouuer causa racional em contrario, porque quando ha inimizades, ou presunçoẽs de que aquelle matrimonio terà mao fim, ou se aborrecem os desposados naõ deuem ser obrigados a se receber de præsenti, porque em rigor sò hũa aduertencia se lhes deue fazer pera saber suas vontades. ex textu in c. requisiuit de sponsalibus. Cened. collect. 161. Farinac. decis. 69. n. 16. p. 4. Ferr. cons. 171. & ex professo tenet

net Segur. in direct. iudic. cap. 15. n. 6. part 2. Vera cruz in speculo con iug. art. 25. per totum, Couar. in epit tom. de sponsa. cap. 4. n. 5. porque o esposorio de futuro he liure, & se muda com a contraria vontade, em tanto q̃ se hum homem prometer a hũa moça de casar com ella, se seu pai nisso consentisse, & antes que o pai se resoluesse, o filho disser que não quer casar cõ a moça, & o pai ignorando a mudança da vontade do filho, mandar seu consentimento, diz a glosa no cap. super eo ext. eodem, que não obstante a reuogaçaõ do filho, deue ser obrigado a receber a moça, porem Panorm. ibi tem a contraria opinião, & diz q̃ o tal desposorio cõdicional he o mesmo, que de futuro, & nelle tem lugar o arrependimento, ainda que o esposorio fosse jurado, cap. 2. de sponsalib. cap. 1. de spons. duorum, & o mesmo he no cõdicional: o que se proua mais com o texto no cap. fin de procurat. in 6. donde se Pedro fizer hum procurador, pera que em seu nome se esposse com alguem, & antes do desposorio reuogar a procuraçaõ, se depois da reuogaçaõ contrahir o procurador em nome de seu constituẽte, não valerá o matrimonio, ainda que o procurador, & a moça ignorem a reuogaçaõ, porque falta a vontade, & consentimento do marido, & assi he nullo o matrimonio, *quia consensus illius deficit, sine quo firmitatem habere nequit* vt tenet Anton. de Butr. & Phillip. Frãcus in dicto. cap. super eo, o que he especial no matrimonio, como veremos no tit. de his, per quos agere possumus, onde trato das procuraçoẽs, & procuradores, & no tit. de mandato.

Segundo se acaba a promessa de futuro com o discurso do tempo, por que se Pedro prometer de casar com Ioanna até certo tempo, passado elle se acaba a promessa. d. cap. sicut ex literis ext. eodem. Porem se não se tiuer declarado certo termo, entam esperarà a esposada dous annos morãdo o esposo na mesma prouincia. l. 2. Cod. eodem, & habitando em outra prouincia esperarâ tres annos. cap. de illis ext. eodem, naõ sendo a ausencia por causa justa, ou da Republica; porque se hum fidalgo se desposar cõ hũa senhora, & estando esposados, o mandarem por embaixador, ou a outra missaõ justa, & do seruiço Real, & bem da patria, esperarà a esposada, atè que cesse a causa da ausencia. l. Ixpé, ff. eodem.

Terceiro se acaba a promessa de futuro por enfermidade incurauel, ou outra semelhante, que sobreuier à esposada, v. g. se se fizer leprosa, cap. fin. ext. de coniug. leprosorum.

Quarto se acaba esta promessa de futuro pella seguinte de presente, de maneira, que ainda que hum homem esteja jurado com hũa moça, se depois for desposar se de presente, & receber se com outra, o segundo esposorio he valido, & se prefere à promessa de futuro, ainda que seja jurada; porq̃ aquellas palauras de presente do recebimẽto saõ verdadeiro matrimonio sem entreuir copula, *Nuptias enim consensus non concubitus facit*, vt dictum est, de modo que esta he a differença, que ha entre a promessa de sponsalibus de futuro pera a de presente, porque aquellas acabaõse com a mudança da vontade, & estas sô com a morte fenecem. *Quod ergo Deus coniunxit homo non separet.* Nem menos este desposorio, & recebimento de presente se acaba cõ outro tambẽ de presente: *quia publica sponsa-*

sponsalia de præsenti, sed priora præferũ. runtur posterioribus. E ampliase isto de modo, que se hum homem se receber com hũa moça per sponsalia, & verba de præsenti, & logo sem consumar o matrimonio se for receber de præsenti tambem com outra, & consumar o matrimonio. Neste caso he constrangido, & obrigado a tornar à primeira esposa, que he sua verdadeira molher. porque a promessa de spõsalibus de præsenti, se não acaba por outras de præsenti, ainda que sejaõ cõsumadas per concubitum, text. in cap. 1. vers. si autem, cap. licet, & fin. ext. de spons. duorum, & d. cap. penult. ext. eodem, vbi dicitur. *Si legitimus inter virum, & mulierem interueniat consensus de præsenti, siue iuramentum sit interpositum, siue non, non licet alteri ad alia vota transire, quod si fecerit secundũm matrimonium de facto contractum etiam si carnalis copula subsecuta sit, separari, & primum in sua firmitate manere debet, adeò quod consuetudo in contrarium non valeat*. d. t. fin. ext. de spons. duorum. O que tudo he feito com muita rezão, porque, se assi não fora, poderiaõ facilmente os homens esposar se de presente com hũa moça, & por qualquer odio, ou melhor parecença hir fazer segundos concertos, & casar se com outra, deixando a primeira, que he sua legitima molher. E a rezão he, porque a respeito da essencia matrimonial o concubito não accrescenta maior vinculo, secund. Panorm. in d. cap. licet: *Ideò primum matrimonium consensu contractum non tollitur per secundum copula consumatum*.

13 porque ainda de direito diuino o esposorio de presente he verdadeiro matrimonio. Math. 1. vers. 20. onde a Purissima, & sempre Virgem MARIA N. Senhora se chama molher do glorioso Patriarcha S. IOSEPH: *Vt Angelus ad eum inquit: Ioseph filij Dauid noli timere accipere Mariam coniugem tuam, &c.* Donde se vè claramente a confirmaçaõ do que tenho dito acerca de que o esposorio de presente he verdadeiro matrimonio sem entreuir consumaçaõ, nem outra cousa algũa mais que a solemnidade das palauras, & consentimento. E em tanto he isto verdade, que a molher tanto que se recebe por palauras de presente, segue a condiçaõ do marido, & goza de seu foro, ainda que se naõ ajuntem, l. exigere dotem, ff. de iudic. l. cum quædam puella, ff. de iurisd. omni. iudic. & ibi DD. cap. 1. de spons. & in l. mulieres. C. de dignit. l. 12. in l. ea quæ, ff ad municipal (Porem se podem ser meeiros nos bens, ou não, veremos no tit. de bonorum possess.) Do que se segue, que o esposo de presente, que conhece outra segunda desposada com elle de presente tambem commette adulterio a primeira, que he sua verdadeira molher. Como tambem de direito diuino se mandaua matar por adultero o que conhecia a esposa de outrem. Deuter. 22. vers 24. vbi dicitur: *Si puellam virginem desponderit vir, & inuenerit eam aliquis in ciuitate, & concubuerit cum ea, educes virũq; ad portam ciuitatis illius, & lapidibus obruentur, puella, quia non clamauit cũ esset in ciuitate, vir quia humiliauit vxorem proximi sui, &c.*

Daqui se infere tãbẽ q̃ se acaba a promessa de futuro se a esposada tiuer copula cõ outro homẽ, vt in c. quẽadmodũ de inre iurand.

Pello que tendo visto que cousa sejaõ esposorios de futuro, & de presente, como combinão, & differem, como se fazem, & extinguem, pera saber mos melhor com quem se podem cõtrahir pera effeituar matrimonio, explicuemos as aruores seguintes, onde com

com breues noticias dos graos do parentesco, acharemos algũa luz pera a materia do Matrimonio, que se ha de seguir, aduertindo, que abaixo quando tratarmos da affinidade veremos como se acabaõ as promessas de casar pella affinidade, que sobreuier até o segundo grao, & como se acaba pello voto, ou por entrada em Religiaõ, ou tomando Ordens, como largamente mostraremos.

DE ARBORE CONSANGVINITATIS, & affinitatis.

SVMMARIO.

1 *Rezoẽs porque deuemos saber a aruore dos parentescos:*

2 *Que cousa he parentesco por sangue a que chamamos consanguinidade?*

Que cousa he aruore de parentesco?

Que cousa he linha, & çomo se considera igual, & desigual.

5 *Grao como se conhece?*

PEra entendimẽto do nosso titulo de nuptijs, em que o Emperador declara as prohibiçoens, he necessario sabermos algũa cousa destas aruores, & computaçaõ dos graos.

Primeiro, porque o Matrimonio he prohibido em certos graos. Segũdo, porque as heranças se julgaõ pellos graos. Terceiro, pellas tutorias, que se daõ conforme o dircito do parentesco, como diremos a baixo. Quarto, pellos testemunhos, a que se não admittẽ os ascendentes, & descendẽtes, nẽ os collaterais, excepto no caso que diremos no tit. de testamentis ordinandis, infra 2. libr. vejamos da nossa aruore.

Quid est consanguinitas?

2 A consanguinidade he hum vinculo de pessoas descendentes da mesma raiz do progenitor, & saõ tam vnidas no sangue, & geraçaõ, que por isso se chamaõ, *Consanguinei*, porque saõ do mesmo sangue, & tiueraõ igual principio.

Quid est arbor consanguinitatis?

3 A aruore do parentesco he como alphabeto, & ordem que declara as pessoas como distaõ do primeiro progenitor, & como combinaõ nos graos, à semelhança de hũa aruore fructifera, pois ha nella tronco, ramos, & flores. Contemse no tronco desde o primeiro progenitor, que he a raiz, & ascendencia, & descendẽcia: os ramos saõ collaterais & as flores os pontos que determinaõ os graos; porem o principal he a linha, & o grao, que na aruore se deue considerar.

Quid

Quid est linea?

4 A Linha he o ajuntamento das pessoas descendentes do mesmo tronco, distinguindo os graos,& parentesco.

Quotuplex est linea?

A Linha se cõsidera de tres modos. Primeiro,ascendẽte,em que se conthem aquelles,que forão causa de sermos gerados: como pai,mãi,auò, &c.

Segunda, descendente, em que se conthem aquelles, de que somos causa pera serem gerados, como filho, filha,neto, &c. Terceira, collateral, q̃ he a linha,que comprehende aquelles que nem nos geraraõ, nem somos causa de serem gerados como irmaõ, irmãa, tio, tia, &c. Esta linha se diuide em duas partes, porque ou he igual, ou desigual.

Igual he quando os graos daqueles de cuja consanguicidade se tratar distem , & estejaõ em igual grao de distancia da raiz do primeiro progenitor: v.g. dous irmaõs, que estaõ em igual linha,porque distaõ,& estaõ afastados do primeiro progenitor em 2. grao,scilicet,por seu pai.

De sigual he quando hũa pessoa precede outra no grao, de cuja consanguinidade se tratar, & não estaõ remotos do primeiro progenitor, em igual grao, como tio,& sobrinho, filho de irmaõ que está afastado do tronco em dous graos, o sobrinho no segundo,& o tio no primeiro, & assi ficão desiguais.

Quid sit gradus?

5 GRao he hũ interuallo, com que se conhece a precedẽcia no sangue,& geraçaõ,& se chama grao,porq̃ he como escada de degraos , em que estaõ hũs em primeiro, outros em segundo,& em terceiro,&c. Passemos à nossa aruore.

De arbore ciuili.

SVMMARIO.

Aruore ciuil porque rezão se introduzio,& como , & pera que se consideri na linha dos ascendentes, & descendentes o computo dos graos , & a differença que nisto ha entre o direito ciuil , & canonico. 1

Como se conta o parentesco entre os ascendentes,& descendentes? 2

Como se conta entre os collaterais o parentesco atè o quarto grao? 3

1 AAruore do parentesco, & cõsanguinidade foi introduzida pello direito ciuil, pera decisaõ das tutorias,& successoẽs abintestato,como veremos no seu titulo particular, & pera succeder deste modo assi de direito ciuil, como canonico se guarda a mesma conta, & cõputo dos graos. Primeira dos ascendentes , & descendentes. Segunda dos collaterais. E vejamos as regras ambas. Aduertindo,q̃ o cõputo dos graos de direito canonico, & ciuil he o mesmo na linha dos ascendentes. Porem nos collaterais não,porq̃ neste consideramos de direito ciuil,q̃ tantas saõ as pessoas,quãtos os graos, tirado o primeiro progenitor,por respeito das successoẽs,& tutorias,como dissemos. Porẽ

direito canonico se conta a respeito dos matrimonios, & assi se conta na linha dos collaterais igual, conforme a distancia que fazem do progenitor; & assi os irmaõs como igualmẽte distão do pai no primeiro grao estão de direito canonico no primeiro grao de consanguinidade, & não se tira a raiz como de direito ciuil, conforme o qual acrescentandose hũa pessoa, constitue nouo grao, & por isso dizemos, que o pai gerou o filho, he hũa geraçaõ, & hum grao, o mesmo pai gerou meu irmaõ, he segunda geração, & segundo grao: porem de direito canonico não he assi, porque pera causar nouo grao sò se consideraõ duas pessoas. verbi gratia, Pedro, & seu irmão ambos distaõ igualmente do pai, logo ambos estaõ no mesmo grao primeiro, porque se não tira o progenitor. A rezão he, porque o direito canonico faz computo por respeito do matrimonio, o qual consiste de duas pessoas, as quaes pello vinculo ficaõ vnidas, *& considerantur vna caro*, & por isso fazem hum mesmo graõ, porem não he assi de direito ciuil, porque como este faz o computo pera as heranças, estas naõ se daõ senaõ de hũa pessoa pera outra, & por isso cada hũ gera nouo grao. DD. in cap. ad sedẽ 35. q. 5. & se observa isto porque o direito canonico confirma o computo ciuil pera as heranças, pella rezaõ referida. DD. in cap. clerici de iudic. & in cap. 1. de noui operis nunt. & Felin. in cap. Ecclesia sanctæ Mariæ, ext. de constit.

Na linha dos ascendentes, & descendentes, tantos saõ os graos, quantas saõ as pessoas tirada a primeira, id est, o primeiro progenitor; verbi gratia, quando se busca a consanguinidade de duas pessoas, que hũa descende da outra, neste caso contando estas duas pessoas, que entreuierem, tantos seraõ os graos quantas as pessoas forem, tirada hũa. verbi gratia, quero saber em que grao esteja o pai, & o filho, contaõse as pessoas, pai, & filho saõ duas, tirada hũa, ficaõ no primeiro grao. E do mesmo modo querendo saber em que grao diste Abraham de Iacob: cõtaõse as pessoas, & achaõ se tres, Abraham, Isaac, & Iacob, tirando hũa, ficaõ duas, & assi estaõ Abraham, & Iacob conjunctos no segũdo grao; & desta maneira na ascendẽcia, & descẽdencia se contaõ os graos assi de direito canonico, como ciuil.

Primeiro de ascendencia, subindo pai, & mãi, & na descendencia filho, filha.

Segundo grao subindo *auus*, ideſt auô, & *auia*, & auô, & descendo na descendencia *nepos* o neto, *neptis*, a neta.

Terceiro, subindo *Proauus*, o visauò, & *proauia*, & a visauò, & descendo, *pronepos* o bisneto, *proneptis*, & a bisneta.

Quarto grao subindo, *abauus* o terceiro auò, & *abauia* a terceira auò, & descendo *abnepos* o terceiro neto, & *abneptis*, a terceira neta.

Quinto subindo na ascendencia *atauus* o quarto auò, & *atauia*, & a quarta auó, & assi nos mais.

E sabido isto passemos aos collaterais.

Nesta segunda regra, & linha dos collaterais tantos saõ os graos, quantas saõ as pessoas, & geraçoẽs, tirãdo a raiz, ideſt, o primeiro Progenitor, & esta regra se guarda na linha igual, & desigual, verbi gratia, se quizer saber, em que grao estou cõ meu irmaõ

respon-

reſponderei aſſi, meu pai me gerou, he hũa geraçã̃o,& hũ grao, o meſmo pai gerou meu irmão, he ſegunda geraçaõ,& ſegundo grao, logo meu irmaõ eſtà comigo em o ſegundo grao, & aſſi dous irmaõs,ou irmão,& irmaã

E no ſegundo grao queré do ſaber em que grao eſteja comigo o ſobrinho filho de meu irmão, que ſe chama *nepos exfratre*, ſe reſpõderà aſſi, meu pai me gerou,he hũa geraçaõ & hum grao, o meſmo pai gerou meu irmão,he ſegunda geração,& ſegũdo grao, meu irmão teue hũ filho,he terceira geração, & terceiro grao, & aſſi eu, & meu ſobrinho filho de meu irmaõ eſtamos no terceiro grao; & aſſi o eſtão *patruus*, que he o irmaõ do pai, *amita*, que he a irmaã do pai, *auunculus*, que he o irmão da mãi, & *matertera*, que he a irmaã da mãi, que conforme o meſmo computo eſtão no terceiro grao.

No quarto grao eſtaõ os ſobrinhos filhos dos primos, contando aſſi, meu pai me gerou, he hũ grao, o meſmo pai gerou meu irmaõ,he ſegũdo grao meu irmão teue hum filho, he terceiro grao,eſte filho teue outro, he quarto grao: *& ſic fratres mei nepotes ſunt mihi in quarto gradu.* E no meſmo grao eſtão *patruus magnus*, que he o tio irmão do viſauò, & a irmaã da viſauô, & *auunculus magnus*, q̃ he o tio irmão do viſauô, *matertera magna*, que he tia irmaã do viſauò, & aſſi ſe pòde fazer o computo nos mais graos, contando na forma referida de direito ciuil.

De arbore affinitatis.

SVMMARIO.

Rezão porque ſe introduzio a aruore da affinidade, & pera que? 1

Que couſa he affinidade? Diuideſe em legitima, & illegitima, & ſe explica. 2

Que couſa ſeja honeſtidade publica, & donde procede, & como impede o matrimonio? 3

Diuideſe a affinidade em tres generos, & ſe explicão, & ſe ſe acaba à affinidade com a morte da peſſoa, q̃ a cauſou? & ſe ſe contrahe entre infieis? 4

Como ſe contaõ os graos de pretenção do parenteſco na affinidade. 5

Os parentes por ſangue do marido ficaõ ligados com a molher, & os da molher com o marido por affinidade, & como? & ſe podem caſar huns com outros? 6

Em que graos ſe contrahe a affinidade entre os parentes do marido & da molher, & como ſe computaraõ eſtes graos? 7

Em que graos he prohibido o matrimonio entre os parentes por affinidade; refereſe a noua reformaçaõ do ſagrado Concilio Tridentino neſte ponto. 8

ESta aruore introduzio o direito ciuil por duas cauſas. A primeira para os teſtemunhos,& a ſegũda pera o matrimonio, que he prohibido entre os que eſtaõ ligados por affinidade,cõ differẽça do direito 9

canonico, q̃ introduzio esta aruore somente pera o matrimonio, porq̃ o direito ciuil não prohibe o matrimonio entre os ligados com affinidade collateral, mas somẽte entre os q̃ estão ẽ lugar de pai, ou mãi, como sogro, sogra, genro, nora, madrasta, padrasto, & as pessoas contheudas na lei non facilé, §. hoc itaque, ff. eodem, & o direito canonico prohibe o matrimonio entre os ligados por affinidade transuersal em certos graos, que diremos.

Quid sit affinitas?

2 AAffinidade he hũ parentesco pessoal, que procede da copula, & he de dous modos, porq̃ ou he legitima, ou illegitima: a legitima he a que procede de justo, & legitimo matrimonio: & a illegitima he a que vem por qualquer copula illicita, & se contrahe extra matrimonium, ideò *Affinitas est attinentia personarum ex carnali copula proueniens inter copulatos, & cognatos eorum, qui copulati sunt.* Do que se collige, que do esposorio entre os apalaurados

3 não se contrahe affinidade ex nuda dispensatione, mas somente honestidade publica, que impede o matrimonio, donde hum homem, que se despoou com hũa molher, & prometeo de casar com ella, não póde casar com sua irmaã, & isto por rezão da honestidade publica: *Quia non tantum quod licet, sed etiam quod honestum est, considerari debet.* l. semper, ff. de reg. iur. & tendo copula com a irmaã se acabará a promessa, que tiuer feito de casar com a outra irmaã, c. venies de eo, qui cognou. consang. vxor. suæ.

Chamase affinidade ex eo, quod se ajuntaõ duas consanguinidades diuersas, & pello matrimonio, ou copula chega hũa geraçaõ a outra, & se ligaõ com o effeito daquelle matrimonio, ou copula. l. non facile, §. affines, ff. de gradib. affinit. *Procede este impedimẽto no 2. grao inxta concil. Trid. sess. 24. cap. 4.*

Os generos de affinidade saõ tres. 4
O primeiro he, q̃ se contrahe mediãte hũa pessoa. v.g. meu irmaõ casou cõ Maria, a qual fica minha parẽta no primeiro grao de affinidade, assi com os meus parentes, & de meu irmaõ. *Estes generos de affinidade se explicãoin l. & nihil, ff. de ritu nupt. & in c. 1. & cap. discretioné & c. ex litteris, & cap. tuæ de eo, qui cognouit consanguin. vxor. suæ.*

O segundo genero he o q̃ se contrahe mediante duas pessoas. v.g. Maria molher de meu irmaõ he minha parẽta no 1. grao de affinidade, & morrendo meu irmaõ, se Maria casar cõ Pedro, fica este Pedro conjuncto em parentesco, & ligado comigo, & com os mais parentes de meu irmaõ no 2. genero de affinidade.

O terceiro genero de affinidade he o q̃ se cõtrahe mediãte tres pessoas. v.g. se Maria morrer, & Pedro casar com Catheria, fica esta Catherina minha parenta, & ligada por affinidade comigo, & com os mais parentes de meu irmaõ no 3. genero de affinidade. Daqui se collige, q̃ a affinidade se naõ acaba cõ a morte daquelle, q̃ foi causa de se contrahir a affinidade *per rationem, quam reddit* D. Thom. in 4. dist. 41. q. vn. à n. 1. q. 3. *Quia cũ oriatur ex carnali commistione, quæ non requirit perseuerantiam, non perijt destructa persona.* E por isso a affinidade contrahida entre os infieis se depois se couerterẽ á fẽ Catholica, impede ẽtre os ligados por affinidade o matrimonio, porq̃ como a tal affinidade seja contrahida naturalmente pello ajuntamẽto, & os infieis se sugeitẽ depois de bautizados ás leis da Igreja, ficaõ impedidos pera naõ casarem com aquelles, que

forem

forem seus parentes por sangue, ou affinidade nos graos prohibidos, que no fim desta parte apõtarei, vt colligitur ex c. fin. de diuort. & ex cap. non debet, & ibi gloss. de cõsang. & affinit.

De maneira que acrescentando hũa pessoa aquella pessoa, que contrahe affinidade pella copula carnal muda o genero da pretenção do parentesco, mas não se muda o grao. v. g. eu, & meu irmão somos parentes no primeiro grao de parentesco. Meu irmão casou cõ Maria, que he a pessoa, que se acrescenta a pessoa de meu irmaõ pello ajuntamento, & muda o genero da pretenção, porque me pertẽce por affinidade, & não muda o sangue com que estou ligado com meu irmão, nem o grao. E assi como meu irmão esta comigo no primeiro grao de consanguinidade, assi Maria sua molher fica tambem minha parenta no primeiro grao de affinidade:

Vltimamente hauemos notar, q̃ os parentes do marido, o saõ tambẽ por affinidade da molher, & os parentes da molher estão ligados por affinidade com o marido, pera que atè o quarto grao seja entre elles prohibido o matrimonio, capit. quod super his, ext. eod. Exemplo, meu irmão casou com Maria, ja por este casamento todos os parentes de Maria estaõ ligados com meu irmaõ de modo que morrendo Maria não pòde meu irmaõ casar com hũa parenta da ditta Maria atè o quarto grao, & pello contrario, por morte de meu irmão não pòde Maria casar com os parentes de meu irmaõ atê o quarto grao de parentesco; porem os parentes de meu irmaõ bem podem casar cõ os parentes de Maria, & pello contrario os parentes de Maria podem casar cõ os de meu irmão, donde se entẽde, q̃ o matrimonio he prohibido ao marido cõ os parẽtes da molher atè o 4. grao & a molher cõ os parentes do marido atè o mesmo; porẽ os parẽtes do marido podẽ casar cõ os da molher. E os da molher cõ os do marido, porq̃ eu, & meu irmão podemos casar cõ duas irmãs, d. c. quod super his, & text. §. mariti, hoc tit. de nupt. vbi dicitur, *quod mariti filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel è contra matrimoniũ rectè contrahunt.*

A vltima regra he, q̃ os parẽtes da molher em qualquer grao q̃ o sejaõ seus por sangue, no mesmo ficão ligados cõ o marido por affinidade, & pello contrario os parẽtes do marido ẽ o grao q̃ saõ seus parẽtes por sangue, ficão ligados cõ a molher no mesmo grao de affinidade: & a rezaõ disto se dà no c. porrô 35. q. 5. porq̃ o marido, & a molher saõ a mesma cousa, *una caro*, & assi na cõputação dos graos da affinidade se guarda a mesma regra, q̃ se observa no parentesco de sangue; & assi como meu irmão de iure canonico està comigo no 1. grao de cõsanguinidade, assi do mesmo modo sua molher fica ligada comigo no mesmo grao de affinidade, & pello cõtrario a irmaã de minha molher he minha parenta no 1. grao de affinidade, como he por sangue irmaõ da ditta minha molher no mesmo 1. grao de cõsanguinidade: por tanto se hũ meu parente casar, & quizermos saber, em q̃ grao està sua molher conjũcta comigo por affinidade, vejase a segũda regra da aruore do parẽtesco de iure canonico. E no grao, em q̃ o parente estiuer ligado comigo por sangue, nesse mesmo grao fica comigo sua molher por affinidade, & tratãdo vltimamẽte das prohibiçoẽs temos breuemẽte procurado o perigo

em materia de tanto porte, que ficarà (Deo fauente) pera maior escritura.

E assi como de direito canonico entre os parentes por sangue he prohibido o matrimonio até o quarto grao de parentesco assi entre os ligados por affinidade he prohibido até o mesmo grao. d. cap. non debet. E esta prohibiçaõ se entende assi na affinidade legitima, que vem por matrimonio como na illigitima, que vem por copula extra matrimonium, ou illicita. De modo que hum homem, que conheceo carnalmente hũa molher, não póde casar com os parentes della até o mesmo grao, cap. si homo 35. q. 3. cap. ego dixi in fine cum tribus seqq. porẽ isto está emendado hoje pello sagrado Concilio Tridentino sess. 24. cap 4. de reform. matrimonij, conforme o qual sô até o segundo grao he impedido o matrimonio entre os ligados por affinidade illicita, que procede da copula extra matrimonium. & entre os de affinidade legitima procede a nossa regra, qua aqui aponto. s. até o quarto grao; & na illicita naõ tira a affinidade, posto que tira o impedimento até o segundo grao em diante, & assi diremos, que até entre os infieis depois de conuertidos procede a mesma rezão; vt tenet Sanch. de matrim, lib. 7. disp. 65. n. 5. contra Enriq. lib. 12. de matrimonio, c. 3. n. 4. o qual posto que no n. 10. varia quanto à illicita, comtudo o contrario he mais certo, *nam qui adhæret, meretrici efficitur vna caro cum ea*, vt dixit D. Paulus 1. ad Corinth. 2. ou sejaõ infieis, ou fieis os ligados, porque entre huns, & outros he commum o parentesco, vt tenet Veracruz in 1. par. Specul. a. 50. conclus. 3. & 4. & Vega 2. tomo summæ cap. 34. casu 129. Rebell. lib. 3. de matrim. q. 15. concl. 2

E com esta breue noticia, em que temos visto o que pera esta empresa da explicaçaõ da Instituta he sufficiẽte, vejamos com a mesma a segunda parte, em que trataremos do Matrimonio, que licitamente se póde contrahir, & seus requisitos.

DE NVPTIIS LICITIS.

SVMMARIO.

1 *Origem do Matrimonio se procedi dos tres estados da natureza?*

2 *Matrimonio donde se diriua, & sua diffiniçaõ.*

3 *Declarase a diffinição do matrimonio.*

4 *Nomes que os antigos deraõ ao matrimonio, & de direito ciuil como se entende?*

5 *Diuidese o matrimonio em espiritual & corporal, & o espiritual se diuide em noue partes.*

6 *Tiraõse das prerogatiuas do matrimonio espiritual as excellencias do corporal, de que tratamos; mostrase como a primeira he a presença de Christo Senhor nosso, com todos seus sagrados Apostolos.*

7 *Diuidemse por todos os doze Apostolos*

les as excellẽcias do matrimonio conforme a prerogatiua de ſeus nomes.

8 *Moſtraſe como o matrimonio reformatres deſordenadas concupiſcẽcias a ires graos, ou generos de graça.*

Explicãoſe cinco requiſitos, que ſaõ
9 *neceſſarios pera contrahir matrimonio.*

Referemſe os impedimentos, que chamamos impedientes, & naõ dirimentes, & ſe explica cada hum
10 *por ſi largamente.*

Moſtraſe quaes ſaõ os impedimẽtos,
11 *que impedem, & desfazem o matrimonio, a que chamamos impedientes, & dirimentes, & ſe explica cada hum em particular.*

TRatamos neſta ſegunda parte
1 do matrimonio licito, & ajũtamento corporal de macho & femea, & aſſi direi breuemente de ſua origem, vtilidade, excellencias, eſpecies, & requiſitos.

A origem do matrimonio explicaraõ os Antigos com varias fabulas; porem o certo he, que ſeu principio vem, & conſiſte nos tres eſtados da natureza. Primeiro no eſtado da innocencia antes do peccado no paraiſo terreal. Gen. cap. 2. *In officium naturæ ratione prolis.*

O ſegundo no eſtado da natureza corrupta, hoc eſt, depois do dilunio. Gen. cap. 9. & entaõ não ſò in officiũ naturæ; mas tambem in remedium fornicationis. D. Thomas in addit. ad 3. par. q. 4 - & 42.

O terceiro no eſtado da natureza reparada, id eſt, na lei da graça. vt Math. cap. 19. & entaõ não ſò pera os dous fins ſobreditos, mas tambem por ſacramento & meyo de alcançar graça. Concil. Trid. ſeſſ. 24 canon 1. ſabida a antiguidade da origem, vamos vendo os termos em breue, com que nos enſina o Emperador a diffiniçaõ.

Matrimonio ſe diriua á matre, porque as molheres deuem caſar, vt 2
matres fiant. A diffiniçaõ que lhe dá o Emperador he: *Matrimonium eſt viri, & mulieris coniunctio legitimè individuam vitæ conſuetudinem continens diuini, & humani iuris communicatio.* Dõde ſe collige, q̃ ha de ſer sô hũa molher, & não duas, como teſtemunha a ſagrada Scriptura Gen. 2. *Propter hanc dimittet homo patrem, & matrem, & adhærebit vxori ſuæ, & erunt duo in carne vna*, & não diz duas, nem tres, ſenão hũa.

Diſſemos na diffiniçaõ, que era cõmunicaçaõ do direito Diuino, porq̃ os contrahentes deuem ſer Catholicos, & não hum de hũa ſeita, & outro de outra. E dizemos cõmunicaçaõ de direito humano; porque a molher ſegue o foro, & condiçaõ do marido l. fin. §. reſcripſerunt mulierem, ff. ad. munic. 3

Os nomes do matrimonio eraõ varios, porque ou ſe chamaua connubio, *ex eo quod vir, & vxor ſimul nubunt.* Do qual diz Virg. Aeneid. 1.

Sunt mihi bis ſeptem præſtanti corpore Nimphæ,
quarum, quæ forma pulcherrima Deiopeian
connubio iungam ſtabili, propriamq; dicabo.

Titulo decimo

Ou tambẽ ſe chamaua conubernio, q̃ era o matrimonio doſeſcrauos. dequo in l. cum ancillis, C. de inceſt. nupt. ou tambem ſe dizia *coniugium*, porq̃ juntamente ſe ajuntaõ macho, & femea, *aut vt ſint pares eiuſdem iuris*. E formalmente ſe chama pellos Iuriſconſultos, *nuptiæ*, por varias cauſas. A primeira *à nubendo*, ideſt, *velando*; porq̃ como a nuuem cobre o Sol, & com ella ficamos liures de ſeu ardor, aſſi o matrimonio he nuuem que encobre o ardor do peccado, & nos conſerua na graça: ou porque as molheres deuẽ andar cubertas, pera que ſignifiquem a obediencia, que deuem a ſeu marido, & por iſſo a molher não foy feita da cabeça de Adam pera ſer ſenhora, nem do pé pera ſer eſcraua: mas da coſta pera ſer companheira.

Sabido iſto, vejamos das eſpecies, & vtilidade do matrimonio, & notemos, que as eſpecies do Matrimonio ſaõ varias, porque ou matrimonio he eſpiritual, ou carnal. O eſpiritual ſe diuide em noue partes: porque o primeiro foi entre Deos, & a Igreja Triumphante. O ſegundo, entre Chriſto, & a Igreja militante. O terceiro entre Deos, & a alma. O quarto entre a natureza Diuina, & humana. O quinto entre o Prelado, & ſeu rebanho. O ſexto entre o varaõ juſto, & a juſtiça. O ſeptimo entre o varaõ docto, & a ſabedoria. O octauo entre o Religioſo, & ſua Religiaõ. O nono entre a alma, & o corpo. Porem das excellencias de todos eſtes matrimonios eſpirituais podemos tirar as do noſſo, de q̃ tratamos, porque Chriſto Senhor noſſo com ſeus ſagrados Apoſtolos naquelle conuite que refere o Euangeliſta S. Ioaõ no c. 2. de ſua Euãgelica hiſtoria, foi a honrar, ſanctificar, & encher de excellẽcias o matrimonio. Porque a primeira excellencia, que tem he a preſença de Chriſto, que neſtas bodas o veyo honrar, & della ſe ſegue o deſterro de todo o peccado, & maior grandeza deſte ſacramento.

A ſegunda excellencia he a repreſentaçaõ, que cabe ao Apoſtolo S. Andre, que foi o primeiro que ſeguio a Chriſto, & aſſi ſignifica aquella vniaõ amoroſa, & inſeparauel de Chriſto noſſo bem com a Igreja, que he ãa imitaçaõ do primeiro matrimonio eſpiritual, pois como diz Sam Paulo 5. ad Epheſ. a grandeza deſte ſacramento eſtà em repreſentar o matrimonio eſpiritual, que Deos contrahio com a Igreja, conſumandoo na Cruz com aquellas palauras, *Conſummatum eſt*. He tambem eſte ſacramento imitaçaõ daquella vniaõ ſoberana, que ha entre o meſmo Chriſto Senhor noſſo, donde o eſpoſo he o Verbo Diuino, & a eſpoſa a noſſa humanidade.

A terceira excellencia he a inſtituiçaõ, que toca ao glorioſo S. Pedro Principe dos Apoſtolos, porque Chriſto o inſtituio ſobre todos Prelado de ſua Igreja, & por iſſo lhe pertence eſta excellencia da inſtituiçaõ do matrimonio, cujo inſtituidor foi o meſmo Deos. As outras Ordens ſorão inſtituidas por Sanctos humanos como S. Franciſco, S. Domingos, S. Agoſtinho, &c. porem a Ordem do matrimonio foi inſtituida por Deos noſſo Senhor, que não pòde errar, & ſabe o que mais nos conuem. E aſſi que no parayſo terreal inſtituio eſta ordẽ matrimonial, dando aos caſados tres votos, que nella deuem guardar. O primeiro he a lealdade. O ſegundo o deſejo de ter filhos. E o terceiro

vniã-

vnião. Dos quaes todos consta das mesmas letras sagradas in Genes. 2. incluindose a da lealdade naquellas palauras de Adam: *Ossa ex ossibus meis*: dando com ellas a entender quanto deue hum homem amar a sua molher como a sua mesma carne. O segũdo voto do desejo de ter filhos se vê claramente naquellas palauras: *Et erunt duo in carne vna*. Porque esta carne conforme os Doutores he o fructo, que Deos dà aos casados filho, ou filha, em que ambos tem parte. O terceiro, que he a vnião consta da recomendação: *Propter hanc relinquet homo patrem, & matrem*: dando a entender a inseparauel vnião do matrimonio.

A quarta excellencia deste sacramento he a graça, que pertẽce ao glorioso S. Ioaõ Euangelista, cujo nome quer dizer graça, & assi lhe pertence a que neste sacramento do matrimonio se concede aos casados. Pois he este hum dos sete sacramentos da Igreja, que dà graça aos que o recebem, tanto assi que de sua parte dà o matrimonio graça aos casados, porque lhe não sejaõ mais gostosos o pão, nẽ as aguas alheas, & furtadas, que as suas, & recebem graça os contrahentes, porque alem de ser hum sacramento que dâ graça, se confirma com a consideraçaõ de S. Paulo, que considerou a cama do casado sem peccado, & S. Guilhelme Parisiense diz, que o matrimonio he perfeita, sancta, & sanctificatiua companhia, porque sendo a principal arma do diabo a tentaçaõ da carne, com este sacramento matamos o inimigo por onde nos matava; a maneira de Dauid, que com a mesma espada de Golias o matou, aproueitandose das armas de seu inimigo, & cõ ellas mesmas lhe tirou a vida, & assi que observando os casados os preceitos, q̃ Deos manda, & vsando bem de seu estado tem armas pera destruir o demonio, por onde o conquistaua, & pòde sem temor gostar do pomo, que antes era venenoso, & depois com a graça, & instituiçaõ diuina ficou saudauel, & tal, que se pòde dizer delle o que Venantio lib. 6. escreueo do horto da Raynha Vltrogoth. 1. Reg.

De cultore trahit mellitum planta saporem
Forsan, & hic tacitos miscuit ille fauos.
Regis honore nouis duplicata est gratia pomis
suauis odor nari, dulcis in ore sapor.
Qualiter ille hominum potuit prodesse saluti,
cuius & in pomis tactus odore placet.

A quinta excellencia he a benção & ser este sacramento abençoado do Ceo, & esta tocou a Sanctiago o Zebedeo, que quer dizer dotado, conuẽ a saber, da benção de Deos, que recebem os casados na Igreja, a qual deue ser mui estimada, pois esta he a verdadeira benção de Iacob, que multiplica bens, & augmenta riquezas, & se destas bençoens dos Patriarchas fazião

fazião os antigos tanto caso, quanto maior estimação deuemos aesta, q̃nos dão os Parrochos, & nossos Pais espirituais como a filhos em Christo espirituais, & deuotos. Dase esta benção conforme diz S. Ioaõ Chrysostomo, porque assi como a Virgem nossa Senhora não concebeo ao filho de Deos sem descender sobre ella o Spiritu S. assi as noiuas não deuem conceber sẽ esta bençaõ Diuina espiritual.

A sexta excellencia do matrimonio he o raro milagre, que Deos obra com elle, & toca ao Apostolo S. Philippe, que quer dizer boca de luz, porque depois que a primeira molher comeo a maçã inficionada com o flato da serpente peçonhenta ficarão todas as molheres peçonhẽtas, porem com esta triaga do matrimonio sò se remedeão pera vsar dellas licitamente, porque a triaga se faz de cousas venenosas ordenadamente compostas de modo, que por estarem assi temperadas dà vida o que de antes mataua; do mesmo modo nenhum acto carnal podem ter os homens com as molheres, q̃ diante de Deos não morrão por elle, senão entreuier este milagroso remedio do matrimonio, em que achamos a saude dalma no mesmo acto, em que a perdiamos com a temperança da intenção, & conformaçaõ com a Diuina instituição.

A septima excellencia he a victoria, que toca a Sanctiago o Alpheo, q̃ quer dizer, Capitaõ, & assi nelle se representa a victoria que os casados alcançaraõ dos exercitos da luxuria, defendendose claramente o homem do demonio com victoria, por aquella parte, porque mais os combate triũphando o bom casado, vencendo a castidade matrimonial o esquadraõ dos maos mouimentos, o exercito das deleitaçoẽs, a emboscada dos maos consentimentos, & pensamentos, & o batalhão das màs obras, & doutrinas, q̃ induzem a peccados.

A oitaua excellencia do matrimonio he ser libertador das aguas do diluuio, & pertence a S. Bertholameu que quer dizer filho do que suspende as aguas, porque quando Deos mandou o diluuio das aguas òs bẽ casados se saluarão na arca com o Patriarcha Noe; de maneira que todos os estados perecerão entam, & sò os quatro bẽ casados se saluarão, & liurarão das aguas do diluuio, recebendo depois a benção pera de nouo multiplicar, & bem se deixa ver daqui, que este estado pareceo mais agradauel ao Senhor pois sò a este preseruou, dandonos tã bem a entender, que quando sobreuierem as aguas do diluuio das tentaçoens sò na arca da castidade conjugal acharemos refugio.

A nona excellencia he a sancta cõpanhia, que pertence a S. Thome, que quer dizer gemeo, ideſt, filho, que nascem dous de hum parto, & nelle se denota esta excellencia, q̃ he a companhia, que o matrimonio teue com o primeiro estado da innocencia, & cõ todos os mais bons estados do mundo, porque o matrimonio foi instituido antes de todo o peccado como cousa, que sem peccado se podia conseruar com merecimento, & depois foi remedio do peccado, como largamente tenho ditto, & direi.

A decima excellencia do matrimonio he o dom de Deos, que se atribue a S. Matheos, cujo nome significa o mesmo dom, o que se vè claramente no matrimonio, porque nenhũa aruore se sustenta com seu fructo, senão o

mairi

o matrimonio, que produz filhos, que sustentão os pais & ainda a Igreja, & todos os estados, pois delle nascem Papas, Arcebispos, Bispos, & Doutores, & todos os mais, & assi o matrimonio segundo seu fructo he verdadeira figura daquella oliueira fertil, que vio Hieremias no campo cheio, a qual Deos abençoou muitas vezes.

A vndecima excellencia he a obediencia, que se atribue ao glorioso S. Simão zelador, que quer dizer obediente, & nelle se nos representa esta excellencia, porque alem de se entender pella obediencia, que a molher deue ter a seu marido, com tudo quanto a excellencia parece que atê o mesmo filho de Deos, & Senhor nosso obedeceo ao matrimonio, quando permitio o esposorio entre a Virgem sanctissima Senhora nossa, & o glorioso Patriarcha S. Ioseph, a quem o Senhor quiz ter por pai putatiuo atè idade de trinta annos, & todas as rezoens, que os Doutores dão acerca deste virginal, & puríssimo esposorio vê a redundar em excellencias do matrimonio.

O duodecimo conuidado foi S. Iudas Thadeu, cujos nomes querem dizer louuor, de maneira que os Ceos & a terra louuaõ o matrimonio, porq̃ este se instituio primeiro no Ceo, q̃ na terra. E a rezaõ he, que quando Deos no Parayso terreal quiz formar a molher pera Adam lhe deu hum soporo espiritual: *Misit soporem in Adam*, o qual entam não dormia, senão velaua, porque como diz Altisiodoro na 4. parte de seu liuro, entam estaua Adam em dous Paraysos, no terreal segundo o corpo, que dormia, & no celestial segundo o espiritu que velaua donde entre os Anjos conheceo a virtude, & representaçaõ do matrimonio, & conforme a isto diz a glossa de S. Agostinho sobre o Genesis 2. q̃ deraõ a Adam hum rapto pera q̃ fosse participante com os Anjos, & conhecesse os futuros bens do matrimonio, entrando no Sanctuario celestial, & por isso quando acordou disse, como com espiritu prophetico, *Ossa ex ossibus meis, & caro de carne mea.* E pois que a instituiçaõ do matrimonio se tratou primeiro no Ceo, bem deuem os Anjos louuallo, & fauorecello, & entre os antigos da lei velha era tam celebrado o matrimonio, que tinhaõ em grande afronta não se casarem, & os que chegauaõ à idade de poderem casar, & morriaõ solteiros chorauão mais esta falta que a mesma morte, como se vê da filha de Iephte Capitaõ de Israel, que antes de sua morte chorou dous meses sua virgindade com outras donzellas, & não chorou a morte, que a esperaua, & ella o sabia. E os Gentios fauoreciaõ tanto o matrimonio, que tinhaõ por menos mal matar hum homem do que tirarlhe sua molher.

Não me quero deter com Iudas Escariote por conuidado destas bodas, porque como traidor naõ merece ser lembrado, mais que pera aduertir, que seu nome, Escariote, quer dizer marido morto, & he figura dos que mataõ suas molheres, & das que saõ homicidas de seus maridos, naõ sò tirandolhe a vida, mas a honra, que precede à vida, & por isso a molher, que olha pera seu marido com o osculo fingido de Iudas, & tem posto o coraçaõ em outro, he homicida da honra de seu marido, & espere ir ser companheira de Iudas. E assi quando algum dos casados he adultero vende o outro pello preço, porque o faz, & assi os

bem

bem casados deuẽ tomar a Christo Senhor nosso por esposo de suas almas, & conuidado de suas bodas, & em lugar dos doze Apostolos deuẽ conuidar os cinco sentidos corporais com os cinco espirituais, que com o amor & temor sã doze, contando nelles tambem a Iudas por bom em quanto o foi, & por mao pera a lembrança, q̃ referi.

E daqui podemos colligir, quaes sã os bens do justo, & licito matrimonio, que sã muitos, como tenho dito, & se resumem na tençã, & fim dos contrahentes, que he o desejo de ter filhos, & seruos pera Deos na fé com que se recebem, & no sacramento que recebem, que como tenho dito, he hũa imagem da vniã da alma com Deos, & o ajuntamento do corpo significa a vniã do verbo, & da carne, & hoc modo dicitur in Gen. 2. *Et erũt duo in carne vna (ideſt, Deus, & homo in Christo, & hoc quoad matrimonium ratum, & non consummatum*) E porque hum varã, & hũa molher significã hum esposo Christo, & hũa verdadeira esposa a Igreja iuxta illud: *Vna est amica mea*. E assi o matrimonio reforma, ou transforma tres desordenadas concupiscencias, a tres graos, ou generos de graça. Primeira, porque o nosso appetite geral pera todas as molheres, o refrea só pera hũa. Segunda, porque o desejo da copula só pera a deleitaçã o reforma em amor da propagaçã. & geraçã dos filhos. Terceira, porque o appetite de conhecer outra molher *ob displiscentiam cognitæ*, o reforma em amor da verdadeira esposa, *cuius copula displiscentiã non induit*. Ioan. Burnell. in tract. de sponsalib. concl. 28. Vejamos agora os requisitos, que propoem o nosso Emperador cinco seguintes.

Primeiro requisito.

O Primeiro he, que sejã os contrahẽtes cidadoẽs Romanos, porque os escrauos dizẽ, q̃ não contrahiã matrimonio, *sed contubernium*, mas hoje de iure canonico contrahem verdadeiro matrimonio, toto titulo extra, de coniug. seruor. O que se ha de entender, se ambos os contrahentes forẽ escrauos, como ao diãte veremos no erro da condiçã. 9

Segundo requisito he a idade, que se requere doze annos nas femeas, & quatorze nos machos, vt in text. *masculi puberes, fœminæ viri potentes*. Porem o direito canonico reputa a idade no matrimonio, pella malicia, ideſt, *quod malitia suppleat ætatẽ*. Eposto que o direito ciuil requere doze annos, nas molheres, & quatorze nos homens, como diremos no titulo seguinte de adoptionib. mostrando como se proua esta idade, & as rezoẽs, & o q̃ diſsemos de iure canonico, he quando o moço de doze annos, pode ser de tal qualidade, que tenha fizo pera o tal consentimento canonico necessario, & potencia pera cohabitar: *quia tunc malitia supplet ætatem*, secũdũm Couar. lib. 1. decret. 2. p. cap. 5. n. 3. consistindo em duas cousas, em potencia pera a copula, & em entendimento pera o consentimento, & assi concluamos, q̃ o macho ha de ser depois de quatorze annos completos, & a molher de doze, *nisi generandi potestas præueniat, & discretio adsit ad matrimonium, & coniugalem consensum intelligendum*.

Porem o velho, que não pôde gerar *ob senilem ætatem*. v.g sesenta annos, & as molheres cincoenta, em q̃ se jul-

se julgão por incapazes de gerar; ainda que Valer. Maximo lib. 7. Ferent. in Adelph; o estranha dizendo:

6 *Ego nouus maritus anno demum quinto, & sexagesimo*
Fiam, atq; annum decrepitam ducam? id ne estis anchores mihi?

Euripides.

Verum senectus Cypridem valere finit,
& ipsa Venus infensa est senibus.

Com tudo isto, por o varaõ ser apto os Canonistas dizem, que este matrimonio he valido, *& non tam in continentiæ remedium, quam in humanitatis solatium*, cap. nuptiarum 27. q. 1. & nòs veremos no tit. seguinte quando tratarmos desta idade.

O terceiro requisito he o consentimento dos contrahentes, q̃ he substãcial, & causa efficiẽte do matrimonio o qual cõsentimẽto he necessario, q̃ se explique por palauras, ou sinais dõde se colligę, q̃ o surdo, & mudo podem contrahir cõ tanto q̃ por verdadeiros sinais se expliqué com os açenos, que diz Bart. in l. mutum in princ. de acquirend. vel amittend. hæred. o qual consentimẽto ha de ser puro, & simples, & não com medo, nem ameassos, nem cõstrangido com os mesmos, porq̃ o matrimonio contrahido por medo he nullo ipso iure, c. cũ locũ, c. veniens 2. de sponsalib. Couar. de sponsalib. 2. p. §. 5. n. 1. o qual medo ha de ser tal, que se possa dizer çair in virũ constantem, & não reuerencial, de cujas calidades diremos abaixo, no tit. de actionibus de eo quod metus causa, &c.

O quarto requisito he o consentimento dos pais, o qual ainda que seja muito licito o preceder, & atè as sagradas letras oteste munhẽ, como Samsaõ que não casou sem primeiro leuar sua molher aos pais, & pedirlha, Iudic. 14. in fin. E o meu amado Anjo Raphael

in Adelph; o estranha dizendo:

Est hic Raguel nomine, vir propinquus de tribus tua; & hic habet filiam nomine Saram, sed neq; masculum, neq; faminã vllã habet aliam præter eam: tibi debetur omnis substantia eius, & oportet eam te accipere in coniugem, pete ergo eam à patre eius, & dabit tibi eam in vxorem.

Porem ainda que este beneplacito seja muito justo, com tudo se o filho, ou filha se casarem contra vontade dos pais, nem por isso será o matrimonio nullo: *Quia quos Deus coniunxit, homo non separet.* Math. 19 assi que o matrimonio he liure; nem o pai pòde obrigar o filho, ou filha que casem contra sua vontade, ainda que o pai prometa com juramento, ou sob pena de casar sua filha, ou filho com outro, se a filha, ou filho não consentirem, naõ podem ser obrigados a casar contra sua vontade, secund. Panormit. & DD. in d. c. licet, &c.

O quinto, & vltimo requisito he q̃ os contrahentes sejaõ habeis, & que não tenhaõ nenhum impedimento daquelles que totalmente dirimem, & impedem o matrimonio, dos quaes tratarei aqui brevemente, pera que conheçamos os verdadeiros principios desta materia, pondo em primeiro lugar as preparaçoens do matrimonio, que he o esposorio, de que

tratamos no principio,& temos ditto das excellencias especiais, & requisitos. Vejamos agora dos impedimentos: & saibamos que ha huns que impedem o matrimonio pera que se naò celebre, & sendo contrahido o desfazem. & outros que o impedem, mas sendo contrahido o naõ desfazem, & 10
estes saõ seis, a saber: *Interdictum*, *Feriæ*, *Sponsalia*, *Cathechysmus*, *votum simplex*, *& crimen*. Vejamos primeiro delles pòr serem menos penais, & remataremos esta parte com os mais rigurosos, que de todo dirimem, & impedem o matrimonio.

De interdicto.

O Interdicto, de que aqui tratamos he, quando o Bispo, Parocho, ou Prelado prohibe a algum homem, que se naõ receba com tal molher, por algum impedimento, até que se desfaça, & conste da verdade, toto titulo de matrimonio contract. contra interdict. Eccles. este impedimento verdade he, que impede o recebimento, porque se contrahirẽ matrimonio aquelles prohibidos, peccaõ mortalmente. cap. 1, & 2 de matrim. contract. cõtra interdict. Eccles. porem se se receberẽ, nem por isso se annullarâ o matrimonio, mas atè constar do impedimento, & desfazerse a duuida, se apartaõ aquelles noiuos, cap. vlt. eodem tit. & por isso dizemos que estes impedimentos impedem q̃ se naõ effeitue o matrimonio, mas se contrahir o naõ desfazem: *& hoc est impediunt, sed non dirimunt.*

O segundo impedimento naõ dirimente he o tempo feriado, que conforme o sagrado Concilio Tridentino, he desde o Aduento do Senhor atéa Epiphania, que he dia de Reys; & desde quarta feira de Cinza ate o octauario de Paschoa inclusiuê, nos quaes tempos saõ prohibidas, & se cerraõ as bençoens matrimoniais, como he notorio; porem os esposorios tam de præsenti, quàm de futuro bem se podem contrahir em todo o tempo Abbas, gloss. & alij in cap. Capellanus de ferijs.

O terceiro impedimento he o esposorio: porque se hum homem se esposar de futuro cõ hũa moça he obrigado a recebella, se o tal esposorio se não extinguir por algũ dos modos referidos; porem se se desposar com outra de præsenti he valido, o segundo esposorio como verdadeiro matrimonio na forma que ditto he, & vt notatur in cap. veniens, & cap. sicut de spõsalibus.

O quarto impedimento, que não dirime se chama *Catechismus*, do qual nasce hũ parentesco espiritual, que impede o matrimonio, pera que se náo faça, mas sendo celebrado o naõ desfaz, cap. per Catechismum de cogn. spirituali, lib. 6. assi que o Catechismo he hũa instrucçaõ da fê, que faz o Sacerdote ao moço antes que se baptize, ensinandolhe os mysterios, & artigos de nossa sancta fé Catholica cap. ante Baptismum de consecrat. dist. 4. & chamase Catechismo a catechiso, idest, *instruo*, vel doceo, & este mesmo parentesco espiritual nasce do Baptismo entre os padrinhos, & afilhados, & da Chrisma tambem, argum. gloss. in cap. non debet de consanguinit. & affinit. tradit Sotius hoc titulo referens Nauarr. cap. 22. n. 72.

O quinto impedimẽto he o voto simples

ples q̃ he aquelle que faz hũ homem, promettendo a Deos de ser frade, ou clerigo; porque o voto solemne he o q̃ se faz na profissão do frade, & freira, & no receber das ordẽs sacras, como direi abaixo nos outros impedimẽtos dirimentes. E assi tratando do nosso voto simples de castidade, q̃ não he solẽnizado por profissão saibamos, que aquelle, ou aquella, q̃ tendo feito este voto casar, pecca mortalmente, & impede este voto o celebrarse o matrimonio quer se faça cõ tenção de se cõsumar, quer com tenção de não cõsumar: porq̃ de todo o modo faz cousa contra o voto, cap. ex publico de conuers. cõiugat. porq̃ ainda q̃ não peque contra o voto explicité, peccat implicité, D. Thom. Riccard. Sot in 4. sent. dist. 30. q. 2. ar. 1. porq̃ zõba do matrimonio, & engana a moça, q̃ podia casar com outro desempedido. E não sô pecca o q̃ tendo feito voto de castidade casa: mas tambẽ he participãte do peccado aquelle, q̃ casar com molher, q̃ saiba q̃ tem feito voto de castidade. glos. in cap. non nouimus 17. q. 2. & assi q̃ este impedimento he, pera que se não celebre o matrimonio: mas sendo caso q̃ se celebre, o não desfaz, & pera euitar o peccado se pede dispensação pera poderem cohabitar, a qual pòde conceder o Bispo ex causa legitima, como he o perigo da alma, & impossibilidade de ir a Roma, &c. aliàs não auendo algũa destas causas vrgentes, & justas, he necessaria dispensação do Papa, como diz o Angelico D. S. Thom. in 3. quolib. q. 6. ar. 1. & o mesmo q̃ tenho referido acerca do voto simples se entẽde do juramento. s. se hũ homẽ jurar de guardar castidade, nao pòde casar, mas casando não he nullo o matrimonio, vt dictum est, glos. in c. si quis votum 27. quæst. 1.

O sexto impedimento, que não annulla, & desfaz o matrimonio he o crime que se diuide em seis partes, a saber: *Incestus, vxoricidium, raptus alienæ sponsæ, susceptio proprij filij de fonte, interfectio præsbyteri, & penitentia solemnis.*

O primeiro crime, que he o incesto se commette quando hum parente tem copula carnal com outra sua parenta, ou irmaã da molher, q̃ he sua por affinidade, & este impede o matrimonio, que se não celebre, mas feito o não dirime. cap. 1. cap. ex literis de eo, qui cognouit consangum. vxoris suæ.

O segũdo crime não dirimente he o *vxoricidiũ*, q̃ se cõmette quando hũ homẽ mata sua molher, c. admonere 33. q. 2. & o mesmo he da molher, que matar seu marido, a q̃ chamamos crime de maritricidio, secũd. Palud. dist. 34. & Nau. c. 22. n. 74. & ainda q̃ a algũs DD. parecco q̃ as leis penais se não deuizõ extẽder extra suũ casum, comtudo naquelles correlatiuos, em q̃ a rezão persuade o mesmo, se deue entender a mesma lei, & sua pena. Abb. in proœm. decret. Felin. Soar. & alij Doctores hic.

O terceiro crime he o rapto da esposa alhea, do qual trata o cap. statutum 27 q. 2.

O 4. q̃ dissemos *Susceptio proprij filij de fonte sacro*, q̃ he quando o pai maliciosamente pera negar o debito à molher vai ser padrinho de seu mesmo filho, ou o bautiza, pera que ficando compadre da molher lhe não possa pedir ella o debito. capit. de eo, 30. quæst. 1. & neste caso pella malicia fica o tal homem priuado do direito que tinha pera pedir o debito, &

elle o não pòde pedir à molher, mas ella sim, & fica elle obrigado a satisfazer todas as vezes que ella vsar de seu direito, pedindo, o que elle não pòde fazer sem peccado. Limitase porem esta pena, que não procede quando em caso de necessidade. v. g. se estando a molher apertada, parir hũa criança fraca, & o pai a baptizar no artigo da morte se vè, que foi de necessidade, & não por malicia, & assi não tem pena, vt in cap. si vir de cognat. spirit. & cap. ad limina 30. q. 1.

O quinto crime que impede, mas não desfaz o matrimonio he o que chamamos *Prisbitericidium*, que cõmettem aquelles que mataõ algum Sacerdote. cap. qui præsbyterum de pœnit. & remiss. onde acrescenta Abb. in verbo coniunctus, que este impedimẽto não tem lugar, sem que primeiro o homicida seja conuẽcido in foro contẽtioso.

O sexto, & vltimo crime he aquelle porque se dá penitencia publica, & solemne, cap. de his, & cap. antiqui 33. q. 2.

E ja que temos visto dos impedimentos mais suaues no effeito, pois impedem o matrimonio, que se não celebre, mas depois de contrahido o não desfazem, vejamos agora dos q̃ naõ só impedem a celebraçaõ, mas totalmente annullaõ, & desfazem o matrimonio celebrado entre os impedidos.

Porem o Emperador neste titulo, no §. si vxor, & no §. sunt & aliæ, & seqq. alguns impedimentos que dirimem, & impedem o matrimonio, & outros que o impedem, & não o dirimem. Os que impedem, & dirimem se comprehendem commũmente nestes versos.

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas.
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
hæc socianda vetant connubia, facta retractant,

Do erro tenho ditto acima acerca da honestidade publica, & do mais que expliquei neste titulo na 1. parte, & na 2. quando tratei do matrimonio licito, onde tambem disse da condiçaõ. Segue se o voto solemne de castidade, que se celebra na profissaõ de Religiaõ approuada, ou quando se tomaõ as ordens sacras, cap. 1 de votis, lib. 6. de modo que hum frade, nem hũa freira professos não podem casar nem hum clerigo tanto que toma as ordens de Epistola, aliás ficaraõ escomungados os que o contrario fizerẽ. Clement. vnica de consanguin. & affinit. do parentesco tenho tambem ditto os graos, em que he prohibido o matrimonio. Do crime temos que (conforme os Doutores) dous saõ os crimes, que impedem, & desfazem o matrimonio, & ainda que alguns diziaõ, que saõ tres, com tudo nestes dous se comprehendem todos.

De voto.

De sacri ordinis impedimẽto.

O primeiro crime, que impede, & dirime o matrimonio he o adulterio com homicidio. O segundo he o adulterio com promessa, & fẽ dada de contrahir cõ a adulterante, ou ipso facto contrahir cõ ella viuente coniuge. De modo q̃ se hũ homẽ matar o marido de hũa

De crimine adulterij cũ homicidio.

hũa molher casada cõ quẽ cõmette adulterio, pera elle homicida se casar com a tal molher, este he o crime que impede o fazerse o tal matrimonio, & o desfaz, & dirime: ou se hum homem matar sua molher pera casar com outra, com quem faz adulterio á sua, ou se a molher matar seu marido pera se casar com o homem, com quem lhe faz adulterio; este crime he impediente, & dirimente, capit. super hoc de eo, qui duxit in matrimonũ, quam prius polluit per adulterium. O que procede conforme os Doutores, ou os adulteros sejaõ os matadores, ou mandem matar, ou dem conselho pera isto; o que se ha de entender deste modo, scilicet, se a morte se der pera aquelle fim. verbi gratia, mato minha molher pera casar com fulana minha amiga. Este he o crime: porem se a morte se der à molher por outra causa, & acontecimento, ou odio de terceiro, entam não he crime impediente. Doctores in c. laudabilẽ de conuers. infidel. preguntaõ é cõsequẽcia os Doutores, se bastará que mate hũ homem sua molher pera casar com outra, com a qual não teue copula, nem adulterou, pera ficar sendo crime impediente, & dirimente? & resoluem commummente, que si, per textum in cap. laudabilem de conuers. infidel. qui nullam mentionem facit de adulterio, Soarius referens Diuum Thomam in 4. sentent. distinct. 32. & 35. quæst. 2. art. 2. aliquando anuuentem quod sic, aliquando quod non. Sed verior opinio est, quod si ambo machinati sint mortem sufficit mors sine adulterio, vt colligitur ex dicto cap. laudabilem. De maneira que se elles ambos traçaraõ o homicidio, basta, ainda que não haja precedido adulterio. Porem se hum sò machinar o homicidio, não basta sem entreuir adulterio. Ioannes Andr. & alij per textum ibi in dicto capite super hoc de eo, qui duxit, &c. Vltimamente saibamos que o adulterio sem homicidio não basta, per textum in cap. significasti, eodem titulo de eo, qui duxit, &c.

O segundo crime impediente, & dirimente he o adulterio cum fide data de contrahendo, de maneira que hum homem casado se for ter amizade com hũa molher, & lhe prometer, & fizer juramento de casar com ella tanto que morrer sua molher, ou se hũa molher fizer adulterio a seu marido com hum homem, prometendolhe de casar com elle, tanto que o marido morrer, se contrahirem, he nullo o matrimonio, & desfazse por este crime, & impedese pera que se não faça, ainda q̃ haja filhos dos taes adulteros. capit. cũm haberet, & cap. significasti eodem titulo de eo, qui duxit, &c. cap. relatum 31. quæst. 1. & este he o segundo crime, dos quaes tenho dado aqui as noticias necessarias, reseruando as exageraçoens pera a impressaõ Latina (Déo fauente)

De crimine adulterij cũ fide data de contrahendo.

Depois disto saibamos, que o impedimento da impotencia he tambem impediente, & dirimente, q̃ prohibe celebrarse o matrimonio, & cõtrahido o annulla, porq̃ assi como nos cõtratos não he conueniente a obrigaçaõ nos contrahentes, se hum homem se obrigar a fazer o que não póde, assim no matrimonio, em que se obriga hum a outro a pagar o debito carnal, não he conueniente o contrato quando se obrigar aquelle, que por natureza he impedido pera

De impotẽtia coeũdi

pagar o tal debito. E assi se diffine a imporencia no cap. ex literis ext. de frigid.& maleficiat.

Impotentia coeundi est vitium, natura ipsa nocente, vel ex accidenti contractum, quo quis alterius carnaliter comisceri impedit

Esta impotencia he de tres modos, porque ou he natural, ou accidental, ou maleficial. De modo que ou hũ homem, ou molher saõ impotentes por natureza, ou accidentalmente por dissipaçaõ do membro, ou outro caso fortuito, ou maleficial por feiticeria, & arte diabolica: *& de omnibus sigillatim tractatur*, Hostiens. in sum. lib. 4. tit. de frigid. & maleficiat. §. 1. n. 1. & sequentibus.

Requere se pera ter lugar este impedimento, que seja tanta a impotencia, que de nenhum modo possa o impotente cohabitar, & que impida o acto perpetuo, porque se impedir somente o effeito do gerar, & naõ impedir o acto, que he a efusaõ da semẽte no vaso, naõ será impedimento a imporẽcia do gerar, a que chamamos sterilidade, a qual não impede o matrimonio quando ha potencia pera o acto, & copula, & assi vemos muitos casados, que naõ tem filhos; mas nem por isso se podem descasar, por quãto lhes não falta a potencia pera o acto, q̃ he a falta que impede o matrimonio. pera que se naõ faça, & celebrado o desfaz, & dirime, vt probat D. Thomas, Riccard. & plurimi Theologi lib. 4. sentent. dist. 34. & Nauar. in suo Manuali cap. 21. n. 59. & tambẽ muitos velhos, & velhas incapazes de gerar casaõ, & mais naõ he nullo o matrimonio, porque saõ aptos pera o acto, & podem contrahir, ainda que sejaõ impedidos pera gerar.

Requisitos pera ter lugar o impedimẽto da impotẽcia.

Requere se tambem que o impedimento seja perpetuo de modo q̃ não se possa remediar com nenhum medicamento humano: porque sendo tal a impotencia, que com medicinas se possa curar sem prouauel perigo de morte naõ se desfaz o matrimonio, cap. ex literis, & cap. fraternitatis de frigid.& maleficiat.

Item se requere, que o contrahẽte ignore a impotencia, porque se hũ homem se casar voluntariamente cõ hũa molher impotente, sabendo que o he, ou hũa molher sabendo, que hum homem he impotente, o receber, naõ se lhes permitte facilmente o apartamento, porque como o matrimonio seja verdadeiro, sem interuir copula (na forma sobredita) bem podem viuer como verdadeiros casados, sem terem copula, promettendo continencia entre si, cap. quod Deo 33. q. 5. & assi apóde ter como irmaã, & fazerẽ vida de irmaõs, conforme o text. in cap. consultationi de frigid. & maleficiat. ibi, *Contracto igitur scientie matrimonio inter impotentes, vir illam habere debet, non tanquam vxorem, sed tanquam sororem.* E assi naõ se podem abraçar, nem beijar lasciuamente, vt Nauar. cap. 22. n. 59. Soto lib. 4. sent. dist. 34. q. vnica art. 2. col. 1. Porem aquellas palauras, *como irmaõs*, procedem como conselho, & naõ como preceito, & por tanto se se temer perigo no potente, que deseje cohabitar deue selhe dar licença, que case com outrem, & ainda que pareça que como verdadeiros casados deue valer o primeiro matrimonio, com tudo, excepcuouse este caso pello perigo, & por ser cousa dura obrigar ao potente que viua com o impotente em pecado, vt Innoc. & Hostiẽs. assi como a

que

que contrahe com a menor de doze annos, ainda que he obrigado a esperar, que chegue à maior idade, com tudo se contrahir com outra. he valido o segundo matrimonio, vt est text. & traduat DD. ibi in cap. de illis de sponsalibus sequitur Brunell. in tract. de sponsal. concluf. 28. n. 19. & 20

Vltimamente notemos, que naõ querendo os casados viuer como irmaõs, & querendose apartar o potente do impotente, se lhes concede o apartamento com as tres distinçoens seguintes.

Primeira, se a impotencia for natural, porque o homem hè frio por natureza, ou a molher apertada, constando disso por sinais euidentes, & legitimos argumentos, logo em continente se aparta, & annulla o matrimonio, cap. 1. & cap. laudabilem, & ibi Abbas de frigid. & maleficiat. Mascard. de probat. concluf. 411. n. 7. vol. 1. Sanch. de matrim. lib. 7. disp. 93. n. 15. Farin. de delict. carn. q. 143. §. Fæminæ n. 6. E sendo caso que se naõ possa prouar cuidentemente a impotencia, entam ordenou a Igreja que se esperasse tres annos pera ver se tinha effeito a copula carnal, & passados os dittos tres annos, se ainda naõ tiuerem consumado o matrimonio, & assi o confessarẽ ambos, com sete testemunhas seus parentes, ou pessoas domesticas, ou vesinhos de boa fama. entam se annulla o matrimonio; & o que for potente, poderá casar com quem quizer. d. c. laudabilem. Porem se hum confessar a impotencia, & outro a negar, naõ se annullara logo o matrimonio, sem prouar legitimamente o que confessa, q o outro he impotente, & impedido, vt Abb. & DD. in d. cap. laudabilem: mas logo duuidaõ os mesmos DD. se a caso passados os tres annos se apartarem os casados, & o potente se for casar com outra molher, & depois disto se achar que aquella que foi julgada por imporente teue copula carnal, & naõ he impotente, neste caso (ainda que o marido esteja casado com outra com licença da Igreja) se restituirâ, & reintegrarà o primeiro matrimonio, & o segundo será nullo. text. in cap fraternitatis, de frigid. & maleficiat. & nisto concordaõ os DD. discrepando sòmente Abb. & Hostiens. que se restituirà o marido â primeira molher; & se depois de estarem juntos tres annos naõ cohabitarem, nem tiuerem copula carnal, irreuogauelmente se restituirâ entam â segunda molher, julgandose por bom o segundo matrimonio, porque pello discurso deste tempo se vè claramente, que a differença nasce dos sugeitos. DD. sup. & Soacius hoc tit. n. 12.

Segunda, se a impotencia for maleficial por feitiços, & arte diabolica, neste caso tambem se espera tres annos, & se dentro delles naõ tiuerẽ copula os casados, prouando com sete testemunhas na forma sobredita, & mostrando, que nunca no termo dos tres annos tiueraõ ajuntamento carnal, se annullará entam o matrimonio cap. fin. de frigid. & maleficiat.

Terceira, se a impotencia for accidental. v.g. porque cortaraõ a caso o membro ao homem, ou por outro deffeito semelhante, entam se fará visturia no impotente por medicos peritos, ou cirurgiões approuados, & constando por suas fés da impotencia, se annullarà logo o matrimonio sem espera, nem dillaçaõ: *Nam frustra expectaretur euentus, cuius nullus induceretur effectus*, vt in cap. cum contin

gat de officio leg. & DD. hic.

E baste isto pera conhecerem os curiosos o que deuem euitar pera perfeiçaõ deste sacramento do matrimonio tam excellente, como tenho dito, & tam sancto como tenho prouado, & pera que os casados sintão os effeitos de tantos dões celestiais, deuem pôr os olhos na obseruancia destes preceitos, & o marido naõ buscar a molher por vso como os animais irracionais, senão pera quietaçaõ da alma, & maior seruiço de Deos, naõ attentádo as riquezas da molher, senão os costumes, porque seguindo este intẽto lhe dará Deos hũa espoſa muito cheia de perfeiçoẽs tam prudente como a de Leuites, tam diligente como Martha, piedosa como Anna, humilde como Ruth, temerosa como Abigail. recolhida como Hester, sugeita como Sara, compassiua como Noemi, casta como Iudic, vergonhosa como Rebecha, graciosa como Rachel, & fertil como Lia. Porque os q̃ fazem o contrario, & attentaõ á conueniencia temporal ordinariamente perdem tudo, porque os bens lhe desaparecẽ, & a molher lhe serue de martyrio, pellas imperfeiçoens, que tem na malicia como Iezabel, na desobediencia como Agar, no atreuimento como Atalia, na esterilidade como Micol, na luxuria como a ama de Ioseph, na impaciencia como a molher de Iob, & na imprudencia como Eua.

Sabido isto, vejamos quaes sejaõ os casamentos illicitos, & reprouados pella ley.

DE NVPTIIS ILLICITIS.

SVMMARIO.

1 *Matrimonio illicito qual he?*

2 *Incestuosos casamentos o que saõ, & como se comete incesto, & com quem? & a differença que ha entre casamentos incestuosos, & nefarios, & quaes saõ huns, & outros?*

3 *Incestuosos casamẽtos abominou atè a gentilidade, referemse algũas humanidades.*

4 *Penas dos que contrahem matrimonio incestuoso, ou nefario.*

5 *Matrimonios inuteis quaes saõ, & resumemse as causas porque he prohibido o matrimonio.*

Penas dos que contrahem matrimonio inutil.

MAtrimonio illicito he o que he reprouado pella lei Diuina, & humana, ciuil, & canonica, como se ve no titulo in C. & Auth. de incest. & inut. nupt. Donde se collige, que o matrimonio illicito he de dous modos, ou nefario, ou inutil, conforme a glossa in d. Rub. C. & Auth. de incest. nupt. supposto isto vejamos quaes saõ os incestuosos, & nefarios casamentos.

Incestuosos, & nefarios casamentos

SAõ aquelles, que repugnaõ, & contradizem a natureza, & a ley diui- 2

na

na. E ainda que pareça que se tomão estes nomes ambos juntos de hũ modo, com tudo conforme a glos. in d. Rub. C. eodem, se diuidem na forma seguinte: porque os casamentos nefarios saõ propriamente os que se cõtrahem entre ascendentes, & descendentes in infinitum, ou sejaõ naturais, & legitimos, ou naturais somente, ou espurios, ou incestuosos. l. nuptiæ consistere incepta l. seq. & l. fin. ff. de ritu nuptiarum, & §. ergo non omnes hoc titulo. & incestuosos saõ os casamentos celebrados entre collaterais atè o quarto grao inclusiuè, ou por sangue, ou por affinidade atè o mesmo quarto grao, & entre as pessoas do primeiro grao, & o segundo de affinidade, como hè o sogro, sogra, nora, genro, madrasta, & molher do tio irmão do pai. l. abincestis, C. de incest. nuptijs.

E estes casamentos nefarios, & prohibidos atè a mesma gentilidade os reprouou, estranhando muito confundirse o parentesco com os nomes, como se lê em Ouuidio no liuro 10. Metamorph.

Vtra autem sperare aliquid potes impia virgo?
Nec quod confundas, & iura, & nomina sentis?
Tu ne eris, & matris pellex, & adultera patris?
Tu ne soror nati? genitrixq; vocabere fratris?
Nec metues atrocinitas angue sorores,
Quas facibus sæuis oculos, atq; ora petentes
Noxia corda vident? at tu dum corpora non es
Passa, nefas, animone concipe, ne vè parentis
Concubito vetito, naturæ pollue fœdus.

E ainda que se diga, que muitos Gentios contrahiraõ estes nefarios casamentos; com tudo alem de elles serẽ brutos, & cegos de toda a luz como foi Semiramis Raynha dos Persas, q̃ casou com hum seu filho, & pera que não parecesse mal aos vassallos poz por lei, que todos os de seu Reyno pudessem fazer o mesmo, & assi os Arabios, Persas, Mouros, & Babyloẽnios vsauaõ desta brutalidade, com tudo os mesmos Gentios, que refserem semelhantes feitos, & brutalidades, as estranhaõ com o estylo, que breuemente veremos, & primeiro se lembra o ditto de Ouuidio in d. lib. 10. Metaphors.

gentes tamen esse feruntur,
In quibus, & nato genitrix, & nata parenti
Iungitur, & pietas geminato cresçit amore,
Me miseram quod non nasci mihi contigit illic
Fortunaq; loci lædor quid in ista reuoluor

spes

Titulo decimo

Spes interdictæ, discedite, digna amari
Ille, sed vt pater est, ergo si filia magni
Non essem Cinyræ; Cynere concubere possem.

Porem estes exemplos horrendos, & abominaueis a mesma gentilidade os abominou, como temos mostrado, & he de notar o que refere o mesmo expositor, & se conta de Dionysio tyrãno, que intentando offender a castidade de sua mãi, dissera ella, que o Tyranno podia mudar as leis ciuis, mas as humanas não; pello que como esteja tam claro isto que sò entre brutos, & irracionais se costuma tal brutalidade, & muitos animais que carecem de rezão a não commettem, como diz Aristoteles lib. 9. animal. cap. 47. refere que os Camelos nunca tiueraõ ajuntamento cõ suas mãis, & que hum dia querendo tentar este vso honesto, hum guarda, ou curador de seus rebanhos, cobrindo a mãi de hum camello nouo, ajuntandoo a ella, descubrio, & lançou fora o camello o veo, com que a mãi estaua cuberta, & conhecendoa, se voltou contra o guarda, & o matou. E assi que temos sabido o necessario neste particular, vejamos em que grao seja prohibido o matrimonio entre os collateraes.

Incesto se chama o matrimonio entre os parentes até o quarto grao inclusiuè, & entre os mesmos até o proprio grao de affinidade he prohibido. l. ab incestis, C. de incest. nupt.

Penas dos que contrahem incesto, & nefario matrimonio.

4 VArias saõ as penas, que neste caso poem o texto, & a glossa in §. si aduersus infra eodem, & in l. qui contra, C. de incest. nupt. poque em primeiro lugar não val o matrimonio, nem os contrahẽtes propriamente se chamaõ marido, & molher: *Actus enim, qui fit contra leges nõ tantum non valet, sed etiam nomen perdit.* l. fin. C. de sent. experic. recit.

Segundo, a promessa de dote não he valida, nem a doação causa dotis val no matrimonio illicito, vbi nullum est matrimonium, ibi nec dos esse potest: porque ainda que possa hauer matrimonio sem dote, com tudo naõ ha dote sem matrimonio. l. 3. ff. de iure dotium.

Terceiro, os filhos incestuosos não estaõ em poder do pai.

Quarto, naõ succedem ao pai, antes de rigor de direito ciuil não deue o pai alimentos aos taes filhos incestuosos. Auth. ex complexu, C. de incest. nupt. supposto que de equidade canonica deuem, & costumaõ ser alimentados, cap. cum haberet ext. de eo qui duxit, quam prius pol. &c. & assi se julgou no anno de 1631. na causa de Feliciano Cardoso, que referimos no cap. 2. hoc. lib. supra de iure nat. gẽt. & ciuili.

Quinto, porque incorrem em infamia os que contrahem matrimonio illicito, & nefario, & os que o approuaõ; & pera se effeituar daõ ajuda. c. consanguineorum iuncta glossa 3. q. 4. & ipso iure ficaõ excomungados, Clement. 1. de consanguin. & affin.

Sexto, tem pena de degredo; & confiscaçaõ dos bens, sendo pessoa de calidade, & sendo vil, tẽ pena corporal. Auth. incestas. C. de incest. nupt. Consonat Ord. lib. 5. tit. 17. §. 13.

O maa

O matrimonio, & casamentos inuteis saõ aquelles, que prohibe o direito ciuil, & canonico, porem a natureza não, nem o direito diuino, o que acontece de muitos modos, como diz a gloss. in d. Rub. C. de inc. & nupt. & a gloss. in §. sunt, & alix infr. eodem, onde se contaõ quatorze.

A primeira por rezão do sangue he prohibido o matrimonio por direito canonico entre os parentes até o quarto grao.

Segunda, por rezaõ da affinidade até o mesmo grao.

Terceira, por rezaõ do parentesco espiritual he prohibido o matrimonio tambem de iure canonico; em casos numerados no cap. vnico extra de cognat. spirit. como tambem de direito ciuil he prohibido ao padrinho do Baptismo casar com a afilhada. text. in l. si quis alumnam in fin. C. de nuptijs.

Quarta, por rezaõ da adopçaõ, & perfilhaçaõ, que como he parentesco legal ordenado pella ley he prohibido de iure ciuili o matrimonio entre o pay, & filha adoptiua. Syluester in verbo matrimonium n. 8. Nauar. in manuali, cap. 22. n. 44. & 45. de modo q̃ entre a filha adoptada, & seus descendentes naõ póde com o adoptante hauer matrimonio, ainda que se acabe a adopçaõ, porque sempre dura o respeito paterno *& fictio imitatur naturam*, & tambem entre os irmaõs, & irmaãs. l. per adoptionem, ff. de ritu nuptiarũ; porem com distinçoens neste segũdo caso entre irmaõs, & irmaãs. Primeira, se de hũa parte for o filho natural, & legitimo juntamente, & da outra a filha adoptiua, ou legitima somente durante a adopçaõ, não podem cõtrahir justo matrimonio, mas dissoluta adoptione possunt. d. l. per adoptionem, ff. eodem. Segunda, se o filho for natural somente, & naõ legitimo, & a filha, & irmaã for legitima somente, estes podem legitimamente contrahir matrimonio, conforme a gloss, & os Doctores no cap. vnico de cognat. legali & ibi gloss, & a doutrina do d. capit. vnico: & destas calidades de filhos veremos no titulo infra de adoptionib. E tambem o adoptante não póde casar com a molher do filho adoptiuo, nem este com a molher do pai adoptãte, ex l. adoptiuus, ff. de ritu nupt.

Quinto, por rezão da idade, porque antes de 14. annos he prohibido o matrimonio nos machos, & nas femeas antes de doze annos, como dissemos, & ao diante veremos no tit. seguinte.

Sexto, por rezaõ do catiueiro, porem isto foi emendado pello direito canonico capit. 1. de coniug. seruorum, porque o matrimonio he de direito diuino, & natural, de que os escrauos como homẽs deuẽ participar. Supposto que o rigor da ley ciuil os repute por nada.

Septimo, pello furto que se faz de hũa molher, he prohibido o matrimonio inter raptorem, & raptam. l. vnica. C. de raptu virg. & tem pena de morte o que furta a donzella.

Octauo, por rezaõ da tutoria, porque nem o tutor, nem seu filho podem casar com a pupilla. l. tutor. ff. de spõsal. & toto tit. C. de interdict. matrim. & isto parece, & está hoje mudado, ou emendado, como se póde ver apud Panorm. & no cap. fin. n. 2. de sec. nupt. acerca dos tutores, ou seus filhos poderem casar com as pupillas.

Nono, he prohibido o matrimonio de direito ciuil entre os senadores, & molheres baixas. l. lege Papia. ff. de ritu nupt.

Decimo,

Titulo decimo

Decimo, entre o Presidente ea subdita ratione iurisdictionis. l. & si cõtra, C. de nuptijs: porẽ estes dous modos estaõ emendados, & ja naõ procedẽ, vt refert Ang. in d §. sunt & aliæ. excepto os julgadores tẽporais, q̃ sem licença delRey não podẽ casar cõ molheres de sua jurdiçaõ. Ord. lib. 1 t. 94.

Vndecimo, por rezão da honestidade publica na forma referida.

Duodecimo, por rezaõ da ordem, porque os Clerigos de Ordens sacras, não podem casar.

Decicimotercio, por rezaõ da Religiaõ, porque he prohibido aos frades, & freiras o casamento, glossa, & Doctores in dicto §. sunt, & aliæ.

Decimoquarto, por rezaõ do matrimonio. porque hum homem que he casado não póde casar outra vez em vida da mesma molher: donde nem o Papa póde dispensar com hum Rey que case com outra molher, ainda que seja esteril a Raynha com que for casado. Fel. in cap. quæ in Ecclesiarum n. 23. extra de constit.

§ As penas dos que contrahem matrimonio inutil diz a glossa in §. super, verbo illicitas, in Authent. de incest. nupt. & in dicto §. si aduersus in verbo prohibitas, & conclue, que todas as penas sobreditas numeradas no ditto §. si aduersus, & na l. qui cõtra, & na Authent. incestas C. de incest. nupt. indistinctamente tem lugar nos contrehẽtes do casamento, & matrimonio illicito, não sô incestuoso, & nefario, que repugna, & prohibe a natureza, & direito diuino, mas tambem as bodas, & matrimonio inutil, que prohibe a ley canonica, & ciuil, & os que contrahem semelhantes casamentos estaõ sugeitos a igual pena pella generalidade do texto no dito §. 1, porem Cyn. a quẽ segue Bald. na d. Auth. incestas, & cõ varios Doutores tem a contraria opiniaõ, distinguindo, scilicet, que a pena de confiscaçaõ de bens, & degredo, castigo corporal, & priuaçaõ do cargo & dignidade, naõ tem lugar nos contrahentes casamentos inuteis, vbi non cadit incestus de iure gentium, como nos irmaõs adoptiuos. espirituais, &c, porque as penas como sejaõ criminais, & odiosas deuem ser restringidas, & naõ extendidas l. interpetratione, ff. de pœnis, & porque o texto sò falla de incesto, parece não se deue extẽder ao inutil de modo que restringem a pena na forma sobredita, incorrendo porem nas mais do dito §. si aduersus, & l. qui contra. scilicet, naõ val o matrimonio, nem a doaçaõ propter nuptias, nem os filhos saõ legitimos dos que contrahem matrimonio inutil. O que procede quando a molher sabe a condiçaõ do marido, porque se hum homem casado. v. g. em Lisboa, se for ao Brazil, & lá se fizer reputar por solteiro, & enganar hũa molher, & casar com ella, que totalmẽte ignora, nem tem noticias, que aquelle homem he casado, neste caso *propter ignorantiam vxoris, quæ á marito decepta est*, os filhos que desta molher nascerem, saõ legitimos, secund. glos. in l. qui contra super verbo, error, & facit, cap. 2. ex tenore in fin. qui filij sint legitimi; & Panorm. in cap. fin. de clandest. despons. & DD. in dicto §. si aduersus. Limitase porem esta regra que não procede, nem tem lugar quãdo se dispensar no caso, ou grao prohibido pello direito ciuil, ou canonico, como dissemos nos graos de consanguinidade sup. & se acrescenta a l. si senatori, ff. de ritu nupt. A segunda limitaçaõ he, que as ditas penas com

pre,

prehendem os contrahentes matrimonio incestuoso,& nefario, & inutil, & não os que contrahem sponsalia,porque ainda que onde se prohibe o matrímonio, he prohibido o espoſorio, l. oratio. ff.de sponſ. comtudo não se segue, que tenhaõ a mesma pena, & assi o determina a glossa in Clement. vnica in verbo, contrahere de consanguin,& affinit.

DE DIVORTIO.

PARS QVARTA.

SVMMARIO.

Diffinição do diuorcio, mostrase o que he.

Referemse as causas porque se póde fazer diuorcio.

Se se podem apartar os casados por rezão de doenças,ou doudice.

Se por rezão do erro se podem apartar os casados, mostrase a differença entre o erro da condição da fortuna,ou da qualidade.

DIssemos acimá, que o matrimonio era ajuntamento de macho,& femea, que continha hũa vnião indiuidua, & perpetua conforme suas vontades, da qual se não podiaõ apartar senão em os casos permitidos,& consentidos pella lei,os quaes se referem nesta vltima parte do diuorcio. que se diz assi, ou á diuersitate mentium, quando hũ,ou ambos pretendem apartarse, *vel quia in diuersas partes matrimonium distrahunt, & ideò diuortium est iam contracti matrimonij perpetua dissentio, quia cùm sit contrarium matrimonio, in quo contrahentes habent animum retinendi indiuiduam vitæ consuetudinem, ita facientes diuortium animum habent constituendi perpetuam dissentionem.* Doctores in l. diuortium non est, ff. de diuort.

Cujas cáusas saõ as seguintes.

Diz o Emperador Theodosio na l. consensu, Cod.de repudijs, elegantemente:

Sicut sine iusta causa dissolui matrimonium iusto limite prohibemus,ita aduersa necessitate pressum, vel pressam, quamuis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari.

Pello que temerariamente se não deuem fazer os diuorcios, mas por justas, & prouaueis causas, conforme varias,& antiguas constituiçoens, como se lê no Deuteronomio 24. & na ley da graça in 5. Math. vers. 32. & 19. vers. 9. & no ff. na lei 2. de diuortio,& no Cod. de repudijs, & na Authentica no §. qui verò plurimas, Authentica vt liceat matri, & aviæ. & tambem no testamento nouo, &

leida graça, vt Math. 5. dicto vers. 11. donde diz o Senhor: *Ego dico vobis, quicumq; dimiserit vxorem suam nisi ob fornicationem, & aliam duxerit mœchatur.*

Por sexto, & vltimo letnos no direito Pontificio, & Canonico a doctrina, que neste particular se observa do dito direito, de q̃nôs daremos algũa breue noticia, porque em lugares particulares, trataremos do que daqui se segue.

E a primeira causa do diuorcio he quando algum dos casados, ou o marido machinâr, & procurar a morte da molher, ou a molher a do marido, com veneno, ou outra qualquer cousa, vt in cap. 1. ext. de diuortijs. ou quando algum homem for tam agastado, & brauo, que corra risco a vida da molher deue ser apartada do perigo, o que he arbitrario ao juiz julgar, & examinar quando he a aspereza, & rigor demasiado, & o que se deue fazer, conforme ensina, & diz Panormitano in cap. ex transmissa de restitution. spoliat. acerca do que se deue notar, que o diuorcio, & apartamento, que se faz neste caso he de cama, & mesa, mas naõ póde casar hum, nem outro, sendo ambos viuos, senão hum depois da morte de outro, dicto cap. 1. & 2. de diuortijs.

E quando o diuorcio se faz propter sæuitiam, & pella indignaçaõ, & braueza continua do marido está elle obrigado a restituir â molher apartada o dote, que com ella recebeo, & ametade dos acquiridos atè o tempo do apartamento, iuxta textum cum glosa in cap. significauit de donat. inter virum, & vxorem, ifictis ibi dictis per Abb. in cap. 1. de donatiónibus inter virum, & vxorem, mas dos acquiridos depois do apartamento não toca nada á molher, ainda que o marido foi se causa da separaçaõ feita iudicio Ecclesiæ, extraditis per Castellum in l. 61. Tauri in glosa, verbo, durante el matrimonio.

A segunda causa do diuorcio he, se algum dos casados se fizer herege, & por isso se apartar do fiel, porque neste caso sendo a molher infiel, & apartandose do marido fiel, não sò he diuorcio, mas pòde o marido casar com quem elle quizer, & do mesmo modo sendo a molher herege, & infiel pòde casar, viuendo o infiel, com quem lhe parecer, como he texto de direito diuino 1. ad Corinth. 7. onde diz o Apostolo:

Si quis frater vxorem habet infidelem, & hæc consentit habitare cum illo, non dimittat illam, & si qua mulier habet virum infidelem, & hic consentit habitare cum illa non dimittat virum, quod si infidelis, discedit, discedat, non enim seruituti subiectus est frater, aut soror huiusmodi.

Porem isto não se deue entender pera que seja licito ao Christaõ casar com herege, Turca, nem molher de outra ceita, mas deuem ser Christaõs ambos, & Catholicos, l. nequis, Cod. de Iudæis. E isto que repetimos, & falla desta forma referida he, porque no tempo dos sagrados Apostolos, como acontecia conuerterse muitas vezes â fê o marido, ou a molher se queriaõ depois podiaõ cohabitar, & se naõ conuinhaõ, não, nem ficauaõ ligados, & podiaõ casar com outro, cap. quanto ext. de diuort.

A terceira causa do diuorcio he a impotẽcia natural, ou accidẽtal perpetua,

tua, que acontecer antes do matrimonio: porque se depois do matrimonio se conhecer a impotencia, não se faz diuorcio, senão hũa declaraçaõ, de que aquelle ajuntamento não foi conjugal, & se concede à pessoa do marido, ou da molher, que não for leso, & tiuer as forças da natureza, que possa casar com outro, ainda que seja viuo o impotente, cap. 1. in fin. de frig. & malefic.

A quarta causa do diuorcio hé o adulterio, vt Math. cap. licité 32. quæst. 7. cap. præcepit Dominus 32. quæst. 5. & cap. dixit Dominus cum alij quot seqq. 32. quæst. 1. cas. significasti, cap. ex literis extra de diuortijs, l consensu, Cod. de repudijs. E estas causas procedem pera se apartar o matrimonio, quanto ao vinculo; ou tambem quãto à cohabitaçaõ, a que chamamos *quoad thorum*, hei de repetir ao diãte, porque no §. fuerat instit. de act. heide declarar; como se repete o dote entre os separados, & se se podem pedir alimentos, & as causas q̃ haõ de ter pera se apartar, & no titulo de pæna temere litigantium mostraremos quem ha de conhecer destas causas.

3 Resta por fim vermos se por rezão das doenças, & males contagiosos, & incuraueis, como lepra; & outros semelhantes, se desfaça, & aparte o matrimonio? & resoluem os Expositores que não deue ser apartado o marido da molher doente; nem a molher do marido, & que nenhũa enfermidade grauissima aparta o matrimonio, cap. 1. & 2. de coniug. Lep. & cap. hi qui 32. quæst. 3. & cap. si vxorem 32. q. 5. & o elegante texto na lei si cum dotem, §. si maritus, ff. soluto matrim. onde diz o Iurisconsulto.

Quid enim tam humanum est, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel vxorem viri participem esse?

De modo que como sejaõ hũa carne, não ha cousa mais huntana, que padecerem ambos, pois saõ a mesma cousa, & apartallos será maior pena, E assi se naõ deuem apartar, nem quoad thorum, nem quoad seruitium, secund. Panormitanum in cap. 2. de cõiug. Lep. post textum ibi. o que não procede na promessa de sponsalibus de futuro, textus in cap. fin. de coniugio lep. donde sobreuindo a lepra se resolue a promessa, & naõ he obrigado o esposo a receber a esposa, & o mesmo se entende se sobreuier outra qualquer enorme deformidade secundũm glossam in dicto cap. fin. in fine, & ibid. Panormitan. o que não he na promessa de sponsalibus de præsenti, que he verdadeiro matrimonio, l. nuptias, ff. de reg. iuris.

E daqui vem tambem a pregunta se por rezão do furor, & doudice se aparta o matrimonio? & tambem se resolue, que ainda que o furor impida o matrimonio antes de se contrahir; que o não desfaz depois de contrahido, l. furor, ff. de sponsa. l. oratione, §. fin. ff. de ritu nupt.

Vltimamente notemos, que por rezão do erro tambem se aparta, & desfaz o matrimonio.

Porem hauemos primeiro saber, que o principal requisito he o consentimento dos contrahentes, & assi hauendo erro ha vicio: *Cùm erraniis nullus sit consensus, vel voluntas*, vt dicitur in l. non idcircò, & l. cum testamentum in fine, Cod. de iur. & facti ignor. mas de direito canonico, nem todo o erro exclue o consentimento, & por isso se especificaõ quatro especies de erro. O primeiro he o erro

da peſſoa. v. g. cuidando que recebo a Anna, & recebo Catherina, aſſi como Iacob lhe foi entregue Lia por Rachel; & eſte erro conforme a direito canonico impede & desfaz o matrimonio, porque falta o conſentimento na peſſoa, & entreuem dolo que ſe não deue conſeruar; *quia decipiens non debet patrocinari*, l. 1. ff. de doli mali except.

O ſegundo he o erro da condiçaõ & eſtado da peſſoa. v g. hum homem liure, que caſar com hũa eſcraua, cuidando, que era liure, & eſte erro tambem impede o matrimonio de iure canonico, cap. vnico, & cap. oppoſuit de coniug. ſeruorum: porem como entre os Chriſtaõs foi tirado o coſtume dos eſcrauos, como diſſemos, & a differença do contubernio, ou matrimonio, ſe hum homem liure caſar com hũa eſcraua, ſabendo que ella o he, nem por iſſo ſe apartará, nem deſfará o matrimonio, dicto cap. oppoſuit, aſſi como entre Abraham, & Agar ouue verdadeiro matrimonio.

O terceiro he o erro da fortuña, verbi gratia, quando hum homem caſar com hũa moça pobre, cuidando que era rica, & como eſte erro não ſeja ſubſtancial do matrimonio, o não desfaz, nem aparta quando puramente he contrahido, dicto cap. vnico: porem ſe for condicional, v. g. caſando hum homem com hũa moça, & dizendo: caſo com voſco ſe me derdes mil cruzados em dote: neſte caſo não ſendo a condiçaõ purificada, & compri-

da, não he obrigado a conſumar o matrimonio, cap. de illis ext. de con. dit. appoſit.

O quarto, & vltimo he o erro da qualidade, verbi gratia, quando hum homem caſar com hũa molher deſlorada, ou prenhe, cuidando, que era donzella, & eſte erro conforme a direito canonico não vicia, nẽ desfaz o matrimonio, dicto cap. vnico in fine 29. quæſt. 1. donde ſe diz, que o erro da qualidade não exclue o conſentimento, aſſi como quem compra hum campo, ou hũa vinha, entendendo, que he fertil, ainda que erre na qualidade, com tudo ainda que ſeja menos fertil do que imaginou, não póde reuogar o contrato da compra; aſſi aquelle que caſar com hũa molher má, & corrupta, cuidando que he donzella, ſe não póde por iſſo desfazer o matrimonio, & eſta opiniaõ ſe confirma com a ſentença da l. alioquin, §. quod ſi ego, ff. de contrah. empt. vbi: *Si puto me emere virginem, cùm ſit mulier, valet emptio, quia in ſexu non eſt erratum.* E com muita rezão, porque donde interuem o conſentimento precede a informação, & não ſe ſiga o engano, que ſe admitirà ſeria porta de ſe deſcubrirem muitas faltas, tal vez fingidas, o que não he rezão das publicas, quanto mais das ſecretas, iuxta illud: *Omnia delicta tegit dilectio*: & tal vez as vingauças publicas publicão aggrauos ſecretos.

DE ADOPTIONIBVS.

Titulus vndecimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deſte titulo das Adopçoẽs, ou perfilhaçoẽs.*

2 *Diffineſe a adopçaõ.*

3 *Moſtraſe que couſa ſeja ficçaõ, & quando póde a lei fingir algũa couſa, & ſobre que caſos?*

4 *Origem das Adopçoens he antiquiſſima, & ſe teue princípio no direito diuino.*

5 *Filhos ſe chamaõ legitimos, & naturais, ou legitimos ſomente, & quaes ſaõ? E quantas eſpecies ha em direito de filhos.*

1 Diſſemos acima no titulo de Patriapoteſtate, que as cauſas do patrio poder eraõ tres, aſaber, juſto, & legitimo matrimonio, legitimaçaõ dos filhos, & adopçaõ. Tendo dito das duas primeiras, com rezão ſe ſegue agora eſta terceira no titulo preſente, que concorda com as rubricas in ff. & C. de adoptionibus.

2 Saibamos em primeiro lugar a diffiniçaõ, que os Doutores dão à adopçao; & he a ſeguinte. *Adoptio eſt gratuita electio alicuius in filium*: ou cõforme a gloſſa, *Eſt actus legitimus per quem quis fit filius, qui alioquin non eſt filius.* De maneira, que he hũa eſcolha amoroſa, com que hum homem toma por ſeu filho aquelle, que aliás o não era, mas por eſta perfilhaçaõ, & legitima ficçaõ da lei, fica ſeu filho legitimo ſomente.

E acerca deſta diffiniçaõ temos, que notar duas couſas. A primeira os effeitos da ficçaõ. A ſegunda a antiguidade deſta, que o Emperador refez neſte titulo.

3 Quanto á primeira ſaibamos, que a ficção he hum acto, com que a lei finge hũa couſa poſſivel, de modo que ſe reputе por verdadeira; & aſſi o entendeo Bartholo, quando diſſe: *Fictio eſt in re certa, eius quod eſt poſſibile contra veritatem pro veritate à iure ſumpta aſſumptio.* Barthol. in l. ſi quis pro emptore num. 21. ff. de vſucap. onde acreſcenta, que diſſe *in re certa*, para diſtinguir a ficçaõ da preſumpçáo, a qual preſume ſobre couſas duuidoſas, vt in l. non eſt veroſimile, vbi gloſſa hoc dicit ante medium, ff. quod metus cauſ. & a lei finge ſobre couſas certas. vt in l. 1. §. accedit, Cod. de rei vxor. act. & tambem diſſe Barth. na deſcripçaõ da ficção, *eius quod eſt poſſibile*, porque ſobre impoſſiueis ſe não póde fingir, vt patet ex l. Gallus. §. ſi eius, ff. de liber. & poſthum. ex l. 3. ff. pro ſocio, l. qui ad certum, ff. locat. l. certê, ff. deprec. & arg. l. adoptio ff. de adop. & à rezão he clariſſima, porq̃ a arte imita a natureza, & aquillo, q̃ he impoſſiuel conforme à natureza, he não póde fazer por arte, l. ſi pater, §. ſi eum

eum, & l. seque, ff. de adopt. & assim q̃ a ficçaõ não tem lugar quando se não funda em cousa verdadeira, vt post Barthol. dixit Alban. in l. necessario, n. 2. ff. de peric. & commod. rei uend. pello que não pòde a ficçaõ ter lugar sobre impossiuel de facto, nem de iure, vt probat Decian. in cons. 69. n. 11. nem menos se admitte onde a verdade não pòde ter lugar. l. certè, ff. de precar. Alban. ad Barth. in l. nam postea, §. si ijs qui, ff. de iure iurand. & por isso disse Bartholo na diffiniçaõ ibi *contra veritatẽ*, porque se a cousa por si fosse verdadeira não necessita. ua de ficçaõ, pois por ella se podia conhecer o que o fingimento induz, arg. l. illicitas. §. veritas, ff. de offic. Præsidis, & l. 1. C. si minor ab hæreditate se abstineat, dicitque Ipse Bart. in l. siquis pro emptore, n. 22. Disse tambem *pro veritate*, porque a ficçaõ da ley tem o mesmo effeito, que a verdade, & tãto obra a ficçaõ no caso fingido, como a verdade no caso verdadeiro. l. 1. in principio, C. de rei vx. actione. l. 1. §. hoc senat. ff. ad Trebell. cap. ad audiẽtiam de Cleric. nõ residem. Pichard. in inst. quib. mod. testam. infirmẽt. n. 5. Rota Rom. apud Farinac. decis. 266. n. 8. ibid. & decis. 319. n. 3. Decian. respons. 11. n. 150. lib. 1. & algũas vẽzes obra mais que a verdade, como em caso notauel aduertio Anton. Fab. in suo Cod. de finit. lib. 3 tit. 12. de finit. 44. Tiraq. in tract. de mort. last. 2. p. declarat. 6. n. 7. latè Nouar. quæst. forens. lib. 1. q. 143. n. 13. & seqq. Vltimamente disse Bartholo na diffiniçaõ supra referida *à iure facta assumptio*, pera excluir as falsidades que o direito não finge, mas os homẽs inuentaõ, & por isso he de aduertir, que só a ley pôde induzir ficçaõ que tenha effeito de direito, vt per Alexand. in consil. 149. viso processu, n. 4. per l. si forte, ff. de castr. pecul. l. siquis infundi vocabulo, ff. de legat. 1. & notat Bart. in l. si quis pro emptore, in 1. q. principali, ff. de vsucap. & ibi n. 23. diz, que a ficçaõ foi introduzida pello direito das gentes, & não pello direito natural, & pello direito ciuil.

E quanto à segunda nota aduirtamos, que a origem das Adopçoẽs he antiquissima, como testemunha o sagrado Texto, porque Moyses foi perfilhado pella filha de Pharao, Exod. 2. verſ. 10. & Iulio Cesar perfilhou a Augusto, & este Augusto a Tiberio Cesar, & desta ficção legitima se lẽ tambem in Euripidis Melanippe,

Amens, & excors, prole qui propria carens
Aliena domui pignora adsciscit suæ.
Arbitria fati more peruertens malo.
Cui stirpes negata numine est cælestium
Tolerare debet non Deos incessere.

Idem Erechtheo.

Stirpi insitiuæ nulla vis: præstantius
Satu datum, quam lege fictum genus.

E como pore sta ficçaõ fica filho legi
5 timo o adoptado, refere a glosia hic

as especies seguintes de filhos.

Et primò ha filhos legitimos, &

natu-

naturais juntamente, que se chamaõ assi, porque saõ nascidas de legitimo matrimonio, ou de solteiro, & solteira que depois casem, porque entam pello subsequente matrimonio ficaõ os filhos legitimos, c. tanta qui filij sint legitimi. & text. hic, Ord. lib. 2. tit. 35. §. 12.

Secundò, filhos legitimos somente, que saõ os adoptiuos, perfilhados, dos quaes tratamos neste titulo

Tertiò, filhos naturais somente, os quaes conforme a glossa hic, & in c. liberi, q. 4. Ord. lib. 4. tit. 92. gerou a natureza, sem entreuir a honestidade conjugal, & posto que todos os filhos hauidos extra matrimonium se possaõ chamar naturais, com tudo conforme a direito sò o saõ propriamente os filhos, que se ouuerem de manceba tida em casa em lugar de molher: porque estes taes tẽ por si toda a presunçaõ da ley, porque de direito ciuil era permitido o amancebamento (vt notatur in tit. ff. de concub.) porem de direito diuino, & canonico está reprouado, & não he licito nenhum ajuntamento carnal extra matrimonium, antes he condemnado, vt in cap. nemo, & cap. meretrices 32. q. 4.

Quartò, filhos espurios, ou *vulgo-quæsitos*, que saõ os nascidos de molher publica, que naõ podem mostrar pai, vt tex. hic, Ord. lib. 4. tit. 93.

Quintô, filhos nascidos de ajuntamento reprouado, & expressamente condemnado por direito ciuil, como saõ os incestuosos nascidos de collaterais em grao prohibido, nefarios, que nascem de descendentes ou ascendentes, & adulterinos, q̃ saõ os filhos de homem casado, ou molher casada auidos extra matrimonium, & nascidos de adulterio.

Sextò, filhos espirituais, que saõ os afilhados do Baptismo, de quibus titulus extra de cognat. spirituali.

§. *Adoptio.*

SVMMARIO.

Adopçaõ he de dous modos, porque ou he especial, ou arrogaçaõ, & se explica.

SAibamos, que a perfilhaçaõ he de dous modos, porque ou he adopçaõ in specie, ou arrogaçaõ. A adopçaõ he hum acto legitimo, pello qual o filho familias, q̃ ainda tẽ seu pai viuo, em cujo poder está, se faz filho do pai adoptãte pello imperio, & authoridade do Senado, q̃ lho permite. Pello que sò o Magistrado como (apud nos, pello Dezembargo do Paço) se faz a adopçaõ. l. 1. C. eodem, l. 2. ff. de offic. proconsul. & assi não basta que hum homem perante testemunhas, ou Taballiaõ perfilhe hũ moço, mas he necessario que seja por prouisaõ do Dezembargo; & esta adopçaõ in specie se pôde fazer de dous modos. Primeiro, por estranho, que não he nada ao adoptado, ou he seu collateral, que tambem se reputa por estranho na adopçaõ, vt in l. cum in adoptiuis, & ibi gloss. §. si vero, in verbo naturalia, Cod. eodem. Segundo, por ascendente, auò paterno, ou materno, como nos ensina o §. seguinte.

§. *Sed hodie,*

SVMMARIO.

Adoptado he o filho familias, ou por estranho, ou por ascendente, mostraõse

Titulo vndecimo

Trãose os effeitos de quando he adoptado por estranho.

2 *Effeitos da adopçaõ feita por ascendente.*

3 NEste §. faremos hũa distinção entre o adoptado por estranho, & o adoptado por ascendente. E quanto ao primeiro, scilicet, quando o filho familias he adoptado por estranho não passa a poder do adoptante pera perder o direito do patrio poder natural, que sempre retem, & a que estâ sogeito. Com tudo obra a adopção do estranho os seguintes effeitos. O primeiro he, q̃ o filho adoptiuo succede abintestato ao pai adoptante igualmente com seus filhos naturais, & legitimos juntamente, vt hic, & l. cum in adoptiuis, §. sed ne articulum, C. eodem. Segundo, passa a dignidade senatoria, ou outra semelhante, q̃ tiuer o pai adoptante ao filho adoptiuo. l senatoris filium cum l. seq. & l. liberos, ff. de senatoribus; porem cõforme à Ord. lib. 1. tit. 35. §. 12. o filho adoptiuo não succede nas terras da Coroa. Terceiro, o pai adoptiuo pode emendar, & castigar o filho adoptiuo, iuxta l. 1. C. de emend. propinqu. Quarto, o filho adoptiuo não pode litigar com o pai adoptiuo, nem chamalo a juizo sem venia, l. adoptiuum, ff. de in ius vocando, probat Ord. lib. 3 tit. 9. §. 1. ibi filho adoptiuo durante a adopçaõ sem licença não póde citar a seu pai adoptiuo. O quinto, & vltimo effeito he, que por rezão deste parentesco legal da adopçaõ he prohibido o matrimonio entre o pai adoptiuo, & a filha adoptiua, vt dictum est in §. ergo non omnes supra de nupt.

No segundo caso, quando o filho familias he adoptado por estranho seu ascendente, auò, visauò, trisauò, &c. paterno, ou materno passa a poder do pai adoptiuo com dous vinculos. O primeiro do sangue: o segundo da filiaçaõ legal, & por isso deixa o patrio poder natural, & (sendo seu pai emancipado) passa ao poder, & familia do adoptante tam ligado com os ditos dous vinculos, que tudo o que acquirir he pera o pai adoptiuo, & não pera o natural ao qual não succede abintestato. d. l. cũ in adoptiuis, §. si vero pater, C. eodem, *quia duplex vinculum magis ligat, & difficilius rumpitur*, l. si non lex, ff. de hæred. inst. Caldas Pereira de resolut. emphyt. cap. 9. n. 24. Tusch. litera D, conclus. 810. cum tribus seqq. Scac. de iudic. lib. 2. cap. 9. n. 1673. & 1720. Surd. de alimentis. tit. 6. quæst. 13. n. 2. & decis. 154. n. 9. & cons. 61. n. 6. & cons. 173. n. 28. As rezoens disto damos ao diante, no titulo de bonorum possessionibus quãdo tratamos das successoens.

§. *Cum autem impubes.*

SVMMARIO.

Diffinese a arrogaçaõ, & mostrase o que comprehende. 1

Menor de quatorze annos se póde ser arrogado? 2

Effeitos da arrogaçaõ. 3

1 TRatamos aqui da arrogaçaõ, q̃ he hum acto legitimo, pello qual hum homem liure, de seu direito, & pai de familias, passa a poder de outrem com sua familia, & pella authoridade do Principe, que lho concede

cede, fica filho legitimo do pai arrogã te, §. adoptio sup. eodem: porem ainda que fique filho legitimo não se cõprehende o adoptiuo, nem o arrogado debaixo da palaura filhos, senão nos casos expressos no direito nuncupatiuo, glos. in l. si ita quis in fin. in verbo consequi, ff. delegat. 2. por isso dissemos, que se não admitem à succesaõ das terras da Coroa. ex Ord. sup. citata, & probatur ex cap. 1 § adoptiuus tit. si de feud. defunct. fuerit controuers. nem succedẽ nos bẽs emphyteuticos, l. filio, quem pater, ff. de liber. & posthum. & o mesmo nas substituiçoẽs, *Adoptionis enim commento is, cui fideicommissum iniustum est, substitutiõ excludere non potest.* dicta l. si ita quis, & l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstrat. §. adoptio. Nou. quibus mod. nat. effect. sui. & assim quando se diz, que as filhas seraõ excluidas pellos filhos machos se não entende pellos adoptiuos que as nâo exclue Rip. in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. & o mesmo he nos priuilegios, & estatutos, cujas palauras se entendẽ strictamente, & assi debaixo da palaura filhos se naõ conthem os adoptiuos, nem arrogados. l. liberorum, ff. de verborum signific. Chamase este acto arrogaçaõ, porque o adoptante deue ser rogado, & preguntado se quer q̃ aquelle homem seja seu filho legitimo, l. 2. post princip. ff. eodem, & deue tambẽ fazerse a arrogaçaõ por prouisaõ Real, precedendo justas causas, & informaçoens pera se conceder, glos. in dicto §. adoptio, sup. in verbo rescripto, & DD. post text. in l. 2. & in l. arrogationes, C. eodẽ, porque neste acto de passar hum pai de familias a poder do arrogante, he necessaria mais cautella, & requeremse mais diligencias, do que na adopçaõ, em a qual o filho familias não perde o pai natural. *& periculum vbi maius, ibi plenius est consulendum*, l. 1. §. sed quis, ff. de carbon. edict. l. manifestissimi, C. de furtis, l. ad dictos, Cod. de appellationibus, cap. vbi periculum de elect. libr. 6. Surd. consl. 1 3. n. 20. Tusch. tomo 6. litera P, conclus. 281. Gratian. forens. tomo 4. cap. 669. n. 16. Farinac. cons. 65. num. 115.

Em segundo lugar saibamos, que o moço de dezoito annos, que chamamos *pubes*, & o menor de quatorze, sendo macho, & femea menor de doze, que se diz *impubes*, podem ser arrogados, & na arrogaçaõ do menor de 14. annos se requere o conhecimẽto da causa, se he honesta, & vtil, porem sempre a honestidade se deue preferir, & antepor ao proueito, vt considerat Aldobrandus hîc, & facit textus in l. miles, §. socer, ff. de adulter. considerandose os costumes, idade, condiçaõ, & fazenda do arrogante, & quæ tràduntur in l. arrogationes, C. eodẽ, & principalmente se deue examinar a causa da perfilhaçaõ, & arrogaçaõ; porque como disse, depois que constar, q̃ he licita a adopçaõ se ha de ver o principal se he honesta a causa porque se faz, pois he certo: que muitas cousas saõ licitas, sem serem honestas, conforme o vulgar axioma, *honesta non sunt omnia, quæ licent*, l. in causa 16. §. idem Pomponius, ff. de minoribus, l. non omne de reg. iuris, donde disse Seneca Troas act. 2.

Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor.

Et Claudian. in panegiric. in 4. consulat. Honor.

Nec

Titulo vndecimo

Nec tibi quod liceat, sed quid feciſſe licebit
Occurrat, mentemq; domet reſpectus honeſti.

E por iſſo dizemos, que ſe requere conhecimento da cauſa, porque eſte, & o conſentimento dos parentes, ſupre a falta da idade, & o conſentimẽto dos adoptados, que pera a doação he neceſſario.

E finalmente quanto ás obrigaçoẽs notemos, que o arrogante deue dar cauçaõ, & fiança de entregar os bens do pupillo a ſeus ſucceſſores abinteſtato, ſe o pupillo morrer na idade pupillar, que he até 14. annos nos machos, & até doze nas femeas, vt in noſtro textu hîc, & veremos no tit. de ſatisdationibus.

Os effeitos da Arrogaçaõ.

O Primeiro he, que o arrogado paſſa a poder do arrogante com todos ſeus bens, & filhos ſe os tiuer, em tanto que podem depois ſer dados ao arrogante, outros em adopçáo, d. l. ſi paterfamilias, & l. arrogato, ff. eodem, & aſſi que tem o arrogante o meſmo poder no arrogado, que tiuera ſe fora ſeu pai natural, & legitimo juntamente.

Segundo, o arrogante ſuccede ab inteſtato ao arrogado, como dizemos abaixo tit. de acquiſitione per arrogationem.

Terceiro, & pello contrario, o arrogado ſuccede ao arrogante, l. penult. §. fin. C. de adopt. & não sò abinteſtato, mas tambem ex teſtamento, porque ſe o pai arrogante preterir, & não fizer menção no teſtamento do filho arrogado não o inſtituindo por herdeiro, ou desherdandoo com juſta cauſa, neſte caſo não só faõ reſtituidos todos os bens, que o arrogado paſſou a poder do arrogante, mas tambem ſe lhe dá a quarta parte da fazenda do arrogante, vt hîc, & in dicto §. cùm autem impubes: porem aquella palaura, *da fazenda*, ſe ha de entender da legitima porçaõ do arrogante, & não de todos ſeus bens, vt notatur in Authent. nouiſſima, C. de inoffic. teſtamento, & compete ao arrogado pera alcançar a dita quarta hũa acçaõ, que em direito chamamos, *conditio*, ex l. Diui Pij, vt hîc §. item non aliter, & l. ſi arrogator, ff. eodem, & l. Papinianus, §. quis impubes, ff. inoffic. titulo. Porem he de aduertir como ſe faraõ as partilhas entre os filhos adoptiuos, & pera iſto ſe ha de ver o inſigne Doutor Valaſco no tratado de partit. cap. 12. fol. 50. & 51. n. 44. onde diſtingue quanto ao pai natural, que deue conferir, & trazer a collaçaõ com os irmaõs; & quanto ao adoptãte não per rationem ibi contra Gom. l. 29. Tauri, illat. 6. & aduerte ibi q̃ as adopçoens não eſtaõ muito em vſo no noſſo Reyno.

Quarto, o pai arrogante não póde emancipar ſem cauſa o filho arrogado contra ſua vontade: & ſe fizer o contrario deſta diſpoſiçaõ, ſem embargo de o fazer he obrigado a deixar a quarta parte de ſua legitima ao arrogado, vt d. §. item non aliter, a qual paſſa aos herdeiros do arrogado, d. l. ſi arrogator, ff. eodem, ainda que não ſeja pedida, nem aceita, l. 1. §. ſi impuberi, ff. colat. bonorum, & inde ait Angelus in l. cum antiquioribus, C. de iure delib. *Quarta hæret oſſibus arrogati, & tranſmittitur.* Latè Pyrrh. diſput. 2. de ſuitate, & hæredit. tranſmittenda perfectionem.

§. *Mi-*

§. *Minorem cum aliquot seqq.*

SVMMARIO.

1 *Pessoas que podem adoptar quaes saõ?*

2 *Menor não pòde adoptar outro maior que elle na idade, & porq̃?*

3 *Idades se diuidẽ em sete, & se explicão todas, & cada hũa em particular.*

4 *Molheres porque chegaõ mais depressa â idade capax de casar, do que os homens?*

5 *O masculino prefere o feminino, & debaixo da palaura filhos se se comprehendem as filhas?*

6 *As senhoras illustres saõ generosas, & se podem administrar cargos em que se succede por direito de sangue?*

7 *Cem annos se he o maior espaço da vida humana? E se se presume viuer hum homem mais, & hum ausente por tempo de cem annos se se presumirá morto?*

8 *A quem pertence prouar, que o ausente he morto?*

9 *Das doutrinas referidas se ha de collegir, que sendo o maior espaço da vida cem annos, como se ha de tratar sò da eterna, que a temporal he inconstante, referemse algũas authoridades.*

10 *Que idade se requere pera tomar ordens?*

De que idade hade ser o que possuir beneficio Ecclesiastico. 11

Idade de 25. annos pera o que he necessaria? E pera o matrimonio, & esposorios qual se requere? 12

Iejum, de que idade obriga? & pera professar em Religiaõ qual ha de ser? 13

Pera ser Bispo que idade ha de ter o que for eleito? 14

Velhice he muito priuilegiada, & de que excusa? 15

Se pera amar a Deos se requere idade? 16

Dispensar na idade póde o Summo Pontifice. 17

Se pòde adoptar hum homem, que não tem filhos outro em lugar de neto, ou bisneto? 18

Duuidase na differença das idades requisitas pera a adopçaõ, & arrogaçaõ. 19

Molher se pôde adoptar, & se ficará o adoptado em seu poder? 20

Merces do Principe se entendẽ sem prejuizo de terceiro. 21

O capado se pòde adoptar? ou o hermophrodito, & quaes sejaõ estes propriamente, & os que chamamos Spadones? 22

Escrauo se pòde ser adoptado por seu senhor? 23

Filho natural se póde ser adoptado? 24

Differenças entre a arrogação, & adopçaõ. 25

NEste §. nos ensina o Emperador as pessoas que podem adoptar, & assi 1

& assi auemos entẽder sua doctrina geralmente, assi da adopção em especie, como da arrogação, & por principio da explicação temos a regra geral, de q̃ todos podem perfilhar, & adoptar não sendo prohibidos por direito: & assi vejamos a quẽ a lei prohibe o vso deste acto.

Et primò, he prohibido o adoptar, & perfilhar ao menor pera o maior, porque hum moço de 25. annos, não pòde perfilhar hum de trinta, nẽ o de menor idade ao de mais annos, porque a adopçaõ, como disse, he hũa ficçaõ legitima, que imita a natureza, & como conforme a ella o pai não pôde ser mais moço que o filho, claro he tambem, que na adopção não pòde ser o adoptado de maior idade, que o adoptante, *quia ars in quantum potest naturam imitatur*, text. & Doctores hic, sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4. q: 2. n. 22. *Vnde arte non conceditur, quod naturaliter denegatur*, l. vbi repugnantia, §. 1. ff. de reg. iuris. E assi que o adoptante sempre deue preceder na idade ao adoptado, com o tempo expresso na lei, scilicet. 18. annos, a que chamamos, *Plena pubertas*, vt &d. l. arrogato. E ainda que pera o casamento bastem 14. annos de idade na forma sobredita; com tudo pera escolher filho adoptiuo, he necessario maior firmeza de juizo, a qual se julga ter o moço de 18. annos, §. fin. sup. quibus ex causis manumittere non licet. E conforme a isto notaõ os DD. que explicaraõ este titulo post Porc q̃ as idades em direito saõ sete, das quaes trata a glossa in l. hæreditatum super verb. á prima ætate, cõtando assi? *Infantia, Pupillaris ætas, Pubertas, Plena pubertas, Iuuentus, Senectus, Senium.*

A primeira infancia, scilicet, se diz até sete annos inclusiuè, l. mulier; ff. de Verborum, Alberic. indict. in verb. infans. §. pupillus infra de inut. stipul.

A segunda se chama idade pupillar, que dura atè quatorze annos completos no macho, & nas femeas até os doze, & esta he a idade necessaria pera o matrimonio, & aqui reparão tambem alguns Doutores, perguntando emquestão, porque chegaõ mais depressa a esta idade as molheres do que os homẽs? E resolaem com varias respostas particularmente Soacio, q̃ diz com Aristoteles de generat. animal. lib 4. cap. 6. intra parentem, que as molheres saõ concebidas em mais tempo do que os homẽs, pera que em nascendo venhão mais depressa perfeitas porque com a mesma breuidade lhes sobreuem a idade, a força, & a velhice, confirmando isto com a rezão de Macrobio Saturn. lib. 7. cap. 7. *Quod citò*, inquit, *admouentur generationi femine, non nimij caloris, sed naturæ infirmioris est, vt exilia poma celeriùs maturescunt, robusta seriùs*. Digamos nòs com muita certeza, que as molheres saõ o outono da natureza. senão saõ rayos, que no mesmo tempo abrazão tudo: assi o explica a etimologia Grega, que entendia a palaura, *femina, ab igneâ vi*, porq̃ ellas saõ mais sensuais & appetitosas, que os homens, & ainda he isto certo nos animais serem as femeas insaciaueis. Donde antigamẽte pera encarecer hum grande amor se dizia que era amor de molher, *amor femineus*, como explicou S. Isidoro Bispo Hispalens. lib. 11. originum, c. 3. & assi que o genero feminino he muito inferior ao masculino, vt in l. multis ff. de statu hominum, vbi glossa enumerat aliquas causas descriptionis huius

ius conditionis, & iatê Speculator in libro 1. in tit. de procurat. num. 2. & assi que a palaura, homem, comprehende ambos os generos masculino, & feminino, como he texto expresso na lei si ita scriptum sit 46. in princip. ff. de legat. 2. onde se diz assim: *Si ita scriptum sit: Filiabus meis centum aureos do, an & masculini generis, & feminini liberis legatum videatur? Nam si ita scriptum esset filijs meis hosce tutores do, respunsum est, etiam filiabus tutores datos esse, quod non est ex contrario accipiendum, vt filiarum nomine etiam masculi contineantur. Exemplum enim turpissimum est, vt femineo vocabulo etiam masculos contineri.* E assim que quando dizemos, homem, comprehende esta palaura, o macho, & a femea, liure, escrauo, *pubes, & impubes.* l. 3. §. 1. ff. de liber. hom. exhib. & tambem a palaura, menino, que em latim dizemos, *Puer*, comprehende a menina. l. pronuntiatio 195. in principio, ff. verborum significat. & diz o Iurisconsulto, que tambem os Latinos chamauão, *Puerperas*, às molheres ex partu recentes, ex illo Terentij in Adrian. *Non imperasti coram quid opus esset facto puerperæ.* E Suetonius in Caligula, cap. 8. *Qualiscumq; partus*, ait, *sine sexus discrimine puerperium vocatur, quod antiqui etiam puellas pueras, sicut & pueros puellos dictitarent.* Et Gellius noct. Attic. libro 12. capit. 1. *Puerperam*, ait, *dici, quæ recens enixa est.* E assi se ha de entender a palaura, *Puerperam*, na lei 14 §. puerperam, ff. de ædilitio ædicto. Porem a fauor do matrimonio comprehende o feminino ao masculino, vt aduertit Speculator libro 2. parte 1. in titulo de dispurat. & allegat. aduocat. numero 18. que poem o caso da lei Achasentia, que prohibe ao patrono o constranger â liberta, que não jure pera casar, que tambem tem lugar no liberto, l. adigere in principio, & l. qui contra legem, ff. de iure patronat. & regularmente em todas as materias indifferentes nos machos, & femeas o masculino sempre comprehende o feminino, l. maximum vitium, Cod. de liberis præteritis, conforme o qual tiueraõ muitos Doutores a succesſaõ por indifferente, porque podem succeder machos, ou femeas; facit Thesaurus decis. 269. & decis. 263. Senatus Pedem. Do que se collige a inferioridade do genero feminino, que por mais debil cresce mais depressa, como as plantas mais fracas, & regularmente disculpamos a variedade deste genero, por cuja inconstancia, & pella fraqueza deste sexo não quiz a lei fiar dellas nada, nem podem gouernar officios, né Respublicas, l. fœminæ de reg. iuris, l. 3. vers. corporalia, ff. muneribus, & honor. Barth. in l. fin. n. 10. C. de mulierib. porq̃ a ellas lhes falta a fortaleza, constãcia, prudencia, & liberalidade, iuxta illud Prou. vlt. *Mulierẽ fortẽ quis inueniet?* l. 2. §. verba in fin. ff. ad Veileian. l. filia. C. de inoffic. test. c. forus de verborum significat. vbi glos sa, & tradit per Tiraquell. in l. 1. connubial. gloss. 1. parte 1. à numero 70. porem isto se limita, que não procede nas senhoras, em quem se acha toda a grandeza, & muitas mais excellencias, que nos homens, latê sequitur Senator Dominicus Homem de Almeida in tractatu numeri quinarij, allegatione 1. num. 10. vbi refert verba l. 4. part. 3. ibi: *Pero siendo Reina, o Condeça, o otra Dueña, q̃ heredasse senhorio de algũ Reino, o de alguna*

tierra, tal muger como eſta bien lo puede hazer por honra del lugar, que tuuiere. Pera prouar, que a prohibição dos gouernos nas molheres ſe entende dos cargos publicos, em q̃ ſe não ſuccede por direito hereditario, nem de ſangue: os quaes não podem ter as molheres: porem os em que ſuccedem ſi, ex Angel. in l. fæminæ, & ibi Decius num. 3. Molina de primogenijs, libro 1. cap. 13. n. 14. porque nas molheres illuſtres, & em muitas que as imitão ſe achaõ muitas vezes todos os lanços de prudentes, conſtãtes, & liberais; como declara cõ exemplos Guilhelm, Benedict. in cap. Rainutius verbo duas habens filias â num. 1. Caſſan. in Cathal. gloria mundi, 2. parte, conſid. 8. cum ſeqq. Finalmẽte podemos notar neſte particular, que ainda que debaixo da palaura, filhos, ſe comprehendaõ tambem as filhas, vt in l. ſi ita ſcriptum ſit, & in l. ſi quis ita in principio, ff. de teſtamentis tut. & in l. filij, l. iuſta, ac in l. non eſt ſine liberis, & l. quiſquis, ff. de verborum ſignificatione, l. 1. conditione incert. com tudo iſto não procede na palaura filhos machos, porque quem expreſſamente diz, filhos machos, não comprehende as femeas tambem, pois ſe eſpecificou claramente machos, vt poſt Ioannem Andr. Butr. & alios in cap. Rainaldus de teſtament. & alios, quos citat, & tenet Pariſ. in conſ. 39. num. 3. vol. 2. & tornando às idades.

A terceira he, *Pubertas*, que dura atè os dezoito annos, & eſta começa dos quatorze annos em diante, nos machos, & dos doze nas femeas, vt infra, §. pubertatem, titulo quibus modis tutela finitur, Abb. in cap. puberes de deſponſ. impub. n. 2.

A quarta ſe diz, *Plena pubertas*, ou *adoleſcentia*, que he deſde os dezoito annos atè os 25. Maſcard. de probat. concluſ. 665. numero 8. vol. 2.

Quinta, *Iuuentus*, ou *ætas virilis* que começa de pois dos vinte & cinco annos completos, & dura até os cincoenta, & âs vezes atê os ſeſenta, porque a mocidade ſe proua não ſó com a idade, & numero dos annos: mas ſe collige da repreſentaçaõ do corpo, & aſpecto do homem, que muitas vezes he de cincoenta annos, & parece de menos, Tiraquel. de leg. conub. part. 1. gloſſ. 1. num. 55. Alberic. in dictionar. verb. vir.

A ſexta ſe chama, *Senectus*, que dura atê os oitenta annos, Doctores in l. auxilium, §. ſed vt, ff. de minor.

Septima ſe chama, *Senium*, ou *decrepitas*, que dura até cem annos, que he o longiſſimo, & maior eſpaço da vida humana, l. fin. Cod. de ſacroſ. Eccleſ. porem quando ſe tratar de prouar ſe hum homem he morto, ou viuo por longo eſpaço de auſencia, que tiuer feito, não ſe fundarà a proua neſta preſunçaõ, de que ninguem ſe preſume viuer mais de cem annos. vt ſenſit gloſſa in l. 2. §. ſi dubitetur, vbi etiam Bartholus, ff. quemadmodum teſtamenta aperiantur, & in l. ſed ſi de ſua, vbi etiam Bartholus, ff. de acquirend. hæredit. Decius in conſ. 204. num. 4. & alij quamplurimi, quos citat Antonius Gabriel in lib. 1. titul. de præſumptien. concluſ. 16. In principio per l. fin. §. & nobis ibi. *longiſſimum hominis vitæ tempus*, Cod. de ſacroſ. Eccleſ. l. an vſusfructus in fin. ff. de vſufruct. in Authent. vt Eccleſia Romana in §. 1. cap. in præſentia de ſponſalibus; porque conforme diz o D. Ant. Gabr. loco citato ſup. num. 3.

a opi.

a opinião de Bartholo, & dos que o seguem não he verdadeira, porque de direito não se proua, que se presume viuer hum homem cem annos, nẽ os Doutores acima allegados, querem dizer isso, senão que aquelle he o maior espaço da vida humana, & que se não presume, que hum homem viua alem daquella idade, & mais de cem annos. & não prouão com isto, que se presume viuer cada qual cem annos, prout dicit Corneus in cons. 119. n. 8. volum. 1. & in cons. 340. volum. 1, & in cons. 208. vol. 3. & in cons. 243. vbi late declarat vol. 3. compro bat etiam dictum Decij. in l. si emancipati, Cod. de collat. & in l. final, C. de ædict. Diui Adriani tollend. & in cap. cum dilecta de confirmatione vtil. vel inutil. Ias. in l. fin. Cod. de sacros. Eccles. Paris. in cons. 86. in fine, volum. 4. Ruin. in cons. 189. num. 14. vol. 1. & he certo, que passado o termo de cem annos se presume morto o que não apparece, vt dicit Aflict. sup. cõst. in tit. de succes. nob. n. 52. & a quẽ pertẽce o prouar, que he viuo o ausente, ou morto, diz Barth. in l. si quidem, C. solut. matr. q̃ aquelle que se funda na morte, deue prouar que he morto o ausente, & o que se funda na vida, deue prouar que he viuo, & ita nota in d. l. 2. §. sed si dubitetur, ff. quẽ admodũ, testamẽta periãtur, & in l. sed si de sua, ff. acquir. hæred. resoluit Gabriel vbi sup. n. 7. & este mesmo Doutor no n. 8. declara esta conclusão dizendo, que o q̃ se funda na vida hade prouar, que he viuo o ausente, & o que allega ser morto o deue prouar, porẽ q̃ isto procede no autor, mas não no embargante, q̃ em sua excepçaõ allegar, q̃ he morto, ou viuo, lhe não pertẽce a elle excipiẽte o proualo, senão ao embargado, allegando Socin. in l. si inter virũ, vers. 4. infertur. ff. de reb. dub. & ita intelligit glos. in d. l. 2. ff. quẽ admodũ testamẽta periãtur, porem a contraria opiniaõ he melhor, & mais seguida; porq̃ quẽ allegar, q̃ he morto o ausente, o deue prouar; & quẽ allegar que he viuo, do mesmo modo o ha de prouar, ou seja por acçaõ, ou por embargos, como diz Simon de Prætis lib. 5. de interp. vltim. volũt. dubit. 4 & vltn. 152. vers. *At ego intelligerem, dicit, quod fundãs se in vita alicuius, siue agẽdo, siue excipiẽdo debet eam probare iniẽndo, & allegando præsumptionẽ iuris de vita*, ex l. si adulteriũ cum incestu, §. idem Pollioni, ff. de adult. per Felin. in c. fin. §. porrò, col. fin. sub verb. vlt. dũ tangit, vt lit. non contest. Dec. in l. 2. in fin. C. de edend. prouãdo o q̃ allega. por fama de q̃ he viuo, ou não ouuio ninguẽ q̃ era morto, secũd. Corn. in cons. 204. quãquã, col. 3. in princ. lib. 3. Socin. in cons. 26. col. fin. lib. 2. Posta esta doutrina notemos, q̃ cõ ella não quiz o Emperador ensinarnos somẽte q̃ ninguẽ se presume viuer mais de cẽ annos; mas lẽbrounos tambẽ, q̃ este he o maior termo dos bẽs tẽporais, & o tempo q̃ Deos nos deu pera merecermos a vida eterna, pois a vida presẽte he a em q̃ se semea o fruito, q̃ depois se ha de colher, como disse S. Hieron. ad Galat. 6. *Tempus* (inquit) *ille semẽtiæ est præsens vita, quã currimus: in hac licet nobis quod volumus seminare.* E como o tẽpo he tam breue, deuemos ser ligeiros no obrar, pois Iob nos lẽbra o mesmo, quando disse: *Homo natus de muliere breui viuens tẽpore*, ajuntãdo o nascimẽto logo cõ o fim, pera que viuamos certos na breuidade do viuer. Vnde illud:

Titulo vndecimo

Venient triſtiſsima nubila, cumq;
Grata voles vitæ ſumere dona, fluent.

E ja que aqui explicamos as idades, ve-
10 jamos de paſſagẽ pera o q̃ ſe requerẽ, aſſi conforme a direito ciuil, como canonico, porque he muito juſto ſaber o q̃ conuem neſte particular. Et primô notemos, que no Conc. Tridẽt. ſeſſ. 23. cap. 12. de reformat. eſtaõ determinadas as idades neceſſarias pera as ordẽs, a ſaber, pera Subdiacono, vulgó Ordẽs de Epiſtola, ſaõ neceſſarios
11 22. annos de idade; pera Diacono, vulgó Euangelho, 23. pera Sacerdote 25. pera primeira tõſura logo ſe pôde dar paſſada a infancia; aſſi que depois dos ſete annos eſtá capax na idade pera prima tonſura.

A idade de 14. annos he neceſſaria pera poſſuir beneficio Eccleſiaſtico, vt in d. ſeſſ. 23. cap. 6. ſacri Concil. Trident. o que ſe ha de entender dos beneficios ſimples, os quaes antes deſta determinação ſe podiaõ gozar na idade pupillar, vt probatur ex c. ex eo in princip. de elect. in 6. porq̃ ſe tiuerẽ cuidado de almas, ou dignidade annexa não ſe podem dar ſenão aos que entrarem nos 25. annos, aliás ſerá a collação nulla, cap. cúm in cunctis, §. inferiora de elect. cap. licet canon. de elect. in 6.

A idade de 25. annos he neceſſa-
12 ria pera poder ſer Abbade, vt probatur ex cap. cum contingat ſupra allegato, §. inferiora de electione affirmat Syluester verbo ætas, n. 2. verſ. in Abbate, & Cuccus in libro 3. tit. 3. n. 8. & a meſma idade ſe requere pera ſer juiz, & ter os cargos, & officios publicos, tenet Auiles Præt. in cap. 1. & ſequentibus, & Azeued. in l. 3. Caſt. nouæ recopilationis libr. 4. tit. 25. Ord. lib. 1. tit. 93. Vaz allegat. 8. Phæbus 1. parte, decil. 92. nu 41.

Não fallo aqui nas idades, que entre eſtas correm, porque tenho dito, que pera ſe deſpoſar, & contrahir deſpoſorios, baſta ſete annos completos, cap. literas. c. acceſſit, &c. ad diſ. ſoluendũ de diſponſ. impuber. & ex l. in ſpõſalibus, ff. de ſpõſ. porq̃ neſta idade começa o vſo da rezão, vt probatur ex l. infanti, §. vlt. iuncta l. potuit, C. de iure deliberandi, & a fauor do matrimonio ſe julga que baſta ſer começado o vltimo dia, em que ſe aperfeiçoa o complemento dos ſete annos pera ſe poder contrahir o eſpoſorio, tenet Couarruuias in 4. decret. part. 1. cap. 1. num. 2, & alĩ, quos citat, & ſequitur Sanch. libr. 1. de matrimonio, diſput. 16. num. 2. in fine, Aegyd. tomo 2. de ſacrament. & cenſuris, diſput. 21. dub. 5. num. 51. & iſto procede ſe naquella idade tiuerem ja os contrahentes vſo de rezão, como tambem ſe antes della tiuerem tanta habilidade, & deſtino, que ſe veja claramente, que tem juizo pera contrahir, o podem fazer, ainda que não tenhaõ os ſete annos de idade; baſta terem o juizo, que he o requiſito, ita tenet Diuus Thomas in dicta quæſt. 2. & q. 27. art. 2. Soto ibidem in reſponſione ad 3. D. Anton. in 3. part. tit. 1. cap. 18. in initio, Ioan. And. in c. vnic. de deſponſat. impub. in 6. n. 1 Franc. ibidem in num. 2. Ioannes Andr. in cap. inuenit num. 9. de ſponſolibus, & Innocent. ibidem in initio, Syluester verbo ſponſalia. quæſt. 2. dicto 2. Cuccus libro 5. inſt. maior. tit. 10. num. 11. Cou. in dicta

1. p.

1. parte, cap. 2. num. 1. Nauarrus in cap. 22. num. 29. Gutierr. in Auth. sacramenta puberum num. 5. Cod. si aduers. vendit. Sanches, qui alios citat in dicta disputat. 16. n. 9. & hanc sententiam sequitur, & probabilissimã dicit Aegyd. tom. 2. dispu. 21. dub. 5. n. 52. & quando certamẽte consta da sufficiencia do juizo, não, ha pera que fazer caso dos annos, que estes não dão saber por serem continuos, nem juizo por serem muitos. E pera o matrimonio nas molheres tenho dito tambẽ, q̃ são necessarios doze annos completos, c. continebatur de despõs. impub. & 14. annos nos machos, cap. attestationes, & cap. ex literis eod. tit. & tambẽ basta, q̃ o vltimo dia do complemento dos doze, ou quatorze annos seja começado pera poderem receberse na forma q̃ acima tenho dito, de modo q̃ hum homẽ tinha quatorze annos menos hum dia, ou a moça doze, & o outro dia os fazia, bem pòde casar no dia, em q̃ fazẽ os 12. ou quatorze annos, tenet Abb. in cap. fin. n. 6. de disponsat impuber. Soto in 4. dist. 35. quæst. vnic. a. 5. vers. at verò vtrum, & alij, quos sequitur, & refert Sanch. de matrimonio, lib. 7. disp. 104. num. 3. & tambem se a malicia, & entendimento suprir a falta da idade, bem pòde casar o suprido antes da idade requisita pella lei, constando com euidencia, que tem juizo pera conhecer o estado, que toma, cap. de illis, cap. puberes, & cap. fin. de disponsat. impuber. Vltimamente nestas idades menores saibamos, que de 21. annos cõpletos somos obrigados a jejuar os dias, q̃ a Igreja manda, & antes disso posto q̃ não he de preceito, 13 he bõ costumar, & merecer, exercitãdose, docet D. Thom. communiter receptus in 2. 2. quæst. 147. art. 4. & notemos, que a idade de dezaseis annos completos he necessaria pera professar em qualquer Religião de frades, ou de freiras, precedendo primeiro o anno de prouaçaõ, & noviciado. vt est in sacro Concilio Trid. sess. 25. cap. 15. de regular.

A idade de trinta annos completos se requere pera ser Bispo eleito, 14
cap. cum in cunctis, §. eà propter de elect. & dahi pera cima podem occupar todos os cargos, a mesma se requere pera juiz dos orfaõs, Ord. lib. 1. titul. 93. & eodem libro titulo 87. §. 1.

A velhice, que he dos 60. annos por diante he muito priuilegiada como veremos no vltimo titulo deste liuro de excusar. tutor. vel curat. & pello discurso da explicação, donde tratamos em seus lugares dos priuilegios dos velhos, que saõ muitos, vt sigillatim discribit Mascard. de prob. conclus. 1295. num. 1. vol. 3. & deuem ser conseruados pera termos a doutrina sempre certa nelles, & o exemplo melhor de sua companhia, que muito obriga a obrar bem, como ensina o glorioso Doutor Sancto Ambrosio 1. offic. capit. 43. *Adiungamur*, inquit, *probatissimis quibuscumq; senioribus, namque, vt æqualium vsus dulcior, ita senium tutior est, qui magisterio quodam, & ductu vitæ, colorat mores adolescentium, & velut muricę probitatis inficit.*

Esta idade escusa da obrigaçaõ de jejuar, vt docet Caiet. in dicta quæst. 147. art. 4. & hanc esse communem sententiam testatur Nauar. in Manu. cap. 21. numero 16. considerando o velho debilitado da natureza, & fraco, que sendo tam robusto, que possa

jejuar, não procede isto.

A idade pera fazer testamento, & ser tutor, ou liurar se da tutoria, se segue na explicaçaõ dos titulos adiante em seus proprios lugares, & no vltimo titulo do 4. liuro trataremos da q̃ se attende nos delictos.

16 E por fim notemos aqui, que pera amar a Deos não he necessaria idade, porque tanto que sabemos diuidir o bom do mao, logo estamos obrigados a obseruar os preceitos diuinos, & humanos das leis, a que estamos sugeitos, como nos ensinará a continuaçaõ dos titulos seguintes: porque este amor he natural, & obrigaçaõ: com q̃ nascemos de amar a Deos tanto que temos distincto pera o conhecer, & quem neste principio fizer maior assento, alcançará melhor fim, pois não he necessario ser velho, nem politico, nem letrado pera amar a Deos, mas basta conhecer o que lhe deuemos pera o termos sempre no coraçaõ, q̃ he a prudencia, & politica, de que o Senhor mais se paga, vt D. Doctor Hieronymus comment. ad cap. 5. Epistol. ad Ephes. quod habetur in cap. cantantes 92. dist. nec non vbi gloss. recitat hos versus ad propositum loculentissimos.

Non vox, sed votum, non cordula musica, sed cor.
Non clamans, sed amans, cantat in aure Dei.

Finalmẽte acerca das idades notemos que o Summo Pontifice pòde suprir a
17 falta da idade, como couſa induzida por direiro positiuo: & alguns Doutores dizem, que o Bispo pòde fazer, & dar esta dispensaçaõ quando o dispensado estâ proximo à idade requisita, & ha duuida, se a malicia, & habilidade supre a falta dos annos. Ita Enriq. in dicto lib. 11. cap. 13. n. 12. porem Sanches in dicta disput. 104. n 12. diz, que o Bispo não pòde dispensar na idade, senão em caso de vrgentissima necessidade, quando não ouuesse lugar de ir a Roma, & estiuesse impedido o meio de se alcançar a dispensaçaõ do Sũmo Pontifice.

E tornando à continuaçaõ do nosso §. temos resoluto, que o menor na
18 idade não pòde adoptar o maior, por que seria mõstruosidade ser o pai mais moço que o filho, o que a ficçaõ da lei não permite, pois imita a natureza, nem os impossiueis permite a mesma lei ex l. impossibilium, ff de reg. iuris. Porem o mesmo Emperador parece que se encontra, pois diz, que o adoptante deue preferir ao adoptado na idade, q̃ chamamos *Pubertas*, & acrescenta logo, que pòde hum homẽ ainda que não tenha filhos adoptar hum moço, em lugar de neto, ou bisneto, vt in §. licet autem, hoc titulo com q̃ fica claro, que esta ficçaõ não imita a natureza, porque conforme a ella, naõ pòde ter neto aquelle, que naõ tem filhos, & assi não fica boa a ficçaõ, nem duas ficçoẽs em hum mesmo momento podem concorrer, ex l. si quis argentum, Cod. de donat. com tudo respondemos, que supposto a ficçaõ imita a natureza, tambem he verdade, que pera a adopçaõ se ha de considerar somente o poder, & assi como aquelle que pòde ter netos, pòde ter filhos, basta esta sufficiencia, pera que fique justa a ficçaõ: *Igitur qui adoptat innepotẽ ex filio, quem habere potuit, satis implet regulam*

regulam, quæ actum non exigit: & por isso a ficçaõ supre a falta do auer tido filho, que he possiuel, alias não seria ella necessaria, se tudo sora per si verdadeiro sem fingimento, nem menos obita dizer, que concorrem duas ficçoens, porque alem de que Giphanio, & outros dizem, que neste caso se limita a regra sobredita da l. si quis argentum, com tudo tambem se pòde responder, que neste caso a ficçaõ não deixa de comprehender o mesmo, posto que pareça, que acrescenta alguã coula. & como não sejaõ separadas, bem podem concorrer, pois he certo, que queni pòde ter filhos, pôde ter netos, & assi não fica a ficçaõ excedendo a ordem da natureza, nem fazendo rigoroso o direito, antes mostra a equidade, em que se funda a disposiçaõ do nosso texto, que conforme os Doutores tem a sobredita resoluçaõ, & delle inferem, que não se poderà odoptar ninguem em lugar de irmaõ, porque resistirà entam a ficçaõ á natureza, q̃ não permite, nem conforme a ella he possiuel gerar hum irmaõ outro, pera o ser seu. l. nec apud, C. de hæredibus instituend.

Por rezão de duuidar tambem cõtra o referido, se pudera dizer, q̃ imitando esta ficção da lei a natureza, pa-
19 rece que se não conforma com ella na idade, que requere pera adoptar, dizẽdo, que ha de preceder o adoptante ao adoptado na idade, scilicet, 18. annos, & assi tendo dito acima, que pera casar era hum homem apto, & capax, sendo de 14. annos, & a natureza entam o reputa por habil pera ter filhos parece que imitando a a ficçaõ, o auia tambem julgar por idoneo pera adoptar? Com tudo respondemos, que pera o matrimonio se considera a ida de capax pera gerar; porem na adopção se considera o juizo pera o acto de perfilhar. & tomar em lugar de seu filho aquelle, que aliàs o não era por natureza, & como dissemos no §. vltimo supra quibus ex causis manumittere non licet, que na idade sobredita, q̃ chamamos, *Pubertas*, vem a firmeza de juizo, & se reputa por capaz nella de gouernar suas acçoẽs, & pera fazer que o direito permite, & assi attenta a lei na ficçaõ, não a aptidaõ pera gerar, mas a capacidade, & prudencia pera eleger: *Quia in adoptione non officium naturæ, sed opem prudentiæ consideramus.*

Com o que tambem se satisfaz a outra duuida, que commũmente se pôde pôr acerca do mesmo requisito da idade, pois requerendose a que temos dito, pera a adopção, se requere, que aquelle que toma em arrogação alguem, seja de sessenta annos, vt notant Doctores hic, & probatur etiam ex l. si patersamilias 15. §. in arrogationibus, ff. hoc nostro titulo, vbi Vlpianus ait: *In arrogationibus cognitio vertitur, num si forte minor sexaginta annis sit is, qui arrogat.* E parece q̃ sendo a adopçaõ in genere o mesmo, se hauia dar a propria rezão. Porem respondemos, que differente acto he tomar em arrogaçaõ hum homẽ de seu direito, ou pai de familias, do que hum moço, que tem pai, como na adopçaõ temos referido, & assi onde se considerarão maiores rezoẽs se requere mais capacidade, & onde ha mais receo de perigo melhor cautella, como fica dito.

E seguindo a continuação do nosso titulo temos dito, que os menores 20
não podem adoptar os maiores. Saibamos agora em segundo lugar, que as

as molheres não podem adoptar, nẽ perfilhar, porque nẽ os seus proprios filhos tem em seu poder, text. hic, & l. fœminæ, & l. mulierem, Cod. eodem. Limitase porem esta conclusaõ, que podem as molheres adoptar quando o Principe lho conceder por merce particular pera consolaçaõ de algum filho, que perderem na guerra, dicto §. fœminæ, porque se hũa molher tiuer hum filho na guerra, & nella lhe morrer, muito justo he, que pera seu alivio lhe conceda o Principe licença pera poder perfilhar aquelle que ella quizer ter em lugar de seu filho, & não sò quando o filho morrer na guerra, mas ainda às que perderẽ seus filhos na paz, & âs que nunca os tiueraõ por natureza lhes pôde o Principe conceder este priuilegio, & consolaçaõ, conforme entenderaõ Fabr. & Aldobran do neste mesmo lugar. Porem tirase daqui hũa duuida, & he. Se este filho que a molher adoptar por priuilegio do Principe, fica em seu poder? & diz a glossa in verbo amissorum, que não, porque nem os naturais tem seu poder, vt §. adoptio imitatur naturam, & gloss. in l. mulierem, C. eodem. E tambem porque os decretos, & rescriptos do Principe, se deuem interpetrar, & entender conforme o direito commum, l. ex facto, in princ. ff. de vulgar. & pup. subst. como tambem os priuilegios dos Principes, in dubio, se recebem, & entendem sem prejuizo de terceiro, porque o Principe não se presume que tem animo de prejudicar a ninguem, l. 2. §. merito, & §. si quid â Principe, ff. ne quid in loco publico, cap. super eo de officio delegat. And. in cap. 1. col. 2. verb. & bona committentium, quæ sint regal. & ibi Afflict. n. 155. Gram. vot. 36. & conforme a isto considerou Ouuid. lib. 1. de Ponto o Principe clemente, & grandioso sem animo de fazer mal a ninguem, quando disse:

Est piger ad pœnas Princeps, ad præmia velox,
cuiq; dolet quoties cogitur, esse ferox.

Assi o disse Seneca tambem quando affirma, que a clemencia, & benignidade do Principe acquire, & grangea os animos dos vassallos, & sic ait in 2. Tragedia.

Qui vult amari, languida regnet manu.

Cui consonat illud Claudiani in consulatu Manlij Theodosij.

peragit tranquilla potestas
Quod violenta nequit, mandataq; fortius vrget
Imperiosa quies.

E pôsto que os decretos, & priuilegios dos Principes não saõ sò fauoraueis pera não prejudicarẽ, mas tambẽ pera se entenderem, in dubio, â fauor do q̃ recebe a merce, & assi deuem ser interpetrades, ex l. fin. ff. de const. Princip. cap, si gratiosæ de hæret. lib. 6. Ias. in l. si quis pro emptore n. 336. ff. de vsucap. quinimo plenariam significant restitutionem, Barth. in l. fin. C. de sentent. pass. Ruy. cons. 86. n. 6. vers. præterea dico, lib. 5. & de his la-

tẽ Borrell. de prçstand. Reg. cap. 38. n. 26. cum seqq. com tudo entendẽdo se conforme a direito commum não ficarà o filho em poder da mãi, pois expressamente se não acha o direito emendado neste ponto.

Terceiro, não pòde adoptar o
22 capado, que por natureza he inhabil pera gerar, & assi não pòde fazer por ficçaõ da lei, ò que lhe he impedido pela natureza. E assi se chama *Castratus*, ideſt, *caste natus*, secund. gloss. in l. sed & quæsitum, na qual no §. Spadones, se trata de outra casta de homẽs, que chamamos assi, porque saõ impotentes depois de nascidos por arte diabolica, maleficio, ou amputação do mẽbro, ou outro accidente, vt latẽ Calepin. in verbo *Spado*, & Iuuenal. satyr. 6. & estes se chamão *Spadones*, à differença dos castratos, q̃ saõ inuteis, & inhabeis por natureza, ex dicto §. in l. sed &, ff. de lib. & posthum. Estes Spadones ainda que saõ incapazes pera gerar com tudo porque não nascerão assi, lhes he permitido, parece q̃ por consolação, o poderem adoptar, & perfilhar, vt hic §. sed & illud, & l. 2. §. illud, ff. eod.

Agora duuidão os Expositores em consequencia do sobredito, perguntãdo em questaõ, se o hermophrodito, que he aquelle que tem parte de homem, & de molher juntamente, se pòde este tal adoptar? E conforme a opinião do Doutor Soacio super institutã, hoc nostro tit. resoluem. q̃ se o tal hermophrodito tiuer mais de homẽ, q̃ de molher, & feitas as diligẽcias cõstar, que nelle tem mais vigor, & prevalece o genero, & natureza masculina, que pòde adoptar, l. quçritur, ff. de statu hom. & Hermaphroditus ab Ausonio sic describitur in Epigrama.

Mercurio genitore satus, genitricè Cythere
Nominis vt mixti, sic corporis Hermaphroditus
Concretus sexu, sed non perfectus vtroque.

Et Ouuidius lib. 4. Metamorphos.

Mercurio puerum, & diua Cithereide natum,
Naiades idæis, enutriuere sub antris,
Cuius erat species, in qua materq́; paterq́;
Cognosci posset nomen quoque traxit ab illis.

latẽ Carranz. de Partu legit. cap. 17. n. 17.

Vltimamente os escrauos não podem perfilhar, porque como isto seja acto de direito ciuil, nelle saõ reputados os escrauos, por nada, l. quod attinet, ff. de reg. iur.

E saibamos regularmente que tòdas as pessoas liures, machos, & femeas, supposto que não possaõ perfilhar, podem ser perfilhados, l. nam & fœminæ, ff. de eodem.

Secundò, tambem os escrauos podem ser adoptados, & perfilhados somente por seus senhores, porque perfilhandoos, ficão liures, & forros, como tambem se em juizo (que vem a ser o mesmo) nomear hum senhor o seu escrauo por seu filho, ainda q̃ por esta simples nomeação se constitua adopçaõ, tambem o escrauo fica liure dicto §. fin. & ibi gloss. donde vẽ aquel

23

le

le vulgar, *Si illud, quod ago, non valet, vt ago, valet tamen eo modo, quo valere potest.* Acerca do que notão os DD que somente a nomeação de filho não faz filho se não da hũa quasi posse de filiação, atê se prouar o contrario, l. nõ nudis, C. de probat. como ao diante veremos no §. præiudiciales de actionibus.

24 Tertiò, não só o filho póde ser perfilhado por tal, mas tambem hum moço pòde ser perfilhado por seu auó, & visauò: & o filho alheo pòde ser adoptado em lugar de neto, & de bisneto, como temos dito, & não pode ser perfilhado em lugar de irmão, porque a ficção da lei se conforma com a natureza, & esta não permite, que hum irmão gere outro irmaõ pera o ser seu, d. l. nec apud Cod. de hæred. instit. como temos dito.

E finalmente o filho bastardo, ou natural, não pôde ser adoptado por seu pai, porque pella perfilhaçaõ não seja legitimado, §. & nos non latuit in Auth. quib. mod. nat. effic. legit.

25 Resta em conclusaõ satisfazer ao q̃ prometi de declarar no fim a differẽça entre a arrogação, & adopção.

E differem primò, porque o adoptado he filho familias, & o arrogado pai de familias, ou que não está sugeito a outrem, & sic sui iuris est.

Secundò, porque a adopçaõ se pòde fazer perante qualquer magistrado, & arrogação só por priuilegio do Principe, com conhecimento da causa, ou poder delegado.

Tertiò, porque o adoptado por estranho não passa a poder do adoptãte, §. sed hodie supra, pòrem o arrogado com todos seus bens, & filhos se sugeita ao poder do arrogante, d. l. si paterfamilias, & l. arrogato, ff. eod.

Quartò, o adoptiuo succede ao pai adoptãte somente abintestado, nẽ o adoptante he obrigado a deixarlhe algũa cousa em testamento, d. §. sed hodie, & o arrogado se for preterido, & esquecido no testamecto do arrogãte, ou for injustamente desherdado, tem a acçaõ, que chamão *conditio*, ex *l. Diui Pij*, pera alcançar a quarta parte dos bens do arrogante, dicto §. nõ aliter supra hoc nostro titulo. Sabido isto passemos ao seguinte, porque no titulo de bonorum possess. hauemos tratar da successaõ destes adoptados.

QVIBVS MODIS IVS PAtriæ potestatis soluitur.

Titulus duodecimus.

SVMMARIO.

Rezoens porque se acaba o patrio poder, & continuaçaõ deste titulo.

Referemse sete modos porque se acaba o patrio poder. 2

Como

COmo na vida não ha couſa ſem fim, & nos titulos antecedentes, diſſemos das cauſas do patrio poder cõ muita rezaõ ſe ſegue tratar do modo com que ſe extingue eſte poder,& ceſſaõ os effeitos ſobreditos: concorda eſte titulo cõ a rubrica in ff.de adopt. en.ancipat. 1

Conta o Emperador neſte titulo ſete modos principaes com que ceſſa o patrio poder, explicat Aſcan. in tract.tu de patria poteſtate, & numeratur in Auth.conſtitutio quæ de dignitat,& cæt. coll.6.& alem deſtas, nenhũa outra dignidade liura do patrio poder,nem a ſacerdotal, vt probatur ex Authent. præsbyteros, C.de Epiſcopis,& Clericis,nem a idade, porque o patrio poder dura atê nos de ſeſenta annos,&mais,vt dixit gloſſ.in l.vltim. §. pupillus, ff. de verborum obligat. text.in l.vltim.§.vbi aut in vnum, ibi, cuiuſcunque ætatis,Cod.de bon.quę liber. 2

O primeiro he a morte natural do pai: *Mors enim omnia ſoluit*; porem com eſta diſtinçaõ;q̃ o texto poem em tres caſos.Primeiro,ou o filho tem pai ſomente,& não tem auô paterno, neſte caſo com a morte do pai ſe liura do patrio poder. Segundo,ou tem ſomente auò, porque ſeu pai he morto, & neſte caſo com a morte do auò fica tambem liure,& de ſeu direito. Terceiro,ou tem pai,& auò juntamente;q̃ neſte caſo morrendo o auò, fica em poder do pai, no qual não eſtaua atè entam, porque o pai eſtaua em poder do auô como filho que era. E aſſi eſtando em poder de ſeu pai não podia ter ſeus filhos no ſeu em quanto lhes viua o auò: *Is enim, qui alienæ poteſtati eſt ſubiectus, alium in ſua poteſtate habere non poteſt.* l.ſic eueniet, ff.de adult. & textus in l.nepotes, ff. de his qui sũt ſui vel alieni iuris.

Paſſemos ao ſegundo modo,com q̃ ſe extingue o patrio poder.

§. *Cum autem, cum ſeqq.*

SVMMARIO.

Si pella morte ſe acaba o patrio poder, & ſe procede o meſmo pella morte ciuil.

O Segundo modo he a morte ciuil,com a qual ſe acaba o patrio poder. v.g. quando hum homem he degradado por algum delicto, ou condemnado por ſentença capital,pella qnai ſe faz eſcrauo da pena,& ciuelmente ſe chama morto. Emſendo degradado perde os beneficios de direito ciuil,como eſtipulaçaõ, patrio poder, acçoens,& não póde fazer teſtamento,&c. como veremos ao diante, tit.de teſtamentis. De modo q̃ perdem eſtas couſas ciuis,mas não ſaõ excluidos das que ſaõ de direito das gentes, l.quidam ſunt in fin.ff. de pœnis. Donde o degradado pôde acquirir dominio,& celebrar os contratos de direito das gentes,conforme a gloſſa in dicta l.quidam, pera cuja ampliaçaõ auemos notar, que o meſmo procede,& ſe ha de dizer dos que ſaõ cõdemnados à morte, ou os que antigamente eraõ lançados aos leoens como Daniel,de qne lemos no cap.6.& Prudentius in Hamarligenda his verſibus deſcribit,

Sangui-

Titulo duodecimo

Sanguinis humani ſpectacula publicus edit
Conſenſus, legesq; iubent venale parari
Suplicium, quo membra hominum diſcerpta cruentis
Morſibus oblectent hilarem de funere plebem.

Vltimamente notemos neſte §. que o degradado pòde ſer reſtituido pello Principe,& ſendo reſtituido, recupera o patrio poder, fama, honras, & tudo do primeiro eſtado, l. quod ſi minor,§.reſtitutio,ff.de minorib. & l. 1.Cod. & toto titulo de ſent. paſſ. & reſtit.

§. *Filiusfamilias.*

SVMMARIO.

§ *Dignidades ſe ſaõ cauſas de ſe extinguir o patrio poder,& quaes?*

Se ſe acaba o patrio poder pella entrada na Religião,& pella profiſſaõ,& ſe procede o meſmo nos Caualeiros profeſſos das Ordens militares, que ſaõ verdadeiros Religioſos.

O Terceiro modo porque ſe extingue,& ceſſa o patrio poder he a dignidade, em que for cõſtituido o filho familias, vt hìc, & l. fin. Cod.de conſulib.lib.12. Antiguamente eraõ eſtas dignidades, que chamauão, *Patriciatus*,porque os Romanos,que deſcendiaõ dos Senadores à *Romulo conſcripti*, ſe chamauaõ,*Patres conſcripti*. & deſtes não trata o noſſo §. ſenão daquelles, que ſaõ conſelheiros,& adjuntos ao Principe,que ſe chamaõ, quaſi pais communs da Republica d. l. fin. C. de conſulib. & ainda q̃ a dignidade conſular naõ liure o filho do patrio poder, com tudo eſte §. foi emendado neſte particular, de modo que toda a dignidade curial liura o filho do patrio poder,das quaes ſe numeraõ doze na l.fin, Cod. de decurionibus,lib. 10.

Ampliaſe eſta regra,que procede na dignidade Epiſcopal, que liura o filho do patrio poder, Auth. ſed Epiſcopalis, Cod.de Epiſcop.& Clericis, o que he verdadeiro, *quoad commodũ, non quoad incommodum filij*, conforme Barth. in l.item in poteſtate, & Iaſ.in l.patre furioſo ante fin. ff. de his qui ſunt ſui, vel alieni iuris: porque diſto não recebem grauamen pera as herãças,nem o pai detrimento, porque as honras do filho ſaõ gloria do pai.

Em ſegundo lugar notemos, que o Doctoramento, & grao de Doutor não liura do patrio poder,nem a dignidade militar,vt hìc,& Barth. in l.item in poteſtate,& Bald.in l.ſi maritus. C. de patria poteſt. & ſomente nos peculios caſtrenſes, & quaſi,ſaõ reputados por pais de familias, l. 3. Cod.de caſtrenſ.pecul. & o meſmo he do ſacerdocio,& eſtado clerical, que o filho clerigo não ſe liura do patrio poder, quanto aos bẽs profecticios,patrimoniais,& tẽporais;porq̃ o Clericato, milicia,nem dignidade algũa alem das expreſſas em direito, naõ liuraõ o filho do patrio poder,vt exornãt vltra text.

Boer.

Roer. deciſ. 121. n. 11. & 12. & Bald. in l. ſi maritus, Chaſſan. Burg. rubr. 6. §. 3. in principio num. 30. Couar. in cap. quia nos, num. 5. de teſtam. Mas quanto ao eſpiritual, *quæ non cadunt in laicum*, & aos bens que acquirio pello ſacerdocio, não eſtá ſugeito, porque neſtes, nem o vſufructo he deuido ao pay, porque ſe reputaõ por quaſi caltrenſes, l. ſacrolanctæ, & ibi Baldus Cod. de Epiſcopis, & Clericis, & nas couſas eſpirituais póde o Clerigo ſem conſentimento do pai negociar, capit. ſi annum de iudic. in 6. & laſ. in dicta l. patre furioſo, n. 48.

O quarto modo, com que ſe acaba o patrio poder he o eſtado Religioſo, porque quando hum pai ſe faz frade, & entra no moſteiro, como fica ſugeito ao Prelado, não pode ter o filho em ſeu poder, & aſſi fica liure, & pello contrario entrando o filho por frade no Conuento, como tambem ſe ſugeita ao Prelado, ſe liura do poder de ſeu pai, vt eſt gloſſa in l. ſi ex cauſa. §. penultim. in verbo cum ſtatum, & ibi Doctores, ff. de minorib. *Ingreſſi enim monaſterium ſe, & ſua dedicant Deo, vt de illis teſtare nequeãt*, Authent. ingreſſi, Cod. de ſacroſan. Eccleſijs: porem não perde o direito da ſuidade pera ſucceder ao pai ex teſtamento, & abinteſtado, com os mais irmaõs, l. Deo nobis, §. 1. C. de Epiſcop. & Cleric. Porem

Pella entrada na Religiaõ entẽdemos ſeguindoſe a profiſſaõ (que em quãto nouiço he como ſecular) ſe liura o filho do patrio poder, vt per Innocent. in capit. ſcripturæ ext. de voto & voti redempt. num. 7. gloſſ. & ſent. in l. ſi ex cauſa, § Papinianus, ff. de minoribus, Aſcan. in tract. de patr. poteſtate, cap. vlt. verſ. quartò ſolui-

tur ex num. 67. & acerca diſto ſe ha de ver o inſigne Doctor Valaſco in. 2. tomo conſ. 108. onde ſe tratou ſe a profiſſaõ feita nas Ordens militares liuraua o filho do patrio poder, & aſſim ſe valia o teſtamento de hum filho familias caualleiro profeſſo do habito de S. Bento? E poſto que parecia, que ſim, conforme o texto, que entende a gloſſa in verbo ſtatim, na l. ſi ex cauſa, §. Pomponius, ff. de minorib. que enſina, liura a profiſſaõ do patrio poder, & neſte caſo o profeſſo militar, póde teſtar, vt in ſtatutis Ordinis Sancti Benedicti, fol. 21. com tudo o dito Doutor defende a contraria opinião, & prouou, que o tal teſtamento de bens aduenticios, não valia, nem ainda com conſentimento do pai podia teſtar o tal filho familias, ex reg. text. in l. qui in poteſt. ff. de teſtam. nem importa ſer ſoldado, que a milicia não liura do patrio poder, nem a tal profiſſaõ dos Caualeiros das Ordẽs militares, porque ainda que tenhaõ tres votos, & ſejaõ Religioſos, vt probat Nauar. in Apolog. de redditibus Eccleſiaſt. q. 1. monito 55. & 56. per totum: com tudo ſaõ diſpenſados, & viuem fora de clauſura, & caſaõ, & não tem Ordẽs ſacras, & aſſi não ſaõ totalmẽte Religioſos, nem ſe liuraõ do patrio poder, ainda q̃ profeſſos, & com comenda; & & tambẽ por naõ ſerẽ cõprehẽdidos nos caſos, q̃ liuraõ ipſo iure do poder: *Et nemo liberatur â poteſtate niſi per modos a iure introductos*, vt di cõſ. 108.

§. *Si ab hoſtibus.*

SVMMARIO.

Se ſendo o pai catiuo ſe liura o filho de ſeu poder? 1

E ſe o recupera pella ficçaõ do poſtliminio? 2

Titulo duodecimo

O Quinto modo se contem neste §. & he, que sendo o pai cativo pellos inimigos, fica seu escravo, l. hostes in fin. ff de captiu. & postlim. reuers. & em consequencia não póde ter o filho em seu poder pella regra da lei sic euenit, ff. de adulter. porem isto deue ser entendido se o pai, ou filho morrerem no cativeiro, porque tornando á patria recuperaõ o primeiro estado pella ficçaõ do postliminio, com que os antigos fingião, que aquelle homem não passara dos confins, & termos da cidade. E assi conforme Bartholo na l. nec vtilem, ff. ex quibus caus. maiores, &c. o postliminio he de duas cabeças, pella primeira recupera o que torna do cativeiro todo seu direito, & he restituido ao primeiro estado, que tinha antes de ser cativo, l. postliminium in principio, ff. de capt. & pella segunda se finge, como disse, q̃ aquelle homem sempre estiuera na cidade, como explicaremos ao diante no titulo de exhæredat. liberor. on de referiremos tudo o que toca, & resulta desta ficçaõ

§. Præterea.

SVMMARIO.

Mostrase como pella emancipaçaõ se acaba o patrio poder, refere se a diffiniçaõ.

2 *Modos com que antigamente eraõ os filhos emancipados.*

3 *Se póde o pai ser constrangido a emãcipar o filho, & como?*

4 *Effeitos da emancipaçaõ.*

O Sexto modo he a emancipaçaõ, que se diffine pellos expositores assi: 1

Emancipatio est relaxatio, seu solutio patriæ potestatis, cùm filius familias per eam à manu, idest, potestate patris dimittitur.

vt hic nostro text. & in l. emancipati, ff. de adopt. & l. r. Cod. de emancip. liber. Donde vem a dizerse, que a emancipaçaõ he hũa liberdade, que se dá como a hum cativo.

Emancipaçaõ se chama commummente a carta de supplemento de idade, que se interpetra no Dezembargo do Paço, Ord. lib. 3. tit. 9. §. 3.

Antigamente se fazia a emancipaçaõ por hũas vendas fingidas, & imaginarias: porque o pai natural vẽdia o filho a hum homem, que como pai putativo, ou fingido, o tornaua a vender ao pai natural, & quando o filho se liuraua deste dominio era â maneira da manumissaõ do escravo, *quasi dominij dimissio*. De modo que se fazia desta maneira, ou por rescripto, & decreto imperial, vt in l. penult. C. de emanc. liber. hoje não se observaõ estas antiguidades, & ficçoẽs, porem a rezáo, & modo da emancipaçaõ he somente hũ, & he, q̃ o pai se apresenta juntamente com seu filho perante o juiz, & declara q̃ elle he contẽte que o filho seja emancipado, & liure de seu poder, de modo que o pai póde emãcipar o filho, & reter o neto no patrio poder, ou pello contrario reter o filho & emancipar o neto: & os filhos concebidos antes da emãcipaçaõ do filho ficão em poder do auo: & depois em poder do pai emancipado, textus hîc nostro §. fin. & in l. emancipatum, §. siquis conceptus, ff. de senat. porem

2

requc,

requereſe pera a emãcipaçaõ. Primeiro, que ſe faça perante juiz competente. Segundo, que ſe faça inſinuação, ideſt, termos em actos judiciais. l. emãcipatione, & ibi gloſſ. & DD. C. de fide inſtrum. Terceiro, requereſe o conſentimẽto do emancipado: *Inuitus enim cogi non poteſt, vt patiatur ſe emancipari.* l. penult. C. de emancipat. porem cõ cauſa póde o filho ſer cõſtrangido á emancipação, porque ſe for tam deſenquieto, & criminoſo, que pague o pai por elle muitas pẽnas; neſte caſo ainda q̃ o filho não queira, póde ſer emãcipado, como nota Bart. & outros DD na l. quidam cum filiũ, & Iaſ. in l. vtrum, ff. de verb. oblig. & eſtas cauſas ſaõ arbitrarias ao juiz, & tambẽ aduerte Ang. hic §. fin. cõcluindo, q̃ por aq̃llas 8. cauſas (q̃ referirei no 2. lib. tit. de exhæred. liberorũ) porque o filho póde desherdar o pai, quando teſtar dos bẽs caſtrenſes, ou quaſi, póde tambem obrigar por ellas ao pai, a que o largue de ſeu poder, & lhe conceda a emancipaçaõ, & neſta forma he conſtrangido, quando concorrerem alguãs das ditas rezoens de direito, Ordin. dicto lib. 3. tit. 9. §. 4. E do meſmo modo, pellas quatorze cauſas (que ſe referiraõ no dito titulo) porque o pai póde desherdar o filho pellas meſmas, póde emancipallo cõtra ſua vontade, cùm correllatiuorũ ſit eadem natura, l. fin. C. de indic. viduit. tol. & aſſi mais pellas 4. cauſas referidas pella gloſſ. híc, §. fin. póde o pai ſer conſtrangido a emancipar o filho contra ſua vontade.

3 Os effeitos da emancipação ſaõ varios. O 1. he a liberdade do patrio poder. O 2. o poder fazer teſtamento de todos os bẽs. O 3. acquirir o dominio pera ſi em os bẽs aduẽticios o vſufructu, & propriedade, porẽ ametade dos fructos dos bẽs aduenticios ſe reſeruaõ pera o pai em premio da emancipação, l. cũ oportet, §. fin. C. de bon. quæ liber. &c. Finalmente o emancipado póde celebrar todos os contratos, & actos permittidos ao pai de familias. E no tit. das ſucceſſoens veremos a differença da emancipaçaõ & patrio poder, em que eſteja tirada.

§. Sed & ſi patr.

SVMMARIO.

Se *pella adopçaõ ſe liura o filho adoptado do patrio poder,* 1

Se *negando o pai alimentos ao filho perde o direito do poder, que nelle tinha.* 2

Filho, ou filha caſados ficão fora do patrio poder, & naõ tornaõ a elle ainda que enuiuem. 3

O Septimo modo, cõ q̃ ſe acaba o patrio poder he a adopçaõ ſpecial feita por aſcẽdẽte; por q̃ o adoptado, & perfilhado pello auò paterno, ou materno, ſe liura do poder do pai natural, & paſſa ao poder do auó, q̃ fica ſeu pai adoptiuo: o q̃ não he no perfilhado por eſtranho, l. cùm in adoptiuis, §. ſi verò, & l. fin. C. de adop

E aos ſobreditos ſe acreſcẽta o 8. modo, q̃ he o q̃ poem a gloſ. in l. nec filium, C. de patr. poteſt. ſ. quando o pai nega alimẽtos ao filho, ſendo injuſtamente, perde o patrio poder, porq̃ ſe entende, q̃ quẽ nega alimentos juſtos, quer matar a peſſoa a quẽ os nega, l. necare, ff. de liber. agnoſ. facit text. in c. paſce, diſt. 86. vbi D. Ambr. inquit: *Paſce fame morientem: quiſquis enim paſcendo*

cendo hominem seruare poteris, si non fa-ueris, fame occidisti.

3 Vltimamente notemos, que a filha casada em quanto aos effeitos do patrio poder estaua em poder de seu pai text. in l. si vxor, C. de condit. infert. in l. patri iuncta, l. nec in ea, ff. ad leg. Iuliã de adult. & assi q̃ em vida do pai não pòdia fazer testamẽto, nẽ doaçaõ sem consentimẽto do pai: ainda q̃ quãto aos obsequios do matrimonio estã em poder do marido, & quanto ás obras, & â residencia, & jurisdição, & foro do marido, l. exigere dotem, ff. de iudic. porem conforme a Ordenaçaõ deste Reyno, quanto à emancipaçaõ, o filho casado, he hauido por emancipado, Ord. lib. 1. tit. 87. §. 6. E o q̃ mais se observa he, q̃ pello matrimonio se acaba o patrio poder, & os filhos tãto que casaõ se liuraõ delle, em tanto que enuiuuando não tornão a poder dos pais, ex doctrina Mau sueri j in sua prax. xi. tit. de dot. & matrim. vers. item de consuetud. n. 37. quẽ refert, & sequitur Ioan. Gutier. lib. 2. pract. q. 9. n. 2. approbat Afflict. in cõst. Siciliæ, q. 2. col. 4. n. 12. Boer decis. 197. n. 4. Tiraq. de iur. marit. glos. 3. in princip. Gramm. decis. 54.

DE TVTELIS.

Titulus decimustertius.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo, em que se trata das tutorias, & sua concordancia.*

2 *Se conhecido hum contrario se conhece o outro?*

1 TRata o nosso Emperador neste presente titulo, & atẽ o fim do primeiro liuro a materia das tutorias, que fica sendo a terceira diuisaõ das pessoas, ou proseguimento da segunda, q̃ propoz no titulo de his qui sunt sui, vel alieni iuris, dizendo, que hũas pessoas eraõ de seu direito, outras de alheo, & que destes huns estauaõ em poder de seus senhores, porque eraõ escrauos, & outros em poder de seu pai, porque eraõ filhos familias, dos quais atégora tratou. E assi tendo declarado nos titulos antecedentes a distinçaõ das pessoas de direito alheo, que he o mesmo que sugeitas a outrẽ. Trata agora dos que sendo liures, & de seu direito estaõ debaixo da tutela & cuidado de outrem, ou liures de todo sem tutor, nem curador; & assi explicaremos quaes saõ os que estaõ à obediencia do tutor, & curador, & logo conheceremos quaes sejaõ os izẽtos de tudo, porque conhecido hum contrario, facilmente se conhece o outro: conforme a regra geral, que aqui nos ensinaõ, *Contrariorum vno cognito cognoscitur, & reliquum*, vt hic, & §. illud in fin, tit. de societ. l. adoptiuum, §. patronum, ff. de in ius vocãd. l. & si contra, ff. de vulgar. & nam quẽ, ff. de verborum signific. l. penult. C. de solut. glos. in rub. ff. & C. de acquir. poss.

poſſ. & l. ſi merces, §. vis maior. ff. locati, & contrariorum eadem eſt diſciplina, in l. qui accuſare, ff. de accuſat. §. 1. ſup. de his qui ſunt ſui, vel alieni iuris, & in §. furtorum infra de obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur. E ainda que pareça, que eſta regra ſe encontra com a doutrina do texto na lei 1. ff. de officio eius, cui mandat. eſt. iuriſdict. onde o mero, & mixto imperio ſe pòde delegar no caſo da abſencia, & à contrario, præſente magiſtratu, ſe não pòde delegar, & com a doutrina do texto na lei inter ſtipulantem in §. ſacram, ff. de verborum obligation. porem reſponderemos, que nos contrarios he a meſma doutrina quanto ao conhecimento: porque conhecendo eu quem eſtà ſugeito, facilmente ſei quem eſtà liure: porem quanto ao efeito, & diſpoſiçaõ do direito não he aſſim, porque entam ſaõ contrarios. *Quia licet contrariorum eadem ſit diſciplina, & notitia, non per hoc contrarij effectus ſoluntur.* l. vltim. ff. de calumn. l. qui accuſare, ff. de accuſat. com o que fica claro ſabermos quem não eſtà à obediencia do tutor, nem curador, como explicarmos os que tem o encargo da tutoria.

§. *Eſt autem.*

SVMMARIO.

1 *Explicaſe a diffiniçaõ da tutoria, & corroborada com a melhor intelligencia ſe defende.*

2 *Moſtraſe como de direito diuino he muito conforme, & juſto ſerem gouernados os menores pellos cõſelhos do mais anciãos na idade, em defeſa, & ornato da doutrina do Emperador.*

Que requiſitos ſaõ neceſſarios da parte do pupillo pera valer a tutoria? 3

Da parte do tutor o que ſe requere? 4

Como ſe haõ de dar os tutores pellos juizes dos orfaõs na forma da Ordenaçaõ, & a que bens podem ſer dados? 5

NEſte §. ſe poem a diffiniçaõ da tutoria, que he hũa força, & poder, que o direito cõcede na peſſoa de hũ liure pera o defender, pella falta da idade, com que o dito menor, ainda que liure, ſenão pode bem gouernar. *Ideò tutella eſt vis, ac poteſtas in capite libero ad tuendũ eum, qui propter ætatem ſe defendere nequit, iure ciuili data, ac permiſſa.* text. hìc, & l. 1. ff. cod. de ſorte que a cauſa efficiẽte deſte poder he ſer dado pello direito ciuil, a formal he ſer força, & poder; a material he ſer na peſſoa liure, & a final he ſer pera defender. Pello que comprehende a noſſa diffiniçaõ da tutoria as quatro cauſas. ſ. efficiente, formal, material, & final. Não deixa tambem de ter a materia ſua corroboraçaõ, & exemplo no direito diuino: porque Chriſto Senhor noſſo ſendo Deos Omnipotẽte quiz eſtar em quanto homem ſugeito ao glorioſo Patriarcha S. Ioſeph ſeu ayo, ſeu pai putatiuo, & como ſeu tutor; aſſi o ſeruia o Sancto, aſſi o amaua, & aſſi trataua de ſua criaçaõ, & aſſi o Senhor lhe obedecia: *Et erat ſubditus illis*, pera nos dar

dar exemplo, que os mais moços sem pre deuem ser gouernados pellos maiores na idade, & no conselho: & não sò nisto, mas tambẽ em tudo foi Christo Senhor nosso espelho da obediẽcia, vt Ioan. 6. *Descendi de cœlo, non vt facerem voluntatem meam, sed eius qui misit me.* Et Paul. ad Philip. 2. *Humiliauit semetipsum factus obediens.* Mandou tambem o Senhor os Anjos pera serem nossos tutores, somos seus pupillos pois nos guardaõ, & defendem do que nosso juizo não alcança, vt Lucæ 16. de Lazaro, & Psalm. *Angelis suis Deus mãdauit de te, vt custodiãt te, &c.* E na pratica que o mesmo Senhor fez a seus discipulos sagrados, depois da instituiçaõ do Sanctissimo Sacramento, lhes ensinou, que os mais velhos seruissem aos mais moços, vt Math. 26. Marc. 14. Lucæ 12. Ioan. 13. & que em tudo nos chegue mos ao amparo dos mais velhos acõselhou tambem o grande Doutor S. Ambrosio 1. orfic. cap. 43. Donde se collige, que nenhum acto feito diante de hum anciaõ, & approuado com sua presença merece reprouaçaõ. Bem se vio em Dauid, que no dia, em que dãçou ante a arca de Deos, estando Natham em sua companhia. Quizeraõ alguns murmurar, & Michol notou muito no Rey aquella acçaõ, ao que Dauid respondeo, que estaua prõpto pera fazer por amor de Deos outra cousa de menos authoridade, se tiuesse occasiaõ semelhante: *Vilior fiam plus quam factus sum*, & acrescenta: *Gloriosior apparebo*, vt 2. Reg. 6. E dizem os Doutores sagrados, que duas rezoens teue Dauid pera se gloriar da acçaõ: a primeira foi ser feita por amor de Deos, & a segunda porq̃ estaua presente o sancto velho Natham, a quem não pareceo mal. E obra, que he de moço approuada com assistencia do mais velho, não merece calumnia, senão louuor, authorizou aqui a presença do anciaõ a obra, & honrou a pessoa de Dauid contra os que o desacreditauão com sua esposa Michol. No 3. liuro dos Reys cap. 12. acharemos tambem o que aconteceo a Roboam filho de el Rey Salamaõ, o qual pedindolhe o pouo, que o aliuiasse de tributos, leuando por seu intercessor a Ieroboam filho de Naboth, aconselhandose Roboam com os velhos, achou por seus pareceres, que cõuinha despachar bem o pouo, não accitou o conselho, tratou só de seu parecer com outros moços, acrescentou o tributo; amotinouse o pouo, & leuantouse: porque quem não segue o parecer dos mais velhos, rezão he, que tenha ruinas. Tomemos pois exemplo em Christo Senhor nosso pera sermos obedientes; em Dauid pera buscarmos o amparo dos mais velhos; & estes nos Anjos, pera aduertirem, que o guardar, & defender he officio Angelico, louuemos o Emperador em ajustar tanto suas leis aos diuinos preceitos, & exemplos, não imitemos a Roboam no precipicio, & seguimento da vontade propria; & vejamos a continuaçaõ do nosso § pois por diuina rezão he tam justo o patrocinio dos maiores, & por conueniencia natural tambem se requere, que o de ida de perfeita gouerne áq̃lle, q̃ está ainda imperfeito nella: por isso dizemos, q̃ he poder, porque he authoridade, vt in tit. de authorit. tutor. & que força por ser equidade natural reger se o moço pello parecer do mais velho, §. fin. infra de de Attilian. tutor. & dizemos em pessoa liure; porque importa, que o pu-

o pupillo esteja liure do patrio poder: porque regularmente o filho familias não póde ter tutor, porque tem seu pai, nem o escrauo porque tem seu senhor. E se contra isto dissermos, que ao filho, cujo pai está catiuo dos inimigos se dá tutor (sendo que pello catiueiro se não liura do patrio poder: vt sup. tit. quib. mod ius patr. potest. soluitur, & l. vlt. C. de sent. pass.) diremos, que o filho familias neste caso em rezão do estado futuro, não esta totalmente liure do patrio poder; porque como pello catiueiro se não tira, mas somente suspéde o patrio poder, & vindo o pai outra veza sua liberdade torna o filho a sua sugeiçaõ, cõ tudo quanto ao estado presente, he de seu direito, porque naõ tem pai presente que o gouerne, & por isso se lhe dá tutor. Bartholo refere aquella palaura, *in capite libero*, ao tutor, porque os escrauos o naõ podem ser, vt in tit. sequenti: & finalmente o defender he officio, & effeito da tutoria. E pomos esta diffinição tam declarada pera differençar os tutores dos curadores, porque o tutor se dá principalmente à pessoa do pupillo, & por isso dizemos na diffiniçaõ, *Propter ætatem*; porque o tutor se dá ao moço *impubes* menor de 14. annos, & a moça que não he de doze perfeitos, & o curador se dá aos ja *pubes*, scilicet, machos de quatorze, & femeas de doze annos perfeitos, & ás vezes aos maiores sendo furiosos, prodigos, &c. & em consequencia gouerna as cousas. & bens do pupillo; porem o curador se dá principalmente aos bens, & em consequẽcia á pessoa do pupillo. & assi he regra certa em direito, que o tutor se dá â pessoa, & em consequencia às cousas, & bens, & o curador principalmente aos bens, & cousas; & em consequencia à pessoa: *Tutor principaliter personæ, secundariò rebus datur*, l. cum in plures, §. cum tutor, ff. de administr. tut. § certæ autem rei, tit. seq. qui testamẽto tut. dar. poss. & §. datus, tit. de excusat. tut. *Curator verò principaliter bonis datur*, l. in copulandis, C. de nupt.

Vejamos agora conforme a isto, o que se requere pera a tutoria, & notemos, que da parte do pupillo o primeiro requisito he, que seja de seu direito, scilicet, liure, porque sendo escrauo não necessita de tutor, pois está sugeito a seu senhor, vt per gloss. hic in verb. libero; como tambem o filho familias, que está em poder de seu pai regularmente, naõ póde ter tutor, vt in l. fin. post princip. Cod. de curat. furios. gloss. hic in princip. verb. nõ sunt: porque entam se dá tutor quando falta o legitimo administrador, l. 2. ff. qui pet. tut. & como o pai he legitimo administrador dos bens do filho, & se presume, que os administra melhor, que algum estranho, pois nenhum affecto vence o paterno, logo claro he, que em quanto o filho está em poder de seu pai, naõ necessita de tutor, d. l. fin. porem esta regra, & conclusaõ se limita em alguns casos, & primo, quando o pai não quer administrar, nem aceitar a herança aduenticia do filho familias (ja dissemos acima no fim do titulo de patria potest, q̃ cousa eraõ bens aduenticios, que vinhaõ ao filho por herança da mãi, ou dos parentes maternos, estranhos, ou occasiaõ de fortuna, &c.) porque neste caso se dá hum curador aos bens do filho, & naõ à pessoa, porque della he o pai legitimo tutor, l. fin. §. fin aut. tem in secunda, Cod. de bon. quæ lib. Secundò, se limita a conclusaõ sobre

dita, quando o pai he degradado, que entam se dá tutor ao filho familias, & he o caso da lei fin.§.minores, Cod.de sent.pass.vbi Doctores & Barthol, in leg.fin.§.1.ff. de verborum obligat. O segundo requisito da parte do pupillo he a idade, porque o macho ha de ser *impubes*, scilicet, menor de quatorze annos: & a femea menor de doze, vt infra quib.modis tutel.finitur.

Secundó, se requerem conforme a isto da parte do tutor outros dous requisitos. O primeiro he a liberdade, porque o escrauo em quanto o he regularmente não póde ser tutor l.in seruili, Cod.qui tut. dar.poss. porque como dissemos acima, que a tutoria era dada, & permitida pello direito ciuil, & neste são reputados os escrauos por nada, vt in l.quod attinet, ff.dereg. iuris, claro he, que não podem ser tutores: porem dizemos, que isto procede regularmente, porque se hum homem der a seus filhos por tutor hum escrauo seu valerà a tal nomeação; & tutoria, ainda que expressamente lhe não deixe a liberdade, porque esta se entende tacitamente, conforme a direito cõcedida debaixo da tal nomeação de tutor. §. sed & seruus infra qui testamento tut.dar. poss. como tãbem o escrauo alheo, posto que puramente não pòde ser nomeado, & deixado por tutor, com tudo bem valerá a nomeação sendo condicional pera quando for liure; porque se hũ homem disser no testamento, deixo por tutor de meus filhos a foão escrauo de fulano, tanto que for liure; neste caso val a nomeação se se purificar, & cumprir a condição, & o escrauo chegar a ser forro, vt infra eodem titulo, qui testamento tut. dar. poss. O segũdo requisito da parte do tutor he a idade, porque ha de ter vinte & cinco annos, como entende a gloss.in §. fin. infra de fiduciaria tut. probat text. in l. fin. C. de legit. tut. & o mesmo procede no curador, vt in d.§.fin.infra de fiduc. tut. & deuemos entender isto de modo que o tutor, ou curador ha de ser de vinte & cinco annos pera exercitar o officio da tutoria, ou curadoria; porem pera ser nomeado por tutor, ou curador não he necessaria idade, que em qualquer pòde ser instituido, pera exercitar quando for habil. Barth. l.quæro, ff.de testament.tut.§. fin. & in l.si plures, §.quamuis, n.1. ff. de adminis.tut. E tambẽ dissemos regularmente, que ha de ter 25. annos, porem se por statuto de algum Reyno se requerer menos, ou mais idade, & estiuer ordenado, que o maior de 15. ou 18. annos possa contratar, obrigarse, & exercitar os officios publicos, podera tambem ser tutor: *Quia statutũ potest abreuiare tempus legitimæ ætatis, & habilitare ad certum tempus inhabilem de iure communi*, vt dicit Baldus in tract. statutorum in verb. statuere, n.12. Socin.cons. 20.n.11.vol.1.Dec. in cap.ex parte sub num. 9. de appellat. & se não ouuer statuto, & o menor de 25.annos se callar, & dolosamente aceitar a tutoria, ficarâ obrigado como maior, & naõ se poderà valer do beneficio da restituiçaõ in integrum, vt per Ruin. cons. 97. circa primum vol. 5.

§ E pois que temos visto a diffinição, corroboraçoens, & requisitos da tutoria, que bastaõ pera dar luz aos principiantes, vejamos antes da diuisaõ, como a nossa Ordenaçaõ, & Pratica do Reyno se ajusta cõ estas doutrinas, pera o que iremos á margem dos parrafos, notando as concordancias

cias da Ordenaçaõ, & quanto ao que temos dito dos requisitos, & conueniencia, que os menores tem em serẽ gouernados por tutores com a mesma diligencia o encomenda a Ordenaçaõ do lib. 1. tit. 87 §. 3. mandãdo, que o juiz dos orfaõs inquira a qualidade, & idade dos orfaõs de sua jurisdiçaõ, & darlhes tutores, vt lib. 4. tit. 102. & naõ poderá dalos senaõ aos seus subditos por rezaõ de origem, ou do domicilio; porque tendo o menor bens em diuersas Prouincias, entam se lhes dará tutor pellos juizes, ẽ cujas prouincias estaõ os bens, l. ante. pen. ff. de tut. & curat. o que se ha de entender quando hum, & outro juiz he competente, pello pupilo ter em hũa prouincia o domicilio, & em outra a origem, iuxta l. fin. ff. eodem, porque sendo sò sugeito a hum juiz, esse lhe dará tutor, ainda aos bens que estiuerem em outra prouincia. l. magis puto, §. illud, ff. de rebus eorum, & probatur ex l. item 24. §. 1. ff. de excus. tut. tradit Barthol. in l. legitimos, §. 5. ff. de legit. tut. & assi se entende a Ord. do lib. 1. tit. 87 §. 4. com a qual cõcorda a do lib. 4. tit. 102. §. 8. pera o que he necessario ver a diuisaõ das tutorias, & como as soubermos, colligiremos dos principios o que conuem aos que começaõ, das confirmaçoẽs a cõcordancia do direito commum, & do Reyno, & das decisoens, que apontaremos o modo, com que se discidem as controuersias dos pupillos.

§. Permissum.

SVMMARIO.

1 Diuidese a tutoria em testamentaria, legitima, ou datiua; explicase cada hũa em particular.

2 Como se deixa o tutor no testamento, & o que se requere pera valer a tutoria testamentaria?

3 Se valerá a tutoria deixada no codicillo, & se deue ser confirmada pello juiz?

4 Differença entre o tutor, que não necessita de confirmaçaõ do juiz, & aquelle que deue ser confirmado?

5 Refremse as pessoas, que podẽ dar tutores no testamento, & a rezaõ porque sò he permittido aos pais, & auôs paternos: & se poderá a mãi, ou hum estranho nomear tutor ao pupillo no testamento?

6 Se póde o pai dar tutor ao filho, & o auô ao neto, & se precede o mesmo não sò pera que fique sendo o tutor dos filhos nascidos, mas ainda dos que depois da morte do pai nascerem.

7 Se o tutor dado no testamento he obrigado a dar fiança?

8 Se o tutor dado no testamento, & confirmado pello juiz, se ha de chamar testamentario, ou datiuo?

9 Requisitos, que o juiz deue considerar pera confirmar o tutor nomeado no testamento, & se achar dous nomeados, ambos do mesmo nome, qual se prefirirá?

10 Resumemse os requisitos necessarios pera

pera valer a tutoria testamentaria.

¶ As especies da Tutoria conforme a glossa neste §. são tres, s. testamentaria, legitima, & datiua.

Testamentaria he quando os pais nomeaõ no testamento tutores a seus filhos impuberes. s. machos menores de quatorze annos, & femeas de menos de doze, que estaõ no patrio poder.

Legitima he, quando o Tutor he dado pella lei, que por isso se chama legitima, porque por disposiçaõ legal se defere aos parentes mais chegados (não auendo tutor nomeado em o testamento) & se diuide em quatro especies, porque hũa se chama legitima tutoria dos agnados, que saõ os parentes paternes, outra dos patronos, outra dos pais, & outra fiduciaria, das quaes trataremos em seus titulos particulares ao diante.

Datiua Tutoria he a que dá o juiz, porque quando no testamento não ha Tutor nomeado, nem legitimo, entam dá o juiz hum tutor, que se chama datiuo, porque he dado pello juiz em falta do testamentario, ou legitimo, como veremos no tit. de Attiliano tutore: & esta ordem se obserua, pera que sejaõ preferidos os tutores, que o pai escolher, & no testamento nomear a seus filhos, & em falta delles os parentes mais chegados, & não os auendo, ou sendo incapazes, hum idoneo, que o juiz dará na forma, que ao diante explicaremos, vejamos primeiro.

Da Tutoria testamentaria.

§ Desta especie de Tutoria trata o titulo in ff. & C. de testamentaria tut. & breuemente se resume aqui pera saberemos que pera esta tutoria valer se requere principalmente, que seja dada no testamento, & que este se faça q̃ por isso se chama Tutoria testamentaria, & o mesmo será se o tutor for deixado no codicillo tacita, ou expressamente confirmado no testamento, porque conforme a doutrina da lei 3. iuncta gloss. 1. ff. hoc tit. fica sendo tutoria testamentaria, porque os codicillos sempre se julgaõ cõfirmados tacitamente no testamento, vt infra in §. non tantum, de codicillis, pergunta se sò neste particular. E se hum homem fizer codicillo somente, & não fizer testamento, valerá a nomeaçaõ do Tutor feita no codicillo? & he cõmua a resoluçaõ, que não, cõforme os DD. na d.l. 3. porque esta nomeaçaõ de Tutor he menos solemne, porem este tal Tutor deue ser confirmado pello juiz, vt concludunt Doctores hic & in l. 2. Cod. de testam. tut. per text. in l. 1. & in l. qui à patre, ff. de confirm. tut. & o mesmo he quando o pai dá Tutor a seu filho em hum testamento imperfeito, que ainda q̃ ipso iure não seja valida, a tal dação, & nomeaçaõ com tudo deue ser confirmada pellò juiz, d.l. 2. & l. qui à patre: o que procede com hũa distinçaõ. s. ou o tal testamento do pai he imperfeito por rezão da preterição, porque não fez mẽçaõ de seus filhos, & he inualido quanto à instituiçaõ de herdeiro, ficando o mais, & os legados em seu vigor, vt habetur in Auth. ex causa, C. de liber. præterit. ou o testamento he imperfeito por defeito do numero das testemunhas, ou dado aos filhos Tutor estranho, & não val a tal daçaõ sem ser confirmada pello juiz; ou he dado Tutor

Tutor hum dos filhos, & neste caso val a nomeaçaõ sem ser cõfirmada: por q̃quãto aos filhos he valido o testamẽto deste modo, ex l. hac consultissima, §. ex imperfecto, & ibi Doctores, C. de testam.

4 E acerca do sobredito he muito para reparar, & aduertir quando a Tutoria necessita de confirmaçaõ, ou não: porque o Tutor tanto que he dado no testamento, & o sabe, logo começa a administrar a tutoria, & deue correr por sua conta todo o encargo porque descuidandose por negligencia, desde ahora que o sabe corre por sua conta todo o damno do pupillo, q̃ por caulado tutor negligente lhe vier. l. si tibi. C. de testam. tut. & l. 1. ff. de administr. tut. porem o Tutor dado no testamento menos solemne, não tẽ obrigaçaõ de administrar a Tutoria antes da confirmaçaõ, & se deixa de administrar antes de ser confirmado não corre nenhum perigo por sua cõta. l. impubetibus, ff. de administr. tut. & l. 1. C. de testam. tut.

Vejamos agora quem pôde dar
5 tutor no testamento, & conforme a doutrina mais recebida dos Doutores he certo, que os pais podem dar tutores a seus filhos, vt est text. hic, & in dicto §. permissum, & l. 1 ff. de testam. tut. o que procede ainda que o pai não deixe nada ao filho, *sed eum exhæredẽ faciat*. l. pater & si pater, ff. eodem. Segundo, procede o mesmo nos pais, porque nas mãis não, como acima dissemos, que os pais podem dar tutores, entendese os pais (& não da mãi) & auòs paternos, que as mãis não, *in infinitum*, com os requisitos apontados no dito §. permissum, per l. 4. §. parentes, ff. de in ius vocand. do q̃ se collige, que como a mãi não tem os filhos em seu poder, vt sup. §. fœminæ, de adoption. não lhes pôde dar tutor, nem a auò: porem se a mãi, ou auó instituirem por herdeiro o filho, ou neto, bem lhe podem dar tutor no testamento, porque entam ainda que ipso iure não valha a tal daçaõ da tutoria, com tudo confirmase pello juiz, & deue ser confirmada: porem se o naõ instituir por herdeiro, entam està na võtade do juiz confirmar o tutor nomeado no testamento, ou não. O que tudo deue fazer precedendo as diligencias necessarias, & informaçoens mais conuenientes ao pupillo. l. mater iuncta gloss. ibi C. de testam. tut. & l. 2. iuncta gloss. ibi C. de confirm. tut. & l. pater, ff. de testam. tut. & o mesmo diremos de outro qualquer estranho, que instituir o impubes. s. macho de menos de 14 annos, & femea de menos de doze por herdeiro, que lhe pôde dar tutor no testamento, o qual Tutor será confirmado pello juiz com inquiriçaõ necessaria. l. si patronus cum l. sequenti, ff. de confirm. tut. porem se o naõ instituir por herdeiro, não será confirmado o tutor. o que não he na mãi como acima dissemos, & mais largamente proua Salicet. in dicta l. mater, Cod. eodem. E posto que o texto prohiba ás mãis, & aos estranhos darem tutores aos menores; com tudo se ha de distinguir entre a daçaõ da tutoria de facto, ou de iure, de modo q̃ o direito permite ao pay, & auôs paternos darem tutores aos filhos, ou netos, & esta tal daçaõ val como permitida de direito sem confirmaçaõ. Porẽ se de facto der a mãi, ou o estranho Tutor, confirmase a nomeaçaõ pella equidade natural, que està pedindo a confirmaçaõ, argum. §. vlt. infra de Attiliano tutore.

E da

Titulo decimotercio

E daqui se collige a quem podem ser dados Tutores no testamento, & em primeiro lugar podem ser dados Tutores no testamento aos filhos impuberes, & menores de 14. annos, sendo machos, & de 12. annos, sendo femeas, que estejaõ no patrio poder. Dissemos, que se dà tutoria aos impuberes, porque aos adultos se naõ daõ Tutores senaõ Curadores, como veremos ao diante no tit. de curatoribus, & aos maiores de 25. annos, nem Tutores, nem Curadores, senaõ saõ prodigos, ou furiosos, vt l. 1. & l. 16. & 17. ff. de curator. furios. & alij ext. minor. dand. Segundo, aos netos, & mais descendentes tambem impuberes com dous requisitos. O primeiro, que estejaõ no poder de quem lhes dà o Tutor. O segundo, que depois da morte deste que lhes dâ Tutor, naõ hajaõ de cair, ou reincidir no poder de seu pai natural, porque o auò não pôde dar Tutor a seus netos em quanto viue o pai; porque como este pai esteja no poder de seu pai, & auò dos taes netos não os tem em seu poder: *Quia est in potestate aliena, & alium in sua potestate habere nõ potest.* E por morte do pai fica entam tendo em seu poder os filhos, & como elle seja seu Tutor, naõ val a tutoria, que o auò lhes deixar no testamento, pois elles vaõ a poder de seu legitimo Tutor. O que se ha de entender do pai, que estiuer em poder de seu pai, com os netos, vt declaratũ est in d. §. Permissum.

Terceiro, podem ser dados Tutores no testamento, naõ sò aos filhos nascidos jâ, mas aos que ouuerem de nascer, & assi o pai pôde deixar nomeado Tutor ao filho posthumo, s. que nasce depois da morte do pai, ou da feitura do testamento, & posto que da l. qui filiarum, ff. de legat. debaixo da palaura, *Filhos*, senaõ entendaõ os posthumos, he certo, que naõ se entende nos legados, mas nas Tutorias si, quãdo o pai lhes da Tutor, como aqui explicamos, & em tanto que se o pai simplesmente disser no testamento: *No meo afonõ por tutor de meus filhos*, se julga que seja Tutor, naõ sò dos filhos ja nascidos, mas tambem dos posthumos §. fin. in tit. sequenti, & pera valer se requere. Primeiro, que nascendo, o tal posthumo em vida de seu pai ouuesse de estar em seu poder, porque se o pai estiuera em poder de seu pai, & naõ ouuera de ter o filho em seu poder, he certo, que lhe não podia dar Tutor, pois se requere o poder pera a validade. Segundo, que o tal posthumo fosse suo, de sorte que ninguem lhe precedesse, porque se fora precedido de outro, em cujo poder auia cair tambem, naõ necessitaua de Tutor. E a rezaõ porque se entende que o Tutor dado aos filhos se extende tambẽ aos que nascerem temos dito acima no tit. de ingenuis na regra, que o que està no ventre, se reputa por nascido, quãdo se trata de seu cõmodo, & vtilidade, per l. qui in vtero, ff. de statu hom.

Quarto, ainda que de rigor de direito se possa dizer, que não valerâ a nomeaçaõ de Tutor, que o pai der no testamento ao filho emancipado, porque naõ està ja no patrio poder; comtudo deue ser confirmada pello juiz, ainda sem inquiriçaõ, ex his quæ DD. in l. 1. §. qui á patre, ff. de confirmat. tut. pello affecto, & prouidencia pater na, q̃ o direito fauorece.

Quinto, diremos o mesmo dos filhos naturais somente, os quaes como dissemos acima no tit de patria potestate, naõ estaõ no patrio poder, & assi naõ

No tit. de bon. poss. onde tratamos das successões vã explicado como se entende este pay & o q̃ comprehende os si pera as successões de bens liures, como de morgados, & da coroa, &c.

não recebem Tutores de seus pais naturais sem confirmaçaõ l. fin. C. de confirmando. tutor. & l. naturalis 1. ff. eod. tit.

E acerca destas confirmaçoens he tambem muito pera aduertir, quando deue o Tutor ser confirmado, ou
7 não: porque o Tutor dado no testamento como he pessoa approuada pello testador não dá fiança, nem seguro algum, vt in §. hoc non est perpetuum infra de satisdat. tutor. & ibi Angel. & Aretin. sub n. 1. faciunt ea, quæ speculat. adducit in §. si tutor in 3. part. lib. 2. tit. de tutore, & os que saõ dados pellos juizes sim, vt in dicto titulo de satisdat. tut. Donde nasce a questaõ que fazem os Doutores dizẽdo, se o Tutor confirmado he datiuo,
8 ou testamentario? vt Doctores in l. 1. & 2. ff. de confirmand. tut. & parece, que he datiuo, porque quem confirma dá, vt in l. obuenire 1. ff. de verborum significat. l. quia, ff. de iurisdict. omnium iudic. & aqui confirma o juiz, logo parece que o dá, & fica sendo Tutor datiuo: porem deixadas varias controuersias, he certo, que o Tutor confirmado fica sendo datiuo, porem segue em parte a natureza, de Testamentario. *Et sic nascit datiuus, sed sapit naturam testamentarij*, principalmente em duas cousas. A primeira, porque não dá caução, nem satisdação, *rem pupilli saluam fore*, l. quia patre, ff. de confirmando tut. A segunda, que se o tal Tutor confirmado se excusar de receber a tutoria perde o legado, que lhe for deixado no testamento, como que se fora testamentario, que tambem excusandose he priuado do legado. l. Neserunius cum duabus legib. sequentibus, ff. de excusation. tut. O que não he nos mais Tutores datiuos, que ainda que se excusem da tutoria, não perdem o legado, que no testamento lhe deixarem. E assim nas Tutorias se ha de considerar, se os Tutores saõ dados por quem importa, que he o pai, & a quem importa, que he o filho, & como importa, que he com as palauras, scilicet, *Nomeo, ou dou a fulaõ por Tutor de meus filhos*; & onde importa, que he no testamento, ou codicillo confirmado: porq̃ se for pessoa tal, que não possa direitamente dar Tutor, como a mãi, o estranho, ou tal pessoa, a quem não possa ser dado, como a filho, que não está em poder de seu pai, ou em codicillo não confirmado, entam supre o juiz o que falta, confirmando sem mais, sendo dado pello pai, inquirindo o necessario pera confirmar sendo dado o Tutor por mãi, ou pessoa estranha. E na confirmaçaõ deue sempre o juiz inquirir, se durou a vontade do pai, & se conhecia os costumes do Tutor nomeado a pessoa que o deu, & se houue entre elle, & o pai do pupillo inimizades. Por isso dizemos, que se hum estranho for dado por Tutor dos filhos de fulano. verbigratia, de Titio, que no seu testamento o deu, & declarou por Tutor de seu filho, & morreo logo, neste caso será o Tutor confirmado pello juiz, sem inquiriçaõ; porem se depois da feitura do testamento viuer o Testador, inquirirá o juiz, se sobreueo algũa causa, que fizesse o Tutor indigno da tutoria, & por inimizade, ou outra inconueniencia, que não seja bem do pupillo, que o tal Tutor administre, vt per Bartholum in l. vtilitatem, ff. de confirmand. tutor. porque a amizade he hum requisito muito necessario pera

que com fidelidade, & gosto se exercite o cargo de Tutor, que succede em lugar de pai pera defender, conseruar, & augmentar os bens do pupillo, por isso tambem dizemos, que se dous homens do mesmo nome forem deixados por Tutores no testamento, qual delles será o verdadeiro Tutor? E he questaõ, que traz Bartholo na lei duo sunt Titij, ff. de testamentaria tutela; & se resolue, que será Tutor aquelle, com quem se aueriguar, que o Testador tinha mais amizade, *& propter similes coniecturas*, vt l. si seruus plurium, §. fin. ff. de legat. 1.

10 E por fim do titulo resta colligir do referido.

Os requisitos pera valer a Tutoria testamentaria, & se colhe primò, que seja ascendente o que dà o Tutor. Secundo, que tenha em seu poder aquelle, a quem o dà, que por isso dissemos, que não valo Tutor dado ao filho pella mãi, nem pello estranho, nem de rigor de direito pello pai ao filho emancipado, sem ser confirmado pello juiz. Tertio, q̃ seja *impubes*, scilicet, sendo macho menor de quatorze annos, & sendo femea menor de doze, aquelle, a quem se dá o Tutor. Quartò, que por morte de quem dá o Tutor não haja de cair em poder de outrem aquelle, a quẽ he dado. Quintò, que o tal Tutor seja dado em testamento solemne, ou em codicillo nelle confirmado. Sextò, que o Tutor não seja mudo, surdo, ou furioso, ou menor, como no titulo seguinte veremos onde declara o Emperador aquelles, que podem ser deixados por Tutores no testamẽto, como se segue.

Qui testamento tutores dari possunt.

Titulus decimus quartus.

SVMMARIO.

3 *Diuide se em tres questoens o titulo presente; mostrase quaes sejão as pessoas, que podem ser deixadas por tutores no testamento?*

3 *Filho familias se póde ser tutor, & se estará o pai obrigado pello que elle fizer na administraçaõ da tutoria?*

3 *Escrauo proprio se pòde ser deixado por tutor no testamento?*

E se basta isso pera ficar liure?

E a liberdade se se julgarâ, que be directa, ou fideicommissaria?

Escrauo alheo se póde ser deixado por tutor?

4 *Furioso se poderâ ser nomeado por tutor no testamento, & como?*

E o menor de vinte & cinco annos?

5 *Resumemse as pessoas, que podem ser tutores, & delles se infere pera os que o não podem ser.*

Mãi,

7 *Mãi, & auô se podem ser tutoras de seus filhos, ou netos? refere se a concordancia da nossa Ordenaçaõ com a emenda do direito antigo.*

8 *Deuedor, se pòde ser, tutor do pupillo seu credor; & se procede o mesmo na mãi?*

9 *Mãi que for tutora de seus filhos, casando segunda vez perde a tutoria, & se procede o mesmo desposandose somente?*

1 Era melhor declaraçaõ da tutoria testamẽtaria propoem o Emperador neste titulo tres questoens muito principais. Na primeira, que se comprehende nos principios, & primeiro paragrapho explica as pessoas, que podem ser dadas por Tutores. Na segunda, que se inclue no §. ad certum especifica o modo, & como se dão os Tutores. Na terceira, com que acaba o titulo nos vltimos paragraphos refere as pessoas, a quem se daõ os Tutores. Vejamos da primeira questaõ.

Quem pòde ser dado por Tutor no testamento?

A Tutoria he officio publico, & cada qual he obrigado a acceitalo, não tendo justa rezaõ de se escusar, como no penultimo titulo deste liuro veremos, he rezaõ, que agora saibamos aquelles, que a pòdẽ administrar, porque ha muitos, que não podem ser tutores, & assi por regra certa diremos, que todos os q̃ expressamente não saõ prohibidos pella lei podem tomar o cargo da tutoria, vt hìc & l. tutor incertus in fin. ff. de testam. tut. *Cùm permissum intelligitur quod prohibitum non est.* Obseruando regularmente, que todos os pais de familias, liures, maiores de vinte, & cinco annos, & de juizo perfeito podem quaesquer destes ser deixados por Tutores no testamento, vt Texto hìc, & l. quæro, §. vltim. de testamentis, l. si filiusfamilias 7. ff. de tutel, l. vlt. C. de legitim. tut. l. filios 9. de his qui sunt sui, vel alieni iuris.

Quinto, o filho familias tambem pòde ser Tutor dado no testamento, porq̃ cõmo a tutoria se refere a cargo, & bẽ publico, em cujas causas se não atẽta ao patrio poder, mas antes o filho familias se reputa por pai de familias, vt in l. filius familias, ff. de his, qui sũt sui, vel alieni iuris. Contra o q̃ se pôde dizer, que o patrio poder he impedimẽto ao filho pera testar. l. 1. ff. qui testamẽta facere poss. & o fazer testamẽto he de direito publico: *Quia factio testamenti est iuris publici.* l. 3. ff. quẽadmodûm testamenta aperiantur. Cõtudo diremos, que he differente: porque o testamento se faz como por pessoa particular, ainda que a feitura delle seja de direito publico, porem a tutoria se exercita como officio publico, & em bem publico, & assim pòde o filho familias ser tutor, & na causa do pupillo pòde litigar com seu pai, & chamallo a juizo sem venia. l. quæsitum, ff. de in ius vocand. porque entaõ litiga como tutor, & não como filho, & do mesmo modo *tutorio nomine* póde sem consentimento do pai litigar, & exercitar, secund. gloss. in verbo imponendæ vers. quid in tutore, & ibi Barthol. in l. fin. §. necessitate, C. de bonis quæ liber. Perguntase em consequencia disto, se estará o pai obri-

obrigado em nome do filho familias Tutor a pagar por elle o que deuer? E respondese, que se o pai consentio, ficarà obrigado in solidũ, & se não deu consentimento ao filho pera tomar a tutoria, estarà obrigado somente de peculio, l. filius, ff. de tutel. l. Lucius ff. de administr. tut.

3 Terceiro, o escrauo proprio dandolhe seu senhor a liberdade o póde deixar no testamento por Tutor de seus filhos; porque nas Tutorias não se atenta à qualidade, nem à condiçaõ, nem bens da pessoa, senão o procedimento, verdade, & satisfaçaõ, & he certo q̃ póde hauer tanta em hum bom escrauo, que o deixe o senhor por Tutor de seus filhos, & liure, & ainda que expressamente o naõ deixe liure, tanto, que lhe encarregar a Tutoria se julga, q̃ fica em consequencia forro, porque como o senhor o quiz escolher pera Tutor, he visto, que o quiz liurar, pois sendo escrauo não podia ser Tutor, *Et sic qui vult consequens vult, & antecedens.* l. ad rem mobilem, ff. de procurat. E se a liberdade neste caso hade ser fideicommissaria, ou directa he questaõ graue, que disputaõ os Doutores, que refere Pichardo hoc nostro titulo n. 7. Oswald. dicto lib. 3. Donel. cap. 4. litera P. Faber hoc nostro tit. illat. 41. & coniecturar. cap. 16. Gutier. de tutel. 1. parte, cap. 10. num, 2. Genoa in Antynomia, l. & si non adscripta 9. Cod. de fideicom. libert. cum nostro tit. & por seguir a breuidade, a que attendo, deixadas dillaçoens, diremos, q̃ à decisaõ da duuida se ha de colligir da vontade do Testador, vt tex, in d. l. si non adscripta. ibi præfato seruo, &c. & assi quando o testador simplesmente fallar no escrauo sem outra demõstraçaõ de affeiçaõ, ou conjectura de que lhe quiz dar direitamente a liberdade se julgará a fauor della, que lhe compete, & a fauor do pupillo, se dira, que ha de ser fideicommissaria; pera que fique sendo patraõ do manumitido, & lhe deua os obsequios de liberto; porem se o senhor declarar a liberdade, & conjecturadamente se conhecer a affeição, serà a dita liberdade directa, vt in dicta l. quæro. §. vltimo, & nos latiùs dicemus. E parece tambem, que isto se encontra, com o que dissemos, que pera ser Tutor he necessario, que possa fazer testamento: *Quia nemo tutor esse potest nisi cui testamenti factio est.* l. testamentum, ff. de testament. tut. & como dissemos, que o escrauo não póde testar, vt infra quibus non est permissum facere testamentum, parece, que não pôde tambem ser Tutor. Porem respondemos, que a facçaõ do testamento he de dous modos, actiua, & passiua. *Factio actiua* tem aquelle, q̃ póde testar, & *factio passiua* tem o q̃ póde ser instituido por herdeiro, como ao diãte veremos, & assi como o escrauo tem a factio passiua, & póde ser deixado por herdeiro, tambẽ póde ser Tutor, quãdo o senhor o deixa, & nomea por tal no testamento, & lhe dà a liberdade tacita, ou expressamẽte, como acima dissemos: porẽ se se prouar, q̃ o senhor errou na qualidade do escrauo, porq̃ lhe não deixou a liberdade tendo pera si q̃ era liure, entam nem Tutor, nem liure ficarà, vt hic, & in l. generaliter, §. siquis tutorẽ, ff. de fideic. hæred. *Errantis enim nullus est consensus.* l. non idcircò, C. de iur. & facti ignorant.

Quarto, tambẽ o escrauo alheo póde ser deixado por Tutor no testamẽto 4

com

com condiçaõ, ſe for liure, vt hic, & §. ſeruus, & in l. ſi hæreditas, §. ſeruus, & ibi Bartholus ff. de teſtament. tutel.

Quinto, o furioſo tambem debaixo da condiçaõ, ſe tornar a ſeu juizo,
5 póde ſer dado por tutor, & ainda que puramente ſem condiçaõ ſeja nomeado, ſe entende, que foi poſta a condiçaõ pera quando for habil, vt hic §. furioſus, & dicta l. ſi hæreditas, §. ſi furioſus, ff. de teſtamentar. tut. & em quanto ſe não purifica a condiçaõ, & o furioſo não torna a ſeu juizo, & o eſcrauo não he liure, dá o juiz hum Tutor datiuo; & ſe preguntarmos, porque não entra o parente mais chegado a adminiſtrar em tanto como Tutor legitimo? Diremos, que a tutoria legitima não tem lugar em quanto ſe eſpera a Teſtamentaria: *Quandiu enim teſtamentaria tutela ſperatur legitima ceſſat*, vt dicitur in leg. ſi quis ſub conditione, ff. de teſtam. tut.

Sexto, o menor de 25. annos, póde ſer deixado por Tutor no teſtamẽto, porem como antes deſta idade a lei não faz tanto dos menores della, vt in l. 1. ff. de minor. dará o juiz hum Tutor, que adminiſtre em quanto o nomeado no teſtamento não faz 25. annos, que he a idade, que ſe requere pera poder gouernar, & adminiſtrar a Tutoria, poſto que antes poſſa fazer teſtamento, & cõ tudo, pera reger he neceſſario mais juizo.

Do ſobredito ſe póde tirar regra
6 certa pera ſaber os q̃ podem ſer Tutores, & conhecer os q̃ o não podem ſer, como temos dito, q̃ ha de ſer dado por Tutor hũ homẽ liure, de juizo perfeito, maior de 25. annos, &c. logo colligiremos daqui, que o eſcrauo em quã-

to o he, não póde regularmente ſer Tutor. l. in ſeruili, C. qui da. tut. poſſ. E por iſſo diſſemos na diffiniçaõ da Tutoria acima declarada, que aquella palaura *in capite libere*, ſe referia, conforme a melhor opiniaõ, ao Tutor, porque eſte ha de ſer liure, & tanto q̃ como referimos, baſta ſer nomeado por Tutor no teſtamento pera ficar liure; & querer defender a contraria opiniaõ, he variar as palauras do Tex to, que dizem: *Poteſtas in capite libero ad tuendum eum*, & ſe ſe referiraõ ao pupillo, hauiaõ dizer, *ad tuendum id, vel illud*, ſcilicet, *caput liberum*. Por iſſo dizemos, que ſe referem ao Tutor, em quem reſide o poder, & força, que o direito lhe concede na peſſoa do pupillo pera o defender na forma referida. Exornat Faber. in iuriſprudent. titulo 12. prin. 1. Donel. lib. 3. com. cap. 1. vbi Oſuald. Gutier. de tutel. 1. par. cap. 1.

Segundo, o furioſo em quanto eſtá com o furor, & lhe dura a locura. dicto §. furioſus. Terceiro, o menor de 25. annos na forma ſobredita, & l. fin. C. de leg. tut. Quarto, o ſurdo, & mudo, porque como não ſallaõ, nẽ ouuem, não podem aſſiſtir bem aos pupillos, nem interpor ſua authoridade nos caſos neceſſarios, que he a principal cauſa porque ſe dá o Tutor, ſecũdũ gloſ. hoc noſtro tit. & l. 1. §. fin. ff. de tut. onde a gloſ. diz, q̃ ipſo iure não val a nomeaçaõ do Tutor ſurdo, & mudo, antes ſe lhe ſobreuier eſta enfermidade depois de ter tomado a tutoria, ſe acaba, & extinguitur tutela iam ſuſcepta, ſecundùm d. gloſ. & Barth. in l. poſt ſuceptam, ff. de excuſat. tut. Quinto, as molheres regularmẽte naõ podem ſer Tutoras, porque como iſſo he cargo dos homens, & officio viril,

não o podem ellas exercitar. l. tutela, & l. fin. ff. de tutel. & de direito dos Digestos, & Codigo o pai não podia encomendar a tutoria de seus filhos a sua molher mãi dos mesmos filhos, & se ella queria ser Tutora, era necessario alcãçar priuilegio especial do Principe, & renunciar com solemnidade o beneficio do Senatus Consulto Vel. leiano introduzido a fauor das molheres pera as fianças (como largamente explicaremos no tit. de fideiussorib.) & prometerem de naõ casar segunda vez, como se collige do Texto in l. 3. Cod. quando mulier, &c. E ainda que o Testador pudesse mandar, que a tutoria se exercitasse com conselho de sua molher mãi dos pupillos, vt colligitur ex l. quidam decedens, §. 1. ff. de admnistr. tut, com tudo de direito dos ff. & C. he certo o que tenho dito, & sò por priuilegio particular se permitia, vt probatur ex l. iure nostro, ff. de testam. tut. d. l. fin. ff. de tut. & o Emperador na l. 1. Cod, quando mul. tut. offic. fun. pot. diz: *Tutelam administrare virile munus est, & vltra sexum feminæ infirmitatis tale officium est*. E assi, que por estas leis não podiaõ as molheres ser tutoras, nẽ ainda as mãis de seus filhos. Porem isto está emenda do pello direito das Authenticas, de sorte que a mãi, & auô podem ser dadas por Tutoras de seus filhos, & netos, per text. in l. matri, & auiæ, C. quãdo mulier tut. offic. &c. & em tanto q̃ ainda que no testamento o pai não deixe tutor a seus filhos se permite à mãi que administre a tutoria, & he preferida a todos os mais Tutores legitimos, & datiuos; porem naõ aos Testamentarios, que se for deixado outro Tutor no Testamento, entam naõ tem lugar a mãi. dict. Auth. matri, & auiæ: & procede o sobredito de modo que seja voluntario à mãi, & auô aceitarẽ a tutoria, porem contra suas vontades não poderaõ ser constrangidas. d. Auth. matri, & auiæ, iuncta, glos. in verbo permittimus per text. in l. 1. & l. fin. in verbo si voluerint, C. quando mulier, &c. nem hoje se requere tanta solemnidade de renunciaçaõ, porque basta, que faça hum termo apud acta iudicis, de renunciaçaõ de todos os beneficios, & de não casar segunda vez, d. Auth. matr. & auiæ. iuncta Auth. sacramentum, C. quando mulier, &c. E posto que o deuedor, & creedor do pupillo regularmente não possaõ ser Tutores pella doutrina da Auth. minores, Cod. qui dar. tutor. poss. com tudo isto naõ procede na mãi, que ainda que seja deuedor do pupillo poderá ser sua Tutora: *Quia matris debitum non impedit tutelam*. Auth. ad hoc, Cod. quando mulier. Porem se a mãi depois se casar he excluida da tutoria, porque suspeita a lei, que as molheres com nouos maridos se esquecẽ dos filhos, & entregaõ, como por ven. da não só os bens, mas ainda o amor dos proprios filhos, & suas vidas. l. lex quæ tutores, §. lex enim, C. administr. tutor. & em tanto he isto verdade, q̃ a lei he tam suspeitosa desta mudança, que perguntaõ os Doctores se bastará que a molher se despoze, ainda que effectiuamente não case segunda vez pera ser excluida da Tutoria. E Ang. na d. Auth. matri, & auiæ, diz, que sim, & que somente a palaura da molher, q̃ trata de casar segunda vez basta, pera que fique suspeita na tutoria de seus filhos, facit Masuerius tit. de tutor. n. 15. o qual diz, que in ipso momento sponsaliorum fica priuada da tutoria, de sorte, que ainda que morra o marido

Consonat Ord. Regia lib. 4. tit. 11. §. 3. *Consonat Ord. d. lib. 4. tit. 101. §. 4.*

do com quem casar segunda vez, naõ recuperará a tutoria dos filhos.

§. *Ad certum.*

SVMMARIO.

1 *Referemse quatro modos porque se pôde nomear o tutor no testamento.*

2 *Se póde ser deixado o tutor debaixo de condiçaõ, & como sendo este acto legitimo pòde ser condicional contra a regra de direito, que se explica.*

3 *Se pòde ser dado o tutor pera cousa certa particular; respondese a algũas objecçoẽs com entendimentos de textos.*

4 *Se o tutor dado aos filhos se entende tambem ficar aos netos?*

1 REfere o Emperador neste §. o modo com que se daõ os Tutores no testamento, & resolue, que de quatro modos pòde ser feita a nomeaçaõ. Consonat l. Tutor 8. §. 1. l. si quis sub conditione 11. & l. certarum, ff. eodem.

O primeiro modo he, q̃ pòde ser dado o Tutor atè certo tempo, como se disser o testador: Titio será Tutor de meus filhos pòr tempo de tres annos. O segũdo modo he de certo tempo em diante. v. g. Titio será Tutor dos quatro annos em diante. E acabado este tempo expira a Tutoria, como veremos ao diante no tit. quibus modis tutela finitur. E em quãto não chega o dia, que o Testador declarar, dá o juiz hum Tutor, que entretanto administre a Tutoria, cujo officio acaba tanto que chegar o dia, & tempo, q̃ o Testador declarar pera entrar o Tutor Testamentario, vt in § 1. infra de Attiliano Tutore. & l. si quis sub conditione, ff. testamentar. tutel.

O terceiro modo he, que póde o Tutor ser dado debaixo de condiçaõ, como se o Testador disser: *Será Titio Tutor de meus filhos se Sempronio for cõsul, ou se acontecer casar com Maria.* E em quanto se naõ cumprir esta condiçaõ se dá hum Tutor que administre, d. l. Tutor datus, ff. de testam. tut. & como antigamente se naõ podiaõ deixar os legados no testamento antes da instituiçaõ de herdeiro, neste caso a fauor do pupillo se póde deixar, & nomear o Tutor em qualquer parte do testamento, antes, ou depois da instituiçaõ de herdeiro, ainda que ella seja cabeça, & fundamento do testamẽto, como veremos no §. ante hæredis infra de legatis. 2

O quarto modo he, que o Tutor ha de ser dado ao pupillo, & pera seus bens todos, & naõ pòde ser dado pera certa causa somente, ou pera hũa sô propriedade, porque como dissemos, o Tutor se dá principalmente à pessoa & em consequencia a seus bens, & por isso ha de ser a todos, & não a hũa quinta, terra, ou fazenda particular.

Limitase porem isto, que procede somente nas Tutorias testamentarias, & naõ nas datiuas, porque o juiz naõ pòde dar Tutor, nem debaixo de condiçaõ, nem dia certo, per tex. in l. muto, §. sub conditione, ff. de tutel. Có o que parece se responde à duuida, que se pudera pòr, de que este acto de Tutoria

toria he legitimo, & como tal parece, que não póde receber condiçaõ, nem dia, ex reg. actus legitimi. ff de reg. iuris cum Otoman. Secũdo, obſeruat. cap. 30. Corraſ. in l. ſeruitutes n. 18. ff. de ſeruitutibus. Com tudo neſte caſo ſe limita, porque como a lei confia tanto da prouidencia do pay para com os filhos, permite que poſſaõ de todo o modo deixarlhes a conuenien cia da tutoria. E tambem porque os actos legitimos saõ de dous modos, porque huns trazem comſigo a ſua execuçaõ, & eſtes naõ recebem condiçaõ ſuſpenſiua, como saõ os Sacramẽtos da Igreja, de que trãtaõ os Canoniſtas na d. reg. actus. Soar. 3. tom. ad 3. partem, diſp. 13. ſect. 3. & eſtes recebem condiçaõ de preſente, porque não he ſuſpenſiua, nem impede o acto, faciunt dicta per Menoch. illuſtr. c. 39 n. 18. Henriq. de pœnitent. lib. 1. c. 12. §. 10. *Conditio enim de præteritis, vel de præſenti cùm ſit certa, non eſt propriè cõditio, quia actum non ſuſpendunt.* l. cum ad præſens, ff. ſi certum petatur, Panorm. in cap. 2. de Baptiſmo. Outros actos legitimos referidos na d. l. actus não sò não recebem condiçaõ de modo que os ſuſpenda, mas não podé ter dillaçaõ alguã, nem ainda de præſenti, ou de futuro, porque ainda que não ſuſpenda, dilata, atê conſtar da verdade da condiçaõ; & deſta ſorte procede o Texto na l. cum qui, §. fin. ff. acquirend. hæredit. Otoman. in §. cõditiones inſt. de verborum oblig. & ſomente recebem condiçaõ de preſente, & dilaçaõ que ſeja natural do meſmo acto, como he a fiança na data do Tutor, iuxta textum in d. l. iuuato, §. ſub conditione, ff. de tutel. vbi Barthol. & tenet Decius in d. l. actus. n. 8. E aſſi para ſoluçaõ da duuida diremos, que o Teſtador pòde dar Tutor debaixo de condiçaõ, & o juiz não, porque o juiz pòde ſuprir o que o Teſtador faz, porem não o que elle meſmo fazer, vt ait Cya. ad leg. 1. & rubr. C. de teſtam. do que ſe colige, que ſuppoſta a differença dos actos legitimos aquelles, que immediatamẽte procedem da lei, vt in l. lege obuenire 30. ff. de verborum ſignific. não recebem dia, nem condiçaõ, porque como a lei ſupre, & faz tudo perfeitamente ninguem póde mais que ella, l. 1. & 2. ff. de legib. porem aquelles actos legitimos, em q̃ entreuem facto, & prouidencia dos homens podem receber alguã condiçaõ como neſte caſo, em que a fauor do pupillo ſe permite ao pai deixar de qualquer ſorte Tutor aos filhos, pois o affecto paterno he mais poderoſo, l. 3. §. 1. ff. ad miniſtr. tut. *Talis enim cõditio reſpicit affectum paternum in fauorem pupilli, cui leges maximè proſpectũ de tutore cupiunt, & datiui paterne ſuæ teſtes permittunt.* Notant Guiphan. hic, & Doctores ſupracitati hoc noſtro titulo.

Finalmente o que diſſemos acerca de naõ poder ſer dado o Tutor para alguã couſa particular, he de aduertir, que o Tutor ſe dá à peſſoa, & em conſequencia aos bens, & aſſi porque não ſe confunda a tutoria com a curadoria, em que he diuerſa rezaõ, como diſſemos, fica certo, que o Tutor ſenão pòde dar para couſa certa particular, porque como a peſſoa do pupillo, em quem tem o poder, he indiuidua do meſmo modo deue ſer a tutoria. Cõ o que ſe reſponde a algũs Textos, que parecẽ contrarios; como saõ o Texto in l. cũ plures 12. §. cũ tutor, ff. de adminiſt. tut. onde ao pupillo diz, q̃ſe dá Tutor para tratar de ſeus coſtumes, &

de

o instruir no bom procedimento; respondem, que isso he o principal fim pera que se dá o tutor, & em consequencia gouerna os bens como possuidos por aquelle, em quem tem o poder, que o direito lhe permitte: o Texto na lei 4. ff. de testament. tut. parece que tambem proua o contrario, porq̃ diz, que a mãi não póde dar Tutor a seus filhos, saluo se os instituir por herdeiros: *Quia in rem potiùs* (inquit I. C.) *quam in personam tutor datur*. Porem respodemos, que em quanto aquelle Texto falla da mãi, se ha dè entender, q̃ he pella rezaõ referida, dè que a nomeaçaõ do Tutor feita pella mãi não val ipso iure; & sô se cõfirma, & approua quando consta, que foi feita por amor, & como este se proua da instituiçaõ de herdeiro, por isso o I.C. Modestino na d. lei pater 4. ff. dè test. tut. diz, que será a instituiçaõ argumento deste amor, que aliás sem ella não se conheceria. *Et ideó dicit*: *Quasi in rem potiùs, quam in personam*, &c explicat Caldas in l. si curatorẽ, verbo sine curatore, n. 102. como tãbem o Texto na l. si tamen 15. ff. de testam. tut. em quanto diz nelle Vlpiano que valerá a nomeaçaõ do Tutor, pera o que está em Africa. v. g. ou em Syria, *Ita vt rei Africanæ, aut Syriacæ vtilis datio sit*: porque se responde, q̃ entam não se diuide o direito da tutoria, que he indiuiduo, & sô se repar-

te a administraçaõ, & assi não se fica dando o Tutor pera cousa certa em particular, senão pera administrar tudo o que estiuer, ou em Africa, ou em Syria, como diz o Texto: *Adeò vt plures tutores, aut, diuisi, vnius loco sint.* l. vltim. C. de auct. præstand. facit Molina de primogen. lib. 1. c. 4. n. 37. vers. veriùs, & tambem o Texto na lei litẽ, C. de in litem iurando, não encontra o que temos resoluido, porque falla do Curador, & não do Tutor.

Vltimamente diz o Emperador por fim deste titulo, que aquelle, que dâ Tutor aos filhos se entende tambem, que o será dos que nascerem, a q̃ chamamos *Posthumos*, & resolue, que si, porque debaixo do nome *filhos*, se comprehendẽ não sô os nascidos, mas tambem os que nascerẽ pellas rezoẽs, que acima dissemos no §. permissum, n. 6. porem se o pai nomear tutor aos filhos posthumos, este o naõ ficará sendo dos nascidos antes da morte do pai porquẽ ainda que o que está no ventre se possa chamar filho, com tudo o que já he nascido naõ se póde chamar posthumo: & deixando o Tutor aos filhos, se entẽde tambem que fica aos netos: *Liberorum enim appellatione omnes descendentes comprehenduntur*. l. liberorum, ff. de verborum significat. & diremos ao diante no tit. de legitima parentum tutela.

4

DE LEGITIMA AGNATORVM Tutela.

Titulus decimus quintus.

SVMMA-

Titulo decimoquinto

SVMMARIO.

1 *Continuação deste titulo; mostrase a rezão que a lei teue pera introduzir a tutoria legitima, & sua diffinição.*

2 *Tutoria legitima quando tem lugar ou não?*

3 *A differença, que de direito antigo hauia entre os parentes pella parte do pai, & os maternos pera a preferencia das tutorias.*

4 *Mostrase como a dita differẽça está tirada, & se dâ ao pupillo o tutor, que mais idoneo for, ou seja parente pella parte do pai, ou da mãi; refere se julgado.*

5 *Se póde o tutor nomeado logo sem algũa dillaçaõ administrar a tutoria? Referemse algũs requisitos necessarios.*

6 *Se pendente a controuersia da fiança póde o tutor exercitar a administraçaõ da tutoria nas cousas que correm perigo na detença? Refere se julgado.*

7 *Tutor testamentario dado pello pai não he obrigado a dar fiança, & se bastaõ conjecturas pera se julgar, que he testamentario por palauras equipollentes.*

8 Disse mos acima, que hauia tres especies de tutoria. s. Testamentaria, Legitima, & Datiua. Temos dito nos dous titulos precedentes da primeira especie. s. Testamentaria. Segue se agora a segunda especie; que he a legitima tutoria. s. *Agnatorũ, Patronorum, Parentum, & Fiduciaria*, com a ordem sobredita. Concorda este titulo in ff. cõ o de legit. tut. & in Cod de legitim. tutel.

Tutela legitima est, quam lex ipsa certis personis defert, non quod testamentaria, & datiua non sint legitimæ species tutelæ; sed quia hæ personæ à lege vocantur ad tutelam absq; aliqua testatoris, vel iudicis authoritate: & hoc est quod dicitur in l. legitimos, ff. eodem, ibi legitimos tutores nemo dat, sed lex ipsa duodecim tabularum facit tutores.

Como se dissera, que nem o Testador, nem o juiz, mas a lei constitue, & faz os Tutores legitimos, & por isso se chamaõ assi, pella eminẽcia da lei, que esta tutoria defere, & introduzio.

Tem lugar a Tutoria legitima quã 2
do cessa a Testamentaria, Primò, quã-
do o pai não fez testamento. Secun-
dò, quando o fez, & preterio, naõ fazẽ
do mençaõ de Tutor, nem dandoo a
seus filhos. Tertiò, quando fez testa-
mento, & nomeou Tutor a seus filhos,
porem (em sua vida do Testador) mor
reo o Tutor. Nestes casos pera que
os pupillos não fiquem indefensos, &
desemparados recorre se á tutoria le-
gitima; porque como a magestade da
lei, & sua authoridade he suprir, &
não ser suprida; dà authoridade ao ho
mem pera que faça, & dê Tutores, &
no caso da necessidade supre, & acode
com o Tutor legitimo, & não com o
datiuo, porque isto sò tem lugar quã-
do falta o Testamẽtario, ou legitimo.
§. quod autem lex hoc nostro titulo,
& l. intestato, ff. de legit. tutor. Veja-
mos agora qual he a que se chama tu-
toria dos agnados?

E conforme o Iurisconsulto he aquel-

la,

la, que a lei das doze taboas defere aos agnados, que saõ os que nos pertencem, & saõ nossos parentes pella parte paterna, ou masculina como irmaõ inteiro, sobrinho filho de irmaõ, tio irmaõ de pai, & os mais parentes por linha masculina.

Pello direito antigo os agnados, nas successoẽs, & tutorias excluiaõ totalmente os cognados pella preferencia, & ventagem do parentesco por linha masculina, & conseruaçaõ da dignidade, argum. l. 1. §. penult. vers. publicè enim interest, ff. de ventre inspic. porem esta differença está tirada, & náo se obserua, antes se da ao pupillo o Tutor que mais idoneo for, como nos mostrará o caso seguinte, que passou assi.

3 Gonçalo Loba Encerrabodes, filho de D. Brites Loba appellante no caso seguinte foi casado com D. Maior de Amaral filha da appellada Maria da Gama de Amaral, & tiueraõ

4 quatro filhos, de que sua auò materna pedio a tutoria, & se lhe concedeo por prouisaõ de 11. de Setembro de 1647. & depois em 23. de Março de 1648. alcançou a auó paterna outra prouisaõ pera tirar os ditos menores de poder da auò materna, pellos tratar mal, & por esse respeito lhos tirou o Prouedor da Comarca, entregãdoos a Ioaõ da Gama Ferraõ seu parente, que tambem alcançou prouisaõ pera ser seu Tutor. Em 26. de Março de 1648. cõ correndo estas tres prouisoẽs, veyo

5 a appellada Maria da Gama de Amaral com embargos de subrepçaõ à da prouisaõ de 23. de Março, allegando que os embargos de subrepçaõ, & obrepçaõ se admitem quando a prouisaõ he alcançada com falsa narraçaõ, ou callada a verdade tal, que o brigara o Principe, ou a náo conceder, ou a diferir mais difficultosamente, iuxta textum in cap. super literis, & in c. adeo, & in cap. ad aures cum alijs de rescriptis. Ord. lib. 2. tit. 43. Mascard. de probat. conclus. 1123. Valasc. consult. 72. n. 9. Menoch. de arbitr. casu 201. á n. 1. Sanches de matrim. lib. 8. disp. 21. á n. 2. Flamin. de resignat. lib. 4. q. 2. n. 43. Trentasinq; variarum lib. 1. tit. de rescript. resol. 5. à n. 1. & a exceiçaõ da obrepçaõ faz parar o effeito da prouisaõ, & antes de se julgar náo pôde obrar cousa algũa ex regula text. in c. si quando de rescriptis, & in cap. cum teneamur de præbendis, & l. præscriptione, C. si contra ius, vel vtilitatem. Pinel. in rubrica, C. rescind. 1. p. c. 2. n. 28. Phœb. decis. 41. p. 1. & 2. p. Aresto 165. Castro in praxi, lib. 2. cap. 3. n. 12. E porque tinha feito juntamente hum termo de alimentar os ditos menores à sua custa, pello q̃ o Prouedor da dita cidade de Eluas lhe recebeo os embargos, & lhe julgou a tutoria, do que appellou a auó paterna, & náo teue prouimento pellos fundamentos seguintes.

Porque o principal fundamento foi o dito termo de se obrigar á auó materna a sustentar os netos á sua custa, com o que fica mais idonea, mormente sendo auò, & estando em igual grao com a appellante, & a rezaõ he mui clara da dispesiçaõ da Ordenaçaõ do liuro 4. tit. 102. §. 1. ibi, *O mais idoneo, & pertencẽte pera isso*, concorrendo à fauor da appellada, náo ter outros herdeiros, & deixarlhe a dita D. Mayor mãi dos ditos menores encarregada a criaçaõ delles.

Nem obsta contra o referido dizerse, que nas Tutorias se preferem os agnados aos cognados, com que sendo

sendo a appellante auó dos menores pella parte de seu pai deue ser preferida à appellada auò materna dos ditos menores: porque de direito nouo está tirada a differença entre os agnados, & cognados, & sem nenhũa distinçaõ, ou differença saõ admitidos, como fallando nas tutorias legitimas, (qual he a da mãi, ou auò. Gutier. de tutel. 1. p. cap. 8. n. 21.) docent Anton. Fab. in Iurisprud. Pap. hoc tit. 25. de legit. agnat. tut. principio 1. illat. 6. Pichard. in princip. n. 7. hoc nostro titulo ibi: *Nouiori tamen iure hæc omnia emendata sunt, omnesq; consanguinei, & ad tutelam, & ad hæreditatem admittũntur, agnationis, & cognationis, iure sublato.* E Caldas in l. si curatorem verbo sine curatore, num. 103. Gutier. de tut. 1. q. cap. 4. n. 5. que se allegão para proua de que os agnados saõ preferidas nas tutorias, não prouão o intẽto; & tratão ponto muito differente, se quando o pai tem nomeado Tutor ao filho, lho póde nomear a mãi para os seus bens, com que sendo mais idonea a appellada a ella se lhe deue encarregar a tutoria, iuxta Ord. lib. 4. tit. 102. §. 1. q̃ a isso só respeita em igual grao, sem respeitar donde procede o parẽtesco. E assi se julgou na causa de Oliuẽça de D. Britis Lobaço cõ Maria da Gama do Amaral appellada, em q̃ foraõ juizes, & conuierão na cõfirmação da sentença do juiz, a fauor da dita appellada, pelas sobreditas rezoẽs, os doctissimos, & dignissimos Dezembargadores os Doutores Luis Delgado de Abreu, Rodrigo Rõiz de Lemos, & o ingeniosissimo, & insigne Mestre o Doctor Ioaõ Carneiro de Morais resoluco a questão cõ a seguinte doutrina em approuaçaõ da referida.

In tutelæ datione semper pupillorum indemnitati consulendum, vt & in artibus addicendis crescant, & in bonis non minuantur, ita postulat ius, & humanitas ipsius iuris, ibi in l. humanitatis, C. excusat. tut. l. fin. §. minoris C. sententiam passis, in materna auia adest filiæ voluntas ita iubentis: maior opulentia, prioritas diplomatis ad tutelam: alimentandi obligatio ex propriis bonis, commodior educatio in eodem loco, vbi pupilli morari debent. Igitur exulet eorum desiderium, qui bona pupilli solùm appetũt præualeat auiæ maternæ, dilectio, quæ præanimio pupillorũ amore onus expostulat non emolumentum, &c. Decis. 6

Com o que fica claro este ponto, em que conuierão os sobreditos Doctores, Escriuão meu pai Leonardo da Costa Leal nodito Carrorio.

Em segundo lugar se poem a questão muito ordinaria, se o Tutor logo pòde administrar os bens do pupillo sem outro algum requisito? E he controuersia q̃ resolue Bartholo, & os DD. na lei legitimos super verbo facit, ff. eodem, & commummente resoluem, que ainda que o Tutor seja parente chegado 5

chegado, & chamado à tutoria pella lei, ou nomeado no testamento, ou dado pello juiz, não póde administrar os bens do pupillo sem interuirem cinco requisitos. Primó, decreto, & ordem do juiz, q̃ lhe o mesmo q̃ darlhe a posse da tutoria, vt est gloss. in verbo diuisa, ff. de administrat. tut. Secundó, deue fazer inuentario dos bens do pupillo, nomeando, & referindo nelle tudo o que tiuerem, & tanto assi, que o Tutor, que não faz inuentario, se presume, que toma a tutoria com dolo,
3 l. fin. in fine, Cod. de arbitr. tutel. Tertiò, deue jurar de administrar bẽ, & fazer todas as cousas vteis aos pupillos, euitando todos os incommodos. Quartò, deue prometer de defender sempre o menor nas causas, & não o deixar nunca indefenso em juizo, & fora delle. l. fin. § defensionem, C. de adminis. tut. Quintò, deue o Tutor dar fiadores abonados, que obriguẽ seus bens, a que o Tutor fará tudo a salue dos pupillos: porem ainda q̃ o sobredito seja verdadeiro a respeito dos Tutores não poderem fazer cousa valiosa sem concorrerem estes requisitos: isto procede regularmente nos Tutores, mas logo declararemos no tit. de Attiliano tutore, onde mostraremos o q̃ pertẽce aos Tutores; & no tit. de satisdat. tut. diremos quãdo não estão obrigados a dar fiança. Cõ tudo quando ha perigo na detença, póde o Tutor administrar, como se considerou no caso seguinte.

E foi, que Guilherme Rosem teue prouisaõ de S. Magestade pera ser Tutor dos filhos de Ioaõ Alsa, q̃ ficarão por seu falecimento. & concedeo-se lhe a d. prouisaõ, com a clausula ordinaria que daria fiança, & essa como não póde ser de bens proprios, *Cùm nemo sui ipsius fideiussor esse queat*, ex l. hæres, §. seruo ff. hoc titulo, *etiam si locupletissimus sit*. gloss. ad Ordin. lib. 3. tit. 20. §. 6. n. 5. & tit. 37. in princ. per tex. ibi n 5. & como notou Gutier. de tut. 1. p. c. 12. n. 23. ex leg. nam 15. cũ alijs DD. *Inanis esset actio contra tutorem, si non extaret persona aliqua idonea ad soluendum contra quem posset agi.*

Com tudo alcançou tambẽ prouisaõ o d. Tutor pera poder obrigar seus bens, da qual tendo noticia Manoel da Veiga Carneiro, & sua molher Maria Estroegue mãi, & padrasto dos dd. menores vieraõ cõ embargos de subrepçaõ, & obrepçaõ, porẽ não lhe forão recebidos, antes mandou o juiz cõmissario q̃ o Tutor administrasse, & cõtinuasse cõ a tutoria, & os ẽbargos se ajuntassem á causa principal, q̃ corria sobre os ẽbargos postos à tutoria, Decis. 73 & esta sentẽça se confirmou no supremo Senado da Casa da Suplicação pellos fundamentos seguintes.

Porque sendo o dito Guilherme Rosem Tutor dos menores, & com prouisaõ de sua Magestade, & fiança dada em virtude da outra prouisaõ, se se esperasse o fim da dita causa, seria muito tempo; & o direito não quiz isso, antes expressamente ordenou, que o Tutor ainda sem fiança, ou pendente a controuersia da fiança pudesse administrar a tutoria nas cousas, que alias perecerião pella dillaçaõ. Textus expressus in l. final. Cod. de tutor. l. curator. qui non satisdedit, & docet Paulus Montan. in tract. de tutel. cap. 32. n. 18.

Nem he isto nouo, porq̃ he regra vulgar, *quod recedimus à iuris regulis, quoties in mora versatur periculũ*. l. 1. ff. de dãn. infecto. Reinos. obseru. 51. n. 28. & seqq. Barb. in l. si longius n. 18. de iudic.

Titulo decimo quinto

Semelhantemente vemos, q̃ quã-
4 do o Tutor antes do inuentario feito não pòde adminiſtrar nada, com tudo adminiſtra, & o direito lhe dà licença nas couſas, que não podem eſperar dilaçaõ. l. tutor, qui repertoriũ 7. in fin. principñ, ff. de adminiſtrat. tut. vbi eſt text. clarus, & docent plures relati á Pichard. in §. omnium 28. quæſt. 22. num. 8. verſ. quinimo inſt. de Act.

Da meſma maneira deliberando o herdeiro antes de aceitar a herança pôde adminiſtralla ſem perigo, nẽ obrigaçaõ. *In rebus, quæ tractu temporis deteriores fierent* .l. Ariſto 5. §. 1. ff. de iure deliberand.

E aſſi conuieraõ na confirmaçaõ da ſentença os excellentiſſimos Iuriſconſultos, & digniſſimos Dezembargadores os Doutores Rodrigo Rodrigues de Lemos, & Antonio de Souſa Tauares, anno de 1650. na cauſa de Lisboa de Manoel da Veiga Carneiro, & ſua molher Maria Eſtroega contra Guilherme Rozem. Eſcriuaõ Leonardo da Coſta Leal meu pai, no dito Cartorio.

Com o que ficará claro neſte particular o que pòde ſucceder neſtas tutorias, & na de que tratamos, alem de encorrerem as ſobreditas doutrinas, conſtaua ſer a dita tutoria teſtamentaria por dizer o Teſtador Ioaõ Alſa aſſi: *E querendo meos teſtamenteiros tratar das peſſoas, & bens de meos filhos o poderaõ fazer.* As quaes palauras poſto que não ſejaõ expreſſas, ſaõ equipolentes a iſſo por direito, vt docent Boer. deciſ. 124. n. 6. Decius in cap. ex parte 2. & Bald. ibidem de appellationibus, Paul. Montan. de tut. cap. 11. n. 2. 3. & 5. Gutier. de tut. 1. parte cap. 3. num. 29. Gratian. cap. 830. n. 1. E aſſi ſendo Tutor teſtamentario não era obrigado a dar fiança, como veremos abaixo no titulo de ſatiſd. tut. E porque temos dado noticia do que ſe continha neſte titulo, & do que ſe obſerua de direito nouo, deixamos as rezoens de duuidar mais prolixas pera a impreſſaõ Latina, & acerca deſtes agnados trataremos ao diante em ſeus titulos particulares.

DE CAPITIS DIMINVTIONE

Titulus decimus ſextus.

SVMMARIO.

1 *Moſtraſe a concordancia do titulo preſente, em que ſe referẽ as mudanças de eſtado, & ſe diffine.*

2 *Diuideſe a mudãça d'eſtado em tres generes. ſ. Maxima, media, & minima; expliçaſe cadahum em particular.*

Referemſe os effeitos das mudanças de eſtado. 3

1 NO tit precedẽte diſſe o Emperador, q̃ a tutoria legitima ſe acabaua cõ a mudãça d'eſtado, & poriſſo neſte tit. explica eſta mudança, diuidindo a explicaçaõ, a origẽ, & as eſpecies, cõcorda in ff. cõ o tit. de çapitis diminut.

Quid

Quid sit capitis diminutio?

HE hũa mudança de estado, de modo que a palaura, *Caput*, se não recebe no nosso titulo pella cabeça, senão pello estado, de q̃ muda o que padece esta diminuiçaõ, & mudança delle, donde vem o dizerse, que o escrauo não tem cabeça como o homem liure, pella inferioridade do estado; & porque os escrauos saõ reputados por nãda. l. quod attinet, ff. de reg. iuris.

Esta mudança, & diminuiçaõ de estado se faz, ou he de tres generos, a saber, *Maxima*, *Media*, *& Minima*, vt in gloss. verbo *Status*, & l fin. ff. eodem, donde se diz, que tres cousas tem os homẽs de estima, a saber, a liberdade, a cidade, & a familia: & qualquer das mudanças de estado muda, cada hũa per si, estes bens, & os tira. Vejamos de todas.

A mudança, ou *capitis diminutio*, que chamamos *Maior*, *& maxima*, he aquella, que hũ homem padece quãdo perde todos os tres bẽs, que dissemos liberdade, cidade, & familia, como he o condẽnado à morte por sentença capital, que fica escrauo da penna. Facit Ord. lib. 4. tit. 81. §. 6. ou quando o maior de vinte annos sofrer ser vendido como escrauo pera participar do preço, ou quando he liberto, & pella ingratidaõ fôr tornado ao catiueiro, pois o escrauo libertado pòde ser tornado ao catiueiro por ingrato. l. 2. C. de liberr. & cor. liber. & Ord. lib. 4. tit. 63. porque todos estes padecem esta diminuiçaõ, & mudança maxima, pôrque de liures ficão escrauos. l. 2. pen. & fin. C. de libertis, & eorum liberis. E perdendo a liberdade, perdem a cidade, & a familia, secund. glos. hìc in verbo *Statui*: *Qui enim perdit id, quod est maius, perdit etiã id, quod est minus.*

A que chamamos *Media*. he hũa mudança de estado, que padecem aquelles, que saõ liures, porem perdem a cidade, & a familia, vt in l. fin. & l. admissione in princip. ff. eod. O que succede aos degradados, que saõ lãçados de hũa terra pera outra, & *quasi sententia portati*. E este desterro succedeo em lugar da prohibiçaõ de fogo, & agoa, q̃ era hum castigo, de q̃ os Romanos vsauão, vt Cic. in orat. pro Balbo, & Cornel. & a estes prohibidos não podia ninguẽ receber em sua casa, vt Iuuenal. satyr. 3.

Nemo cibo, nemo hospitio, tectoq; inuabit.

E esta mudança se extende, à que padecem tambem os excomungados de excomunhaõ maior, em quanto carecem do comercio dos homens, & absoluiçaõ da Igreja.

A *minima*, & vltima mudança he quando hum homem tem a liberdade, & a cidade, porem perde a familia, & estado, o q̃ succede no arrogado, que sendo pai de familias, liure, & de seu direito, se faz filho de outrem, pois se sugeitão cõ sua familia ao poder do pai arrogante, como temos dito no §. sed & si. supra quib. mod. ius patriæ potest. soluitur.

Os effeitos destas mudanças de estado saõ, que da *Maxima*, *& media* primô, se reputaõ os mudados de esta do na forma referida, por mortos, *ciui liter*, & perdem todas as cousas de direito ciuil, porque nem podem testar, nem fazer outros actos ciuis. l. quidã de pænnis, & l. eius qui. §. 1. ff. de testament. & pella *maxima*, perdem

a liberdade, & ficaõ escrauos, & como taes desconhecidos do direito ciuil, na forma da dita lei quod attinet, ff. de reg, iuris. E o condemnado à morte não póde fazer testamento. Ord. lib. 4. tit. 81. §. 6. porem pera causas pias si, póde testar, & distribuir sua terça em tirar catiuos, casar orfaãs, &c. como veremos no tit. quibus non est permissum facere testamentum, como tambem sendo o tal condemnado soldado póde testar, ex Ordin, dicto lib. 4. tit. 83. §. 2. Pella *media* deixaõ de ser cidadaõs, & em consequencia, perdido o direito da Cidade, não gozaõ dos priuilegios concedidos a ella, nem do estatuto da mesma Cidade. Segundo, pellas mudanças de estado se tira, & extingue pera as successoens, & tutorias o direito da agnaçaõ, & cognaçaõ, que he o parentesco por linha masculina: a agnaçaõ, & feminina, a cognaçaõ. E supposto que acima dissemos, que o parentesco senão tiraua pello direito, ou que o direito naõ tiraua o parentesco; com tudo tira os officios, direitos, & beneficios, que o mesmo direito introduzio, donde o irmaõ mudado de estado não deixa de ser irmaõ por sangue, porem não goza dos priuilegios do direito pera succeder, nẽ lhe compete a queixa de desherdado, que he beneficio da lei, & não da natureza, *Vnde nec fratri regulariter querela inofficiosi testamenti competit*, vt in §. non autem liberis infra de inoffic. testamento.

3 Os effeitos da mudança de estado, que chamamos *Minima*, saõ que somẽte por ella perde o mudado o direito da agnaçaõ, & parentesco pella linha masculina, pera as prerogatiuas das successoens, & tutorias; porem não perde o direito da agnaçaõ, q̃ he o parentesco pella linha feminina. nẽ os beneficios, que por tal lhe competem, vt textus hic.

§. *Seruus cum sequenti.*

SVMMARIO.

Mudanças de estado succedẽ aos homẽs liures, & aos escrauos não. 1

O que he priuado de algum cargo, ou dignidade por culpas que cometeo, se fica infame? 2

Infames de facto, ou de iure, quaes saõ, & se podem ser testemunhas? 3

1 SVccedem estas mudanças de estado aos homens liures, & não aos escrauos, porque quem não tem que perder, não póde incorrer nesta mudança; como tambem o constituido em dignidade sendo priuado della, não muda de estado. l. 3. ff. de Senatoribus. E a rezão he, porque nem por isso perdem a liberdade, nem a cidade, nem a familia, & assi não mudaõ de estado, ainda que percaõ a dignidade. Porem se forẽ priuados della por algũa torpeza, ou crime, ficaõ infames de modo que nem juizes, nẽ testemunhas podem ser, l. 2. ff. de senat. & daqui vem a questaõ, se o infame póde ser testemunha? & breuemente respondem os Expositores distinguindo a infamia, porq̃ ha infames de iure que saõ os declarados por sentẽça, q̃ se declaraõ na l. 1. ff. de his, qui notantur infamia. Outra infamia he de facto, q̃ comprehende aquelles que viuem mal, & torpemente. E assim o infame

de

de iure não pòde ser testemunha, porque pera isso deuẽ ser mais claros que a luz, & muito idoneos, como se diz na l. fin. Cod. de probationibus, & l. 2. ff. Senatoribus. Os infames de facto não podem testemunhar nas causas crimes, pella dita rezão, porem nas causas ciueis ordinariamente se admitem pella differença q̃ ha, de qua Barthol. in dicta l. 2. ff. de senat. & Doctores in l. 1. Cod. de summa Trinit. & Canon. in cap. testimoniũ de testib. vide Soccin. reg. testes infames 495. Menoch. de arbitr. casu 74. n. 55. & seqq. & auemos explicar no tit. de pœna temerè litigantiũ, & no de publicis iudicis mostraremos as causas, porq̃ succedem estas mudanças de estado.

DE LEGITIMA PATRONORVM Tutela.

Titulus decimus octauus.

SVMMARIO.

1 *Senhor se fica Tutor legitimo do escrauo a quem deu a liberdade?*
2 *Se procede o mesmo na senhora?*

1 DEclara o Emperador neste titulo a segunda especie de Tutoria legitima, videlicet, dos patronos (que saõ aquelles, que daõ a liberdade aos escrauos, os quaes depois de forros sempre deuem reconhecer o patraõ como senhor, que foi seu, & que lhes deu a liberdade) & esta Tutoria se defere somente ao patrono pera ser Tutor dos libertos impubes, menores de quatorze annos. *l. 3. in principio*, ff. de legit. tut. & isto naõ pellas palauras, mas pello entendimento da lei, porque a das doze taboas não fallaua na Tutoria expressamente, mais que chamando os patronos âs successoẽs dos libertos abintestado, como diremos em seu lugar, & os fazia seus legitimos herdeiros, & do mesmo entendimẽto da lei se coligio, que a mesma lei ordenadamente dispos, que fossem os patronos Tutores dos libertos, à semelhança da legitima Tutoria dos agnados; porque a lei das doze taboas quiz que os agnados fossem Tutores, porque por rezão natural os chamaua á successaõ pera que quem lograua o proueito sentisse tambem o encargo. l. secundùm naturam. ff. de reg. iuris, *& vbi eadem est ratio; Idem ius statui debet, & quæ non differunt ratione, non differunt iuris dispositione*. l. à Titio, ff. de verborum obligat. Porẽ isto não procede nas molheres, que ainda q̃ o liberto lhes deua obsequios, com tudo não será sua Tutora a patrona, porque como a Tutoria he officio viril, & cargo q̃ compete sò aos homẽs, resiste a lei a esta tutoria, ainda que lhes permite a successaõ dos libertos. l. vltim. ff. de tutel. como ao diante veremos no tit. de successione libertorum.

Titulo decimo octauo.

DE LEGITIMA PARENTVM Tutela.

Titulus decimus octauus.

SVMMARIO.

1 *Pai se he tutor dos filhos emancipados?*

2 *Mostrase como esteja tirada a differença da emancipaçaõ, & patrio poder pera as heranças, & tutorias.*

I Fizemos da Tutoria legitima dos agnados, que se difere por palauras, & entẽdimento da lei das doze taboas, & da dos patronos, que se difere não por palauras, mas por interpetraçaõ, & entendimento da lei. Segue se agora a terceira especie de Tutoria legitima. s. que se difere aos pais dos filhos, *impubes*, emancipados, não por entendimẽto, nem palauras da lei, mas por interpetraçaõ dos Iurisconsultos, por continuaçaõ da rezão, â semelhança da legitima tutoria dos patronos; porque assi como o *Patrono* he Tutor legitimo do seu liberto impubes, assi o pai o he tambem do filho, que emancipou, do mesmo modo que o senhor pella liberdade que deu ao seu escrauo fica seu superior sempre, patraõ, & tutor na idade menor, assi o pai com rezão o deue ser do filho menor (supposto que seja de seu direito) pella emancipaçaõ, & liberdade do patrio poder, que o pai lhe concedeo, & permitio, vt text. hic nostro tit. & in l. 3. § fin. ff. de legit. tut.

2 Porem hoje como pello direito nouo esteja extincta a differença dos filhos emancipados, ou no patrio poder pera as successoens, em consequẽcia o está tambem pera as tutorias, de modo que pella Auth. cessante, C. de legit. hæred. & Auth. defuncto, C. ad S. C. Tertul. foi tirada esta differẽça pera as successoens, tambẽ nas tutorias expirou, & acabou esta q̃ dizemos dos pais, & em seu lugar succedeo a legitima dos agnados, & assi o pai he Tutor de seu filho, ainda que seja emancipado sempre he seu Tutor legitimo, & em vida do pai não pode ter outro tutor: *Legitimus enim tutor pater tanquã agnatus existit*, como diremos no titulo de authoritate tutorum.

DE FIDVCIARIA TVTELA.

Titulus decimus nonus.

SVMMA-

SVMMARIO.

1 *Continuação deste titulo; mostrase a rezão porque os irmaõs mais velhos deuem ser tutores de seus irmaõs menores, & a rezaõ que a lei teue pera fazer delles esta confiança.*

2 *Differença da emancipaçaõ como se entende tirada neste particular?*

1 NO titulo precedente dissemos a terceira especie da tutoria, & agora se segue a quarta especie, que se chama fiduciaria, & por morte do pai, q̃ era legitimo Tutor dos filhos emancipados, se difere aos irmaõs pera serem Tutores de seus irmaõs *impubes*, menores de 14. annos emancipados. l. 4. ff. de reg. iuris.

2 Chamase esta Tutoria fiduciaria, pella cõfiança, que a lei faz dos irmaõs, porem hoje como esteja tirada a differença da emancipaçaõ pella d. Authen. cessante C. de legitim. hæred. & per l. meminimus, Cod. eodem tit. E o irmão he chamado, & admitido á successaõ do irmão, do mesmo modo o he á tutoria, & esta tutoria legitima se pòde dizer, que não procede da lei das doze taboas, senão das constituiçoens Imperatorias, vt not. per Text. in l. frater, Cod. legit. tut. & per Doctores hic, & do nosso Texto podemos tirar hũa regra geral nas tutorias, & he, que os Tutores, & curadores deuem ser maiores de vinte & cinco annos; porque he inconueniẽte, q̃ aquelle que está em poder alheo, tenha outrem em seu poder, & porque os bens ficaõ obrigados à tutoria pella administraçaõ. l. pro officio, C. de administ. tut. & os bẽs dos menores não se podẽ obrigar. l. si ergo, Cod. de legit. tut. & esta regra procede nas tutorias legitimas, & dativas, & não nas testamentarias; porque o menor no testamento bem pòde ser nomeado por Tutor, ainda que durante a menoridade não possa administrar com tudo entendo a 25. annos começa a ser Tutor, §. fin. riosus sup. qui test. tut dar. poss. & a perfeita idade se diz a de 25. annos pera ser Tutor, vt est gloss. in verbo perfecta, hoc tit. E porque aqui se reperião direitos antigos, que não se observaõ, ficará pera outra escriptura a declaraçaõ delles.

De Attiliano tutore, & eo, qui ex lege Iulia, & Titia dabantur.

Titulus vigesimus.

SVMMARIO.

1 *Explicase a tutoria datiua, & refere se quando pòde o juiz nomear tutor aos pupillos, & o q̃*

pera isso se deue considerar?

2 *Herdeiros do pupillo deuem pedir-lhe tutor dentro em hum anno, aliàs perdem a herança.*

3 *El Rei se dâ tutor ás pessoas illustres, & como se alcançaõ as tutorias por prouisoens?*

O Emperador neste titulo explica a Tutoria, que chamamos datiua, & concorda cõ o titulo in ff. de tut. & curat. dat. ab is, qui ius dandi habent, & in Cod. qui tut. vel curat. dare possũt, & refere pera declaraçaõ desta Tutoria cinco tempos, ou direitos: porque faltando o Tutor legitimo, & testamẽtario, antiguamente daua o Pretor de Roma hum Tutor, que se chamaua, *Attiliano*, por ser dado na forma da l. Attilia feita por Pub. Attilio, ao qual se seguio outro direito da l. Attilia, & Iulia, que o Emperador refere no §. sed ex his, & deu o poder de dar Tutores aos Consules. Depois se costumarão dar *ex inquisitione*, & por informaçoens. Depois em Roma tinha só este poder o Presidente, & assi referindo varias antiguidades, chega ao modo, de que tratamos, que he datiua, pera cujo entendimento saibamos.

1

Qual he a Tutoria datiua?

A Tutoria datiua he hũ acto legitimo, pello qual se dâ hũ Tutor a hũ moço menor de 14. annos, que chamamos *impubes*, á petição da mãi, ou dos parentes, & por não hauer Tutor legitimo, ou testamentario lho dà o Dezembargo, ou o juiz, ideſt, *Magistrado*, & por ser dado nesta forma se chama Tutor datiuo: & daqui se collige, que aquelles, que tomão a herança do pupillo deuem pedir dentro de hum anno Tutor ao menor, & não o pedindo, saõ priuados da successaõ. l. sciant, C. de leg. hæred. & l. fin. & toto titulo C. qui petant. tut. & chamase Tutoria datiua; porq̃ não he dada pello Testador, nem pella lei, senão pello juiz. E o dos orfaõs em o nosso Reyno dá Tutores aos menores. Ord. lib. 4. tit. 102. & se alcançaõ as tutorias tambem por prouisoens, como acima dissemos, & mostramos julgado, & ás pessoas illustres dà el Rey os Tutores. l. 1. C. de tut. illustr. person. Parlador lib. 2. rerum quotid. c. 1. n. 19. E daqui notemos duas cõclusoés. Prima, que a tutoria testamentaria he preferida, & anteposta á datiua, l. siquis sub conditione, ff. de testament. tut. Secunda, que a Tutoria legitima he preferida tambem â datiua, de modo que sendo deuoluta a tutoria a hum Tutor legitimo dado pella lei, se o juiz der hum Tutor, não he valioso, *cùm habenti tutorem, alium dare iura prohibeant*, vt dicitur in l. si sororis, C. qui tut. dari poss.

2

§. Sed & si, & §. si ab hostibus.

SVMMARIO.

Quando tem lugar a Tutoria datiua?

3 NEste §. se explica quando tem lugar a Tutoria datiua? E saibamos, que quando não ha Tutor deixado no testamento, ou legitimo dado pella lei, entam da o juiz hum Tutor datiuo. Segundo, quando he excluido o Tutor legitimo, entam da o

dâ o juiz hum dotino. Ou tambem ſe o Teſtador nomeou Tutor a ſeus filhos debaixo de condiçaõ, ou pera certo tempo, neſte caſo em quanto ſe não purificar a condição, ou chegar o dia aſſinado, dâ o juiz hum Tutor entretanto pera o pupillo não eſtar indefenſo; ou quando o Tutor legitimo, ou teſtamentario ſor catiuo dos enemigos tambem ſe dá hum Tutor pro interim, vt in §§. noſtris. & ſupra

§. *Non autem.*

SVMMARIO.

Explicaſe quaes ſejaõ os juizes, que
1 *podem dar Tutores.*
Referemſe ás peſſoas, que podem ſer
2 *nomeadas pello juiz pera tutores dos menores.*
Requiſitos pera valer a nomeaçaõ do
3 *Tutor feita pello juiz.*

1 REfere aqui o Emperador aq̃lles que podem dar Tutores: Tendo dito, que antiguamente o Pretor em Roma, & nas Prouincias os Preſidentes, & depois os Magiſtrados, & defenſores das Cidades com os Biſpos dauaõ as tutorias.

Porem hoje ſe coſtuma darẽſe os tutores pello juiz dos orfaõs, ainda que ás fazendas dos pupillos ſejaõ grandes; porque o coſtume dá juriſdiçaõ. l. 1. C. de emancip. liber. E aſſi deuẽ ſer dados os Tutores por aquelle juiz competente ao lugar dõde morar o pupillo, conforme Barthol. in l. 1. ff. de tutor; & curat, dat. ab his, qui ius dand. hab.

Saibamos em ſegundo lugar, que ſe podem dar Tutores datiuos aos pupillos; que não tem Tutores legitimos ou teſtamentarios, & requereſe, que os pupillos ſejaõ ſugeitos ao poder, de quẽ lhes da o Tutor, ou por rezão dá origem. v. g. porque o pai ao tempo de ſua morte teue ahi domicilio, ou por rezão dos bens; por eſtarem ahi ſitos, na juriſdiçaõ, de quem dâ o Tutor, d. l. vnica, C. vbi pet. tut. & ibi gloſ.

Vejamos em conſequencia aquelles que podem ſer dados por Tutores pello juiz.

O juiz deue dar o Tutor, que ſejá de ſua juriſdiçaõ, & que tenha domicilio na meſma cidade, em que o pupillo morar; ou onde eſtiuerem os bẽs l. ius dandi, ff. eodem, & regularmente todos os homẽs podem ſer dados por Tutores, tirando o eſcrauo, que não póde ſer Tutor, l in ſeruili, C. qui tutor, vel curat. dar. poſſ. Segundo, excepto o acreedor, & deuedor do pupillo, porque ainda que eſtes podem ſer deixados no teſtamento por Tutores com tudo não podem ſer dados pello juiz; porque pella confiança que o Teſtador faz no teſtamento fica approuada ſua fé, & ficaõ liures de toda a ſuſpeita, Auth. minoris, C. codẽ. Terceiro, não póde o juiz darſe a ſy meſmo por Tutor, l. prætor, ff. eodẽ. Quarto, nem o cego pôde ſer Tutor datiuo. l. luminibus, C. eodem. Quinto, nem os ſoldados, l. militiæ, C. eod. Sexto, nem o ſurdo, & mudo, l. 1. §. fin. ff. de tut. Septimo, nem o furioſo, §. furioſus ſup. qui teſt. tut. &c. Octauo, nem os menores de 25. annos. l. fin. C. de reg. iuris, nem os mais que diſſemos no titulo acima, *Qui teſtamento*

tutores

tutores darî possunt, nem as molheres (tirando a mãi, & auò, como dissemos) *quia virile officium est*. l. fin. ff. de tutelis.

Requere se pera valer a tutoria dada pello juiz. O que se póde colligir
5 do que temos dito, porque se requere. Primò, que não haja Tutor testamentario, ou legitimo, d.l. ororis, C. eodem. Secundò, que tenha o juiz poder de dar o Tutor, na forma, que dissemos. Tertiô, que o pupillo seja sugeito à jurisdiçaõ do juiz, l. vnica, C. vbi pet. tut. Quartò, que tambem o Tutor seja da jurisdiçaõ do que o der por Tutor, como referi acima.

§. Impubes.

SVMMARIO.

Rezão porque forão introduzidas as tutorias?

2 *Resumemse as obrigaçcens do officio de Tutor.*

Tutor está obrigado a fazer inuentario dos bens do pupillo.

4 *Se estarâ o Tutor obrigado pello q̃ não receber? Refere se julgado hum caso, em que se explica esta questaõ.*

Tutor está obrigado a pagar ao pupillo aquillo, que por sua culpa, & dolo deixou de acquirir, ou perdeo.

Pupillo onde se deue criar, & em que casa, & com quem se ha de julgar que viua, & habite.

Tutor chegando o pupillo à idade, porque se acaba a tutoria, lhe ha de pedir curador, & deue dar cõtas, & como? Referemse cautelas muito necessarias neste particular. 8

Tutor, Curador, & Administrador de pupillos, Igreja, ou Republica saõ equiparados nos priuilegios. 9

E quando tiuerem dinheiro destes referidos o deuem empregar em cousas rendosas, & quando?

Fructos que o Tutor he obrigado a restituir se os não mostrar gastados licitamente, os deue pagar à mor valia: mostrase como se cõsideraõ os fructos, & como se conseruaõ, & a forma em que nisto se ha de proceder? 10

Tutor como ha de cobrar as dinidas do pupillo, & se se houuer na cobrança com dolo, como se prouerá pera se proceder contra elle? 11

Liuro de rezão se ha de ter o Tutor, & se se darâ credito ao que estiuer nelle escrito. 12

Que acçaõ compete ao menor contra o tutor? 13

Tutor se tiuer dado contas da administraçaõ, se poderà ser obrigado a que as dè segunda vez, & como? 14

Menor, que não tiuer donde se alimẽte sendo de inferior cõdiçaõ, o poraõ com amo, ou se o Tutor se sirue delle como se compẽsara o seruiço com os alimentos. 15

Cinco requisitos, que o Tutor deue considerar antes de começar a administrar a tutoria. 16

1 A o Emperador a rezão reste §. porque se daõ os Tutores, & porque foraõ *in genere* introduzidas as Tutorias: & vem a ser, que pella fraqueza da idade se naõ podem defender os menores, & assi quizeraõ os antigos, que fossem defendidos, & gouernados pellos mais anciaõs, atê chegarem a idade de 25. annos. l. fin. ff. de minoribus: & daqui vem dizerse, que a Tutoria foi introduzida pello direito natural, ainda que fosse estabellecida pello ciuil; porque a rezão dicta, q̃ os menores deuẽ ser gouernados pellos maiores, como a principio prouamos.

2 Vejamos por fim qual seja o officio do Tutor. E saibamos, que a principal obrigaçaõ he instruir o pupillo nos bons costumes, principalmente no amor de Deos, sẽ o qual se naõ pòde obrar bem algum, como disse no principio deste liuro na Rubrica E como tiuer este principio, tudo será facil, & fauorauel, ensinandolhe os preceitos bons, & prohibindolhe o mal; porque regularmente pôde mais em hum homem a doctrina, com que se cria, do q̃ o sangue com que nasce, & assi deue ser tal o Tutor, que dé os deuidos preceitos de ensino, & o conselho saõ pera se seguir o bem, & euitarse o mal da alma, & corpo. l consilio in principio, ff. de curat. furios. & defender o pupillo em suas causas, & demandas. l. tutoris principium, ff. adminis. tut. & pagar as diuidas do pupillo, & cobrar as que se lhe deuerem. l. generaliter, ff. de adminis. tut. & dar alimentos ao pupillo. l. 3. §. Tutor, ff. de suspect. tut. & pertence ao Tutor fazer inuentario & dar rezaõ do que receber dos bens do pupillo. l. 1. ff. de minoribus, & por nenhum caso os deue deixar gastar ao pupillo. Ord. lib. 1. tit. 87. §. 27. porq̃ isso o não desobriga l. Lucius 47. §. rutoribus, ff. de administratione tutorũ. l. si pupilli 66. de solut. l. sancimus 25. l. constitutionem 27. Cod. eodem, l. ait prætor 7. §. 1. ff de minoribus. l. 4. tit. 14. part. 5. vbi Gregorius, Cald. in l. 5 curatorem, verbo, læsis ex n. 57. C. de integ. rest. min. Menchaq. vsufreq. c. 67. & se o fizer *tenetur ex negligentia*, Cancer. 1. variar. cap. 7. n. 170. Escob. de ratiotinijs, cap. 19. num. 64. Leon. decis. 115. n. 4. Menoch. cons. 1205. num. 47.

Porem vejámos hũa exceiçaõ ao sobredito, que se considerou na causa de Portel de Manoel Lopes contra Antonio Marques; & foi o caso, que por falecimento de Gaspar Gonsalues Laberedas, & de sua molher Catherina Marques moradores que foraõ no termo da Villa de Portel, fez inuẽtario seu filho Antonio Marques appellado nesta causa por ficar em pos se do casal, & deu partilha aos irmaõs, por ser de 22. annos, & posto que fei nomeado por seu curador seu cunhado Manoel Lopes, não se entregaraõ bẽs alguns do dito Antonio Marques, o qual por ser maior de 20. & de 22. annos gouernou sempre sua fazenda cõ rezão, & entendimẽto, & alcançou logo prouisaõ de sua Magestade de suplemento de idade. 3

Sem embargo do referido o juiz dos orfaõs da dita Villa mandou, que se tomasse conta ao curador, & julgou, que se entregassem os bens ao dito Antonio Marques; foi citado Antonio Lopes pera dar conta dos ditos bens, & se fizeraõ as contas, & sem embargo de que o dito Manoel Lopes

allegou

allegou se lhe fez carga de nouenta mil quatrocentos & vinte cinco reis.

Sendo o dito Curador requerido pella dita quantia veyo com embargos, que lhe foraõ recebidos, & precedendo actos judiciais deu o juiz sentença, em que absolueo o d. Manoel Lopes julgando os embargos por prouados, & appellandose pera o Ouuidor da sereniſſima casa, & estado de Bragança reuogou a sentença do juiz, porem nesta Corte, & Casa da Supplicaçaõ na instancia da appellaçaõ se reuogou a sentença do Ouuidor, confirmandose a do juiz em absoluiçaõ do dito curador pellos fundamentos seguintes, porque.

Não constou, que se entregassem ao Curador bens alguns de Antonio Marques, & por isso se disse, que lhe tomaõ conta dos bens, que o juiz dos orfaõs lhe houue por entregues, sendo que o juiz tinha obrigação de lhos fazer entregar, conforme a Ordenaçaõ lib. 4. tit. 102. in princip. aonde diz, que o juiz dos orfaõs fará entregar todos os bens moueis, & de raiz, & dinheiro dos orfaõs aos Tutores, & Curadores por conta, & recado, & inuentario, feito pello Escriuaõ de seu cargo: & porem não se mostrou nos autos, que se entregassem ao asserto curador os bens do appellado Antonio Marques, pello qual respeito não tinha obrigaçaõ de dar conta do que se lhe não entregou. Barthol. in l. qui tutor, ff. de administr. tut. Montan. de tutel. cap. 38. n. 50. porque dar contas se entende auendo receita, & despesa. l. cum seruus, ff. de condit. & demonstrat. l. 1. §. officio, ff. de tutel. & rat. distrahend. glos. verbo non rectè, in d. l. cum seruus, Munhos de iur. cap. 10, Barça de decim. tutor, c. 2. n. 181. Gama decis. 253. n. 3. Cancer var. part. cap. 7. de tutor. n. 100. & n. 133. aonde diz, que não auendo administraçaõ de bens, não compete auçaõ pro redendis rationibus.

O que se confirma ex eo, que se prouou largamente por toda a inquiriçaõ dos appellantes, que o asserto curador não esteue presente ao inuentario, & partilhas, que se fizeraõ dos bens do pai, & mãi do appellado Antonio Marques por estar neste tẽpo doẽte, & que nas partilhas se adjudicaraõ ao dito Antonio Marques lhe ficaraõ em poder, & q̃ elle os gouernou sempre tendo criados, & cabreiros, que lhe guardauaõ o seu gado, por ser homem, que jà neste tempo tinha bastante siso, & entendimento pera gouernar seus bens. De modo que alem de se naõ entregarem os bens do appellado ao Curador, consta, que ficaraõ em poder do mesmo appellado, & não consta, que tiuesse perda algũa nos ditos bens, pello que não podia o Curador ser condenado, que lhos pagasse, porque a obrigaçaõ do Tutor, & Curador he somente defender os bẽs do menor, pera que não tenha perda, & pera que haja ganho se for possiuel, Cald. in l. si curatorem, verb. sine curatore num. 5. & como se não prouaõ, que o appellado tiuesse perda, ou deixasse de ganhar por culpa do Curador, não podia ter contra elle acçaõ. gloss. vers. leui in leg. quidquid, Cod. arbitr. tutel. Cald. dicto verbo sine curatore num. 6. & não prouãdo culpa contra o Tutor, nem perda do menor, nenhũa auçaõ podia competir contra elle.

Immò potiùs neste caso se pòde redarguir calumnia contra o appellado, porque tendo em seu poder todos seus

seus, & não constando, que tiuesse perdandiles por culpa do Tutor pedio, que lhe desse conta, & lhe restituisse o que sempre teue em seu poder, & nunca foi a poder do Tutor, & diz o Texto in l. si minoris 25. in fine, ff. de adminis tr. tut. *Proderit hoc tutoribus quoniam nihil minori obest, qui de præda magis, quam de damno solicitus est.* & na verdade o appellado tratou mais de calomniar, que do damno que recebeo.

O que se amplifica com a doutrina singular, & de more, exemplar do insigne Doutor Antonio Pereira de Sousa, que considerou o ponto, & fez exemplo em confirmação do referido na forma seguinte,

Decis. 8.

Impedimenta contra ratiocinium interposita recepta, & probata iudex decreuit contrarium audiri placuit, sed immeritò meo indicio, quia cum in calculo omnia mobilia curatori imputata fuerunt, & ipse obligatus à illa adulto tradenda post emancipationem, & tamen abundè probetur illa mobilia apud adultum mansisse, nec ad curatoris potestatem peruenisse, immò & si subhastata, & addicta fuerint, tamen id fictè factum fuisse, vt adulto remanerent, per testes vbi notaui in dubium est errorem interuenisse in calculo, & indebite curatorem oneratum, ac proinde sententiam iudicis super reliquis tanquam latam per errorem executionem paratã contra impedientẽ non habere, error enimnon inficit rationes, glossa communiter recepta in l. 2. Cod. iure fisci, lib. 10. Montanus de tutelis, cap. 38. n. 151. Thomasius eodem tractata tit. 34. n. 141. cumq; arbitrio iudicis relinquatur, an rationes ritè, & rectè reddita fuerint. Bald. in l. voluntatis n. 2. C. fideicommissis, Parisius cons. 92. n. 21. lib. 1. Montan. n. 12. Thomas. n. 104. locis citatis, nõpercipio, quaratione vir bonus, iudex, scilicet, arbitratur inspectis probationibus, rationes impeditas, ritè, & rectè redditas fuisse, nam vel curator tenetur ex eo, quod administrauit, & recipit, vel eo quod neglexit administrare. Ex primo im-

iustê fuit oneratus ad omnia mobilia restituenda quæ non recepit, nec administrauit, vt probatum est; ex secunda condemnari non potuit quin prius constaret de damno adulto obueniente ex curatoris negligentia: & si enim curator teneatur, si quid dolo amisit, vel non acquisiuit, vnde damnum adulto obuenerit ex l. fin. ff. administratione tutorum. Mantica de coniecturis lib. 11. tit. 17. n. 31. Surd. consilio 528. n. 12. Galganetus de tutelis lib. 2. tit. 25. n. 2. & seq. quamuis non geririt, postquam sciuit se curatorem nominatum. l. 1. l. quidam, §. fin. ff. administrat. tutorum, Montan. cap. 39. num. 3. Galganet. tit. 7. & dicto tit. 25. num. 1. Thomasius n. 27. locis citatis: tamen debet constare de damno sequuto, vel lucro ammisso, aliter quomodo tenebitur curator, & ad quid? Vnde cum in præsenti hypothesi non constet de damno sequuto, vel lucro ammisso iniquè, & erroniè curator oneratus fuit ad reddenda omnia mobilia adulto, quæ ipse penes se habuit, neq; vnquam dimisit.

6

E assim conuierão na confirmação da sentença os excellentissimos Iurisconsultos, & dignissimos Dezembargadores os DD. Antonio Pereira de Sousa, Martim Affonso de Mello, & Iorge da Sylua Mascarenhas, Relator na sentença, Escriuão Leonardo da Costa Leal meu pai no d. Cartorio.

E desta doutrina se pôde colligir, qual seja a obrigação do Tutor, que este foi escuso da pena, porque constou, que se lhe não entregarão os bens, & o menor fora logo suprido na falta da idade, & administrára seus bens, como dissemos; porem se constara que estiuera em poder do Tutor, corria todo o risco por sua conta, & tinha obrigação de dar a rezão de sua administração, l. si tutor Repub. §. sed & si quis testamento, ff. de tut. & ration. distrahend. & l. 3. & ibi Doctores, Cod. ad ministrat. tutor.

Vltimamente notemos acerca do nosso titulo, onde se deue criar o pupillo? & desta questão ha hum titulo no ff. & Cod. vbi pupillus educari debeat; & quando o testador no testamento declarar sua vontade neste particular, se cumprirá sua disposição: mas o juiz se houuer depois alguã suspeita maligna, ou com

outra

outra justa causa poderà apartarse da vontade do testador. l. 1. ff eodem: porem se o pai não dispuzer nada acerca da criação do filho, se criarà cõ a mãi, em quanto for viuua, & depois se a mãi casar, ou morrer, o juiz elleggerà hũa pessoa a mais idonea, buscando sempre os exemplares, & de boa viuer, & fugindo daquelles, que sò tem os olhos nos bens do pupillo, & não em sua criação, l. si diceptetur, ff. eodem, & l. 1. & 2. Cod. eodem, como apontei julgado no titulo sup. de legitima agnatorum tutela, como tambem o Tutor acabada a tutoria he obrigado a admoestar ao pupillo, que peça curador, *Miseri enim petenti datur curator.* l. 2. §. hæ quidem, ff. qui petant tut. ibi, *curatores autem minores sibi ipsi petent.* l. ita autem iuncta leg. â tutoribus 33. §. officium, ff. administrat. tut. l. matris 6. Cod. qui petant tutores, & a rezão de differença, porque se ha de pedir o Curador, & o Tutor não, daremos no §. item inuiti infra de curatoribus. E não basta sò admoestar o pupillo, não sendo ja de idade de vinte annos, & industrioso, que saiba o Curador que lhe conuem: mas sendo pouco preuiste, & descuidado, não se liurará o Tutor de má suspeita, senão aulsar aos parentes, que procurem ao menor hum curador. E se o Tutor se quizer liurar das vsuras, & interesses deue offerecerse (não sô separadamente) a dar contas, & entregar o que em si tiuer, mas com frequentes, & interpostas denunciaçoẽs ha de prouocar a juizo o menor, & se elle não acudir, faça o Tutor hum protesto nos autos, como não estâ por elle a tardança da restituiçaõ, & aueriguaçaõ de contas tradit Caualin. de vsur. num. 298. ad medium, & diz, que deste modo se ha de entender o texto na lei fin, Cod. de vsur. pupil. & que esta he a mais segura praxi, a que os Tutores deuem attender pera seu liuramento, & quietaçaõ contra o perigo vsurario, & interesse futuro, que aliàs lhe occorreria dadas as contas, & não satisfazendo na forma sobredita, idem affirmat Escobar de ratiocinijs cap. 15. à num. 37. & cap. 6. à n. 92. porque o Tutor, Curador. ou outro qualquer administrador do pupillo, menor, Igreja, ou Republica) porque os menores saõ comparados nos priuilegios com a Igreja, com o fisco, & com a Republica, & todos gozão de restituiçaõ, como no menor, & na Igreja, proua o texto in cap. 1. de in integrum. restitut. gloss. in l. libertos, verbo administrauernnt, C. de excusat. tut. na Republica, o texto na l. Respublica, Cod. quib. ex caus. maior. & no fisco o affirma Accurs. in §. ex maleficijs, verbo, iudicium, inst. de actionibus. Quando tiuerem dinheiro de algum destes priuilegiados, tendoo recebido, ou deuendo de o receber, o deuem gastar precisamente em compra de cousas rendosas ao pupillo, menor, Igreja, Republica, ou fisco: & fazendo o contrario, ou gastando o dinheiro em seu vso, ou tendoo ocioso, he condemnado entam o Tutor, Curador, ou Administrador nas vsuras, scilicet, interesses, que aos sobreditos podiaõ resultar do dito dinheiro, que por culpa do Tutor não rendeo. l. si tutor constitutus, ff. de administrat. tut. & l. tutor, qui repertorium, §. vsuræ, ff. eodem tractat latè de hac materia. Gutier. de tutel. lib. 2. c. 9. n. 27. Escob. de ratiocinijs, cap. 13. o qual no num. 8. & 9.

diz, que nem sempre o dinheiro do menor se ha de empregar, senão quando delle podem resultar pensoens cada anno rendosas, & sufficientes pera o pupillo menor, &c. vt in Auth. vt ij qui obligatas se habere perhibẽt. res min. §. si vero: porque sendo pouca a quantia do dinheiro, & tal que não se possa della tirar lucro conueniente, neste caso bem póde o Tutor guardalla pera o que for necessario, & assim o deue fazer, vt refert Albericus in l. suo, ff. de in integrũ restitutione, & in dictionario, verbo, Tutor, Baeza de decim. tut. in capite 2. numer. 92. Ayora de partit. cap. 4. num. 32. & alios refert Baeza vbi supra, Laurent. de Rodulph. in tract. de vsur. 2. part. quæst. 66. dizendo, que os taes administradores se não empregarem o dinheiro, (sendo sufficiente) do pupillo menor, Igreja, Republica, fisco em bens rendosos, tendoo ocioso, pagarão ao pupillo, & cæt. os interesses a rezão de cinco por cento, Couarr. libr. 3. variarum. cap. 2. columna 1. & Baeza in dicto tractatu de decim. tutor. cap. 13. á numero 37. como tambem o Tutor, Curador, ou outro qualquer administrador deue ser condemnado na estimaçaõ mayor, & no mais alto preço porque podião ser vendidos os fructos, que elle he obrigado a restituir assim os extantes, que saõ os que já estão nascidos, & acolhidos, como os que se presumem extarem, scilicet, que estaõ pera se colher, não prouando, que os taes fructos se gastarão sem culpa delle Tutor; & pera sabermos neste caso quando o Tutor seria culpado, notemos, que o trigo se conserua tres annos no selleiro, & nas espigas sete, como diz Bobadilha in politic. lib. 3. capit. 3. n. 47. & assim se o Tutor antes deste tempo o vender sem ordem, & consentimento de seudono, & a licença deuida, & sem vrgente necessidade da ley, mandado, ou costume destinado pera á venda do trigo, está o Tutor, ou administrador obrigado a pagar á maior valia do trigo, ainda que do tal dinheiro da venda comprasse hum campo rendoso ao dono do dito trigo, tenet Baldus in l. si pretium, Cod. de procurat. porem quando os fructos se gastaraõ, ou presumem gastados (verbi gratia, depois dos tres annos) não he entam obrigado o Tutor a pagar a mayor valia, porque lhe he licito vender os fructos tanto que passa o tempo, em que elles se podem conseruar; & se disser, que os gastou prouando seu dito somente com a presumpçaõ da lei, por ser passado o tempo, em que se podiaõ conseruar? Neste caso pagará somente a estimaçaõ delles, á respeito do que valiaõ ao tempo, em que se presume serem gastados, que será o preço concorrente depois dos ditos tres annos: *Quia consumptis fructibus æstimatio eorum non crescit, nisi vsque ad tempus, quo viuere præsumuntur.* l. hæreditatum, ff. ad leg. Falcid. Rolandus conf. 39. num. 10. Ayora de partitionibus 3. parte, cap. 39. num. 105. Barbosa in leg. diuortio, §. interdum. num. 43. ff. soluto matrimonio; vide Escobar latè de hoc, in tractatu de ratiocinijs cap. 17. num. 6. Donde se collige, que o Tutor na cobrança das diuidas do pupillo somente está obrigado por dolo, ou lata culpa, ex leg. chirographis in principio, ff. de administrat. tut. l. si tutor, & ibi gloss. ff. eodem titulo optimus text° in l. 2. C. arbitr. tut. quibus

accedit

accedit textus in l. tutores, ff. de administrat. tutor. & in l. fi res, eodem titulo, & in l. 2. C. de peric. tut. a qual culpa, ou dolo deue prouar o aduersario. l. quotics, ff. de probat. §. qui de dolo, tenet Fulg. in conf. 25. spectabilis colum. fin, onde diz, que se o menor affirmar, que o Tutor se houue com dolo, ou lata culpa na cobrança de suas diuidas, deue o mesmo menor arguente prouar, que entreueo esse dolo, ou culpa lata, textus elegans in l. periculum, ff. de rebus credit. ibi: *Periculum nominum ad eum, cuius culpa deteriùs factum probari potest, pertinet*: quibus addendus Ioannes Igneus in repit. l. contractus n. 46. ff. de reg. iuris, & Bart. in conf. 102. col. 2. post princip. quem sequitur Soccin in conf. 2. num. 4. lib. 1. Pello que tiremos daqui duas doutrinas por fim do que temos referido acima, A primeira he, que o
13 Tutor tem obrigaçaõ de dar conta no fim da tutoria, & mostrar seu liuro de rezaõ, ao qual se dará credito nas partidas, que nelle estiuerem lançadas dos gastos necessarios dos alimentos, & cousas necessarias ao pupillo, & sendo as partidas grandes, não se dará credito ao liuro, senão nas licitas, & verosimeis, que logo se vé dellas serem justas, & conuenientes, & não superfluas, que se não deuem crer, ex Menoch. de arbitr. casu 85 n. 2. Auend. danh. de excquend. mandat. 2. parte, cap. 10. num. 33. Gregor. l. 26. verb. cuenta. tit. 12. part. 5. Surdus de alimentis tit. 6. q. 8. num. 76. & não mostrando o Tutor liuro de rezão, se jurará contra elle in litem. Lara in l. si quis á liberis. §. item rescriptum, num. 69. cum seqq. de liber. agnoscend. Menochius de arbitr. casu 208. num. 16. A segunda he, que ao me-
14 nor não compete só a' acçaõ de pedir contas ao Tutor, mas tambem lhe pertence a reuendicaçaõ pera cobrar tudo o que o Tutor tiuer comprado com o dinheiro do pupillo, & em seu nome, gloss. & Barthol. in l. idemque ff. qui potiores, Gregor. in l. 49. verbo en guarda, tit. 5. part. 5. l. 2. ff. quando ex facto tut. addite l. curator, C. arbitrium tutellæ. E obseruemos tambem, que ainda que o Tutor tenha quitaçaõ de contas, que deu da Tutoria com tudo em dous casos principais póde ainda o menor obrigar os herdeiros do Tutor, a que lhe tornem a dar contas. O primeiro
15 caso he, quando não poz no inuentario tudo o que deuia, ou o poz confusamente de sorte, que lhe resulte disso a presunçaõ de dólo, vt per Bartholũ in l. tutor, qui repertorium, ff. administrat. tut. O segundo caso he, quando o Tutor não exhibir o liuro de rezão, que deue ter, l. 1, ff. de tutel. & ration. distrah. & ainda quando o exhibir se nelle se acharem lançadas partidas falsas, ou gastos fingidos, ou cobranças sonegadas, ex l. 1. ff de dolo, facit notatio Bartholi in l. comperimus, Cod. de nauicular. lib. 11. & cõtra isto não se póde dizer, q̃ hũa vez que se deraõ as contas se não póde vir contra ellas pera se pedirem de nouo, vt in l. semel, C. de apoch. public. lib. 10. porque se responderá, que o mesmo he não dar contas, do que dallas mal, & insufficientes, argum. l. quoties, ff. qui satisdar. cogantur. E assi nunca póde prejudicar ao menor a mà despesa, que tiuer dado o Tutor, antes tendo elle erros, & insufficiẽcias póde pedir outra vez contas aos herdeiros do Tutor, como dito he, resol.

Titulo vigesimo.

uit Gutier. de tutelis 3.p.cap. 1 n.113 cum seqq. & de iuramen. confirmat. 1.parte cap.40. n. 18. Vale cons. 49. & 53. vol. 1. Final mente aduirtamos, que he tambem obrigaçaõ do Tutor procurar os alimentos do pupillo, & se nâo tiuer bens, de que se sustente, o ha de pôr com amo a seruir, sendo de menor condiçaõ; & sendo nobre lhe procurarâ outro remedio: & se o não fizer, & se aproueitar de seus seruiços, o alimentarâ, compensando se o seruiço com os alimẽtos, Accurs. in l. quod
16 si artificem, glos. fin. de reivindicat. la. tè Lara de alimentis, §. si mater ex n. 69. & est videndus Escobar de ratiociuijs cap. 22. n. 9. & in n. 10. & 11. resolue, que dos cinco annos por diante se compensa o seruiço do pupillo cõ os alimentos, & refere a Gramat. in decis. 361. quẽ videre oportet, Surd. de alimentis, tit. 6. q. 64. col. 3. & se saõ equiualentes os seruiços, & obras pueris, ou naõ, he arbitrario ao juiz. Corneus in cõs. 265 lib. 1. Lara vbi sup. n. 81. Escobar vbi sup. n. 12. estiman. do, & considerando a força do pupillo, & habilidade, & agencia, que em qual quer idade póde exceder â dos mais velhos nos annos, & o proueito que resulta ao Tutor do recado, ou assistẽcia, ou trabalho de maõs do pupillo, q̃ ainda que pequeno, pôde fazer cousa de que tire o Tutor lucro sufficiente pera alimentar o pupillo, arg. text. in l. si non sortem, §. libertus, ff. de condict. in debit. ita tenet Surd. de alimẽt. d. tit. 6. q. 54. n. 21. quem refert, & sequitur Ioan. Gutier. de tutel. lib. 2. c 3 n. 46. Finalmente saibamos, que ao officio de Tutor antes de começar a administrar, pertencem cinco cousas, principalmente necessarias. A primeira he receber tudo por ordem do juiz que lhe sarâ entregar os bens do pupillo na forma da Ordenaçaõ lib. 4. tit. 102. A segunda he fazer inuentario logo em tendo tempo. l. tutores, & ibi gloss. C. de administ. tut. porque deixando passar muito tempo sem fazerẽ inuentario, saõ removidos da tutoria como suspeitos, vt per Bartholum. in l. tutor, qui repertorium num. 7. ff. admnist. tut. & ficaõ obrigados aos damnos, & interesses, & contra elles se jura in litem, naõ mostrando justa causa que os escuse do dolo, que a ley
17 presume, tiueraõ em não fazer (logo em tendo tempo) inuentario. Barth l. fin. §. fin. & ibi Doctores Cod. arbitr. tutel. & in dicta l. tutor, qui repertorium, explicat Aflict. decis. 360. & o Tutor, que naõ fez inuentario, naõ pò de parecer em juizo pello pupillo, nẽ ser ouuido, vt Boer. decis. 53. Capic. decis 50. Minsing. obseru. 27. cent. 2. A terceira he, que iure de gouernar bem o pupillo; & a quarta, dar fiança. vt per Guid. Pap. decis. 331. A quinta he, em tudo criar bem o pupillo, como tenho dito, & defendelo em suas causas, interpondo nellas sua authoridade, de que trata o titulo seguinte.

DE

DE AVTHORITATE TVTORVM

Titulus vigesimus primus.

SVMMARIO.

1 *Continuação deste titulo, & suas concordancias com o direito commum, & do Reyno.*

2 *Diffinição da authoridade do Tutor, & donde procede o poder q̃ tem na pessoa do pupillo?*

3 *Casos em que se requere a authoridade do Tutor.*

4 *Quando o pupillo melhorar seu patrimonio, se se poderá obrigar sem o Tutor?*

1 Emperador atê o presente disse, que cousa fosse a Tutoria, & quantas saõ as especies dos Tutores, & como se costumaõ dar pera defender os moços, que por falta de idade não podem gouernar suas cousas, & bens, & por isso trata agora da authoridade destes Tutores, & concorda este titulo com o outro em direito, ff. de authoritate, & consensu tutor. vel curat. & C. de authorit. præstand. facit Ordinat. lib. 3. tit. 41. §. 2.

2 Authoridade do Tutor he hũa força, & poder, que os Tutores dados no testamento, ou pella lei. ou pello juiz recebem na pessoa do pupillo pera o defender, & administrar seus bẽs, *ideo est vis, ac potestas, quam tutores ex testamento, vel ex lege, vel ex potestate iudicis receperunt in persona pupilli defendẽda rebus q̃ ipsorum administrandis.* & assi que o poder que fica no testamento ao Tutor, ou se lhe dà pella lei, ou pello juiz, como dissemos, he o q̃ constitue, & dà esta authoridade aos Tutores pera a concederem onde he necessaria, & este consentimento he hũa approuaçaõ do facto, ou perfeiçaõ, porque acaba o Tutor com elle o que o pupillo começa. E por isso authoridade he o mesmo que approuaçaõ, & consentimento, & assi este he necessario onde se requere authorida de, vt dicit gloss. in cap. 1. de rebus Eccles. non alienand. lib. 6. verbo tractatus, *vbi consensus eius, qui ex munere publico præest auctoritas est.* E daqui dissemos que o consentimento do Papa he authoridade, & o do Bispo, &c. vt per Molin. in tract. 2. de iust. disp. 468 n. 4.

3 Esta authoridade he necessaria, quando o pupillo se obriga a outrem com interesse de terceiro, entaõ he necessaria a authoridade do Tutor, o que se introduzio a fauor da pouca idade pupillar, porque naõ possa o pupillo vender, alhear, nem de outro modo escambar sua fazenda sem consentimento de seu Tutor, & pello contrario pera receber em commodo, & augmento de seu patrimonio, naõ he necessaria a authoridade do Tutor. l. pupillus, ff. de acquirend. rer. dom. como hauemos explicar largamente no titulo de obligationibus.

4 §. Ne q̃

§. *Neq; autem.*

SVMMARIO.

1 *Herança nenhũa póde o pupillo acei tar sem authoridade do Tutor.*
2 *E se for muito lucrosa se poderâ sê consentimento do Tutor pedilla, & aceitala?*

1 NEste §. ensina o Emperador que o pupillo não pòde obrigarse a outrem sem authoridade do Tutor, & por isso naõ poderâ aceitar heranças, nem pedilas sem approuaçaõ do Tutor. E parece, que cõforme o sobredito hauiamos distinguir na questaõ deste §. quando a herança fosse lucrosa, ou damnosa, de modo que sendo lucrosa a pudesse o pupillo aceitar sem authoridade do Tutor, & sendo damnosa naõ; porem o Emperador, & a lei, determinaraõ o contrario, indistinctamente, videlicet, que o pupillo sem authoridade do Tutor não pòde aceitar a herança, ou seja lucrosa, ou damnosa, l. mora, ff. de acquirend. hæred. & l. obligari, §. pupillus, porque debaixo das apparencias de lucro podem estar diuidas, & outras obrigaçoens que sejaõ prejudiciais ao pupillo, & que elle naõ pôde conhecer. d. §. pupillus, ff. de authorit. tut. a qual regra procede, ou a herança venha por testamento, ou abintesta do. Secundò, ou venha por direito ciuil, ou pretorio, que entam se chama *bonorum posseßio*. Tertiò, ou seja a herança directa, ou fideicommissaria. E assi que a herança como seja successaõ em todo o direito do defuncto, não quiz a lei, que ainda que parecesse lucrosa, se metesse o pupillo, em coulas, q̃ depois lhe viessem a ser damnosas, sem authoridade de seu Tutor.

§. *Tutor.*

SVMMARIO.

Tutor deue dar consentimento aos actos do pupillo, & nelles interpor sua authoridade pessoalmente; & por palauras, & no mesmo acto.

DEclaraõse neste §. os requisitos com que se auerigua, que entreuem a legitima authoridade do Tutor. E em primeiro lugar se requere, que o Tutor esteja presente por si mesmo, & não por carta, nem por terceiro, d. l. obligari, §. Tutor, ff. eodem. Secundô, se requere, que dẽ, & entreuenha sua authoridade por palauras expressas, porque naõ basta o silencio, nem a presença sò, l. etiam ff. eodem, l. 1. §. mutus, ff. de tutelis, onde se diz, que o mudo naõ pòde ser Tutor; porque não pòde declarar com palauras sua authoridade: & assi que a essencia da authoridade do Tutor, he a palaura, & nem cõ acenos, nem final entreuem, secund. glos. & DD. in l. etiam, ibi, *Imò oportet eum loqui*. ff. eodem. Tertiô, requeresse, q̃ entreuenha a authoridade do Tutor nò mesmo acto; porque não sendo in continenti, naõ val, nem depois de tẽpo, & interualle se pòde dar, & dandose, não val. d. l. obligari, §. Tutor, & l. 2. ff. eodem: *Paria enim sunt, aliquid prorsus non fieri, vel fieri, sed non legitimè*. l. quoties, ff. qui satisd. cogantur.

§. *final.*

§. *final.*

SVMMARIO.

1 *Tutor não pòde dar authoridade nà ſua propria cauſa.*

2 *Hauendo duuidas entre o pupillo, & tutor, ſe dâ ham curador perà à cauſa.*

3 *Deuedor não pòde ſer tutor do pupillo, nem o acreedor.*

4 *Nem o deuedor he obrigado a alimentar o acreedor, ſenão quãdo ſe trata de petiçaõ de herança, ou cauſa vniuerſal, ou entre as peſſoas que deuem alimentos, refeſe julgado.*

6 *Pupillo que for leſo como ſerá ſocorrido com o beneficio da reſtituiçaõ, ou entreuenha a authoridade do tutor, ou não.*

7 *Menor ſe fizer hũ concerto em hũa demanda, & celebrar tranſacçaõ ſe póde o tutor reuogalo? Refereſe julgado, em explicaçaõ da Ordenaçaõ lib. 4. tit. 13. & da opiniaõ de Gama deciſ. 10. & deciſ. 110. n. 88.*

8 *Tutor ſe póde vender os bens do pupillo, & quaes?*

9 *Bens immoueis do pupillo, com que ſolemnidades deuem ſer vendidos.*

10 *Execuçaõ em bens de menores como ſe fará?*

Moſtraſe, que couſa ſeja reſtituiçaõ de menor? 11

Requiſitos pera competir o beneficio da reſtituiçaõ. 12

Se tem lugar a reſtituiçaõ contra as partilhas, & como? 13

Menor ſe ſe pòde reſtituir contra o contrato que ſeu pai fez? 14

Se ſe pòde pedir a reſtituiçaõ depois da idade de 25. annos? 15

Moſtraſe a differença, q̃ ha de annos conforme os Mathematicos, & como ſe contaõ de direito canonico, & ciuil os annos vteis, ou continuos. 16

Quando em direito ſe declarar aſſinà do o termo de hum anno ſe ſe ha de julgar que ſerà vtil, ou continuo? 17

Referemſe as concordancias da Ordenaçaõ ſobre o quadriẽnio concedido depois dos 25. annos completos pera pedir a reſtituiçaõ. 18

Marido ſe pede reſtituiçaõ em nome de ſua molher menor lhe aprouei ta nos juizos contenciоſos, mas na execuçaõ não. 19

Como ſe ha de entender eſte quadriẽnio, & quando ſe concede a reſtituiçaõ contra a leſaõ? 20

Reſtituiçaõ he acto de juſtiça cõmutatiua, & quando ſe naõ puder reſtituir a meſma couſa, que ſe fará? 21

Referemſe os caſos, em que naõ tem lugar, & ſe deue negar o beneficio

Titulo vigesimo primo

cio da restituiçaõ.

13 Maiores se podem gozar do beneficio da restituiçaõ, & quando por via de lesaõ?

14 Mostrase que cousa seja lesaõ enormissima?

25 Qual seja a lesaõ, em mais da ametade do justo preço?

26 Qual he a enorme?

27 Em quanto tempo se póde allegar a lesaõ?

Lesaõ se deue prouar, que entreueio ao tempo do contrato.

28 Quando se intenia o remedio da lesaõ pera reuogar o contrato, se se ha de prefazer o justo valor, ou suprir o preço da lesaõ, & de quẽ ha de ser a escolha? Refere se julgado.

29 E quando tem lugar esta allegaçaõ de lesaõ, & se procede nas locaçoens, & conduçoens pera se allegar lesaõ nos arrendamentos?

30 Se tem lugar a lesaõ nas trocas, & nos concertos, & transaçoens feitas nas demandas, & se se podem fazer estes concertos sobre o que pertence das herança?

31 Maiores quando ficaõ gozando da restituição concedida ao menor.

32 Igreja, fisco, & Republica saõ equiparados nos priuilegios, & iguais nos beneficios, que temos referidos, & do mesmo modo se comparaõ os soldados da Igreja militante com os da milicia de guerra, & os da justiça, & como se ha de isto entender?

Recopilaçaõ dos actos, em que se requere a authoridade do Tutor em resumo do referido. 33

Se poderá o Tutor ser constrangido a que interponha sua authoridade em algũs actos, & quaes? 34

Se o Tutor comprar algũa cousa pera o pupillo se fica logo sua? 35

Curador ad litem se dá ao menor q̃ não tem tutor, porque nos juizos não póde estar o menor de per si sem authoridade. 36

Casar deue o tutor a sua pupilla, & procurarlhe a melhor conueniencia. 37

Se o Tutor houuer de mandar criar de leite o pupillo deue procurar, que a ama seja de bons costumes, & sangue, porque vai muito na criaçaõ. Referemse humanidades, & exemplos em corroboraçaõ desta verdade. 38

Mininos de idade tẽra se deuẽ criar com boa doutrina, & de pequenos se ha de euitar a inconueniencia, que lhes pôde ser prejudicial. 39

HE regra de direitõ ciuil, que o Tutor não se póde fazer author na sua causa. l. 1. in principio, ff. eodem, & assi quando durante a tutoria se ventilar, ou arguir demanda entre o Tutor, & o pupillo, não sobre a administraçaõ; que esta he pera o fim da tutoria, mas sobre algũa cousa particular, como neste caso o Tutor não possa ser author, & Reo, se dá hum curador ad litem ao pupillo em

em lugar do Tutor (o qual Curador
3 acaba com o fim da demanda, por ser dado somente pera a causa, & não por causa, q̃ he a falta de juizo, ou outras de q̃ trataremos no tit. de curator.) porque regularmente o deuedor, nem o acreedor do pupillo, não pode ser tutor, nem obrigado ainda q̃ seja tutor a dar expensas, & alimentos ao pupillo pera litigar contra elle, porque regularmẽte o deuedor não he obrigado a sustẽtar o acreedor, como resoluem
4 em termos os DD. dizendo, que o deuedor não he obrigado a dar alimentos, & expensas a seu acreedor por mais pobre que seja, & elle rico, l. Imperatores, ff de tutel. & ration. distrahend. o qual Texto in specie traz Surdo de aliment. tit. 1. q. 110. n. 1, vbi pluribus citatis diz: *Quod creditor litigãs cum debitore, vel alius agens contra alterum pro re sua non consequitur, alimẽta quamuis sit impotens, & pauper, & aduersarium habeat diuitem.* E traz em confirmaçaõ desta resoluçaõ notorias rezoens, que concluem não hauer duuida nella, porque ninguem pôde ser obrigado, nem constrangido a dar ajuda contra sua pessoa, nem fazer bom negocio a seu aduersario pera disso receber perjuizo, & damno, & tambem, *quia nemo tenetur contra se armare*. Prosequitur Surd. d. n. 1. & eo relato videndus Gratian lib. 1. Forens. c. 55. n. 50. vbi: *quod agens ex personali actione pro suo credito non consequitur alimẽta, neq; expensas.*

E conforme esta resoluçaõ, que he verdadeira, resulta, que ainda que o acreedor fosse pobre, como disse, & não tiuesse possibilidade pera seguir a causa ainda de execuçaõ de liquidaçaõ, nem por isso o deuedor estaua obrigado por direito algum ao alimentar, & lhe dar expensas pera a causa, & o perseguir, & molestar com ella, não lhe sendo obrigado, nem deuẽdo cousa algũa. Porque a obrigaçaõ de alimentar, & dar expensas pera a demanda somente tem lugar, & procede entre aquelles, *quibus de iure naturæ, vel iudicis officio debentur*, como he de pai pera filho, & *vice versa*, & étre irmaõs & conjunctos, ou no que pede a herança, & tem ja hũa sentença sobre ella, vt late aduertit Surd. d. q. 110. num. 6. 12. & 13. cum seqq. porque alem de ninguem deuer dar armas contra si, conforme a direito, o deuedor não he obrigado a dar alimentos ao acreedor senão quando a demanda he sobre petiçaõ da herança, ou juizo vniuersal. Gratian. Forens. cap. 55. n. 50. Surd. de alimẽt. d. tit. 1. & assi se julgou no supremo Senado desta Corte na casa da Supplicaçaõ, & Relaçaõ della, anno de 1643. na causa de Fronteira de Sebastiaõ Dias Cordeiro, com Rodrigo Annes, de que foraõ juizes os excellẽtissimos Iurisconsultos o Doutor Valentim da Costa de Lemos, & o insigne, & amantissimo Mestre primario, & lustre da Iurisprudencia o Dezembargador, & doctissimo Doutor Marçal Cazado Iacome, & o Doutor Duarte Aluares de Abreu, Relator, que concordaraõ na sentença seguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Não he bem julgado pello juiz em condemnar ao appellante, pague ao appellado os alimentos, de que se trata. Reuogando sua sen- Decis. 91

tença

tença, vistos os autos, & como se mostra, que a sentença, que o appellado executa, não está liquida, & ainda que o estiuera, nem por isso o appellante lhe deuia alimẽtes, por quãto conforme a direito, o deuedor não he obrigado a dar alimentos: ao acreedor pobre, senão quando a demanda he sobre juizo vniuersal de herança, & não quando se litiga sobre cousa, ou acçaõ particular, absoluem ao appellante do que o appellado lhe pede, ao qual condemnaõ nas custas dos autos. Lisboa 26. de Iulho de 1630.

Decis. 9.

Abreu. Costa. Doctor Cazado.

No dito Cartorio de Antonio Rõiz da Costa.

E quando o juiz arbitrar alimẽtos aos litigantes sobre herança, ou juizo vniuersal os arbitrará como lhe parecer, & a seu arbitrio, ita Surd. de alimẽtis. tit. 4. q. 23. n. 41. vbi refert Molin. de Hispan. primogen. lib. 2. cap. 16. n. 47. o qual diz, q̃ o juiz na assinaçaõ dos alimentos ha de considerar a qualidade das pessoas, & a quantidade dos fructos, o duuidoso fim da demanda, & valor da cousa sobre que se litigar, referet etiam Masuer. in pract. in tit. de poss. sess. num. 27. que diz, que se ha de dar & aluidrar pera alimentos a quarta parte dos fructos, de que se tratar, sequitur Boerius decis. 324. col. 2

Supposto isto, & o que mais temos dito, de que o deuedor não póde ser Tutor do acreedor, sendo a diuida de grande quantia, porque sendo a quantia pouca, bem póde ser seu Tutor, secundùm gloss. hoc §. porem se for a Tutora mãi, ou auó do pupillo, bem póde ser tutora, ainda que deua maior quantia ao menor, Authent. ad hæc, Cod. quando mulier tut. offic. fung. potest. ou sendo Tutor testamentario, & sabendo o testador, que elle era deueder, ou acreedor, conforme os Doctores na Authen. minoris, C. qui tut. dar. poss. porque estes podem ser tutores, & saõ exceptuados da disposiçaõ do nosso §.

Resta agora vermos se o pupillo for leso, como ha de ser socorrido? E sabamos, que os pupillos em qualquer acto que forem lesos, gozaõ do beneficio da restituiçaõ, & isto tẽ lugar nos menores de 25. annos, conforme os titulos, in ff & C. de restit. in integr. ou sejaõ lesos em juizo, ou fora delle, ou entreuenha a authoridade do Tutor, ou naõ como nos ensinara o caso seguinte, & mostrara claramente. Luis Galuaõ, & Fernandeanes, & outros cinco companheiros da Villa de Campo mayor trouxeraõ hũa presa de gado, ouelhas, & porcos do Reyno de Castella, & por o dito Luis Galuaõ se leuantar com o gado, o demandaraõ os outros companheiros, & por sentẽça se julgou a cada companheiro sessenta & oito ouelhas, & treze vellos de laã, & se lhe deixou direito reseruado sobre os porcos. Da qual sentença appellou Fernão de annes, & iterum se pronunciou outra sentença, aonde o juiz adjudicou a cada hum dos companheiros treze mil & seiscẽtos reis por sessenta & oito ouelhas, a respeito de onze

5 *Que pera o pupillo, ou menor ser restituido, & gozar deste beneficio be necessario q̃ preuenha os requisitos, q̃ vão explicados no tit de action. infr. lib. 4. §. Rursus, onde se explica larga mẽte a materia de restitutione minorum.*

onze companheiros, sendo que foraõ somente seze, & assi lhe julgou mais treze tostoens & meyo de treze velos de baá, que tudo somou quatorze mil nouecentos & cincoenta reis.

Estando a sentença appellada por parte de Fernão de Annes, & sendo fallecido Luis Galuão, de quem ficaraõ filhos menores, seu Tutor, & tio Affonso Pereira Galuaõ se concertou com Fernão de Annes, que desistisse da appellaçaõ, & pera isso lhe deu vinte & seis mil reis, & lhe ficou dando onze mil & cincoenta reis mais do q̃ lhe estaua julgado, & com isso se deceo o dito Fernaõ de Annes da appelaçaõ.

Este concerto, & transacção tratou de rescindir o Tutor dos menores dizendo, que fora nullo por falta de decretó judicial, & que os menores foraõ lesos na transacçaõ, & precedẽdo os actos judiciais o juiz de fora julgou a transacçaõ por nulla, & condemnou ao dito Fernão de Annes no que de mais leuou alem do que lhe estaua julgado. Desta sentença se appellou, porem no Senado foi confirmada pelas rezoẽs de direito seguintes,

Porque o texto na l. 1. Cod. si aduersus transact. & text. in leg. vltima, Cod. eodem, não veyo pera outra cousa, senão pera decidir o caso presente, em quanto se decide, q̃ sendo o menor leso na transacçaõ, que se fez ha de ser restituido, posto que a parte, com quem se celebrou póde pedir, q̃ se trate da causa sobre que se fez a dita transacção, que foi o mesmo, que o juiz pronunciou na sentença appellada em quanto julgou nella, que podia o appellante tratar de sua appellação, de que tinha desistido por meio da d. transacção, *& vbi est casus legis, nulla est quæstio*, glossa fin. in l. ancillæ C. de furtis.

E bem prouada está a lesaõ, eo ipso, que se desistio da d. sentẽça, em q̃ estaua a liquidaçaõ naquella quãtia de treze mil reis, pellos quaes o Tutor se cõcertou em os vinte & seis, fazendo por este modo doaçaõ ao R. da outra ametade, estandolhe prohibido pella leire nunciar o direito do pupillo, vt probat text. in l. pactũ curatoris, C. de pactis tradit Surd. cons. 174. n. 30. adonde amplia esta resoluçaõ, *etiam ad casum, quo interuenit decretum, seu præsentia iudicis*. Pello q̃ estando a presumpçaõ pella sentença, cõforme a direito habetur pro veritate. l. res iudicata, ff. de re iudicata, não podia o d. Tutor fazer a d. transacçaõ com o R. & se elle tiuesse naliquidaçaõ justiça, entam poderia requerer.

Nem obstou dizerse, que neste caso se não pòde atender à proua de testemunhas por parte dos appellados, em rezão de q̃ sò se pòde ter respeito à incerteza dos fins das causas. Ao que se responde, que no caso presente ja não hauia incerteza, pois estaua a sentença dada, & que a nossa Ordenaçaõ lib. 4. tit. 13. admite ainda as acçoens ordinarias de lesaõ nas transacçoens no §. 4. ibi *Transacçoẽs*. E posto que o Doutor Antonio da Gama, q̃ex aduerso se allegou nesta causa na decisaõ 10. & iterum 110. n. 88. diga, que por essa acçaõ ordinaria se ha de ter consideraçaõ ao duuidoso fim das causas, todauia no caso presente não só se intẽtou essa acçaõ de lesaõ ordinaria, mas se implorou o beneficio da restituiçaõ nos quaes termos bastaua qualquer modica lesaõ, pois a lei resiste a esse acto, & diz Caldas na ley si curatorẽ, verbo sua facilitate, numero 27. que pera se

se conceder restituiçaõ ao menor não he necessaria prova de lesaõ.

Porem no caso presente estamos fora dessa duuida, pois está prouada em a quita, que o Tutor fez de tres mil reis: *Donare enim est perdere*. E ainda nos mayores pera se fazer a tal doação he necessario poder especialissimo, de tal maneira, que nem o procurador com liure administração o póde fazer, l. filiusfamil. in princip. ff. de donat. Gratian. cap. 699. num. 10. Ritius 2. parte praxis decis. 13. numero 4. & 11. igitur á fortiori não tendo o Tutor poder especial, nem geral, não podia fazer a dita transacção. E assi se julgou por virtude da restituição, & mais doctrina, que apõ rei colhidadas doctissimas resoluçoẽs na dita causa de Campo mayor dos menores filhos de Luis Galuão appellados, contra Fernão de Annes Reo appellante: na qual o Illustrissimo Dezembargador o Doutor Antonio de Sousa de Tauares, & o Doutor Rodrigo Rodrigues de Lemos conuierão na confirmaçaõ da dita sentença na forma referida anno de 1648. no dito Cartorio.

Decis. 10.

Vltimamente notemos, que o Tutor, & Curador podem vender os bens do pupillo, huns, & outros naõ: & assim hauemos distinguir: se as cousas forem moueis, & taes, que se não possaõ guardar, como vestidos, de que se não vza, caualos superfluos, em que se não anda, & outras cousas semelhantes, estas se podem vender sem ordem, & mandado do juiz, pello Tutor, l. lex, quæ tutores in principio iunct. versic. quod in veste, §. final, Cod. de administrat. tut. in l. finali, Cod. quando decreto opus non est. Porem se as cousas forem taes, que se possaõ guardar, verbi gratia, pedras preciosas, ouro, prata, & outras semelhantes, não podem ser vendidas sem decreto, & mandado do juiz, conforme as ditas leis.

As cousas immoueis, & bens de raiz do pupillo não podem ser vendidos sem ordem do juiz, nem pello Tutor, nem pello pupillo, porque a ley prohibe esta alheaçaõ, como consta de todo o titulo, Cod. de prçd. & alijs rebus minor. sine decreto non alienan. & l. prima, iuncta leg. magis puto, ff. de rebus eorum, qui sub tutela, vel cura sunt, & dicta l. lex, quæ tutores, §. 1. iuncto §. nec verò domum, C. de administr. tut. vbi dicitur. 8

Præcipimus vt hæc omnia nulli tutorum, vel curatorum liceat vendere (sub ijcitur ibi) nec verò domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor creuit, in qua maiorum imagines, aut non videre fœdum, aut renulsas videre satis lugubè.

E assi he melhor ter os bens paternos do que o preço delles, porque o dinheiro he facil de gastar. E ampliase esta regra de modo, que nem por venda, nem transacçaõ, doação, nem permutaçaõ se podem alhear os bens do pupillo sem ordem do juiz, textus in l non solúm, Cod. de præd. minor. &c. nem obrigar à penhora, dicta lex 1. in principio, ibi obligatione alienari, ff. de rebus eorum, qui sub, tut. & facit textus in leg. sancimus, C. de rebus min. non alienandis, onde se acha prohibido não sò a alheação, & translação, hypotheca, & transacção, mas tambem o vsufructo, & constituiçaõ de seruidoens. E ampliase tambem, que vendendose algũa cousa prohibida sem ordem, & decreto do juiz, he a venda nulla, l. lex quæ tutores, §. final. ibi, *Venditio tutoris sine*

inter-

interpositione decreti nulla sit. De modo que pera rescindir a tal venda não he necessaria a restituiçaõ in integrum, porque ipso iure he nulla, l. 2. & l. siquidem, C. de præd. minor, porem limitase o sobredito, que não procede em algũs casos. Primo, quando o pai no testamẽto disser, q̃ tal cousa. & tal pessa se vendão: neste caso não he necessario decreto do juiz pera se venderem, porque *ex paterna voluntate, & dispositione rectè alienantur*, l. 1. & 3. C. quando decreto iud. opus non est. Limitase tambem nas alheaçoẽs necessarias, & execuçoẽs, l. 1. C. præd. minor. porque ainda que o menor não pòde prouocar o maior pera diuisaõ da cousa cõmũa, com tudo sendo prouocado pello maior pòde alhear & sem decreto do juiz cõ titulo de diuisaõ trespassar o dominio da cousa ao maior, l. 1. §. si cõmunis, ff. de rebus eorum, qui sub tut. &c. Item, os bẽs immoueis do menor se podẽ vender pella diuida alhea, pera pagamento do acreedor, quãdo não ha outros bẽs dõde se pague com conhecimẽto da causa, & decreto do juiz, d. l. lex quæ tutores, §. 1. ibi, *per inquisitionem iudicis &c.* porem pera ser valiosa esta alheação se requerem algũas cousas. Et primò, q̃ seja vrgente a diuida, & causa da alheação, interuindo o decreto do juis & conhecimento da causa, l. ob æs C. de præd. minor. Secundo, q̃ não haja outros bẽs, de q̃ se pague a diuida, vt in l. magis puto, §. non passim, ff. de rebus eorũ, qui sub tut. &c. Tertio, q̃ preceda informaçaõ do juiz, & faça exame se ha outros bẽs, d. l. magis puto, §. non passim, & §. in primis vbi dicitur: *Quid index in primis requirere debet eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium moribus, vel ex-*

9

ratoribus credat, qui nunquam lucri sui causa, asseuerari prætori solent necesse esse distrahi possessionem; requirat ergo necessarios pupilli, qui notitiam rerum pupillarium habeant, & si nemo inueniatur, aut suspecti sunt, qui inueniuntur iudici debent edi rationes, &c. Quarto, se requere. que se venda a cousa, que menos necessaria for, d. l. magis puto, §. item prætor. Quinto, q̃ por diuida tenue, & de pouca quantia se não vẽda propriedade grande. vt in d. §. item. Sexto, que entreuenha a authoridade do Tutor, l. neque, & l. eum qui. C. de auth. prest. Septimo, que a todas estas cousas preceda o decreto do juis, & precedendo se interponha depois, vt notat in d. l. lex quæ tutores, & l. magis puto. Octauo, q̃ depois de auer o decreto do juiz se vẽda a cousa em praça, & lei lão publico, a quẽ mais der, secundùm Specul. de empt. & vend §. nunc diçẽdũ, vers. quoq; n. 4. Aflict. decis. 249. & não sendo assi nem interuindo o sobredito he a venda nulla, & o decreto como se não fora, & dase ao pupillo não sò acção pessoal contra o Tutor, mas tambẽ real pera vẽdicar de qual parte onde estiuer a cousa mal vẽdida text. in d. l. magis puto, § si æs alienũ, & §. manet actio, porem se o decreto for interposto legitimamẽte, valerà a alheação, & se o menor cõtra ella se achar leso, implorarà o beneficio da restituiçaõ, o qual como tenho dito, se explica no tit. de action. porem pera não guardarmos pera tam longe, o q̃ agora pôde seruir, veremos aqui os principios deixando pera lâ as mais graues questoẽs, & assi saibamos, q̃ a restituição in integrum, he hũa reintegraçaõ da cousa de modo q̃ sendo trespassada, vendida, alheada, ou julgada em perjuizo do menor por este

beneficio torna a seu primeiro ser, & estado. Esta diffinição segue Pichardo no 2. liuro da instrut. infra tit. 19. §. extranei, num. 39. ibi: *Restitutio est redintegratio causæ minoribus lapsis, vel accepta legitimè concessa*; porque aquillo que o menor perde pella lesão, cobra pella restituição, juntamente com os fructos, vt per l. minor 41. §. si res ff. de minoribus, l. sed & partus 12. l. item si 14. §. quadruplator, ff. quod metus caus. E pera o menor ser restituido he necessario, que proue a lesão, & que tinha proua pera dar, que se fora dada, venceria a causa, ita Surdus cons. 79. num. 7. ibi, *Vt restituatur, & vt obtenta restitutione obtineat in causa.* Declarat Barthol. in l. nam, & postea, §. & si minor, ff. iure iurand. sequitur Bald. Paul. & alij relati à Siluan. cons. 19. ante num. 5. communem dicit Iaf. in dicto §. & si minor numer. 19. quos om nes refert Caldas in l. si curatorẽ, verbo, aduersarij dolo, num. 19. Osasc. decis. 158. n. 8. vbi communem hanc esse opinionem affirmat allegans Cæsar. Barf. decis. 87. num. 15. Castilho decis. 30. num. 19. tomo 1. & 2, tomo decis. 197. n. 1, & basta a proua semiplena da lesão, vt per Sfortia in tract. de restit. 2. p. q. 65. n. 90. & q. 36. ar. 8. in fine: & que basta sô allegar, que não foi ouuido, tem muitos Doutores pella doutrina do Texto in cap auditis de in integrum restitutione, explicat Cevalh. communium contra commun. q. 836. ex n. 11. lib. 3.

11 Concedese esta restituição contra a allegação ommissa da suspeição, vt per Vinc. de Franch. decis. 431, & contra a appellação, que o Tutor deixou de seguir se o menor for condemnado à reuelia. Idem Franch. dec. 473. & contra a negligencia do Tutor quãdo o menor for indefeso, & na causa se não allegar todo seu direito, Mynsing. cent. 3. obseruat. 84. & contra a confissão propria quando o menor cõ fessa algũa cousa sem authoridade do Tutor, não faz proua cõtra elle. Idem Mynsing. cent. 3. obseruat. 8. & ainda que a confissão seja judicial, ou extrajudicial, se o Tutor não estaua presente, se restitue o menor contra ella allegando a lesão. Iosep. Ludouic. dec. 17. Boer. dec. 63. Afflict. decis. 208. & tambem contra a prescripção se concede este beneficio, Guid. Pap. decis. 31. & Afflict. decis. 370. Item se concede contra a adição, & aceitação da herança, & contra o inuentario, Guid. Pap. decis. 141. & 142. & tambem se concede contra as partilhas ja feitas, sendo algum dos coherdeiros menor, que achandose leso he restituido, vt est textus in leg. si maior, C. communi diuidund. & l. fin. ff. familiæ erciscund. ibi, *Quam reuocari non potest, si non intercedat status auxilium.* Et apertè dispõit Ordinatio Regia, libro 4. tit. 96. §. 21, & o remedio da restituição in integrum contra as partilhas dura atè os vinte & noue annos pella lesaõ que o menor teue sendo de quatorze, ou quinze annos, iuxta leg. fin. Cod. de temporibus in integrum, vbi Rebuff. 2. tomo ad leges Galliæ, tit. de restitutione, art. 2. gloss. 1. August. Berous in cap. 1. de restitut. n. 9. & pella restituição cessa a execução da sentença, & das partilhas ja feitas, & julgadas, per textum in *l.* vnica, Cod. de in integrum restitutione communiter Doctores in l. 4. §. condemnatum, ff. de reiudicat. Ord. lib. 4. tit. 41. §. 4. porem não suspende, nem faz parar a execução das partilhas quando for pedida a restituição por algum

Consonat Ord. lib. 3. tit. 41. §. 1.

12

13

algum casado, por respeito de sua mo
lher ser menor, porque entam vaise
procedendo na execuçaõ com fiança
dàda, pera que se a caso se reuogar a
sentença pella restituiçaõ esteja segu.
ra a menor, como dispoem a Orde.
naçaõ libro 3. tit. 41, §. 6. quam fir.
mat Bartholus in leg. penultima in fi.
ne, ff hoc nostro titulo de Authorit.
tut. E ampliase a regra vltima propo.
sta no principio, de que o menor sem
pre he restituido quando se mostra
leso, que procede, ou interuenha au.
thoridade do Tutor, ou não, vt toto
titulo, Cod. si tutor, vel curat. inter.
uen. Secundò, procede não sô nos
pupillos *impubes*, scilicet, menores
de quatorze annos machos, & femeas
menores de doze; mas nos adultos,
que excedem estas idades, porem não
tem chegado ao vigesimo quinto an.
no, & em quanto saõ menores de vin
te & cinco, podem ser restituidos nos
cõtratos, que elles proprios fizerem,
porem não nos contratos de seus an.
tecessores: porque o filho não se resti
tue contra o contrato, que seu pai
fez ainda que nelle haja lesaõ, enor-
me, vt notatur per textum in l. Aemi.
lianus ibi, *quod pater eius non ipse con-*
14 *traxerat*, ff. de minoribus, & l. ea quæ
Cod. de testament. militar. vbi Bald.
inquit: *Priuilegium successoris non res-*
cindit factum legitimum antecessoris,
excepto quando esse contrato preju-
dicaua ao menor, por ser em cousa,
que lhe pertencia, ou quando era em
bens de morgado, de que o filho era
successor, ou em cousas de seu pecu.
lio; como largamente veremos no ti-
tulo de actionibus, §. actionum, com
muitos exemplos. Seguindo pois a
conclusaõ acima dissemos, que o me-
nor póde pedir a restituiçaõ em quan-
to não tem vinte & cinco annos de ida
de; & sendo maior della ja de vinte 15
& seis, ou vinte & oito annos se se
póde valer deste beneficio? Resolue-
remos sabendo, que antiguamente o
menor podia depois de ter vinte &
cinco annos de idade pedir a restitui.
çaõ dentro de hum anno vtil, pera o
que he necessario saber que cousa se-
ja anno vtil, & as differenças que ha
de annos breuemente, & dizemos.

Os annos differem entre si de dou.
us modos, porque ha anno solar, &
anno lunar. O solar consta de hum
perfeito mouimento, que o Sol faz 16
em doze mezes do anno, em o quals
gastaõ 365. dias, & 6. horas menos 10.
minutos, & 48. segundos, conforme a
cõta dos Mathematicos, que dizẽ, tẽ 1.
hora, 60. minutos, & cada minuto 60.
segũdos. Anno lunar cõsta de 12. Luas
nouas, & cheas, em as quaes se gastaõ
354. horas, & cincoenta minutos, & a
differença que ha de 365. dias, de
que se compoem o anno solar a tre-
zentos cincoenta & quatro, que tem
o anno lunar, saõ onze pontos, que a
Epacta vai crescendo; & a Epacta he
numero, que não póde passar de trin-
ta, causada do mouimento, & reuo-
luçaõ da Lua, porque de Lua noua a
outra Lua noua o mais que se dão saõ
trinta dias, & assim cresce a Epacta ca
da anno doze pontos, que saõ os onze
dias, q̃ fez ventagẽ o anno solar ao lu-
nar, & por esta concurrẽcia ordinaria
de 11. pontos cada anno, os antigos lhe
chamaraõ concurrente, & os Moder-
nos Epacta, que he o mesmo que con-
certo. E destas differenças de annos
solar, & lunar trata largamente Guliel.
Durand. in rationali diuinorum offi-
ciorum lib. 8. cap. 7. vbi tribus modis
sumi posse docet; adnotauit etiam Su-

ares in 3. part. disp. 1. sect 2. col. 5.

Em direito dizemos, que o anno he tambem de dous modos. s. vtil, & continuo. Anno vtil he aquelle, em q̃ não se contão os dias feriais, nem aq̃lles, em que não ha audiencias, & assi consta de 365. dias liures, em que se possa requerer, não feriados, porq̃ os dias sanctos, & feriais, & aquelles, em que não se achar o juiz, & os dias de ausencia justa, não se contaõ no anno vtil, secundũm glossam, & Doctoes in §. Kursus infra de actionib. & in clem. 1. in verbo continuum, de restit. in integrum. *& annus vtilis dicitur ex eo, quod experiendi quidué aliud agendi potestas fit.* l. 1. ff. quando de pecul. act l. interdum, ff. de minorib. l. fin. Cod. de tem. int. restit. pet. Anno continuo se chama aquelle, que corre continuamẽte 365. dias feriais, & não feriais, l. ita vulneratus, §. æstimatio, ff. ad l. Aquil. & l. 4. §. stichus, ff. de statu liber. & em direito quando se assina o termo de hũ anno simplesmente, se entende de anno continuo, vt dicit glosl. in l. 3. §. minore, verb. bissexto, ff. de minorib. & Panormitan. in cap. quærenti de offic. iudic. deleg. n. 3. per optimum textum in dicta l. 4. §. stichus, ff. de statu liber. & se ha de computar de momento ad momentum, vt dicit textus in l. 3. §. minores, ff. de minorib. O que procede naquelles casos, em que esta stricta computaçaõ he fauorauel. v. g. quando a assignaçaõ do anno he feita a fauor da menoridade, vt in d. §. minores, & in cons. Trid. sess. 25. de regular. cap. 15. onde pera validade da profissaõ se requerem dezaseis annos de idade cõpletos, & hum anno de nouiciado inteiro, & porque este computo he fauorauel se ha de contar o anno de momento ad momentum, ita vt vltimus punctus respondeat primó, vt per Molin. tomo 2. de iustit. tract. 2. disput. 573. §. atque vt à minori ætate, tenet Sanches de matrimonio, dispt. 24. num. 22. porem nos casos, em que a larga computaçaõ he fauorauel, entam se julga o vltimo dia do anno por completo tanto que começa, vt dicit Paulus de Castr. in l. si cui legetur in fin. princip. ff. delegat. 1. & Socin. in l. si annos, ff. de condit. & demonstrat. não auendo costume em contrario, vt aduertit Gutier. in lib. 5. pract. qq. q. 76. n. 6.

17 *De quæstione latè Amaya lib. 1 observ. cap. 20. ad expositionẽ Pauli in l. 38. §. fin. ff. de liber. causa*

Supposto isto saibamos, que antigamente o maior de 25. annos podia pedir a restituiçaõ dentro de hum anno vtil depois de fazer a dita idade, porem hoje em lugar do anno vtil succedeo o quadriennio, de sorte que dentro em quatro annos depois dos 25. q̃ vem a ser atê os vinte & noue póde pedir a restituiçaõ, & passado o dito termo não, conforme a direito commũ pella doutrina do Texto, & Doutores na l. fin. & toto tit. C. de temp. in integr. restit. & o mesmo se dispoem no direito do Reyno pella Ordenaçaõ lib. 3. tit. 41. §. 6. onde no §. 7. se vè como se não concede mais que hũa sò restituiçaõ em cada caso: E no §. 4. como a restituiçaõ concedida â molher casada por menor aproueita ao marido, & pello contrario a que concede ao marido menor aproueita â molher: o que procede nos juizos, porem na execuçaõ não; porque não pára com a exceiçaõ de restituiçaõ allegada pello marido a respeito de sua molher menor, d. Ord. lib. 3. tit. 41. §. 5. per rationem. l. vnic. C. si in communi, eademque caus. l. 3. §. sed vtrum ff. de minoribus. 18 19

E quando acima dissemos, que a restituiçaõ se concede contra a prescripçaõ

cripçaõ ſe ha de entender,que ſe hade
20 pedir dentro de quatro annos começados deſde o dia que ſe acabou a preſcripçaõ, ou da leſaõ.l.fin.C. de temp. in integr. reſtit.pet.& eſte quadriẽnio não começa a correr ſenaõ do dia, q̃ o menor ſabe da preſcripçaõ por diante, *& ſic eſt vtile in initio, & continuũ in progreſſu.* E aſſi ſe hum homem ignora totalmente a preſcripçaõ, & della não tiuer noticia, não lhe começa de correr o quadriennio: *quia ſi ſtaret centum annis ignorans præſcriptionem, & non peteret ſe reſtitui, nunquam ipſi probabiliter ignoranti curreret tempus petendæ reſtitutionis,* ſecund.Bald.in l.3. C.ſi ex falſ.inſtrument.Cardin.in clement.1.q.25.de in integrum reſtitut. ſequuntur eandem opinionem Alex. conſ.71.col.vltim. Iaſ. in Auth. quas actiones,col.9. verſ.vnum tamen, C. de ſacroſanct. Eccleſ. Paul. Caſtr. in conſ. 194. ego Paulus circa fin.in antiquis,onde diz,que ſe limita o ſobredito nas cõmunidades,âs quaes corre o quadriennio deſde o dia da leſaõ, ainda que ignorem, aliás nunca ſe diria que ſabiaõ, ſecundũm eum: *quia debet attendi ſcientia adminiſtratoris.* argum. l.municipibus, ff. de condit,& demonſtrat. notat Cæpol. in tract.de ſeruit. ruſtic. ſub rubrica de ſeruit. iur. paſ. cend. col.7. tambem ſe concede a reſtituiçaõ contra as ſentenças, Boer. deciſ. 147. & Afflict.deciſ. 356. & ainda contra tres ſentenças conformes. Caſſad. de reſtit.deciſ.1. Capell. Tol. loſ in deciſ.55.

Do que ſe collige, que a reſtituí-
21 çaõ he hum acto de juſtiça commutatiua,cõm a qual ſe refaz a leſaõ, vt per D. Thomam in 2.2.q.62. art.1.& como a juſtiça conſiſta em igualdade,& equidade ſẽ malicia ha de ſer igual,do meſmo modo he a reſtituiçaõ,& quãdo ſe não poſſa fazer da meſma couſa ſe fará de ſeu juſto valor,vt ex D. Thoma.q.85.ar.3.in 3. part. & como eſte beneficio traga ſua origem da equidade ſe nega quando da parte do menor ha engano. Et primò,quando o menor não moſtra,que foi leſo ſe não reſtitue. Franc. Marc. in deciſ.526.& 544. part.2. Afflict. deciſ.210. Minſinger. obſeru.16.cent.4. Oſalch. deciſ. 158. não ſendo a tal leſaõ notoria, Capel. Toloſ.deciſ.390. & tambem contra o contrato jurado ſe não reſtitue o menor,poſto que muitos Doutores dizẽ que ſim, quando a leſaõ he enormiſſima, Afflict. deciſ. 322. Franc. Marc. deciſ.21.part. 1. Guid. Pap. in deciſ. 143. Cardinal. Puteus in deciſ. 194. 203.& 205.lib. 3. & aſſi quando cõſta que a reſtituiçaõ ſe pede pera dilatar, não ſe concede, nem faz parar a execuçaõ,como diſpoem a Ord.lib.3.tit. 41.§.5. ibi: *E iſto não auerà lugar, &c.* tirada do Texto in cap.ſuſcitata de in integrum reſtit. & quando ſe entende a malicia,enſina Barthol.in l.4.§.condemnatum,ff.de re iudicata,n 3.&diz que ſe preſume a malicia quando logo ſe não offerecem prouas da leſaõ, & a todos os DD. parecco bem eſta opiniaõ,tirando a Alexand.in d.§.condẽnatum n. 6. que diz não ſe requere a proua dada in continenti na reſtituiçaõ,ſenão pera reuogaçaõ, & impedimento da execuçaõ de tres ſentenças conformes; porem a cõmum opiniaõ he melhor,& a proua da leſaõ ſe moſtra com documentos juridicos, & couſas,de que ſe veja logo que houue leſaõ. Item, ſe nega a reſtituiçaõ ao menor ſe jurar que he maior. Rot. Auen. in deciſ. 78. & tambem quando euidentemente conſta,que o contrato

está bem feito, conforme as leis. Bocr. decis. 23. & 57. Item ao menor Doutorado, que tem letras pera saber o q̃ lhe importa se não dà restituiçaõ nos contratos que fez, & deuia conforme suas letras ver o que fazia, & importa. Franc. Marc. decis. 686. Balb. dec. 569. & tambem a hum menor contra outro menor se não dà restituiçaõ. Ioseph Ludou. in decis. 54.

Secundó, aduirtamos, que os mayores de 25. annos tambem gozão da restituição in integrum, que se lhes cõ
23 cede em alguns casos. E primò, quando teue algum impedimento justo pera não apparecer, deue ser restituido com nouo termo. Afflict. decis. 29. & a respeito da lesaõ se concede a restituição ao mayor herdeiro do menor. Idem Afflict. decis. 211. & ao mayor companheiro na causa com o menor. Idem Afflict. decis. 213. Capell. Tolos. decis. 56. & tambem se concede o beneficio da restituiçaõ ao mayor cõtra a sentença dada por prouas falsas. Cappel. Tolos. in decis. 35. Septimô, & por lesaõ tambem contra o diuidente, & doloso, vt inquit Papon. lib. 5. arest. 6. latè explicat lib. 16. tit. 3. arest. 13. onde se pòde ver largamente, & nòs agora tratemos.

Da Lesaõ.

24 REgularmente dizemos em direito da lesaõ enormissima, & esta dizé os Doutores, que se commete quando hũa cousa, que valia dous mil, & trezentos cruzados, foi vendida por mil, & a cousa que valia vinte & cinco mil reis, por dez. Ita Cassador. decis. 1. de empt. testatur iudicatum referẽs Couar. lib. 2. variarum, cap. 4. num. 5. Giurb. decis. 110. n. 5. & assi excedẽdo nesta forma o justo preço se commete esta lesaõ, ita Gregor. Lop. l. 56. gloss. vltim. pondo por exemplo na cousa, que valia 15. se se der por quatro, ou cinco. Ha tambem lesaõ vltra dimidium, que não excede em tanta quantia a ametade do justo preço. E finalmente pera se aueriguar a qualidade da lesaõ se ha de considerar o valor da cousa, o qual se proua pellos modos, que ensina o doctissimo Doctor Valasc. in decis. 31. & primò, por testemunhas, vt etiam testatur Scraphin. decis. 921. par. Et Bellarm. decis. 688. Secundó, pellos instrumentos da vẽda da mesma cousa, que pella correspondencia do preço fazem hũa proua præsumptiua, ex Bald. in l. 2. C. de rescind. n. 27. Tertio, por aualiadores eleitos, & approuados, ex his, quæ Gomes 2. tom. variarum cap. 9. num. 5. in principio, vers. 40. infero E tambem por vesturia, que o juiz faz se proua o valor da cousa, ex Mascard. conclus. 653. & este he o melhor modo porq̃ o juiz vendo, examinando, & considerando tudo aualiarà com mais inteireza, Alexand. in l. pretia rerum n. 6. ff. ad leg. Falcid. E daqui procede o dizermos, que he arbitrario ao juiz julgar a lesaõ, & a qualidade della se he enorme, ou enormissima, vt aduertit Cabed. decis. 70. part 1. n. 2. firmat etiam Molin. de primogen. Hispan. lib. 2. cap. 3. n. 18. in fin. & a commum opinião he, que a lesaõ enorme he a que não excede em muito a ametade do justo preço: & enormissima a que em grande quantia excede na forma dos exemplos referidos, ex Cou. 2. var. cap. 4. n. 5. Gama decis. 95. no fim, & 26
decis. 198. n. fin. & esta enormissima nunca se exclue, ex gloss. cap. 1. de in integrum restitutione lib. 6. & ibi DD.

&

& Alexander conſ.136.num.20. lib.3. Decius conſ.29.column.3.lib. 1.& a leſaõ vltra dimidium ſe podia allegar por eſpaço de trinta annos, conforme
27 a direito commum, vt per Pinelum, l. 2.Cod.reſcind.p.2.cap.1.n.26. poré conforme a noſſa Orden. libr. 4. tit. 13.§.5. & 7. ſe póde allegar,& prouar dentro do termo de quinze annos, vt per Valaſc. de partitionibus, cap. 39. num.16. onde nos numeros ſeguintes, & nos mais do d. capitulo ſe póde ver da leſaõ acerca das partilhas deſde a pag.41 col.1.n.45.onde enſina a leſaõ que he neceſſaria pera ſe queixar da aualiaçaõ dos aualiadores, & no n. 9: ibi diz a que ſe requere pera hum herdeiro ſer ouuido depois das partilhas feitas dentro de hum anno, ſendo a leſaõ na 5. parte, ou de quinze ſendo a leſaõ vltra dimidium, conſiderada a reſpeito de todo o patrimonio do defuncto, & não a reſpeito de qualquer peſſa; porque bem póde hum herdeiro ſer melhorado em hũa peſſa, & leſo em outra, mas compenſaſe a leſaõ de hũa com a melhora de outra, & por iſſo diremos, q̃ pera ſe admitir queixa ſe conſiderarà a leſaõ a reſpeito de todo o patrimonio, & herança, vt videre eſt apud dictum Doctorem Velaſcum de part. cap.39.col.4.ex numer.17. cum ſeqq. & ibi fol.171.col.1. n.19. vbi refert concordiam Alexand.ibid. col.2.n.20. & 21.

E regularmente pera ſabermos eſta materia da leſaõ hauemos notar em confirmaçaõ do referido, que declaraõ as eſpecies de leſaõ enormie, & vltra dimidium, Franch. dec. 243. & Minſinger.cent.4.obſeru.73. & Guid. Pap. dec. 170. & que depois de quinze annos ſe poſſa tratar da leſaõ enormiſſima o referejulgado Gama deciſ. 266. & tendo leſaõ tambem a ſegũda venda ſe póde intentar acçaõ depois do dito tẽpo cõtra terceiros poſſuidores affirma Creſc. Rot. Rom. de empt. & vendit. deciſ.1. & Viu. deciſ.430. refert cum reqa ſitis, Gama deciſ.21, explicat Pereira de Caſtro deciſ. 15

Segundo, deuemos notar, que a leſaõ ſe ha de prouar, que entreueo ao 28
tempo da celebraçaõ do contrato, l.ad reſcindendam, C. de reſcind. vendit. Tuſc. litera L, concluſ. 295. Cagnol. in l.2.C.de reſcind.n.213.& ibi Pinel. part.vltim.cap.3.n.15. Gomes variar. lib.2.cap.2.n.22. Ceualh.commun.cõ trouerſ.quæſt.763.n.59. Surd.conſ.151 n.71. faciunt dicta per Viu. deciſ.436. & pera iſſo ſe ha de eſtimar, & aualiar a couſa com todas ſuas qualidades pera ſe julgar a leſaõ ſe entreueo, ou não vt per Gamam deciſ. 256. & que ſe haja de prouar a leſaõ, conforme o tẽpo do contrato, & da eſcriptura, o affirmão vltra prædictos, os Doctores in l.fi voluntate, C. de reſcind. vendit. & in cap.cum cauſam, quæ inter icom. minum, in verbis, venditionis tẽpore, de teſtibns. Thomas Gram. in dec. 76 magnifica num.25. Crauet. conſ. 188 num.4.

Finalmente deuemos notar, que 29
quando ſe intenta o remedio da d. l. 2, Cod. de reſcindend. hauendo leſaõ he obrigado o vencido a entregar ao vencedor a couſa, em que enterueo leſaõ, ou a perfazer com dinheiro o juſto valor della, de modo que ou ha de ſuprir o preço, ou reſtituir a couſa, aduertindo neſte caſo de quando ha leſaõ, & ſe dá a dita eſcolha de ſuprir, ou reſtituir, o Reo he o que tem a eſcolha ſe quer largar a couſa a ſeu dono, ou ſupprir lhe o preço, em que eſtá leſo. Conforme a Ordenaçaõ lib. 4. tit. 13.

§. 1.

§.1. tirada do Texto in l.2. C rescind. vendit. de qua late Gom.2.tomo,c.2 num.22. & o julgou assi o Senado em hũa causa de S.Vicente da Beyra entre partes Sebastião de Aragaõ contra Diogo Martins, de que foraõ juizes os
Decis.11. Illustrissimos, & doctissimos Desembargadores os Doctores Antonio Pereira de Sousa, Martim Affonso de Mello, & George da Sylua Malcarenhas Relator da sentença,anno de 1650 Escriuão Leonardo da Costa Leal meu pai,& este beneficio se amplia, q̃ compete até na venda feita em praça publica,vt per Maynardum decis.60. libro 3. & ainda que na venda se ponha clausula de doação,
30 Maynard. decis.60.lib.3. & tem lugar na cessaõ de direito,& acçoens,idem Maynard. vbi sup. & do mesmo beneficio da d. ley podem vzar atê os acreedores. q̃ em mais de ametade do justo preço se acharem lesos. Maynard. dec.70. lib. 3 Porem não tem lugar na permutação, idem.decis. 59. eodem libro 2, nas locaçoens temporais dos fructos, Maynard. dec. 61. ibidem, posto que he mais commũa opinião,que a auçaõ de lesaõ contra o arrendamento se pô de mouer, ainda depois de acabado o tempo delle. Pinel.cap.13. n.20.in d. l.2. Gama dec.19. 204.& 251. Brito de locato,p.2.Rubricæ.§.2. n.22. onde reproua a Decio, que teue a contraria opinião, & a cõmũ,& certa he, q̃ o remedio da l.2. C. rescind. tem lugar na locação ex Ordin.lib.4.tit.13.§.6, Pinel.d.l.2.cap.1.n.17, Gutier.pract. lib.2. q.138. Gratian. discep. forens. cap.185. Ceuall. commun. quæstion. 535. n. 26. Tertiô, não tem lugar o dito beneficio no contrato emphyteutico,vt idem Maynard. dec. 62. E tãbem não tem lugar, nem se considera a lesaõ em mais da ametade do justo preço na transacção,& concerto proprio & jurado; porque o tal concerto & transacção jurado,& proprio senão rescinde por lesaõ vltra dimidium, ex notatis in l. siquis cum alter,ff.de ver 31
borum oblig. supposto que os modet nos querem, que se a tal lesaõ for excessiua em muito mais da ametade do justo preço, se reuogue, & rescinda a transacção, Crauet. cons. 294. n. 7. vers. decimo quinto considero,ad fin. & cons.151. n. 26. & 27. & cons.7. per totum,& mirabiliter Alex.cons. 222. n.10, & na materia dubij litis euentus, eund. Alex.in 6.vol.cons.66. n. 18, & 19. Dec.cons.203. n.4. Crauet.cons. 152.n.10. onde diz, que a transacção sobre cousa clara se rescinde pella lesaõ vltra dimidium, & Decis. Perus. 47. n. 10. & dec. 2. n.15. pello que se ha de obseruar,que a transacção, que he o mesmo que concerto, jurada se não rescinde por lesaõ vltra dimidiũ, quando he feito o tal concerto,& trãsacção sobre cousa incerta,& demanda duuidosa,text.in l.1.ff.de transact. & l. 2.Cod.eodem titulo, Corneus cons. 148.vol.2, Paris.cons.12. n.1.vol.2. Ioan.Gutier.de iuram.confirmat.3.p. cap.2 n.1, porque a transacção semelhante sobre cousa clara parece calũniosa,ex l.1. ff.de transact.l.eleganter ff. de condit. in debit. l. sub prętextu, Cod.de transact. explicat Roman. in cons.517.col.4. in fin. in 3 dubio, sequitur Crauet. cons. 152 n.10. & por isso a transacção feita sobre testamento não visto,& occulto,he nulla,ex celebri textu in l, de his, ff. de transact. in l.non est ferendus,ff.eodem, & in l. 1.§.ratio,iff. quemadmodum testam. aperiant, optimê Calcan.in cons. 17, col.2.in fine,& sequenti, Paris.cons.11.

n.30

n. 30. vol. 2. & daquillo, que senão vio, nem das clausulas, que estando incertas no testamento não forão vistas ou na escriptura examinadas nao se póde fazer sobre ellas transacçaõ sem se verem primeiro, & conhecerẽ as clausulas do testamento, ou escriptura, ex dicta leg. de his, & dictis a Crauet. cõs. 144. n. 17. & cons. 272. n. 20. principalmente sendo enganado o herdeiro na transacçaõ, vt tenet Ioan. Gutier. vbi sup. n. 17. per Barthol. & scribentes in dicta l. de his, vbi Paul. n. 4. & 5. diz, que os irmaõs diuidindo entre si não podem remitir ad inuicem huns aos outros os fideicommissos, sem verem as palauras do testamento, & hanc testatur esse communem opinionem in dicta l. de his, & l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verborum obligat. teste ibi Ripa n. 70.

E concluíndo o nosso principio que propuzemos de mostrar, que cousa he restituiçaõ, deixando pera o titulo de actionibus as questoens principais, como tambem deixamos as da lesaõ, & transacçoens pera quando no 3 liuro trataremos dos contratos em seus titulos particulares. Sáibamos por fim, que tambem se dá restituiçaõ ao mayor quando foy impedido a vsar de algum instrumento, antes da sentença, ou por ignorancia justa, secundùm Capyc. in dec. 52. Balb. in dec. 439.
32 & se o menor for restituido a nouo termo de dillaçaõ pera dar proua se entende tambem restituido o mayor cõ elle litigante, que póde no mesmo termo dar testemunhas; idem Capic. in dec. 170. porque o beneficio da restituiçaõ he commum, vt per Aflict. decis. 79. & a enfermidade tambem he justa causa pera o mayor ser restituido, Benin. in decis. 446. lib. 1. & a pobreza tambem he justa causa de se restituir o mayor, vt per Puteum dec. 446. lib. 1.

E posto que em estes casos pareça que somente os maiores deuem ser restituidos tambem deuemos saber, que na Igreja, no fisco, & na Republica: procede o mesmo que temos dito na restituição dos menores; porque em direito saõ equiparados a Republica, & a Igreja com a causa pia, & com o pupillo, vt probant textus in l. fin. C. de sacros. Eccles. Anthen. de non alienand. aut permut. rebus Eccles. §. finimus, collat. 2. & notat gloss. in l. rempublicam in fine, C. de iure Reip. lib. 11 Euerard. in loco á Republic. ad Ecclesiam, seu piam causam, & cum pupillo, probat dicta l. Rempublicam cũ ibi notatis, & l. qui solidum, §. etiam, ff. de leg. 2. Euerard. in loco à Republic. ad pupillum, & æquiparantur in iure minor, fiscus, & Ecclesia, gloss. not. in l. si procurator, §. fin. ff. de iure fisc. Euerard. in loco â minoribus ad fiscũ: & o que se diz de huns procede nos outros: *Quia æquiparatorum eadem debet esse dispositio.* l. illud, ff. ad legem Aquil. l. à Titio, ff. de verborum obligat. como tambem em direito saõ equiparados os soldados da milicia armada, com os da milicia celeste, como saõ Bispos, Sacerdotes, & Clerigos: & todos os priuilegios concedidos em direito aos soldados militantes, que se puderem adaptar, & applicar aos da malicia celeste se extendem a elles, vt notat gloss. in l. miles, in princip. & ibi Bart. Angel. & Doctores communiter, ff. de re iudic. E os priuilegios dos Clerigos se reduzem a tres principais. E o primeiro acerca da immunidade da pessoa: deste trataremos no tit. vltimo de publicis iudi-

cijs.

cijs. O 2. acerca da immunidade das coúsas, & bẽs que seguem a pessoa, vt in l. fin. C. de inofficioso testamento, & deste trataremos do tit. de testamẽtis por diante, onde mostraremos, como póde testar, doar, succeder, &c. & do terceiro, que he acerca do foro faremos menção no tit. de pœna temere litigant. E quaes sejaõ os priuilegios concedidos aos soldados refere Barthol. quasi todos na ley neque, §. deportati, ff. de militari testamento. E no mesmo titulo veremos tambem delles alguns no 2. liuro. E o modo, com qúe saõ equiparados refere Euerard. in topicis loco à milite armatæ militiæ ad milites cælestis militiæ. Item saõ equiparados os soldados de milicia armada com os soldados da justiça quaes saõ os Doutores, & aduogados, conforme a glosa sup. cit. & Gutier. de iuramen. confirmator. 1. ip. c. 6. n. 6 & saõ equiparados tambem o matrimonio carnal, espiritual, como acima disemos no tit. de nuptijs, & se proua do cap. quoniam frequenter, §. porrô vt lite non contest, & cap. inter corporalia, & cap. fin. de translat. Episc. explicat Euerard. in loco â matrimonio spirituali ad carnale, & diz no numero 9. que isto procede quando a materia for applicauel, & quando se não achar o cõtrario discidido em direito ou quando a diuersidade não persuadir a rezaõ em contrario: *Quia diuersitas rationis diuersitatem iuris inducit.* l. adigere, §. quamuis cum ibi notatis, ff. de iure patron. & l. cum pater, §. dulcissimis. ff. delegat. 3. E tambem saõ equiparados os furiosos. prodigos, & mentecaptos, com os menores, & lhes competem os mesmos priuilegios, vt dicit notabilis glosa in l. 2. C. de curat. furios. & ita tenent Doctores citati ab Euerardo in loco à minoribus ad furiosos; & a legitima dcuida aos patronos he equiparada em direito à que se deue aos filhos, vt in l. fin. circa finem & ibi Bald. & Salicet, notant, C. de inofficioso tit. como tambem apontaremos no 3. liuro quando tratarmos das successoens.

Demos por agora fim ao titulo resumindo o referido breuemente. E sabemos, que cousa seja a authoridade do Tutor, como, & quando deue interpostar ratificar o acto, & como ainda nestes casos se restitue, dissemos os principios da restituiçaõ, apontamos como o pupillo se obrigaua, deixando pera quando tratar dos contratos, dizer como nelles se obriga o pupillo, & pera quando se explicar os delictos no 7. liuro mostrar como será castigado o menor que delinquir. Nas heranças ja dissemos, que em todo caso era necessaria authoridade do Tutor, porque como o succeder nos bens do defuncto traz comsigo o encargo de pagar as diuidas: *Cùm hæres adeundo hæreditatem dicatur quasi contrahere cum creditoribus defuncti, & legatarijs*, vt per Doctores. in §. hæres infra de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt. *& hæreditas sit successio in vniuersum ius defuncti.* l. hæreditas, ff. de reg iur. não quiz a ley, que o menor se metesse em confusoés sem o Tutor ver primeiro o que lhe conuinha, & interpor sua authoridade. Porem se a herança for deixada ao pupillo em vida de seu pai, bem a póde aceitar. l. vltim. §. fin autem, C. de bo n. quæ liber. item, quãdo o juiz suprir a ausencia do Tutor, póde o pupillo aceitar a herança l. infantis, C. de iure deliber. item, quãdo o pupillo for instituido condicionalmente: *Potest enim pupillus conditionibus*

bus parere sine authoritate tutorũ. l. cõ-
35 ditionibus 5. ff. de condit. & demonst. Perguntam os agora, se póde o Tutor ser constrangido a que interponha sua authoridade? & he melhor resoluçáo, que sy, secundú n Angel. post Bart. in l. si tutor, ff hoc tit. & Salicet. in l. fin. C. de administrat. tut. & dizem, q̃ isto procede quando tratamos genericamente. Porem quando em particular pera certo acto, distinguem se he pera estar em juizo, póde ser constrangido o Tutor. l. fin. in princ. ff. de administ. tut. ou he pera contratos; & subdistinguem entre os contratos dãnosos, & vteis; porem esta distincção não he approuada de muitos Doutores, porque ainda que digaõ os distinguentes, que nos cõtratos lucrosos não he necessaria authoridade do Tutor, porq̃ sẽpre o pupillo tem contra elle a àcçaõ de tutela, cõ tudo melhor he não buscar o remedio depois do erro, se antes se póde euitar: *Ideò melius est intacta iura pupillorum seruare, quàm post vulneratã causam remedium quærere*; vt dicitur in l. fin. C. quibus cas. restitutio in integrum, &c. porque he melhor resolução, que interuenha sempre a authoridade do Tutor, & não compre, nem
36 venda o pupillo sem elle, pois acima dissemos, que deue o Tutor empregar bem o dinheiro do pupillo, colher os fructos; & por tudo em ordem. E se conforme a isto quizermos saber se o Tutor comprar em nome do pupillo se fica logo a cousa sua? resoluem, que Ei. A mayor questaõ he, quãdo o Tutor cõpra algũa cousa simplesmente, oú faz algũ acto q̃ pertença ao pupillo se se julga logo que o faz *tutorio nomine*? Barthol. in l. fi fundum per fideicommissum, vbi præcipuè Ias. n. 30. ff. de legat. 1. & Bart. in l. post mortem, §. tutor. n 1. ff. quando ex fact. tut. & procede isto mais quando os contrahẽtes sabem, q̃ elle he Tutor. & Alex. cons. 108. E quãdo o Tutor escreue no seu liuro, q̃ comprou *nomine tutorio*, & se extẽde isto aos administradores quaesquer q̃ sejaõ, vt per Franc. Procill. in tract de duob. fratrib. q. 1. n. 72. Crau. cons. 286. col. 1. n. 7. lib. 2. Alex. cons. 142. circa primam in fin. vol. 2. E quãdo algũa cousa he comprada ainda por terceiro cõ o dinheiro do pupillo tẽ nella a hypotheca tacita, como com hum bom caso julgado veremos no titulo de actionibus, infra, §. omnium; onde veremos tambem exemplos acerca destas compras, & vendas, & quãdo tratarmos da acçaõ *tutelæ*, & contraria no mesmo titulo de actionibus mostraremos tãbẽ varias resoluçoẽs de casos, & questoẽs nesta materia.

Nos juizos ja dissemos, que o pupillo não pode estar sem authoridade do Tutor, & procede isto, ou o mesmo pupillo obrigue judicialmente a outrẽ demandandoo, ou sendo demandado. l. clarum, C. hoc tit. Secundò, procede porque a sentẽça dada cõtra o menor indefenso he nulla *ipso iure*. l. 1. C. qui leg. pers. &c. & not. in l. acta, ff. de re iudicat. & in l. cum, & minores, C. si aduersus rem iudicatam; & por isso se tem Tutor, o menor deue ser citado, & quando o não tem, o seraõ seus pa-
37 rentes, vt dicitur in l. liceat autem 1. ff. quibus ex caus. in possess. eat. post textum in l. ius iurandum. quod ex cõuentione, §. pupillus, ff. de iure iurand. & ao menor, que não tem Tutor, se dá Curador ad litem na forma da Ordenaçaõ, lib. 3. tit. 41. §. 9. & quando se não dá ao menor curador ad litem; he nullo tudo o processado, iuxta Ordinatioẽ lib. 3. tit. 41. §. 2. vbi plures

congerit, Barbosa Vimarens. & nos veremos no 4. liuro, §. omnium de iudicijs, largamente explicado in tit. de pœnatemerè litigantium, & procede isto até à idade de 25. annos, q̃ aos menores della se dà sempre curador ad litem, & probatur ex l. 2. C. qui legitim. person. in iudic. stand. &c. Limitase porem quando algũa cousa he feita, ou pronunciada a fauor do pupillo: porque a sentença dada em seu fauor val, ainda que não interuiesse authoridade do Tutor. l. non eo minus, C. de procurat. & in casibus, de quibus gloss. hìc.

Deue tambem o Tutor interpor sua authoridade, pera que a pupilla case, vt per Crauet cons. 190. nu m. 1. & 38 os pupillos deue mandar ao estudo, & fazer que aprendaõ boas artes; porque da criaçaõ depende tudo, & pode tanto o costume, com que saõ ensinados na idade pueril, como o leite, que mamão em nascendo, que tambem tẽ grande força; & deue o Tutor naquelles papillos, que houuer de mandar criar de leite procurar que sejaõ as mas de boa qualidade. Quando aquella molher plebea louuou a Christo Senhor nosso, disse: *Beatus venter, qui te portauit, & vbera, quæ suxisti.* Tendo por excellencia tambem tanto o auer nascido de boa mãi, como o ser criado com bom leite. A Raynha Dido, quando quiz arguir Eneas de cruel, chamoulhe criado com leite de Tigres. 39 *Luc. 11.*

Perfide sed duris genuit te cautibus horrens
Caucasus hircanæ, quæ admorunt vbera tygris.
Æneid. 4.

De Romulo diz Iustiniano, que foi inclinado a latrocinios, por ser criado aos peitos de hũa loba. De Agis Rey dos Caretos se diz, q̃ era legeirissimo, porque hũa cerua o criara. Elio Lampridio escreue, que teue Tito Vespesiano hum filho muito doente pello ser a ama que o criara. Tiberio se costumaua embebedar, porque a ama o desmamou com vinho. Dionysio Cassio na vida dos Cesares cõta de Caligula, q̃ era tam cruel, que lambiaa espada banhada em sangue, & diz que isto procedeo da ama, que tingia o peito de sangue pera o desmamar. Na Republica de Plataõ se punha grande cobro nas amas, & Plataõ mandaua, que naõ contassem aos meninos cousas fabulosas; porque o sangue, com que se criaõ pòde tanto como a doutrina.

Iul. Capitol. in Diadum. Ælio Lãpr. in vit. Ant. Dion. Cassio in vita Cæsar. Pet. Greg. in Republ. Platon.

No capitulo 18. do Genesis lemos como Deos louuou a Abraham por criar bem seus filhos. E em outros muitos lugares da Scriptura sagrada, & o Apostolo Sam Paulo escreuendo aos Ephesios diz, que os meninos sejaõ criados no temor de Deos: *In timore Domini educandos.* E no capitulo 19. do Euangelista Sam Matheos temos o exemplo de Christo Senhor nosso, que chamou os pequenos: *Iussit parulos ad se venire*, pera mostrar, que naquella idade de meninos deuiaõ ser conuocados à doutrina Christaã, & ao amor Diuino. O mesmo cõselho dà o Apostolo S. Paulo escreuendo a Timotheo. E Aristoteles ja na sua politica tinha por conueniencia grande a criaçaõ dos meninos ser boa: porque o que na idade tenra 40 *Gen. 18. Reg. 1. n. 2. & 3. Eccles. 7. 3 Paul. ad Ephes. 6. Math. 19. Paul. ad Timoth. epist 3.*

prendem, não o perdem tam facilmente, como he difficultoso na idade mayor fazer, que se aprenda, & assi diz: *Ad cuncta, ad quæ possibile est melius est statim ab initiis assuescere.* E Salamão nos Prouerbios o confirma dizendo: *Qui delicate à puericia nutrit seruum suum, postea sentiet illum contumacem*, pera prouar, que no principio consiste tudo. Consonat Seneca de Hipolit. *Quisquis in primo obstitit, repulit amorem, tutus ac victor fuit: qui blandiendo dulce nutrixit malum, sero recusat ferre quod subit iugum.* Elegantèr Ouuid. de remed. amor.

Arist. 7. polit. c. 17.

Seneca de Hypolit. actu 2.

Pron. 29.

Ouuid. de remed. amor. lib. 1.

Dum licet & modici tangunt præcordia motus,
Si piget, in primo limine siste pedem.
Opprime dum nõa sunt subiti mala semina morbi,
Et tuus incipiens ire resistat equus.
Nam mora dat vires, teneras moras per quoquit vuas,
Et validas segetes, quæ fuit herba facit.
Quæ præbet lætas arbor spatiantibus vmbras,
Quo posita est primum tempore virga fuit.
Tunc poteras manibus summa tellure reuelli,
Nunc stat immensum viribus aucta suis.

Pello que na idade tenra se haõ de cõstumar bem na virtude os moços, pera parecer que naseraõ com ella, como queria Sam Basilio; & como fizeraõ os diligentes, & deuotos Pais, Abraham, Iob, & Tobias; porque na mocidade se se dà lugar aos vicios criãõ raizes, como a aruore, que tenra pòde ser arrancada com a mão, & crescida tem cobrado muitas raizes, & forças na terra, de que he difficultosa de apartar, obseruemòs pois a doutrina do Emperador com os exemplos referidos, pera que tudo sejão acertos, & se obserue com seruiço de Deos, & culto da justiça.

Titulo vigesimo secundo

QVIBVS MODIS TVTELA finitur.

Titulus vigesimus secundus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo.*

2 *Mostrase como se acaba a tutoria pela idade de 14. annos nos machos & doze nas femeas, & porque?*

1 TRatamos aiêqui da tutoria, de suas especies, & da authoridade dos Tutores, com rezaõ se segue agora este titulo, em que o Emperador explica os modos, com que se acaba a tutoria; concorda com outro in C. quando tutor. vel curator. esse desinant.

2 Em primeiro lugar se acaba a tutoria pella puberdade, & vem a ser pella idade de 14. annos cõpletos nos machos, & doze nas femeas; & dizemos, completos, porq̃ naõ basta entrar nos 14. ou 12. annos, se naõ haõ de ser perfeitamente cõpletos, secundũ Angel. & DD. hic. Consonat Ord. lib. 4. tit. 104. §. 6. porque como a tutoria foi introduzida em fauor do pupillo não lhe ha de ser damnosa, & assi tanto q̃ chega â idade, em que póde ter mais cõta com sua pessoa acabase a tutoria, q̃ foi dada pera defender a pessoa, & dase curador principalmẽte aos bẽs, como temos dito. A idade, como se proua, vimos ja no tit. de adoptionibus. O q̃ aqui deuemos notar por principio he, q̃ acabada a tutoria deue o Tutor admoestar o pupillo, q̃ peça curadores pera tratarẽ de sua fazenda, porq̃ naõ fazendo esta diligencia, correrâ por sua conta o dãno do pupillo, & a perda q̃ sentir em seus bens atê idade de 25 annos. text. in l. ita autem, §. tutor, ff. de admin. tut. & l. admone eam, C. qui pet. tut. & apud nos procede isto atê que o menor naõ seja hauido por maior, & haja suprimento de idade, & se lhe mandẽ entregar seus bẽs, porq̃ desde entam corre por conta do mesmo menor, como mostramos ja julgado acima no tit. de authorit. tut.

§. Item finitur.

SVMMARIO.

Se hũ pupillo for perfilhado por outrem se se acaba a tutoria? 1

E se se acaba sendo o pupillo degradado. 2

O Segundo modo, porque se acaba a tutoria he a arrogaçaõ, quando o pupillo por consentimento de seu Tutor he arrogado, & fica sugeito ao poder do arrogante, *& sic de statu sui iuris transit ad statum alieni iuris.* text. hic, & in l. si arrogati, ff. de tutel. No q̃ consentem todos os Tutores dados no testamẽto, ou pello juiz, ex l. quod vt 8. de adopt. pera euitar o absurdo q̃ poderia resultar de se dizer, q̃ o menor naõ podia interpor seu juizo na sua propria causa.

Ter-

2 Tertiò, se acaba a tutoria, sendo o pupillo degradado por algũ crime, vt hic, & d.l. si arrogati: porque como pello degredo deixa o degradado de ser cidadão, como dissemos acima no titulo de capitis diminutione, §. minor, pòr isso por elle se acába a tutoria, que foi introduzida por direito ciuil.

Quartò, se acaba tambem a tutoria pello catiueiro, porque se hũ liberto pupillo for tornado ao catiueiro pella ingratidão acabase a tutoria: *Quia pupillus potest redigi in seruitutẽ, si sit doli capax, & delinquat.* l. impuberem, ff. de furt. l. si minor. l. strupum in fine, ff. de adult. por isso dissemos, que sendo capaz de dolo póde ser castigado, como tambem no tit. vltimo de publicis iudicijs quando tratarmos dos crimes, explicaremos como pode rá o menor ser castigado quando delinquir, & quando, & de que sorte se julgarâ por capaz de dolo, pera ter pena, o que he arbitrario ao juiz, & sendo capaz de dolo, poderá ser castigado, como aqui diz o Emperador, & tornado ao catiueiro, mas não poderá elle mesmo vender se. §. penultim. supra de iure personarum, nem ser castigado, senão for capaz de dolo. l. si quis, ff. de inofficioso testamento.

Quintò, se acaba a tutoria pello catiueiro do pupillo, ou do Tutor. porque como acima dissemos na diffinição da tutoria: *Est vis, ac potestas in capite libero*: q̃ se dáua na pessoa liure he certo, que sendo catiuos o pupillo, ou o tutor expira a tutotia, & se dá pôr em tãto hũ curador aos bẽs do catiuo vt not. hic, & in d.l. si arrogati, porque sendo catiuo o pupillo, *& sic pupillo capto ab hostibus*, se dá como Tutor hum Curador aos bens do pupillo. l. si arrogati, ff. de tut. & sendo catiuo o Tutor, se dá outro Tutor ao pupillo, §. ab hostibus sup. de Attiliano tut.

§. Sed & si.

SVMMARIO.

Pello cumprimento da condição debaixo de que foi dado o Tutor se acaba a tutoria. 1

NEste §. se contem o sexto modo porque se acaba a tutoria, & vem a ser pello cũprimẽto, & purificaçaõ da condiçaõ, porq̃ for dado o Tutor: *& sic adueniente conditione expirat tutela.* E assi quando o Testador diz: *Dou a Titio pôr Tutor de meus filhos atè que venhão as naos da India*: neste caso pella chegada das naos, ou cũprimento da cõdiçaõ certa qualquer q̃ seja, acaba a tutoria, vt text. hic. E notemos, que dissemos acima: quãdo o Testador diz; porque sô a tutoria testamentaria pòde ser condicional, que o Tutor legitimo, ou datiuo não podem ser dados debaixo de cõdiçaõ, senão puramente, vt in l. actus, ff. de regul. iuris, §. adcertum cũ ibi notatis sup. qui testamẽto tutores dar. poss. ou de demos a rezaõ de differença, porq̃ quando o juiz dá Tutor, he pera q̃ entre tanto não fique o pupillo indefenso como dissemos. 1

§. Similimodo.

SVMMARIO.

Pella morte se acaba a tutoria, & quando? 1

Titulo vigesimo secundo

1 A Septima causa, ou septimo modo, com que se acaba a tutoria he cõa morte natural, ou do Tutor, ou do pupillo *Mors enim omnia soluit*, § deinceps in Authen. de nupt. O que se ha de entẽder, que com a morte se acaba a tutoria pera com o Tutor, porem não se acaba pera o pupillo, porque se lhe deue dar outro tutor, em quanto delle necessitar, por rezão da idade.

§. *Sed & capitis.*

SVMMARIO.

1 *Se pella mudança de estado se acaba a tutoria?*

1 OCtauo, se acaba esta tutoria com a mudança de estado, *id est capitis diminutione*, ou *maxima*, ou *media*, ou *minima*: o q̃ procede a respeito do pupillo: porque no Tutor somente pellas duas principais se lhe acaba a tutoria, ou officio de Tutor. Primò, pella maxima, porque os escrauos não podem ser Tutores, & os cõdemnados à morte (como dissemos acima no tit. de capitis diminutione) ficão escrauos da penna, & assi não podem ser Tutores. Secundò, pella media, porque os degradados perdem o direito de cidadoẽs, & assi se exclue tambem dos priuilegios de direito ciuil: pella minima, não se extinguem as tutorias datiuas, nem testamentarias; porem a dos agnados si, vt sup. §. fin. de legit. agnat. tut. porque como a tutoria legitima lhes he concedida pella lei, & com esta mudança, que chamamos *Minima*, se muda o priuilegio, ou prerogatiuas de direito, & parentesco do mesmo modo se acaba a tutoria.

§. *Præterea.*

SVMMARIO.

Tutor dado por certo tempo, acabado elle expira a tutoria. 1

Degradado acabado o tempo do degredo póde tornar â cidade, ou lugar de que foi desterrado. 2

1 NOnô, se acaba a tutoria com o fim do tempo porque foi dado o Tutor. *Limitata enim causa limitatum producit effectum.* l. age C. de transact. & aquillo que he permitido por certo tempo passado elle fica prohibido. Donde notão os DD. & Aldobrandus hìc, trazendo hũa semelhante differença: *Quod pœna ad tempus imposita, finito tempore expirat.* 2 Donde aquelle, q̃ for degradado por dous annos passados elles, bem pòde sem licença algũa tornar á cidade de que foi desterrado. l. Imperator, ff. de postul. *Nam prohibitum ad tempus, post tempus permissum intelligitur.* l. & ff. de postulando.

§. *final.*

SVMMARIO.

Tutor se for achado suspeito, ou se excusar com justa causa de aceitar a tutoria se acabará? 1

Que acçaõ compete ao pupillo contra o Tutor acabada a tutoria? 2

Contem

1 COntem este §. o decimo fim da tutoria,& o vndecimo modo juntamente porque se acaba. Primò, com o apartamento, ideſt, quando o Tutor he remouido, & excluido da tutoria por culpas, & ſuſpeiçoens, de que diremos no tit. final deſte liuro, infra de ſuſpectis tetoribus, &c. & vndecimo, ſe extingue com a eſcuſa perpetua, de que diremos tambem,& quaes ſejão as juſtas no tit. pe nultimo infra de excuſat.tut.&c. reſta agora ſaber.

Acabada a tutoria a que, & comq̃ acçaõ fique obrigado o Tutor?

2 ERefoluem os Doutores, que em primeiro lugar compete ao pupillo(acabada a tutoria) a acçaõ direita, que ſe chama, *tutela*, & ſe dâ contra o Tutor pera dar contas do tempo, em que o foi,& de ſua adminiſtraçaõ, & o mais que fez deſde o dia que ſe conheceo por Tutor:& porque pertẽce ao officio do Tutor o inuentariar os bens,& acabar o inuentario do pupillo, ſe o não fizer,ou não der conta exhibindoo a ſeu tempo, ſe dâ cõtra elle juramento in litem,& eſta acçaõ foi introduzida pera o Tutor dar,& entregar algũa couſa que em ſeupoder ficar do tempo da adminiſtraçaõ, & pera refazer o damno, que o pupillo tiuer, & receber, ou porque o Tutor fez o que não deuia, ou não fez o que deuia. l.1.in princip. ff. de tut. & ration. diſt.& fica obrigado de dolo, lata, & leue culpa. d.l.1.in princip. & l. quidquid,C.de arb. tut. Secundò, ſe dâ contra o Tutor a acçaõ *de rationibus diſtrahendis*, pella qual repete o pupillo as couſas, que de ſeus bens lhe foraõ tomadas,& impugna as contas, que dà o Tutor. Tertiò, ſe dà contra o Tutor a acçaõ de furto(muitas vezes)ſe conſtar,que tomou algũa couſa da fazenda do pupillo com animo de furtar. dicta l. 1. ff. de tut.& rat. diſtr. Quartô,quando o pupillo pella mà adminiſtraçaõ recebeo tal damno do Tutor, que delle o não pòde recuperar, dáſelhe,& competelhe, entam neſte caſo,a acçaõ ſubſidiaria, como vltimo refugio,& preſidio,cõtra o Magiſtrado ſ. juiz,de quẽ recebeo a tutoria, porq̃ não tomou a cauçaõ ſufficiente do Tutor,a qual acçaõ ſe dà em falta de todos os remedios. l.1. & toto tit. ff. & C.de Magiſt.conuen. do que diremos no §. fin. infra de ſatisdat. tut.

DE CVRATORIBVS.

Titulus vigeſimus tertius.

SVMMARIO.

Continuaçaõ deſte titulo, em que ſe trata dos Curadores.

1

Moſtraſe que couſa he a curadoria, & a rezão, porque ſe daõ curadores

2

Titulo vigesimo tercio

dores aos menores, & quem os dá?

3 *Differenças queha entre os Tutores, & Curadores, & se o juiz der Curador a hum menor de 14. annos, a quẽ deuia dar Tutor, ou pello contrario se valerà a tal nomeaçaõ?*

4 *Generos de Curadores saõ tres, & se explicão.*

DEclarou o Emperador as pessoas que eraõ de seu direito, & ourras que estauão sugeitos aos Tutores, agora trata dos que estão debaixo do cuidado de outrem, scilicet, dos curadores, & concorda este titulo com outro in ff. de tut. & curat.

2 *Cura est potestas in capite libero ad agendum illius negotia, quia iam pubes factus, adhuc propter ætatem, ea gerere non potest.* E assi que o Curador he hũ segundo Tutor, porque assi como o Tutor defende o que não tem idade, o Curador defende tambem o q̃ por não ter idade perfeita (suppoſto que seja ja *pubes*, que he de 14. annos) náo póde tratar de seus bẽs; porque não tẽ a idade de 25. annos, que he a adolescencia, que o direito reputa por sufficiente pera gouernar seus bens: como tambem considerou Cicero no liuro 1. officiorum. *Crescenti adolescentiæ maxima inest imbecillitas iudicij.* E por isso viuem com Curador os menores até 25. annos, porque naquella idade presume o direito, que vsaraõ mal do trato de suas fazẽdas. l. 1. ff. de minoribus: & este Curador dá o juiz dos orfaõs, entregando selhe os bens do menor por inuentario feito pello Escriuão dentro de hum mes. Ord. lib 4. tit. 102.

As differenças, q̃ ha entre Tutor & Curador saõ, 1. q̃ o Tutor se da ao menino *impuberi*, & o curador ao moço ja *pubes*, que he de 14. annos, sẽdo machos, & femeas de doze: conforme aisto notemos, que se o juiz der Curador a hum *impubes*, s. menor de 14. annos, oũ de 12. sendo femea, erra porque lhe deuia dar Tutor, como se depois da tal idade lhe der Tutor, deuendo darlhe Curador, & assi naõ val o tal decreto, porque falta o acerto do ânimo de quem o dá, *& actus non operatur vltra intentionem agentis.* l. 1. ff. de iure codicillor. l. non codicillum, C. de testamentis, & assi como as pessoas sejaõ differentes, & o poder, & cargo do Curador seja diuerso do do Tutor, claro está, que falta a vontade de quem queria acertar, & dar Tutor, dando erradamente Curador, ou pello contrario, & assi interumdo o tal erro, he nullo o decreto do juiz, *ex falsa causa interpositum.* l. seiæ egressæ, ff. de tutor. & curat. datis ab his, & l. tutor. §. si petitus, ff. eodem tit. l. cùm vero, §. subuentum, ff. de fideicommissis libert. notat Iaſ. in l. is ad quem, ff. de acquirend. hæredit. vbi Barth. & Alex. & in l. diuus, ff. de re iudicat. tradit Baeza de decim. tut. præst. c. 3. n. 24.

Secundò, o Tutor se dá ao pupillo constrãgido, porem ao moço se dá voluntario; porque considerarão as leis, que hum moço de 14. annos ja podia ter tanto genio, que se não necessitara de Tutor, o recusara; & se lhe fora necessario o pedirá, vt notat Aldobr. hic.

Tertiò, o Tutor se naõ póde dar somente pera hũa cousa certa: porque se dá

se dà à pessoa: & o Curador se pôde dar pera hũa causa sò limitada, como pera hũa demanda, porque se dà pera tratar duas cousas, & o Tutor da pessoa.

Quartò, porque o Tutor pòde ser dado no testamento, & o curador não. Quintò, porque a tutoria se acaba tanto que o moço faz quatorze annos, & a moça doze, & a curadoria indistinctamente nos machos, & femeas, se acaba tanto que fazem vinte & cinco annos.

Sexto, porque o Tutor pode se dar a quem tem Curador, & pello contrario a quem tem Tutor, senão pòde dar Curador, vt gloss. hic.

Os generos dos Curadores saõ 3. Primò, que se daõ aos *impubes* menores de 14. annos. Secundò, outros, q̃ se daõ aos maiores de 25. annos, & estes se chamauaõ Tutores legitimos. Tertiò, outros se chamaõ datiuos, q̃ saõ os Curadores dos moços de 14. annos, até os 25. & deste genero saõ todos, por serem dados pello juiz, por isso o Emperador falla no plurar no principio, porque huns Curadores se daõ aos moços, que não tem 25. annos, & outros aos mayores por serem furiosos, ou prodigos, como temos dito.

§. Dantur.

SVMMARIO.

1 *Pai não pòde dar curador no testamento, & porque?*

2 *Ao filho furioso pòde o pai dar tutor no testamento, & aos que tiuerem juizo se der curador, será confirmado pello juiz.*

QValquer Magistrado pòde dar curador, ainda que os pais não possaõ dallos no testamento; porque o curador se dà ás cousas, & não à pessoa, l. in copulandis, Cod. de nupt. & como o pai *post pubertatem* hão tenha dominio com o patrio poder pera dispor direitamente no testamento daquelles bens, pera os curar, & administrar, assi tambem o não tem pera dar curador: a qual conclusaõ procede nos filhos que tiuerem perfeito sizo, & juizo, porq̃ se forẽ furiosos, pôde o pai darlhes Tutor no testamẽto; & he a rezaõ, porque como ao pupillo se dà Tutor, *ratione personæ*, porque não se considera com sizo pera administrar os bens, assi ao furioso *ad exemplum pupilli*, se lhe pòde dar curador no testamento, com o que se responde às duuidas em contrario, como tambem se o pai nomear curador no testamento se cõfirmará pello juiz, pois o affecto paterno a tudo vence.

§. Item inuiti.

SVMMARIO.

Aos menores de vinte & cinco annos se dá curador, se o pedirem. Explicase a rezão porque se lhes não pôde dar contra suas vontades.

Menor de 25. annos se se lhe ha de dar curador pera a causa, porque sem se lhe dar, he o processo nullo.

AOs moços antes de 14. annos se dão Tutores, & os que passaõ desta

na idade atê 25. annos se lhe dão curadores, ou por rezão dos bens, ou do domicilio. E isto assim aos machos, como as femeas querendo voluntariamente. E a rezaõ porque os menores devem pedir curadores, & se diz, que contra suas vontades lhes não saõ dados, he porque o pupillo administra os bens como seus, iuxta textum in l. in re mandata: C. mandati. E como ao que tem juizo se lhe não pode tirar a administração dos bens, por isso cõtra sua vontade se não tira ao pupillo, explicat Caldas d. l. fi curatorem in principio, num. 6. Amaya lib. 1. obseru. cap. 9. Faber in Iurisprudent. tit. 13. princip. 3.

Porém ad litem. s. pera litigar, se lhe daõ ainda que não queiraõ: porquè como nos juizos se não possa estar *nisi per legitimam personam*. l. 2. C. qui legitimam personam, &c. *ne iudiciũ reddatur illusorium*, se pòde dar aos moços antes de 25. annos (que chamamos ou *pubes*, ou *adultos*) curadores, ainda que seja contra suas vontades. E ainda que neste caso o não peçaõ, deuem ser compellidos, & obrigados a tomar curador ad litem. l. ait Prætor §. permittitur, ff. de minoribus, & in l. qui habet, §. si pupillus, ff. de tutelis: & isto não he obrigaçaõ pera que escolha in specie, hum curador, se não de muitos nomeados pòde elleger hum, & na practica commũa sabemos, que na causa em que ha menores, logo se dá ao procurador juramento de curador, por euitar nullidade, que resulta de se lhe não dar, ou nomear pello juiz como veremos julgado no tit. de pœna temerè litigantiũ ad explicat. Ord. lib. 3. tit. 86. §. 2. onde trato dos juizos, & dos requisitos dos actos judiciais.

§. Furiosi.

SVMMARIO.

Curadores se dão aos furiosos, prodigos, ou mentecaptos em quanto lhes dura a tal enfermidade, & defeito.

Este he o segundo genero dos Curadores, que se daõ aos q̃ padecem furor, ou outro continuo mal perpetuo. E tambem se chamaõ legitimos, porque se defere este cuidado pella lei das doze taboas aos agnados. l. sæpe, ff. de curat. furios. dõde diziaõ os antigos quando queriaõ arguir alguem de mentecapto, ou furioso, *Ad agnatos deducendum*; porque este cuidado lhes toca a; porem quãdo naõ ha agnados, ou não saõ sufficiẽtes, pôde o juiz encarregar este cuidado a outra qualquer pessoa idonea.

Dáse Curador. Primò, aos furiosos, que padecem continuo furor. Secundò, aos prodigos dissipadores de sua fazenda. Tertiò, aos mentecaptos, que saõ os que lhes falta o juizo, ainda que no exterior naõ tenhaõ actos furiosos. Quartò, aos surdos, & mudos, & aos que padecem tam continua doença, que não podem tratar de suas cousas. Conforme Ord. lib. 4. tit. 113. §. 1. cum seqq. ibi: *Curador se dà ao prodigo, & mentecapto pello juiz dos orfaõs, o qual ser à seu pay, ou sua molher, & em falta delles o auó, ou seu filho mais velho, varaõ de 25. annos.*

Acábase esta curadoria tanto que cessa a causa porque for dada. v. g. sarando, & tornando a seu ser o furioso, doente,

doente, ou meniecapto, & quando se julga serem estes restituidos a seu juizo, diremos no tit. de testamentis.

§. *Interdum.*

SVMMARIO.

1 *A quem tem hum tutor se não póde dar outro, & como se entẽde esta regra?*

2 *Tutor impedido se póde nomear outro tutor?*

3 *E se poderaõ fazer hum procurador?*

4 *Differenças do Procurador, & Requerente.*

5 *Aos bens dos ausentes se dá curador, & como? & às heranças jacentes.*

1 Este he o terceiro genero dos Curadores, que se daõ aos moços antes de 25. annos, q̃ aliás regularmente naõ estaõ sub tutela. Poemse agora neste §. hũa excepçaõ da regra sobredita: *Quod habenti tutorem tutor dari non debeat*, pella rezaõ, que acima démos, de que a tutoria era indiuidua por seguir a pessoa, & a curadoria se diuidia como os bens, pois a elles se dá principalmente. Porem se o Tutor for impedido com algũa doença, mal, ou occupaçaõ tal, que naõ possa ser Tutor, entam se lhe adjunta hũ curador: *Quipotiùs rerum pupilli administrator, quam curator intelligitur*, vt dicit text. in l. solet, ff. de tutelis. Item, se o Tutor for impedido com algum impedimento temporal; porem se o impedimento for perpetuo, neste caso se dá outro Tutor, l. complura, ff. de tutelis: & deste modo se limita a regra geral, *quod habenti tutorem, tutor non detur*; que naõ procede quãdo sobreueio impedimento perpetuo, depois da tutoria aceita, & tomado o encargo, v. g. fazendose incapaz o Tutor depois por cego, mudo, surdo, &c. ou quando o Tutor se houue com dolo na administraçaõ da tutoria, & foy excluido della, como suspeito, porq̃ entam se lhe faz subrogaçaõ de outro Tutor, vt hic, & §. fin. infra de suspect. tut. & l. licet. C. in quibus casibus Tutor, vel curator, &c. & as mais limitaçoens, que poem a gloss. hic in verbo, *dari*, & pera declaraçaõ do nosso texto se pregunta.

Se o Tutor impedido póde por si mesmo constituir outro tutor?

2 E Respondese, que ainda que naõ póde substituir outro Tutor, cõtudo se estiuer impedido com doẽça, ou outra necessidade tal, que naõ possa administrar os bens do pupillo com o deuido cuidado, póde em juizo com authoridade do juiz constituir hũ agẽte, *idem est auctorẽ constituere*, corrẽdo os riscos da administraçaõ por conta do Tutor, & agenciãdo em seu nome, vt inquit hîc Aldobrand. & probatur per textum, & ibi Barthol. in l. solet, ff. de tutelis, com esta differença; que o Tutor naõ póde constituir procurador, senaõ agente: *Quia nos est dominus, & dominis tantùm permittitur.* l. 1. ff. de procuratoribus, o que se entẽde de procurador em causa propria, como veremos no tit. de procuratoribus.

Acerca

Titulo vigesimo quarto

Acerca do que se pode notar, que hũa cousa he Syndico, outra Actor, & Procurador, porque o Syndico he o q̃ procura cousas de Vniuersidade, ou Communidade, & Procurador he o q̃ procura negocio particular de hũa pessoa, & agente o mesmo; porem não fica viciado o instrumento se se disser, em nome da Vniuersidade (que he o ajuntamento, ou confraria de muitas pessoas, como diremos no §. vniuersitatis infra de rerũ diuisione) que cõstitue hum procurador, ou agente, porque quando consta da vontade, não se trata das palauras: *Cùm verba debeant seruire intentioni, non intentio verbis,* secund. gloss. in cap. petitio de procurat. Finalmente notemos, que tambẽ aos bens dos ausentes se dá Curador, cõforme a nossa Ord. lib. 1. tit. 89. quãdo se não sabe se he morto, ou vivo, & não tem molher, ou pai: & neste caso he practica observada, que o Curador o dá o juiz, que mandar citar o ausente por editos, & não o juiz dos orfaõs. Mendes in praxi 2. p. lib. 3. cap. 1 n. 16. como tambem se dá Curador á herança jacente, ex Ord. lib. 1. tit. 89. & nós veremos no tit. de success. quæ ab intest. def. que cousa seja herança jacente.

§

DE SATISDATIONE TVTORUM, vel Curatorum.

Titulus vigesimus quartus.

SVMMARIO.

§ *Rezaõ porque se continua este titulo, & porque quiz a lei segurar os bens dos menores com fianças.*

§ *Quaes saõ os Tutores, & Curadores, que deuem dar fiança, & se a deuem dar os nomeados no testamento do pai?*

§ HE alcy taõ cuidadosa dos bẽs dos menores, que depois de tratar do officio, & encargo dos Tutores, & Curadores, pera que os bens dos pupillos sejaõ administrados com cuidado, & se naõ diminuaõ, nem destruaõ, ordenou, que os Tutores dessem fiança, & cauçaõ na administraçaõ da tutoria. l. 1. §. 1. ff. de præst. stipul. Ord. lib. 4. tit. 102. §. 5. l. pupillus 9. & toto titulo. ff. rem pupilli saluam fore. l. tutor, 7. ff. administrat. tut. l. si plures 13 eodem tit.

Dissemos acima, que auia Tutores, legitimos, testamentarios, & datiuos. E assi que estaõ obrigados a dar fiança. Primó, o Tutor legitimo. Secũdò, o datiuo, que he dado pello juiz. Tertió, os testamẽtarios ab extranco. Quartõ, os curadores dados aos prodigos, ou furiosos, porque esta fiança pertence a todos os Tutores, & Curadores.

dores. Tirase porem desta regra primeiro os Tutores testamentarios dados no testamento do pai, porque como o conselho paterno seja tam preferido a todos, o Tutor, que o pai dà a seus filhos, parece que he tam approuada sua sé, que não deue dar esta fiança (probat Ord. lib. 4. tit. 102. §. 1.) senão se le distrahir depois, & fizer cousas com que seja remisso na administração, será entam obrigado a dar fiança. l. in confirmando cum duabus sequentibus, ff. de confirmation. tut. porque supposto que os bens dos Tutores, & Curadores estejão tacitamente obrigados, & hypothecados ao pupillo, l. vltim. Cod. administr. tut. & l. vltim. ff. in quibus causis pign. vel hypothec. com tudo porque pòde acontecer, que o Tutor vse mal de seus bens, & os gaste, quiz a lei pera mayor segurança dos menores que tiuessem tambem fiadores dos mesmos Tutores, ou Curadores a que pudessem obrigar. Secundô, os Curadores dados no testamento, & confirmados pello juiz. Tertiò, os Tutores dados em os codicillos. Quartò, os Tutores dados no testamento da mãi porem com a inquiriçaõ, & approuação do juiz ficão tam idoneos, que se liuraõ da satisfação. Text. in l. 2. de confirmat. tut.

§. Sed si ex testamento.

SVMMARIO.

1 *Pupillo pòde ter muitos tutores.*

2 *Se tiuer muitos tutores o pupillo, como haõ de administrar a tutoria, se juntos, ou cada hum per si?*

3 *Como se julgarâ que administre hũ de muitos Tutores, & como se-raõ huns a outros preferidos?*

4 *Se quando saõ muitos tutores juntamente dados, saõ todos obrigados a dar fiança, & administrar a tutoria?*

PEra entendimento deste §. se ha de saber, que hum pupillo pòde ter muitos tutores testamentarios, dativos, & legitimos. l. si plures, ff. de testament. tutor. & tam bem se podem dar muitos curadores a hum maior de vinte & cinco annos. l. 3. in princip. ff. de administrat. tut.

Secundò, que todos os Tutores se quizerẽ, podem administrar juntamente a tutoria, diuidindo entre si os encargos della. d. l. 3. §. fin. cũ seqq. cõ tanto q̃ façaõ inuẽtario, tomando juramento do q̃ recebem pera administrar bem, & tanto assi q̃ tacitamente ficão seus bẽs do Tutor obrigados ao pupillo, & q̃ os bẽs dos Tutores, & Curadores tacitamẽte ficaõ obrigados aos pupillos pella administraçaõ, não sò pello q̃ mal administraraõ, mas pelo q̃ deixaraõ por negligẽcia, proua Cyn & DD. in l. pro officio, C. de administ. tut. Negus. in tract. de pignor. 4. mẽb. par. 1. n. 6. & começa a hypotheca tacita desde o dia q̃ começa a tutoria: & todos os que não forem dos exceptos acima referidos estaõ obrigados a dar fiança.

Tertiò, que he melhor aos pupillos ter hũ sò tutor, & não muitos. q̃ mais serue de perturbaçaõ, q̃ de bõ gouerno, l. 2. C. quãdo & quibus 4. pars, & c. lib. 10. ibi dicitur: *Naturale quidẽ vitiũ est, vt quod communiter possidetur plerumq́ negligatur.* E por isso pòde hũ Tutor offerecer aos outros se querem que elle sò administre a tutoria, dando

a fiança se elles consentirem, se lhes concede a administraçaõ, l. non omnium, Cod. de tutor. & curator, qui non satisd. Porem se elles não quizerem consentir nisso, podem todos administrar. Quartò, se o pai eleger Tutor no testamento he preferido a todos pella eleiçaõ paterna, se o Tutor não mudar depois, como temos dito. Quintò, se não for deixado Tutor expresso no testamento do pai, administrará a tutoria o q̃ for eleito pella mayor parte, l. 3. §. si non erit, ff. administrat. tutor. l. quod maior, ff. ad municip. Sextò, desconcordando os Tutores na eleiçaõ, se interpoem a authoridade do juiz, que escolhe o mais idoneo: Septimò, se ha de notar, que os Tutores, & Curadores não podem ser obrigados a eleger contra sua vontade, mas pôde o juiz nomear hum, q̃ só administre, Textus in d.l. 3 §. fin. ff. de administ. tut. vbi dicitur. *Si Tutores non consentiant Prætori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habent electo, nec volunt esse successores alieni periculi, Prætor permittere debet eis omnibus gerere.*

Donde se collige, que se os Tutores não quizerem diuidir entre si a tutoria, deuem ser ouuidos, & destribuida entre elles a administraçaõ, ou em partes, ou em regioẽs, conforme assentarem, d.l. 3. in fine cum l. seqq.

Finalmente saibamos a questaõ, que aqui se costuma ventilar, & he.

4 Se quando saõ muitos Tutores juntamẽte dados, se saõ todos obrigados a dar fiãça, & administrar? E pera a resoluermos distinguamos 2. casos principais. Primo, ou a tutoria não he diuidida, entam tem o pupillo escolha pera litigar contra o Tutor que quizer, ou elles todos administrassem, ou hum sô, porque não tendo diuidido o trabalho saõ iguais na culpa, l. 2. in princip. Cod. de diuid. tut. & se hum administrar, & outro não, neste caso primeiro ha de ser obrigado o que administrar acerca das cousas administradas, que elle fez, mas das que deixar de fazer ficaõ obrigados todos. l. fin. Cod. qui tut. vel curat. non gess. & dicta. leg. 3. vers. constat, §. si parens.

Secundô, ou a tutoria he diuidida, & tambem se distingue: ou o testador fez a diuisaõ, ou o juiz; & neste caso não está hum Tutor obrigado ao que fizer o outro contutor, senão cada qual está sugeito a dar conta daquella parte que lhe for encarregada, excepto quando o contutor não denunciar, remouer, ou accusar aquelle que com dolo, ou culpa mal administrar, text. in dicta leg. 2. §. in diuisionem, Cod. de diuid. tut. nem neste caso se trata dos quatro remedios, que logo referirei. Ou a diuisaõ he feita pellos mesmos Tutores entre si, & entam está na escolha do pupillo o litigar contra hum, ou outro como quizer: ou administrasse hum, ou todos, ou nenhum: porque cada qual está obrigado in solidum, & hum por outro. Textus in dicta l. 3. in fin. mas neste vltimo caso competem aos Tutores quatro remedios. Primò, o beneficio da ordem. Secundô, a cessaõ das acçoens. Tertiô, da acçaõ vtil. Quartô, da diuisaõ, dos quaes podem vsar deste modo.

Quando saõ muitos Tutores, & hum só administrar a tutoria, entam bem pôde o pupillo de rigor de direito obrigar àquelle, que não administrou, porem elle se pôde defender com a excepçaõ da ordem, dizendo, que

que ha de começar pello que administrou, l. final. Cod. de diuid. tut. & se este que administrou não tiuer por onde pague, entam pagará o que não administrou, o qual ainda tem o beneficio, *cedendarum actionum*, pera que possa obrigar o pupillo que ceda, & desista da acção que tinha contra o que administrou: o qual ainda que ao tal tempo não tenha nada de seu, se vier a enriquecer poderá o que pagou por elle repetirlhe o q̃ tiuer dado em seu nome. E se o que paga não se valer do segundo remedio da cessaõ das acçoens, sempre lhe compete o terceiro da acção vtil, scilicet, acçaõ. *de tutela*, ou a que chamamos *Negotiorum gestorum*, pera alcançar a porção daquelle por quem a pagou. E assim tem lugar estes tres remedios, quando hum sô dos Tutores administrar, mas quando todos administraraõ, ou nenhum administrou, entam ainda que todos estejão obrigados *in solidum* cada hum per si, com tudo se todos elles não tiuerem por onde paguem, & hum só for obrigado por demanda, se defenderà com o quarto remedio da diuisaõ, pera que não seja obrigado, nẽ executado em mais do q̃ abrange a sua porção, senão cada hũ dos contutores *pro rata, & virili portione*. E se os mais não tiuerem por onde poderem pagar, entam pagarão os ricos, ficandolhes o beneficio da cessaõ da acçao, & a acção vtil, dicta leg. 2. Cod. de diuid. tut. Bartholus, & Doctores in leg. 1. de transfaction. l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tut. & rat. distrah. de quo latiús Angelus, & scribentes.

§. *Sciendum.*

SVMMARIO.

Pupillo póde pella mâ administraçaõ obrigar os tutores, & seus herdeiros, & os fiadores, & seus herdeiros, & em falta de todos se lhe dà acçaõ contra o juiz, que der o tutor, ou curador, & não puzer em recado os bens dos menores. T

A Cerca deste paragrapho notemos, que o pupillo, que padecer algum danno pella mà administração dos Tutores, os deue obrigar em primeiro lugar, como dissemos acima. Secundò, obrigará os herdeiros dos Tutores, l. fin. & toto titulo, Cod. de hæred. tutor. vel curat. I

Tertiò, os fiadores, pellos quaes deu fiança o Tutor, & seus herdeiros, l. etiam, & l. cum ostendimus, ff. de fideiussoribus, & nomin. hæred. tut. & curat.

E tanto que tiuer (regularmente) executado os sobreditos se não tiuer alcançado, ou não puder alcançar delles o que lhe faltar, obrigará entam o Magistrado, demandãdo o Iuiz, que lhe deu os Tutores, porque não foy acautelado em pedir as fianças necessarias aos que lhe deu, l. quoties, ff. qui satis dar. cogantur, & toto titulo de magistrat. conueniend. porem esta acçaõ, que se dá contra o juiz, que não tomou boas fianças aos Tutores, ou não poz em boa arrecadação os bens dos menores, he subsidiaria,

Titulo vigesimo quinto

& hão de ser primeiro executados os deuedores principais, & os mesmos Tutores, ou Curadores, & seus fia-dores, como veremos julgado no tit. de actionibus, §. actionum.

DE EXCVSATIONIBVS TV-torum, vel Curatorum.

Titulus vigesimus quintus.

SVMMARIO.

1 *Todos saõ obrigados a aceitar o encargo da tutoria por ser cargo publico, de que ninguem se izenta.*

2 *Limitase esta regra, que não procede nos que tem justa causa de se escusarem da tal aceitação: concordase o nosso titulo presente, & se reduzem a dezasete as causas da escusa, q̃ se pode allegar.*

3 *Primeira causa de escusa he o ter muitos filhos, & quem tiuer cinco, pòde recusar ser tutor, & como?*

4 *Limitase quando não procede esta causa de escusa por respeito dos filhos, & se os netos escusaõ o auò pera não ser tutor de outros menores?*

5 *Filhos mortos não escusaõ o pai; se não quando morrerem na guerra, & porque?*

1 Era entendimento deste titulo supponhamos hũa regra geral, que todos os Tutores, & Curadores, ainda que não queiraõ saõ obrigados a aceitar o encargo da tutoria, & cuidado. l. 1. ff. de administrat. tut. *Est enim tutela munus publicum personale:* & a lei não quiz, que ninguem fosse izento dos cargos, & beneficios publicos, antes pòde ser constrangido aos aceitar. l. nullus, & l. vacuatis, Cod. de decurion. lib. 10. Tem explicado o nosso Emperador nos titulos precedentes o modo, com que se administra, & aceita este cuidado, agora se segue o presente titulo, em que se declarão os modos, & causas, com que hum homem se escusa de accitar este encargo, porque a sobredita regra geral se limita, de modo que não procede quando ha justa causa de escusa, que he hũa allegaçaõ de causa prouauelmente justa, com que se recusa a aceitação deste encargo. Concorda este titulo com as rubricas in ff. & Cod. de excusationibus tutor. Vejamos as causas da escusa, & refere o Emperador dezasete, com as quaes se liura hum homem deste encargo. *Ord. lib. 4. tit. 104.*

2

A primeira causa de escusa he por rezão dos filhos, porque em Roma quẽ tinha tres filhos estaua escuso de

3

ser

ser Tutor, nem Curador, & este he o direito que chamaõ. *Trium liberorũ*, de quo Martial ad Domitianum sic ait:

Quod fortuna vetat fieri, permitte videri
Natorum genitor credar vt esse trium.

Idem ad vxorem.

Natorum mihi ius trium róganti
Musarum preiium dedit mearum,
Solus qui poterat.

Em Italia se escusauaõ aquelles, que tinhaõ quatro filhos, & nas prouincias cinco, vt hìc, & l. 1. Cod. qui num. lib. & text. in l. 3, §. quamuis, vers. cura, ibi, *numerus quinque liberorum*; &c. ff. de muneribus, & honor. l. 2. vers: remittit, ff. eodem, Ord. lib. 4. tit. 104. in princip. explicat Senator Homem de numero quinnario, cap. 1, n. 1. & seqq. porque a lei não quer que quem tem que administrar cousas proprias, se perturbe cõ as alheas pois a perfeita charidade começa pella pessoa. l. præses, Cod. de seruit. & aqua. E ampliase esta regra, que procede, ou os filhos sejáo machos, ou femeas, ou estejaõ no patrio poder, ou sejão sui iuris emancipados, ou sejão netos filhos do filho macho, que estes representando a seu pai ficão em lugar effectiuo de filhos ao auò por morte do pai, ou sejão filhos adoptiuos, que aproueitaõ perá esta escusa ao pai natural, ainda que os tenha dado em adopçaõ. l. 2. §. non solum, ff. eodem. E do sobredito se pòde colligir quando não proceda esta regra, o que he em seis limitaçoens. Primeira, não seruem de escusa ao auò os netos filhos de filha, porque não escusaõ o auò materno, mas em tudo seguem o paterno. Segunda, os filhos adoptiues não escusaõ o pai adoptiuo, por ser esta occupação, & carga, que hum homem toma em adoptar, & perfilhar o filho alheo voluntaria. E assi se deue culpar a si mesmo do damno que dahi lhe resultar. cap. damnum de regul. iuris in 6. Terceira, os filhos naturais somente não escusaõ o pai natural. Quarta, os filhos no ventre da mãi em quanto não nascem, não escusaõ o pai. l. 2. §. qui aut in ventre, ff. eodem; porque quando se trata de commodo alheo, se não reputa por nascido o filho, que está no ventre, l. qui in vtero, ff. de statu homin. Quinta, os filhos nascidos depois que seu pai estiuer dado por tutor, dicta l. 2. §. numerum. Sexta, os filhos mortos não escusaõ ao pai, porem se morreraõ na guerra si, porque os que dão a vida pella patria sempre viuem no priuilegio de eterna memoria, como nos ensina Gellio 15. quando disse: *Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere intelliguntur.* Cui consonat illud Plauti: *Qui per virtutem perbitat, non interit.* E assim Cesar o valeroso temia morrer em sua casa, desejãdo elle cõ grãde affecto morrer

nã guerra, & Hyppomedon andando muito tempo no mar lendo arrebatado de hũa onda maldisse aos Deoses pella morte que lhe dauão tam contraria a seu desejo, que era morrer pella patria.

Flunio ne (pudet) Mars inclite merges,
Hanc animam? segneſq; latus, & stagna subibo,
Ceu pecoris custos, subiti torrentis iniquis
Imerceptus aquis? Adeò ne vrcumbere ferro
Non merui?

§. Item diuus.

SVMMARIO.

1 *Quem administra os bens, & cousas do fisco Real não pòde ser constrãgido a aceitar o officio de Tutor em quanto tiuer a occupaçaõ.*

1 A Segunda causa, com que hum homem se escusa de aceitar o encargo da tutoria he a administraçaõ das cousas do fisco, porque em quanto dura o officio, dura o priuilegio da escusa. l. administrãtes. ff. eodem, & isto pera que nem as cousas do fisco, se percaõ, nem os bens do pupillo se diminuaõ, & o mesmo procede naquelles, a quem o Principe encarrega o cuidado do bẽ publico, que se antepoem ao particular, & em quãto durar o cargo, dura a escusa.

§. Item si qui.

SVMMARIO.

1 *Embaixador he escuso de aceitar nouas tutorias tãto que for eleito.*
2 *O que estâ pera se fazer de proximo se julga por feito pella rezaõ do direito infalliuel ser como posse actual.*
3 *Embaixador tem este priuilegio da escusa atê hum anno depois de sua vinda pera effeito de não ter nouos encargos, mas não se liura dos que tiuer.*

1 A Terceira causa da escusa hẽ a ausencia por causa da Republica porque hum Embaixador naõ pôde ser encarregado da tutoria, não sò em quanto estiuer ausente, mas tambem desde q̃ se começár a preparar. l. legato, ff. de legation. onde diz, que o Embaixador he priuilegiado, tanto que for eleito. Donde inferem os Expositores deste §. que o direito infalliuel he possessaõ actual, & o mesmo he estar feita hũa cousa, do que auer de se fazer de proximo, per regulam. l. penult. ff. de milit. testam. *vbi iussus confestim cingi potest iure militari testari*: vnde illud vulgatum, *cingendus pro cincto habetur, & de proximè Doctorandus, habetur pro Doctore; potentia enim propinqua actui, pro actu habetur*, vt dicit Bald. in l. penultima, ff. eodem.

2

E não só escusa o Embaixador em quanto vai, & està ausente, mas tambẽ depois de tornar hum anno corrente està liure do encargo da tutoria, não só

3

ſò por priuilegio, mas tambem pera ſe refazer, & tomar forças dos trabalhos & cuidados paſſados. Item, ſe eſcusa naõ sò das tutorias futuras, mas tambem das que tiuerão ao preſente, porque ſe o Embaixador for Tutor de huns menores em quanto eſtà auſente ſe lhes dà hum Curador, cujo officio expira com a vinda do Embaixador ſeu tutor, porque niſto ſe differença a tutoria futura, da preſente, porque nas futuras he o Embaixador priuilegiado pór hum anno depois de ſua vinda: *Et ita excuſatur à ſuſcipienda, non verò à ſuſcepta*; mas da preſente não ſe liura mais que pera o entretanto de ſua jornada, ſem ter anno de eſcuſa depois de tornar. l. non ſolúm in principio. & l. 2. C. ſi tut. vel curat. Reip. cauſa abſuerit.

§. *Et qui poteſtatem.*

SVMMARIO.

1 *Iulgadores, Iuizes, & Vereadores, em quãto exercitaõ os cargos não podem ſer conſtrangidos a aceitar a tutoria, reſpondeſe ás duuidas em contrario.*

A Quarta cauſa de eſcuſa he, que os Magiſtrados, que ſaõ aquelles, que tem o gouerno, & adminiſtraçaõ da Republica, como eraõ em Roma os Conſules, Pretores, &c. & os mais do gouerno publico, q̃ o adminiſtraõ ſaõ eſcuſos de ſerem encarregados de tutorias, mas não os liuraõ das que tiuerem antes do cargo lhes ſer dado. *Multa enim impediũtur à principio, quæ poſteà firma ſunt, & facta non tollũtur.* l. patre furioſo iun cta gloſſa ibi verbo retinere, ff. de his, qui ſunt ſui, vel alieni iuris. E eſcuſos da tutoria naõ ſaõ os juizes, & Vereadores, que ja antes a tinhaõ q̃ o foſſem Ord. d. lib 4. t. 104. §. 1. com que tãbem ſe entende o texto na lei propter Magiſtratum 26. ff. de excuſat. tut. ondo poſto que o I. C. Paulo diga, que naquelle caſo, o officio de juiz, *idem eſt magiſtratus*, não liuraua do encargo da tutoria he, porque ſe tratatua de hũ que não era ainda juiz, mas porque eſtaua pera o ſer queria excuſarſe o q̃ não ſe permitio. porque sò ſe liuraõ os que actualmente julgaõ, & tem occupaçaõ, & não os que a tiueraõ, ou haõ de ter. E acerca das ſobreditas cauſas ſe ha de notar, que he neceſſaria eſcuſa, porque ſe o Embaixador, ou Magiſtrado, & os mais ſe não eſcuſarem, não ſe liuraõ do encargo, porque eſta cauſa he neceſſaria, que ſe allegue vt notat Aldobrandin. hic, & facit textus in l. 1. C. ſi tutor Reip. cauſa abſuerit.

§. *Item propter litem.*

SVMMARIO.

Demandas entre o pupillo, & tutor o eſcuſaõ de aceitar o encargo. 1

A Quinta cauſa he algũa demanda grande, que haja entre o Tutor, & o pupillo, ou de todos os bens, ou da maior parte delles: & iſto quando a demanda for grande, porque ſendo de pouca quantia dauase hum Curador ad litem, que acabaſe com a demanda; porem iſto era de direito antigo: mas hoje de direito no

Titulo vigesimo quinto

uo das Authenticas não pòde o deuedor, nem o acreedor do pupillo ser seu tutor, nem curador, Authent. minores, C. qui tut, dar. poss. como acima referimos.

§. Item tria.

SVMMARIO.

1 *Quem tem encargo de tres tutorias se póde escusar de receber mais.*

2 *Ampliase que procede o mesmo no q̃ he tutor de hum pupillo, & curador de dous menores.*

3 *Se procederâ o mesmo sendo as tutorias de pouca ocupação, & de limitado porte?*

4 *Hũa tutoria de muitos encargos se basta pera escusar de tomar outras?*

1 A Sexta causa da escusa he a multidão das tutorias; porque o homem que tiuer tres tutorias a seu cargo não pòde ser encarregado de outras, porq̃ em quanto administra tres, nao ha de confundir os negocios huns com outros. l. tria onera, ff. eodem. E ampliase esta regra, que procede, ou tendo tres tutorias, ou tres curadorias, ou misturado sendo Tutor de hum pupillo, & curador de dous. Porem limitase isto, que não procede quando as tres tutorias forẽ leues, & de limitado patrimonio, ou quando saõ affectadas: *Nullum enim affectatum dicitur oneroſum.* Hinc dicit gloss. *Hoc portat leuiter, quod portat quisq; libenter.* E assi que cinco limitadas escusaõ, & hũa sò pòde ser de tanto peso, negociosa, & diffusa, que escuse das mais. l. si is qui tres, §. fin. ff. eodem, conforme parecer justo ao juiz.

§. Sed & propter.

SVMMARIO.

Pobreza escusa da tutoria, & como? 1

A Septima causa, que escusa he a pobreza, vt hic, & l. paupertas, ff. eodem; porem requere se que seja tal a pobreza, que não possa o escusante acudir a seus negocios, & lhe seja necessario ganhar o sustento por seu trabalho; porque neste caso seria cousa injusta, & desigual obrigar a fazer negocios alheos àquelle que não pòde tratar dos seus, nem he decente, nem congruo ao pupillo que seu Tutor seja pobre, que vze mal da administraçaõ. Quaes sejaõ os pobres declarará o juiz, porque lhe he arbitrario, examinando as posses, & modo da vida da pessoa, segundo a gloss. in Authent. prætera in verb. locuples, C. vnde vir, & vxor. 1

§. Item propter aduersam.

SVMMARIO.

Enfermo não pòde ser constrangido a ser tutor, & como se entẽde esta resoluçaõ? 1

Impedimento quem o pòde remouer se não póde ajudar delle, 2

Acita-

1 A Octaua cauſa de eſcuſa he a enfermidade, & pouca ſaude; porque quem he taõ enfermo que não pòde administrar ſeus negocios, não pòde ſer encarregado de outros, nem da tutoria. l. vnica, Cod. qui morbo ſe excuſant. *Lex enim nemini quem obligare ad impoſſibilia*, l. impoſſibilium, ff. de regulis iuris. E ampliaſe eſta concluſaõ, que procede, ideſt, que a enfermidade eſcuſa não sò da tutoria futura, mas tambẽ da preſente; porque o enfermo não pòde ſer encarregado de noua tutoria, antes pòde depor a que tiuer. l. poſt ſuſceptam, & l. non ſolùm. ff. eodem. Secundò, procede eſta concluſaõ, ou a doença ſeja do corpo, ou do entendimento. v.g. ſendo furioſo, porem deueſe entender, que ha de ſer a doença perpetua. v. g. mudo, ſurdo, cego, & outros doentes de enfermidade continua: porque a doença accidẽtal, de que ſe pòde conualecer, não eſcuſa pera ſempre; mas por entretanto ſe darà hum curador ao pupillo em quanto durar a enfermidade temporal. d. l. non ſolum, §. ſi quis ita ægrotus, ff. eodem, & por iſſo ſe diz, que o impedimento he aquelle, que ſe não pòde remouer, & quem o pòde remouer não ſe pòde ajudar delle. l. qui poteſt facere, & ibi Dec. & Cagnol. ff. de reg. iur. l. ſed & ſi per Prætorẽ, §. 1. ff. ex quib. cauſ maior. l. quibus dieb° in princip. & ibi Bald. ff. de condit. & demonſtrat. cap. final. de elect. Barb. in l. cùm notiſſimi, §. illud, n. 8 C. de præſcript. 30. facit Verall. deciſ. 72. in fin. part. 2.

2

§. *Similiter.*

SVMMARIÕ.

Hum homem ruſtico, que não ſabe ler, nem eſcreuer ſe pôde eſcuſar do encargo da tutoria. 1

Iuiz ordinario ſe pôde ſer aquelle, q̃ naõ ſabe eſcreuer? 2

Nobres, que viuem na villa podem impedir a eleiçaõ dos que viuem no campo. 3

Nobres ſempre haõ de ſer preferidos nos cargos publicos, & a nobreza das letras precede à do ſangue. 4

Criminoſo não pòde ſer juiz, nem exercitar officio de juſtiça. Refere ſe julgado. 5

1 A Nona eſcuſa he a rudeza, & desconhecimento da pratica, & das letras, porque hum homem idiota não pode ſer tutor, porq̃ os bens do pupillo ſe não percão por ſer requiſito neceſſario o fazer inuentario, & lançar em rol as deſpeſas, couſas que não pòde fazer hum homem, que não ſabe ler, nem eſcreuer. l. tutor, qui Repertorium, ff. de adminiſt. tut. Porẽ requereſe ao menos que ſeja hum homem muito experimentado nos negocios, donde notaõs Doctores, que explicaõ eſte §. que bem pôde hum homem ſer juiz ordinario sẽ ſer letrado, ſem obſtar, que a ſentença haja de ſer dada in ſcriptis. l. final. Cod. de ſentent. experic. recit. cap. fin. de ſent. & re iudicat. porque baſta q̃ tenhaõ adjuntos letrados, & peritos, com cujo conſelho ſe gouernẽ, & que dem a ſentença, & que a eſcreuaõ, & baſta, que o Eſcriuaõ a publique, vt notatur in dicto cap. fin. & gloſſ. ibi, porem ſempre nos lugares ſe haõ de eſco-

2

ẽse=lher os nobres,& aquelles,que fo rem mais intelligentes, como se con. siderou na causa de Villa velha de Ro dam,comarca de Cástello branco,em que fazendose eleiçaõ dos juizes or. dinarios pera os annos de 647. & 48. & 49. sahirão por juizes Thome Mẽ des morador na mesma Villa,& Anto nio Pires morador no termo: veyo o dito Antonio Pires com huns embar gos ao Corregedor mandar, que elle fosse juiz do termo,tendose obrigado a viuer na Villa,& não lhe poder pre. ceder Thome Mendes sendo mecani. co;& o embargante nobre,porque sô os nobres,que viuem na Villa podem impedir a eleiçaõ dos que viuem no campo Boer. decis. 272. Auendan. de exequend. mand. p. 1. cap. 19. n. 19. Menoch. de arbitr. q. 49 num. 25. & a Ordenaçaõ lib. 1. tit. 77. in fin. princip. se conforma com o estylo, ou pello contrario,o estylo com a Ordenaçaõ de se admittirem tantos juizes do ter mo,como da Villa,quando os lugares saõ pequenos,pello que nenhum im. pedimento fez ao appellado dizer, q̃ viuia no campo, mayormente quãdo fez termo de viuer na Villa, & o não podia excluir hum estalajadeiro me. canico,nem obstou dizerse, que algũs officiais mecanicos seruiraõ de juizes no dito lugar,porque se respondeo, q̃ esses entraraõ por não hauer homens nobres,que quizessem, ou pudessem seruir; porem neste caso que o appel. lado he nobre, & está eleito, & quiz seruir,não pòde entrar o estalajadei. ro,nem outro algum inhabil, & dese. Auolo. ex l. 3 §. spurios, ff. de decu. rionibus, Grarian. forens. cap. 184. n. 49. Bobadilha in politica lib. 3. cap. 4. n. 38. Tiraquel. de nobilit. c. 37. n. 17. E sempre nos cargos publicos se ha de julgar a fauor da nobreza, por ser preferida, ex his, quæ Chassañ. in Ca thalog. gloriæ mundi 8. p. considerat. 36. & 38. per totam, & Bald. cons. 68. o que se ha de entender, se o tal nobre tiuer as partes necessarias, porque cõ correndo hum inutil com outro inda q̃ menor no sangue, sẽdo maior nas le. tras,& sufficiencia, serà preferido o le trado, porque a nobreza das letras he maior quẽ todas, ex his, quæ Alexand. cons. 94. vol. 1. n. 2. Cyn. in l. prouidendum, Cod. de post. & alij sup. cit. E assi concordaraõ na cõfirmaçaõ da sentença do Corregedor em recebi. mento dos ditos embargos, excluindo a Thome Mendes pellas rezoẽs sobre ditas,& por estar criminoso por erros de officio, & por tomar coimas fingi. das, que como tal fica inhabil ex Ord. lib. 1. tit. 99. §. 1. Phæb. 1. p. arest. 104. Cabed. 1. p. arest. 85. Auiles Prætorum, cap. 5. n. 4. Alem de que o doc. tissimo Dezẽbargador o Doutor Pe. dro Paulo de Sousa fez a considera. 5 çaõ seguinte.

Decis. 12. *Libenter confirmarem sententiam ex ipsius fundamentis non enim ius patitur, vt criminosus officium exerceat, Ordin. 1. tit. 99. Clarus §. fin. q. 73. Nec obstat quod excipiens habitet extra oppidũ. de Villa velha, quia non ideo fit inelligibilis Ord. 1. tit. 67. in fin principij, præsertim quando excipiens se obligat habitare in dicto oppido ad exercendum officium; & constat esse de nobilioribus populi;*

puli, & exceptum eſſe publicum ſtabularium, quod repugnat officio iudicis, ad quod nobiliores ſunt eligendi.

E aſſi ſe julgou, & conuieraõ na ditta ſentença os excellentiſſimos iuriſconſultos, & Doctores Pedro Paulo de Souſa, Luis Delgado de Abreu, & Rodrigo Rodrigues de Lemos, anno de 1649. Eſcriuaõ Leonardo da Coſtà Leal meu pai no dito Cartorio.

§. *Item propter inimicitias.*

SVMMARIO.

1 *Inimigo do pai, que for deixado por Tutor do filho, ſe eſcuſará preſumindoſe, que o Teſtador o quiz meter em trabalhos, & como procederâ eſta preſumpçaõ pera a eſcuſa?*

2 *Inimizade capital em que caſos ſe contrahe, & quando ſe preſume?*

1 A Decima cauſa de eſcuſa he a inimizade, porque ſe o pai do pupillo em ſua vida tiueſſe demandas, & inimizades com o Tutor dado a ſeu filho, nâo tem lugar de o ſer, porque o odio contra o pai ſe preſume reconciliado pera com o filho, & aſſi primò ſe eſcuſa aquelle, q̃ por rezão da inimizade he dado, & nomeado por Tutor ao filho pello pai em teſtamento. v. g. hum homem tinha muito dinheiro alheo, & muitas trapaças, & por meter a ſeu inimigo naquellas cõtendas, & demandas o nomear por Tutor de ſeus filhos, eſte tal Tutor nomeado goza do beneficio da eſcuſa pella malicia, que o Teſtador vzou em o querer perturbar. Secundò, tem lugar eſta eſcuſa indiſtinctamente, ou ſoſſem as inimizades antes, ou depois do teſtamento. Tertio, procede ou a tutoria ſeja teſtamentaria, legitima, ou datiua, por ſer couſa inconueniẽte tratar o inimigo do pai dos bens de ſeus filhos; & as cauſas da inimizade ſaõ arbitrarias ao juiz, vt notat hic Aldobrandin. porque ſe limita o procedimento deſta eſcuſa em as inimizades capitaes; & aſſi he inimigo capital o que acuſar a outrem de crime capital, l. qui cum maior, ff. de bonis libert. ou o que traz demanda ſobre os bens todos, ou parte, porque a fazenda he o ſegundo ſangue do homem, gloſſ. in l. aduocati in verbo vitam, Cod. de aduoc. diuerſ. iudic. & os que dizem contra alguem palauras injuriozas ſaõ inimigos capitais do injuriado, porque a vida, & a fama andaõ em igual paſſo. E das palauras odioſas reſulta inimizade capital. Ord. lib. 3. tit. 56. §. 7. ibi: *Iniuria*, cũ allegatis per Barb. ibi n. 11. Gama dec. 206. n. 18. Cald. & ab eo relati de renou. q. 7. n. 21 22, l. iuſta ff. de manumiſſ. vind. & outros arbitrarios ao juiz, ou quando hũ homem prepara, & intenta a morte de outrem, he ſeu inimigo capital, &c: & os que ſe contem na gloſſ. in l. licet, verbo capitales, ff. de arbitr. Limitaſe em ſegũdo lugar eſta regra, q̃ a inimizade não eſcuſa, ſe depois della ſor reformada a amizade, & ſe fizer paz entre o pai do pupillo, & o Tutor, a qual ſe proua expreſſa, ou tacitamente pellos muitos beneficios, & boas obras, cõforme Bald. poſt textum, ibi in l. in ipſius, C. familiæ herciſcundæ.

§. *Item*

Titulo vigesimo quinto

§. Item is qui status.

SVMMARIO.

Se o pai do pupillo trouxesse demanda sobre o estado de liure, ou escrauo cõ o tutor nomeado, ou pello cõtrario, será pera a aceitação da tutoria escusa bastante, se a demanda não for intentada com calumnia.

Aquelle, que dâ bũa bofetada no q̃ vai jurar pera o excluir como inimigo, não se póde valer da calumnia.

A Vndecima causa de escusa em ordem he, que aquelle, a quem mouesse demanda injuriosa contra a honra, & credito do pai do pupillo, & litigasse pera o fazer seu escrauo, ou pello contrario, como de tudo isto resulta inimizade capital pella injuria, que nesta controuersia lhe faz, não póde ser seu Tutor pello labeo, que de tudo isto resulta não sò ás partes da demanda, mas a todos os seus parentes. l. 1, & 2. ff. de liberali causa, o que procede se isto não for feito calumniosamente por fugir ao encargo. l. athlete, §. amplius, ff. eodem: assi como se hũ homem der hũa bofetada em outro q̃ for jurar cõtra elle pera o excluir do testemunho por seu inimigo, não se pòde ajudar desta malicia, conforme Barth. hic in l. 1. §. cum quis latrones, ff. de quæst.

§. Item maior.

SVMMARIO.

Velhice he muito priuilegiada em direito, & como por si mesma he doença, basta pera excusar do encargo da tutoria.

A Duodecima causa de escusa he por rezão daidade; de dous modos, ou por causa de idade menor de 25. annos, ou de velhice, porque os menores de 25. annos ainda q̃ queiraõ não podem ser Tutores, & por isso não necessitaõ de escusa; & sendo caso que seja dado, & nomeado no testamento hum Tutor, que seja menor de 25 annos deue se esperar q̃ seja maior pera administrar a tutoria, §. furiosus supra qui testamento tutores dari possunt. Secundò, os velhos por rezaõ da velhice não podem ser obrigados a tomar o encargo da tutoria, & gozaõ da escusa sendo de mais de 70. annos, ou de setenta completos, l. 2. ff. eodem, & l. vnica, C. qui ætate se excusant, porque nesta idade ella mesma lhes he tam graue, & padecem tantas molestias, que por si mesma he doẽça mais necessitada de quietaçaõ, do que de encargos, & perturbaçoens estranhas: & por isso lhes foraõ concedidos tantos priuilegios pellos Romanos na lei semper, ff. de iure immunit. Não obsta o texto na l. 1. §. vltim. ff. de vacat. mun onde se discidio, que hum homem de ferenta annos não se escusaua dos encargos, que procedem do direito ciuil; porque como a tutoria ainda que seja encargo pessoal tẽ suas escusas particulares, & sempre respeitando a fauor, & bem dos pupillos, & assi

& aſſi ſe differença dos mais encargos publicos, q̃ ſaõ diſtinctos do encargo da tutoria, que poſto q̃ ſeja publico, he peſſoal, & no dito texto ſe trata dos encargos *in vniuerſum*, & não da tutoria, que he peſſoal, & fauoraueł. E aſſi que pera os teſtemunhos he hum homẽ velho de 70. annos priuilegiado pera não jurar contra ſua vontade. l. inutil. iuncta gloſſ. ff. de teſtib. pera ſer hũ velho de 60. annos. l. ſi pater familias, & ibi gloſſ. in verbo ſexaginta, ff. de adopt. como tambem a molher não pare depois de 50. annos. l. ſi maior, C. de leg. hæred. & dos mais priuilegios da velhice ſe póde ver Felin. in cap. in noſtra de teſtib. & Aldobrãd. hîc n. 16.

§. *Item in milite.*

SVMMARIO.

1 *Soldados podem excuſar ſe de ſerem tutores:*

2 *E ſe procede o meſmo nos Sacerdotes ſoldados da Igreja militante?*

1 A Decima tercia cauſa de eſcuſa he a milicia, porq̃ hũ ſoldado ainda que queira não póde ſer Tutor, & por iſſo não neceſſita de eſcuſa: o q̃ foi introduzido pera que não ſe diſtrahiſſem da milicia, l. ſed & milites. ff. eodem: *Offenditur enim diſciplina militaris, ſi alienis negotijs vacent milites, ideó militibus prohibita fuerunt omnia ea, quæ quoq; modo poſſent eos à militia diuertere.* l. milites, C. locati, & ampliaſe eſta regra, que procede nos ſoldados da milicia celeſte, quaes ſaõ os Clerigos, Frades, & outros verdadeiros Prelados da Igreja Catholica, Parochos, & Vigarios, que todos eſtão eſcuſos da tutoria; porque aſſi como os ſoldados ſeculares não deuem ſer diuertidos de ſeu exercicio, aſſi os Sacerdotes não deuẽ ſer diſtrahidos do culto diuino com negocios ſeculares. l. generaliter, C. de Epiſcop. & Clericis. *Militans enim Deo non debet ſe implicare negotijs ſæcularibus.* cap. 1. *fine. Extra, ne Clerici, vel Monachi ſæcular. negot. ſe immiſceant.* E aſſi que os Clerigos contra ſuas vontades não deuem ſer conſtrágidos a aceitar a tutoria; porem ſe liuremente quizerem podem aceitar a tutoria legitima de ſeus parẽtes, cap. peruenit, vbi gloſ. 86. diſtinct. & d. l. generaliter, iuncta Authent. ſed hodie, C. de Epiſcop. & Cleric. Thom. Vaz allegat. 47. n. 27. & ſeq. Porem ſe forem chamados pera a tutoria de algum miſeraueł, & neceſſitado ſaõ obrigados a aceitar *in ſubſidium*, ſecund. gloſſ in dicto cap. peruenit. Vltimamente por limitação notemos; que eſta eſcuſa compete aos ſoldados militantes, & não aos q̃ eſtiuerem no ocio da paz, vt DD. hìc per l. adigere quanuis, ff. de iure patron.

§. *Item Romæ.*

SVMMARIO.

Profiſſaõ das ſciencias ſe eſcuſa deſte encargo, & quaes?

A Decima quarta cauſa da eſcuſa he a rezão da profiſſaõ. v. g. os Gramaticos, Rhetoricos, Medicos, & Philoſophos, em os quaes ſe comprehendem os Dialecticos. l. ſi duas, iunct. gloſ. in verbo Sophiſtæ, ff. eod. porq̃ eſtes gozaõ da immunidade,

& escusa da tutoria, vt in d.l. si duas, & l medicos, iunct. gloss. in l. fi. Cod. de profess. & med. libro decimo, vbi dicitur. *Huiusmodi professores literarũ, & legum Doctores vnà cum vxoribus, & filijs, nec non & rebus, quas in ciuitatibus possident, ab omni functione, & muneribus ciuilibus, vel publicis immunes esse præcipimus, neq; eorum domus militem, vel iudicẽ hospitandum suscipiunt.* O que procede primô, se ensinarẽ, & exercitarẽ o tal officio em sua patria, ou forẽ muito doctos; porq̃ onde quer que lerem saõ honrada patria, secund. Bald. & Angel. hic. Secũdò, q̃ sejaõ do numero, o qual se cõtaua deste modo. Nas cidades menores cinco medicos gozauaõ desta imunidade, & tres Rhetoricos, & tres Gramaticos, & nas cidades maiores sete medicos, quatro Rhetoricos, & quatro Gramaticos, & nas cidades grãdes, & muito grandiosas dez medicos, cinco Rhetoricos, & outros tantos Gramaticos, alẽ destes numeros não excedia nenhũa cidade, ainda q̃ muito populosa, vt habetur in d.l. si duas, ff. eodẽ. Dos Philosophos não ha certo numero expresso, porq̃ quantos forem gozão do priuilegio da escusa: *Rari enim sunt qui philosophantur*, ut dicitur in l. sed & reprobari, ff. eodem. Tertiò, q̃ estejaõ assignados, & escritos no numero concedido. Quartò, q̃ exercitẽ a arte, & não sejaõ negligentes. d.l. si duas, §. decet in fine.

§. *Qui tutelam.*

SVMMARIO.

¶ *Tutor, q̃ foi de hũ pupillo não pòde contra sua vontade ser obrigado que seja seu curador.*

A Decima quinta causa de escusa he, q̃ o homem, q̃ foi Tutor de hũ pupillo não póde cõtra sua võtade ser obrigado a ser Curador do mesmo pupillo, ainda q̃ seja dado por curador no mesmo testamento. l. curato, C. eodẽ, porq̃ aquelle q̃ foi encarregado hũa vez, não he justo se lhe dê segundo encargo na mesma pessoa, *Nam sufficit in quibusdam amici commoditatibus cõsuli*, vt dicitur in l. tutori, C. de neg. gest. porem se o Tutor por sua vontade quizer, bem pòde ser curador do mesmo pupillo; *Sumpto argumento à contrario sensu, quod cæteris paribus in iure esse validum*, vt notatur per Bald. & alios in l. conuẽticula post gloss. C. de Episcop. & Cleric.

§. *Item rescripserunt.*

SVMMARIO.

Marido não pòde ser Tutor da molher, nem da esposa, & porque? 1

Tutor que dormir com a pupilla, q̃ pena terâ, ou se a casar sem authoridade do juiz? 2

A molher tem tres especies de bens conforme a direito, & quaes saõ? 3

A Decima sexta causa he, q̃ o marido não pòde ser Tutor da molher, & se escusa não sô *à cura suscipienda*, mas tambẽ *á suscepta*. l. maritus, C. qui tut. dar. poss. & assim nem o esposo pôde ser Tutor da esposa, porque o amor não o obrigue (como mais valeroso) a obrar contra a rezaõ, q̃ as vontades vnidas fazem hũ sò coraçaõ, & como hũ homẽ não pòde ser tutor de si mesmo, assi o marido o não

o não deue ſer da molher amada. Secundo pella honeſtidade publica, q̃ de iure ciuili prohibe aos Tutores caſarẽ cõ as pupillas, & adultas, vt C. de inter. matr. E o Tutor, q̃ dorme com a orfãa, ou menor, q̃ eſtá a ſeu cargo, pagalhe o caſamento em dobro, & he preſo, & degradado oito annos pera Africa. Ord. lib. 5. tit. 21. §. 1. & Tutor que induzir a orfãa a caſar ſem authoridade do juiz, ſerá obrigado dar á orfãa tudo quanto ella tiuer, & alẽ diſto ſerá preſo atẽ merce delRey; & pera a Camara o quinto daquillo que leuar a orfaã; ex Ord. lib. 1. tit. 87. §. 31. E por limitaçaõ deſta regra ſobredita nas tutorias auemos de notar, que a molher ſe diz por direito, q̃ tem tres eſpecies de patrimonio, ou tres patrimonios. 3
O primeiro he o dote, q̃ eſtá ſugeito ao dominio do marido pera diſpẽder, & vſar delle como ſenhor, l. doce ancillam C. de rei vendit. Segundo, ſaõ os bẽs fora do dote, q̃ chamamos, *Bona paraphernalia*, q̃ traz a molher cõſigo, & ſe entregão ao marido *in cuſtodiam*, & deſtes he o marido legitimo adminiſtrador. & ſem mãdado da molher pòde tratar, & negociar com elles. l. fin. C. de part. 3. ſaõ os bens, que a molher reſerua pera ſi, & não os concede ao marido, nem delles he legitimo adminiſtrador, ſem que a molher lho conceda, & neceſſita de moſtrar procuraçaõ, ou dar cauçaõ de rato. l. maritus. Cod. de procurat. & deſtes vltimos, & terceiros bens trata o noſſo §. preſente, vt d. l. marituz, & ibi Paul. de Caſtr. dos mais tratamos nòs largamente abaixo no tit: de bonorũ poſſeſſionibus, onde ſe explica tudo em particular.

§. Datus.

SVMMARIO.

Tutor dado pera todos os bens ſe pòde eſcuſar de adminiſtrar aquelles que eſtiuerem longe. 1

A Decima ſeptima cauſa de eſcuſa he, que o Tutor, & Curador, q̃ he dado ſimpleſmente ao pupillo ſe julga nomeado pera todo o patrimonio; ou ſeus bens eſtejão na meſma terra, ou não, neſte caſo poſ. 1
deſe eſcuſar dos bẽs, q̃ eſtiuerem fora da terra, *vltra centeſſimum lapidem*. l. non ſolum, §. & qui teſtamento, ff. eodem; porem o teſtador q̃ tem ſeus bẽs diuididos em varias terras, & prouincias, pôde dar muitos tutores ao filho, encarregãndo á hũs o cuidado de taes bẽs, & a outros da meſma ſorte, conforme o lugar onde eſtiuerem. l. ſi tamen, ff. de teſtament. tut. porem ſe ſimpleſmente der hum ſó Tutor, ſe julga que he pera todo o patrimonio, onde quer que eſteja. l. propter litẽ, §. licet, ff. eodem.

§. *Qui autem, cum §. ſeq.*

SVMMARIO.

Eſcuſa ſe deue propor ante o juiz em termo de cincoenta dias, & proſeguila em quatro mezes. 1

E ſe não propuzer as cauſas da eſcuſa dentro dos 50. dias, ſe poderá ſer outrido depois? ã

Appellar ſe pòde o Tutor de ſe lhe não admittir a eſcuſa?

Titulo vigesimo quinto

§. final.

SVMMARIO.

Tutor, que se escusar com causas falsas não se liura, antes se reuoga a sentença q̃ estiuer dada por elle, constando da falsidade. 1

Prouisão alcançada subrepticiamẽte, & com causas falsas he nulla pello dolo, que não deue patrocinar a ninguem. 2

Dolo se presume no que faz o q̃ não deue fazer. 3

DEuemos notar neste §. que a escusa se deue propor diante do juiz em termo de cincoẽta dias, que começaõ desde o dia em que o Tutor soube, que estaua nomeado por tal. l. scire, §. quinquaginta, ff. eodẽ & pera proseguir a escusa, & prouar a causa, & alcançar sentença se lhe daõ quatro mezes correntes em dia feriados, & não feriados. l. quinquaginta, ff. eodem: & não propondo a escusa dẽtro dos 50. dias não pòde ser ouuido; & tendo varias causas de escusa propondo hũa, & faltando na proua della 2 não se pòde valer das outras, senão estiuer dentro do termo dos cincoenta dias: porẽ se dentro no dito termo propoz todas as causas nomeadamẽte ainda q̃ falte na proua de hũa tẽdo nomeado as mais, as pòde seguir dentro no termo dos quatro mezes, vt hîc, & dicta l. scire, & l propter litẽ, vers. Primo, ff. eodem, & post alios Aldobrãd. hîc n. 2. porq̃ pellas excepçoẽs, & escusas se trata de euitar o dãno, & por isso a lei permitio, que se possa vsar de hũas, & outras. Vltimamente o Tutor dado no testamento pello juiz, ou pella lei, naõ tem necessidade de appellar, quãdo se pòdẽ escusar, & seria grãde incõmodo dos pupillos seguirse a via da appellaçaõ quando pòde auer a escusa; porem se o juiz não differir á causa da escusa proposta, & a naõ admittir, entam poderá o Tutor appellar delle pera o Senado superior. l. 1. §. 3 tutor, ff. quando appellãd. sit. & as palauras do texto hîc in verbo, *non appellant*, se entendem, q̃ naõ saõ constrangidos a appellar, porẽ se de facto appellarem, bem pòderaõ seguir a appellaçaõ, vt dictum est, & notant communiter DD.

1 2 3

Tutor, que se escusar com causas falsas não se liura, antes se reuoga a sentença q̃ estiuer dada por elle, constando da falsidade. 1

Acerca deste §. auẽmos notar vltimamẽte, q̃ se alguẽ por fugir ao encargo das tutorias vzar de falsas escusas, não se liura de aceitar a tutoria, & tanto assi q̃ se estiuer escuso por sentença, não ficará, antes lhe pertẽcerá todo o perigo desde o tẽpo, em q̃ foi nomeado por Tutor. l. 1. & toto tit. C. si tutor, vel curator fals. allegat. excusat. & esta he a penna das prouisoẽs subrepticias; porq̃ aquelles, q̃ alcançarem hũ decreto, ou prouisaõ com allegaçoẽs falsas perdẽ o q̃ pedem, & não merecẽ despacho, cap. super literis, vbi Canonistæ extra de rescriptis, & he arezaõ: *Quia dolus suus nemini debet patrocinari.* l. 1. ff. de except. doli, idem in l. ita demũ in princ. ff. de arbitr. ibi, *Nequis dolisui præmiũ ferat*: porq̃ dolo se presume naquelle q̃ faz aquillo, q̃ náo deuia de fazer. l. si procuratorẽ, §. dolo, ff. mãdat. Menoc. de præsump. lib. 3. q. 55. n. 10. & elegãtissimè Seneca de morib. *Nihil interest, ait, quo animo facias quod feciße vitiosum est, quia facta cernuntur, animus*

verè

uerò non videtur. E aſſi he muito juſto que quem pede com dolo, não alcance, & ſe ache enganado do meſmo modo que queria enganar: *quia dolus cum dolo compenſatur.* l. viro 40. ff. ſoluto matrimonio. l. ſi ambo, ff. de compenſ. l. ſi duo. 36. ff. de dolo, l. ſi quidam Titio, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt, l. filium, C. de liberal. cauſa, Cardoſ. in práxi iudic. verbo delictum. n. 37.

DE SVSPECTIS TVTORIBVS & Curatoribus.

Titulus vigeſimus ſextus.

SVMMARIO.

Refereſe a continuaçaõ, & concordancia do titulo preſente; & ſe
1 *diuide em cinco partes.*
Tutores; & Curadores ſe podem ac-
2 *cuſar de ſuſpeitos, & como? E donde procede eſta accuſaçaõ? E ſe póde ſer ciuel, & crimemente?*

COmo quer que no titulo precedente diſſemos dos que não podião ſer obrigados contra ſua vontade a tomar o encargo da tutoria. Trata agora o Emperador daquelles, q̃ querendo não ſaõ admitidos, mas excluidos dellas, pella má, & perfida ſuſpeita com que ſe podem auer na adminiſtraçaõ, querendo tanto ao bom trato, & cõmodo do pupillo, q̃ não baſtaõ só as fianças de q̃ tratamos no tit. de ſatiſd. tut. mas quiz q̃ tambẽ ſe averiguaſſẽ os procedimentos do Tutor, porq̃ não baſtará ſer rico, ſenão for zeloſo; & poſto que o pupillo tenha contra elle acçaõ, pello q̃ mal adminiſtrar, como eſta ſe dá acabada a tutoria, foi melhor remouer o Tutor antes do pera juizo. Concorda eſta rubrica com o tit. in ff. & C. de ſuſpectis tutoribus, vel curatoribus, declara nelle o Emperador cinco couſas. A primeira dõde procede o crime da ſuſpeiçaõ. A ſegũda, q̃ juizes deuem conhecer della. A terceira, quem, & por quem, & as cauſas porq̃ pode ſer remouida a tutoria, & excluido o Tutor. Na quarta poem a pena da ſuſpeiçaõ. Na quinta declara quando, & como ſe extingue a accuſaçaõ da ſuſpeiçaõ do Tutor.

Quanto á primeira ſaibamos, q̃ a ſuſpeiçaõ teue ſua origem, & a accuſaçaõ deſte crime procede da l. das 12. Taboas, como procedem as mais pertencentes à tutoria, & eſta acculaçaõ he dẽ dous modos, q̃ ou ſe póde intentar ciuil, ou criminalmente: a ciuil he quando ſe litiga contra o Tutor, ou Curador em juizo, pera que dando cõta & entrega da tutoria ſeja excluido della, ou lhe ſeja dado Tutor adjunto, como ſe contem na l. ſi tutor, ff. eodẽ. Criminal he quãdo o Tutor, ou Curador he accuſado em juizo, não sò pera ſer remouido, & excluido da tutoria, ou curadoria, mas tambẽ pera ſer caſtigado conforme o arbitrio do juiz. l. 1.

§. fin. ff. eodem. E posto q̃ na lei das doze taboas se não tramsse dos Curadores, senão dos q̃ se dauão aos furiosos, com tudo por interpretaçaõ dos Iurisc̃osultos se entende q̃ se podẽ intentar estas accusaçoẽs de suspeiçaõ tambẽ contra os Curadores, pois tambem administraõ os bẽs do papillo, a cujo cõmodo, & vtilidade as leis sempre attenderaõ.

§. Datum.

SVMMARIO.

F *Quem pòde conhecer da suspeiçaõ posta ao Tutor?*

A Segunda parte do nosso tit. pertence a sabermos que juizes deuem conhecer da accusaçaõ da suspeiçaõ, & antigamẽte pertencia sò ao Pretor de Roma, & aos Proconsules, & Presidentes; porem hoje todos os juizes q̃ tem poder pera dar ao pupillo Tutor, & Curador, o tẽ tambem pera remouer as tutorias, & conhecer do crime, & suspeiçaõ dos Tutores, & Curadores. *Cùm nihil sit tam naturale, quàm vnumquodq; eodem vinculo dissolui, quo colligatum est.* l. nihil tam naturale, ff. de reg. iur.

§. Ostendim⁹, & §. quod si Patron⁹.

SVMMARIO.

E *Se todos os Tutores podem ser accusados de suspeitos?*

3 *Patrono se póde ser accusado de suspeito pello liberto seu pupillo?*

I NEstes §§. se inclue a 3. parte do nosso tit. donde se poẽ por regra, q̃ todos os Tutores, ou legitimos, outestamẽtarios, ou datiuos de que temos dito se podẽ accusar de suspeitos. l. 1. §. ostendimus, ff. eodẽ, & não obsta a confiança, de q̃ por rezão do sãgue esteja aprouada a fẽ dos taes Tutores, porq̃ com tudo isso vendo se no cargo da tutoria, pòde cometer suspeiçoẽs; porq̃ assi como nos cargos se conhecem os nomẽs, iuxta illud, *Magistratus virum demonstrat*; assim aquella primeira presumpçaõ se tira com as seguintes suspeiçoẽs, & conjecturas: a qual regra se amplia ao Patrono, q̃ for Tutor do seu liberto, (de q̃ explicaremos em seu lugar no 3. liuro) o qual tambẽ se pode accusar de suspeito: porem como não ha acçaõ famosa contra o Patrono. l. non debet, ff. de dolo, ha de ser esta queixa taõ moderada, que ou se dẽ adjunto ao Patrono, ou de modo que lhe não resulte infamia della.

§. Consequens.

SVMMARIO.

I *Referemse aquelles, que podem accusar os Tutores de suspeitos.*

NEste §. se declaraõ aquelles, q̃ podem accusar os Tutores de suspeitos. Et primò, o Tutor pode accusar de suspeito o contutor. l. 3. in princip. ff. eodem. Secundò, o escrauo ainda q̃ não possa accusar, he admitido em juizo a eleger, & constituir hũa pessoa, q̃ diga, & accuse os defeitos do Tutor. l. fin. in princip. ff. eodẽ. Tertiò, o juiz ex officio pòde remouer o Tutor suspeito. d. l. 3. Quartò ainda q̃ a molher regularmẽte não possa accusar, com tudo neste caso a fauor dos pupillos se admitte a auò, & à mãi, & a irmãa, & a ama, q̃ criou o pupillo, ainda q̃ não seja honesta, & outras molheres honestas, que por rezão da piedade se admitem. l. 1. §. consequens, ff. eo

ff.codē. Quintò, o Tutor, q̄ foi exclui. do da tutoria, & remouido della, pòde accuſar de ſuſpeito os contutores, que lhe ſuccederaõ. d.l. 3. in princ. ff.codē. Sextò, o adulto, que he o moço maior de 14. annos póde accuſar o Curador de ſuſpeito cõ conſelho dos ſeus con junctos, & antes da dita idade não pò. de formar accuſuçaõ. l. impuberibus, ff.codem; porq̄ como quando pede no uo Tutor eſtà ſem elle, & por ſi ſô não pòde eſtar em juizo, poriſſo não pòde intentar a ſuſpeiçaõ por ſi, pois he per mitido aos q̄ temos referido, & quãdo elles faltem, o juiz ex officio inquirirà l. 3. §. præterea, ff hoc tit.

§. *Suſpectus, cum duobus ſeqq.*

SVMMARIO.

1 *Tutor pòde ſer excluido da tutoria por dolo, lata, ou leue culpa, por leuiſſima não.*

2 *Que couſa ſeja dolo, ou culpa confor me a direito.*

3 *Tutor excluido da tutoria ſe fica in fame, ou não?*

4 *Modos com que ſe liura o Tutor da*

5 *accuſaçaõ de ſuſpeito.*

Rezaõ porque ſe tratou neſte liuro primeiro do eſtado das peſſoas, com que ſe lhe dâ fim em louuor de Deos noſſo Senhor, & de ſua Mãi ſanctiſſima.

1 NEſtes paragraphos ſe declaraõ as cauſas porq̄ ſaõ remouidos & excluidos os Tutores, & ſaõ tres. ſ. por dolo, lata, & leue culpa. l. quidquid, C. arbitirum tut. por culpa leuiſſima não. Suppoſto iſto ſaibamos, que couſa ſeja em direito culpa, & do. lo, & o mais ſobredito. E no 3. liuro de ſte cõmento no tit. quibus modis re cõ trahitur obligatio, veremos largamẽte eſta materia de dolo, lata, & leue, & le. uiſſima culpa com caſos julgados, & no taueis exẽplos, aſſi que ao preſente sò pera conhecimento do que diſſemos.

2 Primò, notemos, que *Dolo*, he hũa ma chinaçaõ fraudulẽta, com q̄ hũ homẽ engana a outro com hũa malicioſa tẽ. çaõ. l. 1. §. dolum, ff. de dolo. Secundô, *lata culpa*, he ignorar aquillo, q̄ todos deuem ſaber, & he hũa ignorancia craſ ſa, v.g. deixar o veſtido na rua; ou em parte perigoſa delho furtarem, & fa. zer outras couſas ſemelhantes. l. latê ff. de verbor. ſignif.

Tertiò, leue culpa he ignorar aquil. lo, que todo o diligentiſſimo pai de familias deue ſaber. v.g. deixar a por. ta aberta, & não pòr em ſuas couſas a arrecadaçaõ neceſſaria. Quartò, *culpa leuiſſima* he naõ fazer aquillo, q̄ coſtu ma fazer hũ diligentiſſimo pai de fami lias. Quintò, *caſo fortuito* he aquelle, q̄ ninguem o pòde reparar, como ſaõ os chuueiros repentinos, incendios, & outros ſucceſſos da fortuna ſubi. tos, vt per Barth. in l. quod Nerua, ff. depoſiti.

3 Sabido iſto notemos, q̄ ſe o Tutor por culpa, couardia, perguiça, ou ſim. plicidade for remouido da tutoria, naõ incorre por iſſo em nota de infamia, vt in noſtro text. & in l. fin. C. eod. donde diſtingue a gloſſ. in verbo, *famoſus*, de ſte modo. Ou o juiz declara expreſſa. mente na ſentença q̄ o Tutor foi ex. cluido da tutoria por dolo que come. teo, & entam fica infame, vt in d.l. fin. ou na ſentença declarou, q̄ o excluia por culpa, & não incorre infamia. d.l. fin.

fin.C.eodem, *Qui lata culpa, dolo non comparentur in remouendo suspecto tutore*, secund. DD.

E se na sentença da exclusaõ se não declarar a causa, porque o Tutor he removido da tutoria, se attentará á petiçaõ, & se nella se pedir, q̃ o Tutor seja excluido por dolo, fica infame: porem se na petiçaõ se allegar culpa, pella qual se peça a exclusaõ, não incorrera o Tutor em infamia; porque a sentença sempre he conforme ao libello, & petiçaõ. l. vt fundus, ff. cõmune diuidundo. E sendo caso, q̃ na petiçaõ se peça a exclusaõ do Tutor, allegando, que cometeo dolo, & culpa. se o juiz não declarar a causa da exclusaõ, se entende, que foi excluido por culpa, & não será infame: porque nas causas penais sempre se faz interpretaçaõ pella parte menos cruel, & mais brãda, c. in pœnis de reg. iur in 6. E ainda que a culpa lata se iguale ao dolo, conforme a d. l. quod Nerua, com tudo pella pena da infamia ser tam grande, não procede nesta exclusaõ a igualdade da culpa, & dolo, secund. DD. hìc.

Vltimamente saibamos (ja que temos dito das accusaçoẽs, & suspeiçoẽs dos Tutores) as causas com q̃ se liura o Tutor da accusaçaõ de suspeito. Et primò, notemos conforme o §. si quis autem hoc titulo, que com a morte do Tutor se acaba esta accusaçaõ de suspeito, ou o Tutor morra antes de começada a causa de petiçaõ da exclusaõ, ou depois de ella começada: & a rezaõ he clara, porque como aqui se pede, que o Tutor seja excluido, bem conseguido fica o intento quando a morte de todo o aparta. E tambem porque como he acçaõ famosa, q̃ descende de crime, estas não passaõ aos herdeiros, §. non autem minus infra de act. com a morte do Reo acaba o crime. l. defuncto, ff. de public. iudic. & do mesmo modo se acaba esta accusaçaõ quãdo por qualquer via expira a tutoria. l. post finitam, ff. eodem, porque com o fim da tutoria alcança o pupillo por acontecimento o q̃ de sejaua effeituar com demanda pera excluir o Tutor, porque pera o mais sempre lhe fica a acçaõ *tutelæ, & negotiorũ gestorum* pera alcançar dos herdeiros alguns bens se lhe ficaraõ em poder do Tutor. l. fin. C. de hæred. tut. vel curat.

Com isto demos fim a este primeiro liuro entrando na explicaçaõ do segundo, em que tratarei do estado das cousas, diuisaõ dos dominios, & vltimas vontades, conforme a ordem que propus, precedendo este primeiro aos mais; porque trata da qualidade das pessoas, & por isso se antepoẽ aos mais: *Homo enim est dignissima creatura rerum.* l. iustissimè, ff. de ædilitio edicto, aduertindo, que deixei de pòr aqui as melhores decisoẽs, porq̃ vaõ no titulo de actionibus as mais selectas & por outro estylo. Omiti tambem rezoẽs de duuidar, & antynomias, porq̃ estas explico, & refiro na 3. parte, por me parecer mais conueniente dar primeiro luz das certezas, por não confundir os principiantes, que depois de noticiosos ficaõ mais capazes.

FINIS COMMENTARII PRIMI LIBRI INSTITVTIONUM Imperialium Iustiniani.

In laudem Dei, & Beatissimæ Virginis Mariæ sine labe conceptæ.

COMMENTO
PORTVGVES
DOS QVATRO LIVROS
DA INSTITVTA DO EMPERADOR IVSTINIANO, OV BREVE RESVMO DO DIREITO CIVIL.

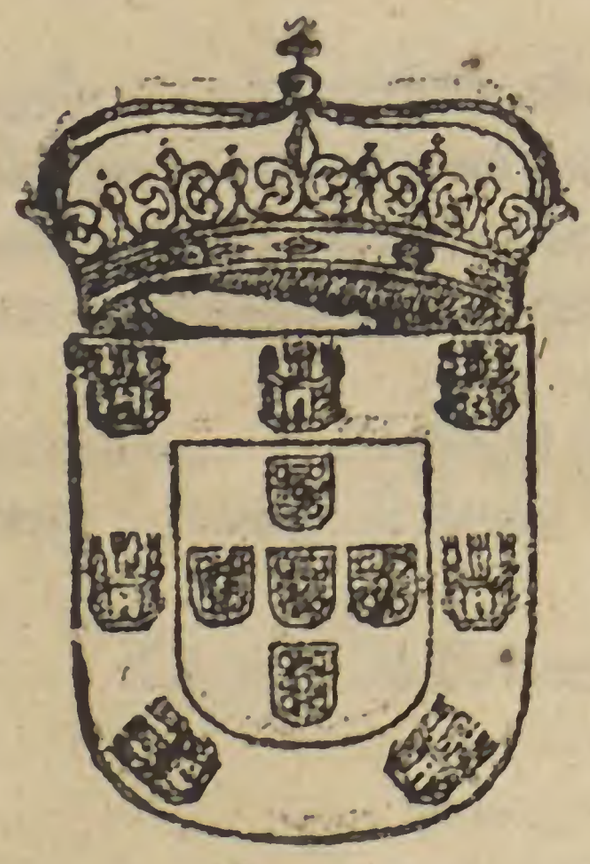
COM TODA A DOVTRINA DA EXPOSIÇAO DOS TEXTOS opiniões dos Doutores, limitações, & ampliações das Regras, & Concordancias do Direito commum; & do Reyno: confirmadas com muitas authoridades da sagrada Scriptura, & Sanctos Padres, & corroborado com varias decisões copiosissimas de casos julgados de proximo no Supremo Senado da Casa da Suplicação desta Corte, com o estylo practico, & exemplar doutrina, accommodada aos titulos, & §§. da Instituta.

SEGVNDA PARTE.

EM QVE SE EXPLICA A DIVISAO DAS COVSAS, QVE ESTAO no comercio dos homẽs, ou não, & se referem os modos, com que se acquire o dominio delas por direito das gentes, & ciuil, & por todos os titulos, & successões particulares, & morgados com varios casos julgados.

DEDICADO, E OFFERECIDO

Ao muito alto, & poderoso Rey, & Senhor noſſo D. IOAM O IV. gloria, & Libertador da Monarchia Portugueza, Auguſtiſſimo Ceſar no gouerno das armas, & amparo das letras.



Commentado, Recopilado, & compoſto.

POR RAPHAEL DE LEMOS DE AFONSECA NATVRAL da Cidade de Lisboa, de idade de 22. annos, Bachatel na faculdade de leys pella Vniuerſidade de Coimbra.

Com licença, & Priuilegio. Em caſa do Author, & à ſua coſta. Per Manoel daSylua, anno de 1655.

COMMENTO

PORTUGUES

DOS OVATORIOS

DA INSTITUTA DO EMPERADOR

INSTITUTAS, OU ELEMENTOS

DO DIREITO CIVIL

COM

SEGUNDA PARTE.

Licença do supremo Cõselho do S. Officio

O Padre M. Fr. Antonio da Expectaçaõ Qualificador do S. Officio veja este liuro, & informe com seu parecer. Lisboa 10. de Setembro de 654.

Pedro da Sylua de Faria. *Francisco Cardozo de Torneo.*

Pantaliaõ Rodrigues Pacheco. *Frey Pedro de Magalhaẽs.*

POr mandado dos senhores Inquisidores do supremo Tribunal da S. Inquisiçaõ reui este liuro sobre os da Instituta de Iustiniano; Author Raphael de Lemos d' Afonseca, & não ha em elle cousa algũa contraria á nossa S. Fé, & Catholicos coltumes: he o Author digno de grande louuor; & o liuro da impressaõ. Este he meu parecer. Lisboa em nossa Senhora de IESVS 30. de Setembro de 1654.

Fr. Antonio da Expectação.

O Padre Doutor Fr. Adriaõ Pedro Qualificador do S. Officio veja este liuro; & informe com seu parecer. Lisboa 3. de Outubro de 1654.

Pedro da Silua de Faria. *Francisco Cardozo de Torneo.*

Pantaliaõ Roiz Pacheco. *Diogo de Sousa.* *Fr. Pedro de Magalhaẽs.*

POr mandado do Conselho supremo da S. Inquisiçaõ vi este liuro sobre a Instituta do Emperador Iustiniano, Author Raphael de Lemos d'Afõseca, & nelle naõ achei cousa algũa contra N. S. Fé, ou bons costumes, antes doutrina muy sobida, & proposta com notauel clareza; em que o Author mostra muito estudo, muita erudiçaõ, & muita noticia, que em tam poucos annos he muito pera louuar. E assi me parece digno de se imprimir. Lisboa no Conuento da Sanctissima Trindade em 17. de Nouembro de 654.

O Doutor Fr. Adriaõ Pedro.

VIstas as informaçoẽs pode se imprimir este liuro, cujo titulo he; *Commento Portugues dos quatro liuros da Instituta 2. parte*, Author Raphael de Lemos d'Afonseca, & depois de impresso tornará ao Conselho pera se dar licença pera correr, & sem ella naõ correrá. Lisboa 17. de Nouembro de 1654.

Pedro da Silua de Faria. *Francisco Cardozo de Torneo*

Pantaliaõ Roiz Pacheco. *Diogo de Sousa.* *Fr. Pedro de Magalhaẽs.*

Licença do Ordinario.

Pode se imprimir.

Cabral.

Licença do Dezembargo do Paço.

MAnda el Rey nosso Senhor, que o Doutor Lourenço Pereira da Gama Dezembargador dos Aggrauos da Casa da Suplicaçaõ veja este liuro, & informe com seu parecer. Lisboa 26. de Iunho de 1655.

D. Pedro P. Cayado. Pacheco Mattos.

Senhor

POr mandado de V. Magestade vi este segundo tomo, que sobre a Instituta escreueo Raphael de Lemos de Afonseca, & não achei nelle cousa contra as nossas Ordenaçoens, senaõ muita liçaõ do direito ciuil, & erudiçaõ, muito pera estimar em tam poucos annos de direito, & com muita liçaõ de liuros, & outras curiosidades muito dignas de se saberem; & quem com tam pouca idade mostrou tanta curiosidade, de crer he, que em os vindouros tresça pera com outros liuros illustrar muito mais, & merecer o premio de seus trabalhos. E assi me parece que V. Magestade lhe deue dar licença pera os imprimir. Guarde Deos a Real pessoa de V. Magestade. Lisboa 27. de Nouembro de 1655.

Lourenço da Gama Pereira.

QVe se possa imprimir este liuro visto as licenças do Sancto Officio, & Ordinario, que apresenta, & tornará a esta mesa pera se taixar; & sem isso naõ correrá. Lisboa 29. de Nouembro de 1655.

D. Pedro P. Cayado. Francisco de Carualho. Pacheco. Mattos.

EXPLICAÇÃO
DO
SEGVNDO
LIVRO DA INSTITVTA DO EMPERADOR IVSTINIANO.
COM TODOS OS LVGARES DOS TEXTOS;
& doutrina da exposiçaõ, & entendimentos dos Doutores, & deciſoẽs aos titulos conuenientes.

Commentado, recopilado, & composto
POR RAPHAEL DE LEMOS DE AFONSECA
Bacharel na faculdade de Leis.

DE RERVM DIVISIONE, & acquirendo ipſarum dominio.
TITVLVS PRIMVS.

SVMMARIO.

1 *Diuiſaõ das couſas como ſe entende no noſſo titulo, & a continuaçaõ delle donde procede?*

2 *A palaura, couſas, o que comprehende?*

3 *Diuidemſe todas as couſas, que ſaõ de direito diuino, ou humano.*

CONtinua o Emperador neſte tit. a ordẽ, q̃ referio no fim do §. fin. ſup. de iur. nat. e he, q̃ como todo o direito, de q̃ vſamos pertẽce ás peſſoas, ou ás couſas, ou ás acçoens. tendo explicado o primeiro liuro, que trata das peſſoas com boa ordẽ ſe ſegue eſte titulo, por principio do 2. liuro, em q̃ diremos a diuiſaõ das couſas na primeira parte, com a qual concorda a Rub. in ff. veteri de rer. diuiſ. E na ſegunda, q̃ começa no §. fin.

gulorũ trataremos dos modos com q̃ se acquire o dominio das cousas, & cõ esta 2 parte combina a Rubr. in ff. no uo de acquir. rer. dom.

2 A palaura, *Res*, q̃ quer dizer a cousa, he geral, q̃ cõprehẽde as cousas corporaes, & incorporaes. v. g. seruidoẽs, & outros direitos semelhãtes. l. rei appellat. ff. de verb. signif. *quia rei appellatione, & causæ, & iura continentur.* Vide Pinel. in tract. de bon. matern. 1. p. pag. 3. n. 5. col. 3. Donde vem, q̃ quando hũ homẽ faz hũ escrito, ou escritura, em q̃ obriga todas suas cousas, se entende tambẽ debaixo da palaura, *Cousas*, os nomes dos deuedores do obrigado, cõ forme Bald. na d. l. 1. ff. de stat. hom. porq̃ esta palaura cõprehende toda a obrigaçaõ, & cõtrato, & nomes dos deuedores l. nominis, & rei, ff. de verb. signif. l. à Diuo Pio 15: §. item quid 10. ff. de re iud. l. nomen 4. C. quæ res pign. dar. l. si conuenerit 18. ff. de pign. act. l. pactum 46. l. si quis crediderit 49. ff. de pactis.

3 A primeira diuisaõ das cousas declara o Iurisconsulto na l. 1. ff. de rerũ diuisione, & diz: *Summam rerum diuisionẽ esse, quod res aliæ sint diuini iuris, vt sũt res sacræ, religiosæ: & sanctæ: aliæ verò humani iuris, vt res prophanæ, & incorporales.* E vẽ a ser isto, q̃ diz o Iurisconsulto o mesmo q̃ se contẽ na diffinição do nosso tit. q̃ensina das cousas, q̃ estão em nosso poder, & patrimonio, & outras não: porq̃ das humanas temos alui drio de dispor, & das diuinas, & sanctas não, como breuemente explicaremos.

§. Quædam.

SVMMARIO.

Cousas publicas, ou cõmuas como se diuidem, & a quem pertence o dominio dellas?

NEste §. se tõca a segunda diuisaõ das cousas, & he, q̃ ou saõ cõmuas, ou publicas, que pertencem ao vso de todos, & não lhe saõ prohibidas, ou de Vniuersidade, como veremos no §. vniuersitatis, ou de ninguẽ, como se declara no §. nullius, ou de hũ sò dono, como saõ as cousas, q̃ cada qual possue por suas, das quaes tratarei como mais breue me parecer sem querer grãgear a calũnia de enfadonho, né merecer a de perguiçoso, & de materia latê tractar Conan. lib. 3 cap. 2. col. 3. & 4.

1

§. Et quidem.

SVMMARIO.

O ar, o mar, a pescaria se saõ cõmũs a todos, & como se entende, que podem vsar de cada qual?

1

AScousas cõmuas saõ aquellas cujo vso he licito, & permitido a todos, como o ar, sem o qual não podemos viuer; o mar, a praya, a pescaria, q̃ he cõmũ a todos, não sẽdo impedidas com quintas, ou casas, sepulchros, ou pyramides, porq̃ aquelle pescador, que tiuer a sua casa na praya, não deue ser casa publica, nẽ a quinta, nẽ o baluarte q̃ se faz na praya, q̃ estãdo desempedida he publica, & se não pòde impedir o vso della com pẽna de injuria. l. iniuriarũ, §. si quis. ff. de iniurijs, donde se allude a queixa de Larona, apud Ouuid. 6. Metamorph q̃ fez dos rusticos, que prohibião o vso da agoa.

1

Quid prohibetis aquas? vsus communis aquarum est,
Nec solem proprium natura, nec aera fecit.
Nec tenues vndas ad publica munera veni.

Virgilius etiam de Pænorum iniuria quæſtus, qui littora prohibebant, ſic ait:

Quod genus hoc hominum? quæve hunc tam barbara morem,
Permittit patria? hoſpitio prohibemur arenæ
Bella cient, primaq; vetant conſiſtere terra.

Et Cicero: *Quid tam cõmune, quã mare fluctuantibus littus eiectis*. E auemos de entender, que no direito eſta palaura, *comuas*, ſe entende de tres modos, porq̃ hũas couſas ſaõ cõmuas entre 2. ou 3. peſſoas, q̃ as poſſuẽ, & entam ſe da a acçaõ *cõmune diuidundo*. de q̃ trataremos no tit. de action. outras ſaõ cõmuas a todos juntamẽte, como ſaõ as couſas de cõmunidade. ou vniuerſidade, de q̃ trataremos no §. vniuerſitatis hoc tit. outras ſaõ cõmuas a todos geralmente, como o ar, o mar, & praya, de que trata o noſſo §. preſente.

os ſubditos prohibirlhes, que não vão a outra parte.

DEclara o Emperador, q̃ couſas ſejão publicas, como rios, portos, & ribas: porq̃ ainda q̃ ſejão de algũ particular, cõ tudo o vzo, q̃ sò aos homẽs cõpete as publica, & faz. quaſi publicas. Differẽ as couſas commuas das publicas. 1. porq̃ as cõmuas ſaõ permitidas a todos os animais irracionais, & aos homẽs, & as publicas ſe chamão aſſi, porq̃ o vſo q̃ as publica, pertence sò aos homẽs, como peſcar, nauegar, &c. 2. Porq̃ o direito das gẽtes ordenou, & cõſtituio certos dominios nas couſas publicas. ſ. q̃ ſejaõ dos pouos circũueſinhos; o q̃ não he nas couſas cõmuas. 3. As couſas commuas ſe cõcedẽ aos q̃ as occupaõ, §. ſeq̃ inf. hoc tit. & as publicas não ſaõ aſſi porq̃ o dircito cõcede o dominio dellas aos veſinhos. dequo vide gloſſ. in §. lictorũ in verb. publicus, hoc noſtro tit. 1

Acerca deſtes §§. auemos notar em primeiro lugar, q̃ os Rios ſaõ de dous modos, ou publicos, q̃ ſaõ os q̃ ſe podẽ nauegar, & corrẽ perpetuamẽte: ou particulares, q̃ ſaõ os q̃ naſcẽ nos cãpos, & não ſe nauegaõ. O noſſo tit. trata dos publicos. & dos particulares, diuidindo q̃ os publicos ainda q̃ ſejaõ dos Principes, cõ tudo o vſo delles he publico, & por iſſo he licito a todos o peſcar nos rios publicos á viſta de todos, o q̃ não procede quãdo o Principe vẽdeo, ou permitio a peſcaria a peſſoas particulares, porq̃ neſte caſo sò áquelles particulares, aquẽ o Principe, ou a Cidade permitio, he licito o peſcar. 2. 2

§. *Flumina, cum duobus ſeqq.*

SVMMARIO.

1 *Rios ſe ſaõ publicos a todos?*
2 *Em que ſe differençaõ as couſas cõmuas das publicas?*
3 *Rios ſaõ de dous modos, porque ou ſe pòde nelles nauegar, ou não, & ſe ſe pòde nelles peſcar?*
4 *Nos rios publicos ſe ſe podem fazer moinhos, & ſe os poderaõ edificar nos particulares.*
5 *Quem tiuer hum moinho no rio ſe poderâ no meſmo edificar ſe outro moinho de nouo?*
6 *Se pòde preſcreuer o direito de edificar moinhos? & ſe ſe poderá fundar a preſcripçaõ em o coſtume de algum lugar?*
7 *Se poderà o ſenhorio que eſtiuer em poſſe de irem ao ſeu moinho todos*

3

Titulo primeiro

Não procede quãdo o Rio he particular, porq̃ só he licito ao senhor delle o pescar. d.l. iniuriarú in fin. ff. de iniur. & assi o póde prohibir aos mais, & os Condes. & Senhores podem prohibir que se pesque nos seus rios, & lagoas; & não obsta q̃ a pescaria seja permitida de direito das gentes, & cõmũa, & os titulos dos Condes, & Barões saõ de direito ciuil, & este não póde tirar o q̃ he de direito das gentes; porq̃ se responde, q̃ ainda que não possa tirar em todo o q̃ he de direito natural, ou das gentes, com tudo, pôde moderar os effeitos, & declaralos, vt notant scribentes in l. de quibus, ff. de leg. 1.

4 Em segundo lugar auemos de notar, q̃ nos Rios publicos não he licito fazer moinhos, que impidão a nauegação, como tambem na estrada publica se não podẽ fazer edificios, q̃ impidão o caminho. l. 1. & 2. toto tit. ff. ne quid in loco publico, vel itinere fiat; porem o Principe ou Senhor, por cujo termo, & jurisdiçaõ correr o Rio pódem dar licença pera se edificar. d. l. 2. §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publico. Nos Rios particulares bem se póde edificar moinho: *Cũm quilibet in fundo proprio, etiam in præiudicium alterius ædificare possit*, com tanto que faça isto pera seu proueito, & não principalmente por preiudicar a outrem. l. fluminum, §. final, & l. altius, C. de seruit. & aqua, donde vem a decisaõ da questaõ, se aquelle, que de tempo

5 immemorial tem hũ moinho no principio do Rio na parte superior delle, & hum visinho quizer edificar outro moinho no mesmo Rio, se o poderá fazer?

E a commua resoluçaõ depois de Bartol. in l. quominus, ff. de fluminib. hé, que póde fazer se outro moinho nouo, fazẽdo se pera vtilidade, & não por fazer mal a outrẽ: porem isso se deue notar, & limitar, q̃ procede de modo q̃ não se tire o cõmodo natural, s. a agoa ao primeiro moinho, & mais antigo, per text. in l. ff manifestè, C. de seru. & aqua: porem o commodo do concurso dos freguezes, bem se póde tirar porque he acto voluntario, que depende de cada qual querer dar o seu trigo a moer em hũa parte, ou em outra, pello q̃ se a agoa bastar pera ambos os moinhos bẽ se póde fazer hũ de nouo, de quo post alios vide Ias. in d. l. quominus n. 83. qui allegat ad hoc text. in l. libertus negotiatoris, ff. de oper. libert. & refert decisionem Bald. in cons. 29. in 2. vol. dicentis:

Quod si tu habes hospitium, ex quo multa lucraris, & ego iuxta te facio aliud hospitium, & licet postea pauciores homines veniant ad tuum hospitium, non tamen habes ius prohibendi, ne ego recipiam hospites, nisi haberes ex priuilegio, vel consuetudine præscriptam: bona enim negotij & fortunæ omnibus patẽt, secund. Ias. ibi.

O q̃ procede; & se limita em 2. lugar, 6 não sendo o direito prescripto; porq̃ póde prescreuer de modo q̃ a hũ seja permitido ter moinho. s. quando hum prohibio a outros fazerem moinho, & elles estiueraõ pella prohibiçaõ, & se a quietaraõ com ella, esta tal prohibiçaõ constitue o prohibente em quasi posse de direito negatiuo, vt glossa ordinaria in l. qui luminibus in verbo formam, ff. de seruit. vrban. præd. & do tempo da prohibiçaõ corre a prescripçaõ, de quo vide Bald. in l. item Lapilli, ff. de rer. diuis. Ias. in d. l. quominus num. 32. Cepola de seruit. vrb. præd cap. 50.

Limitase em 2. lugar quando em certa Prouincia ha hũ costume, de q̃ naquelle lugar se não possa fazer nouo moinho

em

em prejuizo do primeiro, do que trata Iaſ. in dicta l. quominus, n. 28. & dõde ſe decide a queſtaõ, ſe hum ſenhorio, que eſtiuer em poſſe de moerem os viſinhos daquelle lugar no ſeu moinho, lhes poderá prohibir, que não vão moer a outra parte?

7 E concluem os Doutores, que não deuem ſer obrigados, porque iſto he hũa mera faculdade, acto voluntario, que não induz coſtume, nem preſcripção, conforme Cyn. & os DD. na l. 1. C. de ſeruit. & aqua: o q̃ ſe deue limitar, q̃ prohibindo o ſenhor o moerem em outro moinho, & os ſubditos eſtiuerão pella prohibição por eſpaço de tempo immemorial, neſte caſo acquire o direito da preſcripção na forma q̃ diſſemos, & de q̃ trata Iaſ. na l. 1. ff. de legib. & Bald. na l. 1. C. de ſeruitut. & aqua.

§. *Vniuerſitatis.*

SVMMARIO.

1 *Couſas de Vniuerſidade quaes ſaõ?*
2 *Se per ellas ſe pòde obrigar hũ particular?*

EM primeiro lugar ſaibamos, q̃ a Vniuerſidade não he sò o lugar deputado pera a doutrina, & ſciẽcias, mas tambẽ todo o ajũtamẽto de peſſoas, eſpecialmẽte com hum nome deputado ſe chama *Vniuerſidade* como tambẽ os officios de alfayates, ſapateiros, cortidores, &c. que tem couſas commuas de ſeus officios, hortas, boſques, piſcinas, & paſtos, & tambem o dinheiro, q̃ eſtá em particular em arca deputado, & ſe chamão bens de Vniuerſidade, aquelles, q̃ não ſaõ de hũ ſó, mas cõmũs de algũ ajuntamẽto: differem dos bẽs publicos, & cõmũs, porq̃ eſtes pertencẽ ſendo cõmũs, & publicos a todos, & o vſo delles não he prohibido na forma q̃ diſſemos, porem os bẽs da Vniuerſidade ſò pertence o vſo delles aos daq̃lla cõgregaçaõ: donde vem, q̃ o q̃ ſe deue à Vniuerſidade, ſenão deue a cada qual por ſi, nẽ pella diuida da Vniuerſidade pòde ſer preſo hũ ſingular, porq̃ eſſe não deue ſenão à Vniuerſidade, não eſtãdo elle porẽ, especialmente obrigado: acerca, do q̃ ſe podẽ ver os DD. na l. Ciuitas ff. ſi certũ petatur. Bart. Alex. Iaſ. na l. ſi ſe non obtulit in princ. ff. de re iud. onde ſe enſinão os modos, cõ q̃ ſe executa a ſentẽça cõtra a Vniuerſidade, & como pera ella ſe pódẽ conſiderar outras differenças, diremos ao diante no §. idem iuris infr. de vnit. ſtipulat.

§. *Nullius.*

SVMMARIO.

Rezoẽs porque dizemos, que algũas couſas não eſtão no dominio de nenhum, & porque?

DEclara o Emperador neſte §. os modos, cõ q̃ as couſas ſe julgão por de ninguẽ, o q̃ acõtece por varios reſpeitos, vt tradit gloſſ. in l. 1. ſup. verbo *nullius*, ff. eodẽ. De modo q̃ ſe diſſermos, q̃ as couſas cõmũas não ſaõ de ninguẽ, conſiderádo as genericamẽte, pois reſiſtẽ a ſerẽ poſſuidas de hũ particular; com tudo ſe as cõſiderarmos em eſpecie veremos na forma ſobredita como das couſas cõmũas tira cada qual o vſo reſpectiuo, induſtrioſo, & neceſſario, o q̃ não he nas couſas ſagradas, & ſanctas, q̃ nẽ generica, nẽ eſpecificamẽte ſaõ de algum particular,

Titulo primeiro

nem dellas pôde vsar, como nos ensinarão os seguintes paragrahos, & sucede em primeiro lugar por rezão da natureza, como as feras, peixes, & aues, que ficão de quem as toma. Secundò, por rezão do facto, quando hum homem bota fora hũa cousa *pro derelicta*, que se faz de quem achar, ou tomar. Tertiò, por espaço de tempo, como diremos no §. Thesaurus. Quartò, por acontecimento casual, como na herança jacente, que o herdeiro não aceita, de que diremos no titulo de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur, & no de bonorum possessionibus largamente.

Quintò, por censura de direito, como nas cousas sagradas, religiosas, & sanctas. Finalmente se poem neste §. a questão: se a cousa em duuida se presume ser de alguem, ou de ninguem? E concluem os Doutores, que sendo a cousa prophana. I. não sagrada, se presume que he de alguem, porque cada qual deue saber o que he seu, ou não. l. fin C. vnde vi, & sendo sagrada, se presume da Igreja, em que nenhũ particular pòde ter dominio na forma seguinte.

§. *Sacræ.*

SVMMARIO.

Cousas sagradas quaes são?

1

2 *Bens da Igreja não se podem vẽder.*

3 *Limita se esta regra, que não procede nos casos expressos em direito, & quaes são?*

Requisitos que são necessarios pera valer a alheaçaõ de bens Ecclesiasticos.

4

AS cousas sagradas são as que com ceremonias pontificais são consagradas pellos Pontifices, & dedicadas ao ministerio, & culto Diuino: as quaes são de dous modos, ou *simpliciter, & directè*, dedicadas ao vso Diuino, & seruiço de Deos, como os tẽplos, calices, ornamentos, liuros, missais, &c. ou *non simpliciter*, dedicadas ao culto Diuino, mas pera o vso dos que seruem a Deos como os bẽs Ecclesiasticos, que são sustento dos ministros da Igreja.

Acerca do que se deue notar, que os bens da Igreja huns, & outros são inalienaueis, & não se podẽ vender, nẽ doar, nem trocar bens de Mosteiro, Igrejas, Hospitais, & lugares publicos, nem darem se em penhor. *l. sancimus, & l. iubemus, iuncta Authentica hoc ius porrectum, Cod de sacros. Eccles.* porem limita se esta conclusaõ, que em algũs casos he licito vender as cousas Ecclesiasticas, moueis, & immoueis, que se notaõ *post textum in dict. l. sancimus per glossam, & Doctores in dicta leg. iubemus, super verbo inscribantur. Cod. de sacrosanct. Eccles.* porque nem cõm isso se pòde dizer, que parece que sendo alheadas as cousas sagradas estaõ no dominio dos homẽs, por q̃ como esta alheação se faça pera cousas pias, he licita, ainda das cousas sagradas, & por isso ha de interuir a dispẽsaçaõ, ou ser caso expresso em direito, como se refere ẽ tres casos principais. Primò, por causa de piedade se permite a alheação dos bens da Igreja pera redempção dos catiuos, naõ hauendo outra cousa, com que sejaõ liues. *Quia animæ hominum, quibuscunq; causis, vasis, vel vestimentis præferri debent.* Itẽ, no tempo da fome, sendo intolerauel & que os pobres não tenhão, que co-

mer

mer nesta extrema necessidade se deue socorrer aos pobres, ainda que seja com alheação dos bens Ecclesiasticos: *Aurum, enim Ecclesia habet, non vt seruet, sed vt eroget, & subroget, & subueniat in necessitatibus. cap. Aurum 12. quæst. 2. & cap. gloria 12. q. 2. vbi dicitur: Gloria Episcopi est pauperem opibus præuidere, ignominia verò Sacerdotis studere proprijs diuitijs.*

Secundò, por causa de necessidade, porque se a Igreja estiuer deuendo muito dinheiro podemse alhear seus bens pera pagamento, não tendo outra cousa por onde pague. *d. Authent. hoc ius porrectum.*

Tertiò, por causa de vtilidade, por que se a fazenda Ecclesiastica se ven-
4 der pera augmento da Igreja bem pôde ser, §. *& hoc quidem in Authent. de alienatione emphyteusi.* porem pera valer a alheação nestes casos he necessario, que interuenhão certas solemnidades, como conhecimẽto, & augmẽto da cousa Ecclesiastica, & authoridade do superior Bispo, Prelado, & consentimẽto do Cabido em capitulo, & os mais requisitos *de iure canonico, de quibus traditur in cap. sine exceptione 12 quæst. 2. & in cap. tua extr. de his, quæ fiunt á Prælatis, & in cap. 1. de rebus Ecclesiæ non alienandis*, & veremos no titulo *quibus alienare licet, vel non ad expositionem ext. Ambitiosa de rebus Ecclesiæ non alienand.*

§. Religiosum.

SVMMARIO.

1 *Cousas religiosas quaes saõ?*

Sepulchro se he Religioso, & como pòde ser de direito Diuino se se vende, & costuma alhear? 2

Differenças das cousas sagradas, & religiosas. 3

Se alguem se sepultar no sepulchro alheo se dão contra os que fizerẽ a violencia acçoens, & quaes? E como procede isto sendo o lugar Religioso? 4

Se hum corpo de hum homem estiuer enterrado em varias partes qual serâ o lugar Religioso? 5

Mausoleos chamaõos antigos sepulchros vaõs. 6

Emendas de direito canonico sobre estas sepulturas dos Christaõs, & o que se observa. 7

RElegiosas chamarão os antigos aquellas cousas, que se deuião differir, & deixar, & separar do vso commum humano, & assi se dizião religiosas, *á relinquendo*, como saõ os templos, cemiterios, &c. conforme diz Minsing. hoc. §. que differem muito das cousas sagradas, & posto que pareça que o que se possue, & vende não he de direito Diuino, & assi se não possa chamar Religioso o sepulchro, que se vende, & possúe, como ja no Texto sagrado consta de Abraham, que o comprou pera Sara; porque respondemos, que hũa cousa he o dominio da sepultura, & este não se pòde vender, & outra he o direito, & faculdade de se enterrar, & este se pôde conceder de direito humano. *Iura enim sepulchrorum humana sunt, quãuis ipse sepulchrum sit iuris Diuini*, com o q̃

se responde a muitas objecçoẽs. Et secundò notemos, que se differençaõ as cousas religiosas das sagradas. Porque nellas nenhum particular pôde constituir lugar sagrado, & nas cousas religiosas si, porque qualquer pòde cõstituir propria voluntate. l. *inferendæ corpus mortuum*. E assi se chama Religioso ao sepulchro, em que está sepultado o corpo de hum homem, vt hîc, & l. in tantum, §. Religiosum, ff. eodem, & de direito ciuil he permitido fazerse o sepulchro em campo, em qualquer lugar, & se chamão *Sepulchra familiaria, & hereditaria*, toto tit. ff. de relig. & sumpt. funer. com dous requisitos. Primò, que esteja sepultado no tal sepulchro o morto. Secundò, que seja leuado ao sepulchro pello senhor delle por seu consentimento; donde se alguem se sepultar no sepulchro alheo se dá acçaõ *in factum*, pera ser tirado o morto da sepultura, que não for sua, ou pagar o interesse ao senhor; & se foi sepultado com dolo, *vt sepulchrum deuastaret*, se dà a acção de *sepulchro violato ad interesse*; & os que corrompem os sepulchros tem a pena de infamia. l. 1. & 2. & gloss. in verbo *pecuniaria*, & in l. is qui intulit, ff. de relig. & sumpt. funer. & ainda os que tiraõ os ossos dos mortos, & destroem os sepulchros tem pena de morte, sendo de baixa condiçaõ, aliàs de degredo. text. in l. fin. ff. de sepulchro viol. porque como o direito, & faculdade de se sepultar he de direito humano, por isso se pôde alhear, & acquirir se direito, ou caminho, & se dá vendicação, & acçaõ *in factum*: *quia aliud est dominium sepulturæ, quod est diuini iuris, & aliud ius sepeliendi, in que cadit venditio, & supradicta actio*. Donde se pôde colligir quanto fosse o respeito, que os antigos tiueraõ ás sepulturas, & as ceremonias, de que vzauão: & o iurisconsulto nal. quidam, ff. de condit. inst. diz, que a sepultura he a memoria da fragilidade, & condiçaõ humana, iuxta illud: *Homo es ergo morieris*. E daqui vem o que se diz no cap. Ecclesiast. 13. quæst. 2. *Terra es: terra generis, & in terram conuerteris, & de terra sumeris*. E só isto deuião ter todos ante os olhos, q̃ sendo assi se não deueraõ restituiçoẽs de famas, nẽ se cometeraõ excessos; porem o fim proua tudo. E ditoso de aquelle, que se souber emmendar.

§ Por limitaçaõ do sobredito auemos notar, que nem por estar hum homem sepultado em hum campo se faz todo o campo religioso, senão sòmente o lugar donde está o corpo, & o espaço, que occupa o cadauer. l. 2. §. Religiosum, ff. de Relig. & sumpt. funer. & quando as partes do corpo do homem. v.g. hum braço estiuer sepultado em hũa parte, & as pernas em outra. & a cabeça em outra, não he religioso se não o lugar onde estiuer a cabeça por ser a principal parte do corpo humano, porque se reconhece o homem. l. cum diuersi, ff. de relig. & sumpt. funer. & assi que sò he sepulchro aquelle, em que está o corpo enterrado; q̃ o Monumẽto, Cenotaphio, & Mausoleo, &c. saõ os que se fazem por honra, & ostentaçaõ, a que os Gregos chamauão sepulchro vaõ, *inane sepulchrum*, & Virgil. *inanis tumulus*, lib. 3. Aencid.

Solemnes tum forte dapes, & tristia dona
Ante vrbem in luco falsi simoentis ad vndam.

Libabat

Libabat cineri Andromache, manesq; vocabat.
Hectoreum ad tumulum, viridi de cespite inanem,
Et geminas causam lacrymis sacrauerat aras.

Sanctas que couſas ſe chamaõ, & porque? 1

Muros das Cidades porque ſe chamaõ ſanctos? 2

Embaixadores ſe lhe deue ter todo o reſpeito. 3

O iuriſconſulto na l. ſanctum, ff. eodem, diz, que as couſas ſanctas ſaõ aquellas, que eſtão defeſas, & munidas da injuria dos homẽs, & ſaõ as que nem ſaõ profanas, nem ſagradas, mas ſe chamaõ ſanctas, *à ſagminibus*, que eraõ hũas eruas, que os Embaixadores Romanos leuauaõ comſigo quando hiaõ aos inimigos, pera q̃ não foſſem offendidos, de modo que tudo o que he inuiolauel ſe póde dizer que he ſancto. 4

Em ſegundo lugar ſe chamaõ ſanctos os muros das Cidades, conforme a l. ſacra, §. proprie in fin. onde diz, q̃ não he licito edificar nada nos muros da Cidade, ſem licença do ſuperior: & os que com eſcada daõ paſſagem pelos muros, ou os rompem, tem pena de morte, como ja da antiguidade ſe refere na l. fin. ff. eodem, de Remo irmaõ de Romulo, a que mataraõ por interromper os muros de Roma, como ſe refere na d. l. & o diz Cicero lib. 3. offic. & eſcreueoo Luc. lib. 1. bell. ciuil. 5

Perq̃ auemos notar, que de direito canonico eſtá emendado o ſobredito, & ſe inſtituido, & eſtá em vſo, que ninguem *propria authoritate*, póde fazer lugar religioſo por enterro de hũ morto, ſem authoridade, & conſagração do Biſpo, vt probatur in cap. ad hæc ext. de religioſ. domib. & addite text. in c. 1. ext. de ſepulturis, onde ſe nota, que ſeraõ enterrados nas ſepulturas de ſuas freguezias, ou nas de ſeus maiores, onde ſe podẽ enterrar, aliàs não as auendo ſegue a molher a ſepultura do marido, aſſi como o ſegue no foro, & condiçaõ. E aſſi que hoje ſe guarda o modo, que ſabemos nas ſepulturas dos Chriſtaõs, a quem ſe não negaõ nos templos ſendo fieis; porque os excomungados, ou publicos vſurarios, hereges, ou Iudeos que viuem na ſua lei, não ſaõ ſepultados em ſagrado, como mais largamente ſe enſina no cap. ſacris ext. de ſepult. cap. nullus iuncta gloſſa 3. q. 2. &c. & cap. quia in omnibus ext. de vſuris, & tambem os que ſe mataõ por ſuas maõs, não ſe lhes concede ſepultura em lugar ſagrado conforme Iaſ. na l. 4. C. qui teſtam. & Aſinius in l. minime, ff. de religion. & ſumpt. fun. 6

§. *Sanctæ quoq;.*

SVMMARIO.

Nulla fides Regni ſocijs, omniſq; poteſtas,
Impatiens conſortis erit, nec gentibus vllis,
Credite, nec longe fatorum exempla petantur.
Fraterno primi maduerunt ſanguine muri.

Vltima

Titulo primeiro

Vltimamente acerca deste §. hauemos de notar, que os Embaixadores assi dos amigos, como dos inimigos se chamão sanctos, porque não deuem ser offendidos l. final. ff. de leg. a qual segurança não he só de direito ciuil, mas tambem de direito das gentes. E no 2. liuro dos Reys, cap. 10. podemos ver as guerras, que se seguirão do mao trato, que os vassallos de Hanon deraõ aos Embaixadores de Dauid.

§. Singulorum.

SVMMARIO.

1 *As cousas como saõ possuidas por hum homem particular?*

2 *Dominio como se diffine em direito, & o que he?*

3 *Corroborase, & ampliase a diffinição.*

4 *Refere se a rezão da introducção do dominio, & os modos porque se acquire.*

5 *Dominio se diuide em direito, & vtil & como se ha de entender esta diuisaõ?*

6 *Dominio que tem o senhor na cousa foreira se chama directo, & o foreiro tem o vtil, & quando se diz, que o dominio he pleno?*

7 *A palaura senhor, & senhorio como se entende de direito, & se teue algũa origem no sagrado Texto?*

8 *Qual foi o primeiro que introduzio pouoações, & muros?*

9 *Quem inuentou a demarcação das terras, & o peso, & medida?*

Direito das gentes se introduzio os senhorios, & modos de acquirir, & se procederaõ do direito natural? 10

A Quinta especie das cousas he que ou saõ de ninguem ou de homens particulares, que saõ aquellas, que nem saõ de Vniuersidade, nem commuas, mas sómente de hũ homem particular, por varios modos, ou de direito ciuil, ou natural, de q̃ trata, prosegue, & ensina o Emperador neste §. q̃ concorda com o dito tit. in ff. nouo de acquirendo rer. dominio, pera cujo entendimento vejamos a diffiniçaõ, & especies do dominio, que he o direito, que temos nas cousas corporais, pera dispor dellas liuremente, & cobralas, nao sendo impedido pella lei, ou conuençaõ das partes. 2

Dominium est ius de re corporali perfe. ctè disponendi, aut vindicandi, nisi lege, vel conuentione quis prohibeatur.

Assi o diffine Barthol. & os Doutores na l. siquis vi, §. differentia, ff de acqu. poss. & he o genero desta diffiniçaõ o direito, & legitima faculdade, & se diz de cousas corporais, porque nas incorporais não cahe dominio propriamente, mas compete hum direito, de que vzamos pera as seruidoẽs. l. rectè dicimus, ff. de verb. significat. & dissemos, que era direito de perfeita dispo siçaõ, pera differença da posse, que he hum direito de insistir na cousa corporal, como veremos no tit. de interdictis, §. possidere, onde explico todas as especies de posse, & declaro os modos com que se acquire, & se perde, & se recupera. Do dominio, saibamos, q̃ o seu verdadeiro officio he dispor liure 3

mente

mente das couſas a arbitrio proprio: *Nam cuiuſq; reiſuæ eſt moderator, & arbiter.* l. in re mandata, C. mandati: o que procede quando o ſenhor tem a couſa em ſi, porque ſe eſtiuer em poder de outrem, entam compete ao ſenhor a reuendicaçaõ, de que auemos tratar no §. omnium de actionib. & eſta he tambem propriedade do dominio: *Quia officium etiam eſt dominij vẽdicare.* Diſſemos finalmente na diffinição, *niſi à lege prohibeatur*, porque ha muitas peſſoas, que tem o dominio das couſas, & com tudo não as podem vender, como ao diante veremos no titulo *quibus alienare licet, vel non.*

De maneira que conſiderando o direito natural primæuo (de que diſſemos acima no tit. de iure naturali) todos os bens eraõ communs, & depois pello direito das gentes ſecũdario, de que diſſemos no dito titulo, ſe diſtinguiraõ os dominios das couſas, & ſe acquiriaõ pella occupaçaõ, ficando de quẽ as tomaua, como ainda hoje nos bẽs, q̃ não tem dono ſe obſerua, como abaixo veremos, depois pello direito ciuil poſitiuo, poſto que ſe obſerue ainda acquirirem ſe pella occupaçaõ, & apreheſaõ aquellas couſas, que eſtaõ permittidas como pedras achadas na praya, & o mais de que diremos nos §§. ſeguintes, com tudo introduzio os cõtratos pera ſe acquirirem as couſas, aſſi por titulos vniuerſais de heráças, como particulares de contratos oneroſos, & lucratiuos, como veremos nos titulos que ſe ſeguem nesta ſegunda parte, moſtrando como ſe acquire pella entrega, vt in §. per traditionem, pella preſcripçaõ, vt in titulo de vſucapionibus infra, por ſucceſſoens vniuerſais, & particulares, vt in tit. de bonorum poſſeſſionibus, & por contratos, como diremos no tit. de obligat. que he o primeiro da terceira parte.

5 Em ſegundo lugar ſaibamos, que o dominio ſe diuide em directo, & vtil, per text. in Auth. ſi verò dominus, iũcta gloſſ. 1. & gloſſ. in verbo principalis, C. de hæret. & per text. in l. poſſeſſoris, C. de fund. patrim. DD. in l. ſi quis, §. differentia, ff. de acquirend. poſſeſſ. & in d. l. poſſeſſoris, chama o Iuriſconſulto ao emphyteuta foreiro ſenhor, & com tudo conſta, que o ſenhor he aquelle, a quem ſe paga o foro. l. 1. in fine, ff. ſi ager vectigal. porem dizemos, que ambos ſaõ ſenhores cõ diuerſas eſpecies de dominio, porque a quem ſe paga o foro he ſenhor directo, & quem o paga he vtil: *& ſic domini diuerſa ſpecie dominij, duo exim in ſolidum non poſſunt eſſe domini.* l. 3. §. ex contrario, ff. de acquirend. poſſeſſ. l. ſi vt certo, §. fin. ff. commodati. Domi-

4 nio directo dizemos, que tem o Senhor ſuperior nas couſas feudais, & emphyteuticas, de que trataremos no tit. de locat. & conduct. & eſte dominio he ſem o fructo. porq̃ o goza o q̃ tẽ a vtilidade, por iſſo diſſemos, que o ſenhor do campo retem com o animo a poſſe ciuil, & a natural tem o foreiro, & o vaſſallo, que gozaõ os fructos do campo, & feudo, como veremos em ſeu lugar.

6 Barthol. no d. §. differentia, diuidio o vtil dominio, ou o ſubdiuidio, em o que ſe ſubalterna, conhecendo ſuperior, & o que he vtil ſem reconhecimento de vaſſalagem, nem tributo; porque o foreiro na emphyteuſi, & o vaſſallo no feudo reconhecem ſuperior: porem ha outro vtil dominio, q̃ ſe não ſubalterna ao directo, antes parece, que o acaba, & lhe prefere; & eſte he o que ſe acquire por preſcripçaõ de

longo

Titulo primeiro

longo tempo, de que trataremos no titulo de vsucapionibus: *Præscribens enim fendum emptum à non domino bona fide acquirit vtile dominium istius fundi, & non recognoscit superiorem verum dominum, sed dominium illud directum, quod erat penes dominum, penitùs extinguitur, & vtile præfertur directo*, vt notatur in Auth. tricenale, Cod. de bon. matern. & quando o dominio directo está conjuncto com o vtil he dominio plene, porque em direito dizemos, que o dominio tem duás partes, a saber, propriedade nua, & vsufructo, as quaes estando conjunctas se chama pleno dominio, vt est gloss. in l. 4. ff. de vsufruct. l. 1. ff. si ager vectigalis: nam, vt aduertit Cestrus in l. proprietatis n. 2. C. de probat. *In re corporali datur nuda proprietas, vsusfructus formalis, & proprietas plena, iuncta scilicet proprietate cum vsufructu, quam nos dominium mixtum, seu plenum appellamus.*

A causa efficiente do dominio he o mesmo direito natural, & das gentes que introduzio o dominio das cousas & a distinçaõ delle. l. ex hoc iure, ff. de iustia, & iure, como acima dissemos; & supposto que pudera agora repetir muitas humanidades, que por breuidade se omittiraõ, quando pareça dar ao menos noticia dellas. Saberemos, que a palaura honorifica de senhor, & senhorios pertence sò a Deos nosso Senhor, omnipotente, immẽso, & infinito: & aos Reys, que saõ na terra os que gouernaõ com o poder, que o mesmo senhor de tudo permitio. Com tudo Ambrosio de Morais, Zurita, & outros dizem, que por duas rezoẽs se chamaõ senhores aquelles, q̃ tem subditos, & vassallos. A primeira deriuando este vocabulo da palaura, *Seniores*, que em Latim quer dizer os mais velhos, porq̃na sagrada Scriptura no Hebreo, & Grego, como declara S. Hieronymo, os mais anciaõs tinhaõ o mando, & gouerno da terra; ou diriuando (que he a segũda rezão) da palaura, *Dominator*, que he significaçaõ de mando, & propriedade, & neste sentido se pòde tomar quando dizemos *Dominio*, ainda nas cousas particulares. O vso dos feudos hei de explicar no tit. de locat. delle trata Vldarico dizendo, que teue seu principio desde Romulo pera os q̃ chamauaõ *Clientes*, como veremos largamente no ditto titulo.

Vldaric. Zasio in epi. feudal. col. 1.

Secundò, saibamos, que o primeiro que fundou, & congregou pouoaçoens, & as cerçou de muros foi Caim primeiro filho de Adam, ou por medo da morte de seu irmaõ Abel, ou por auareza, que ja por enuejoso lhe competia, & era bem se começasse nelle. 8

Gen. 4. & Galen. lib. ad Trasib. c. 17. Ioseph. de antiquit. lib. 4. c. 28. hist. schol. Pined. in Monarch Eccles. lib. 1. c. 11. & 13. fol. 43. Beros. lib. 1 de ster. cal. Genes. 10.

E a primeira Cidade, que fez pouoar foi a cidade de Enos, que está pera o Oriente no monte Libano, chamada assi pello nome de seu filho Enoch, & a pouoou de gigantes: & outra que se chama Iope, que agora se diz Iasó na terra de Syria, no que ha diuersos authores, & outros dizem, q̃ foraõ sete Cidades as que fundou chamadas Enoch, Mauli, Leed, Tebe, Lesca, Celed, Iebat, posto que o Texto sagrado sò faz menção de quatro Cidades fundadas no tẽpo de Nembrot, & do tempo de Cain sò trata da Cidade de Enos. O que deuemos notar he, que este Cain foi o primeiro, que introduzio no mundo termos, & diuisaõ dos dominios das cousas: & Nembrot filho de Chus, & neto de Cham foi o primeiro que depois do diluuio vniuersal (como tambem o sentio Seneca)

Mexi. c. 63. lib. 1. Zurit. to. 1 gunal.

gnac. epist. 14.

neca reduzio os homens â obediencia de hum sò Rey.

Ioseph. de antiq. l. 1. tit. 4. Isidor. quẽ refert Gre. gor. in l. 7. tit. 7. f. 7. glos. 1.

Cain, como disse, depois de hauer pouoado as cidades, diuidio os termos, pera que ouuesse ordem, & diuisaõ, & fez pezo, & medida: ainda que Sancto Isidoro diz, que Moyses foi o que introduzio pesos, & medidas, do que se infere, que errou Zalio, & os que disserão, que Numa Pompilio inuentara os termos, & Virgilio tambem o contradiz lib. 12. Aeneid.

Limes agro positus litem vt discernere: aruis.

cap. 28. sup per Genes.

Do sobredito se infere a verificação do que dizem os Doutores in cap. ius gentium 1. dist. relato â Anania in c. ita quorundam de iudic. tratando do direito das gentes, que em quanto racional teue origem de lei natural, porque introduzio os senhorios, como aci ma disse, fundando Cain as pouoaçoẽs & diuidindo termos, & ainda acrelcẽta o Mestre da historia, que Iabeth filho de Lamech assinalou os gados cõ final conhecido pera os distinguir, hauendo ja propriedade, & diuisaõ, & especies de contratos com que se acquirião, ou perdião; & esta he a rezão, em que se fundão os DD. assi nos ditos textos, como no da lei ex hoc iure, ff. de iustitia, & iure. E hoje se acquire o dominio pellos modos de hum, & outro direito. Primò, porque de direito ciuil se acquire *per vniuersitatem* id est, por heranças, & successoens ex testamento, & ab intestato; & por arrogaçaõ, & adopção; ou particularmente, como pellos vsos, legados, &c. & dos modos do direito das gẽtes trata o Emperador neste tit. começando pellos antigos, acerca do que notão os DD. *Quod à veustioribus est inchoandum.* Facit l. semper, ff. de iure, immunitatis, & l. 1. ff. de albo scribẽdo.

§. Feræ eum §. illud quæsitum.

SYMMARIO.

Pella apprehensaõ se acquire o dominio das aues, & feras, que se caçaõ.

Diuidese o §. em cinco partes, & se mostraõas castas que ha de feras, & sua natureza pera se acquirirem. 2

Se he permittido caçar nas coutadas, & em que tempos se proibe, & como? 3

Aue que hum tiuer tomado, & lhe fugir, se deixa de ser sua? Respõdese â objecçaõ contraria. 4

Fera que vai ferida da maõ de hum caçador, não he sua atê a não tomar. respondese á l. laqueum, ff. hoc tit. 5

COntẽse neste §. os modos, cõ q̃ se acquire o dominio de direito das gentes. O primeiro modo he a occupação, & apprehensaõ das cousas, q̃ não saõ proprias de ninguem, mas cõmuas por natureza, de direito natural, como saõ as bestas feras na terra, as aues no Ceo, & os peixes no mar: por q̃ estas como não sejão de particulares se fazẽ de quem as toma, & occupa. l. 1. in fin. cũ duobus seqq. ff. eodem, & comprehende esta modo cinco especies, pescaria, caça, catiueiro na guerra, armação, & inuenção. s. achado. dissemos da pescaria no §. fluminã sup. eod. neste §. se trata da ar 1

maçaõ,& caça;antes q̃ entremos na explicaçaõ, notemos,q̃ há tres castas de animais. Primeira,as feras,que andão no mato, & bosques apartadas de toda a communicação dos homens, como Vrsos, Rapofas, Porcos montezes, Pauoens, Peixes, & Veados, &c. de quibus Virg. 7. Aeneid.

Ceruus erat forma præstanti, & cornibus ingens,
Tyrrheidæ pueri quem matris ab vbere raptum
Nutribant.

& postea.

Ille manu patiens, mensæq; assuetus herili.
Errabat syluis, rursusq; ad limina nota
Ipse domum fera, quanuis se nocte ferebat.

O Segũdo genero saõ os animais naturalmente feros, & accidẽtalmente mãsos,por industria & diligencia humana, dos quaes diremos no §. pauonũ infr. hoc noſtro tit.

O terceiro genero saõ animais naturalmente manſos,& domesticos,como galinhas,patos,capoẽs,caẽs, &c. dos quaes diremos nos §§. seguintes. 3

Vltimamẽte notemos, q̃ de direito natural he licito, & permitido caçar nos campos proprios, ou alheos, vt hìc,& l.3. ff.eodem,com tudo limita-se esta concluſaõ. 1. De modo q̃ póde o senhor do campo prohibir,q̃ não cáçe nelle nenhum estranho, vt hic,& l. diuus, ff. de seru. rust. præd. vbi dicitur: *Diuus Pius aucupibus ita rescripsit,non est rationale nolentibus dominis vos in alienis agris aucupari.* De modo que nem armar, nem caçar póde ninguẽ no càpo alheo, se seu dono o não permitir, antes póde defender a sua terra com armas,& resistir ao que quizer entrar,secund.gloss.in d.l.3.in verbo *prohiberi*,ff.eodem,& facit l.quemadmodum, §. 1. ibi, *iure suo posse eum intercedere.* ff.ad legem Aquil. E tambem compete ao senhor a acção de injuria contra o que entra no cãpo por força,prohibindo o senhor,secundùm text.in d.l.diuus,& facit text.in §. sed & lex Cornelia inf.de imur. mas está do alguẽ em posse de caçar em hũ cãpo,tendo prescrito não póde ser prohibido;porẽ o Principe,& Senhor de terras póde fazer nellas coitada,vt testatur Cou.in reg. peccatũ de reg. iur. in 6. §. 8. & de venat. & aucup. Vide Cepol.tract.de seruit.rust.præd.c.21. Guid.Pap.q.218. Gail. obsern. 66. & obseruat. 97. Ord.lib.5.tit.91 §. 1. & seqq. Caçar, se não póde na queimada. Ordnat. lib. 5. tit. 86. §. 7. nem com fio. Ord.lib.5.tit.88. nem perdizes com armadilha,ibi §. 1. & 4. nem com açor,ou gauião na courada,ibi §. 5 nem coelhos na herdade, ou defesa de Dezembargador. Ord.lib.2.tit.59. §.7.nem caçar coelhos nos mezes,que crião. Ord.lib.5.tit.88. §.2. E as aues q̃ se tomarem,& caçarem licitamente saõ daquelles q̃ as tomarẽ,em quanto as retiuerẽ em seu poder, porq̃ fugindolhe, & tornãdo a sua liberdade, ficão de quẽ as tomar,& não obsta,q̃ a posse se acquire cõ o animo, & se se retem com elle, & q̃ assi perseuerando este, parece q̃ sempre a aue fica de que a tomou,porq̃ istoprocede nas cousas q̃ não

não tem alma, nem condição diuersa da natureza humana, por isso se retem com o animo; porẽ naquellas cousas, q̃ no espiritu como as aues, he differẽte rezão, porque tornando a sua liberdade não as podem reter com o animo, pois a sua condiçaõ he diuersa. E à duuida, que o Emperador poem de que aquella fera que vai ferida não fica do que a ferir, se a não tomar, posto que pareça se encontra com a lei inlaqueũ, ff. hoc tit. conforme a qual aquella fera que cahio no laço he de quem o fez, ainda que a não tome, com tudo isto procede a respeito da preoccupaçaõ que tem aquelle, q̃ segue a fera, q̃ serio pera se lhe dar acçaõ *in factum* contra o que lha diuertir, porq̃ posto que não seja sua, com tudo pello dano que fez a quem a seguia: *Quia iure præoccupationis sua in specie dici potest*, l. si iactum 13. de act. empt. *Nemo enim potest ius præoccupationis auferre*. l. iniuriarum 13. §. siquis à me, ff. de iniur. *Ideò habeo ius præoccupationis, quamuis res mea in solidum non sit, quia multa accidere possunt, vt eam non capiam*, vt text. in §. illud quæsitum hoc tit.

§. *Apium quoque.*

SVMMARIO.

Animais mansos naturalmente que-
1 *es saõ?*
Abelhas se saõ de quem as tomar, &
2 *os fauos a quem pertencem?*

1 DIssemos no §. precedente, que pella occupaçaõ dos animais feros se acquire o dominio: mas porque aueria duuida sobre quaes fossem feras, ou não, trata o Emperador neste §. & nos dous seguintes, dos tres generos de animais, ou mansos por natureza, ou naturalmente feros, & por industria humana mansos, ou feros somente, como temos dito. E estendese esta regra as abelhas de modo que sendo de sua natureza feras, se se puzerem em aruore de alguem não saõ do dono da aruore em quanto não as apanhar no cortiço, & tomandoas se faz senhor dellas pella occupação; assim como os fauos de mel, que estiuerem na aruore alhea não fica comprehendido na pena de furto aquelle, que os tomar, porque ainda as Abelhas não saõ do senhor da aruore em quanto as não tem no cortiço. Textus hic iuncta glossa in verbo *Dominus*, & l. si apes, ff. de furt. & somente o que pôde fazer o senhor da aruore he prohibir, que lhe não entre na sua terra contra sua vontade, porque neste caso se dá acçaõ de injuria contra o que entrar depois da prohibição. Vltimamente acerca deste §. notemos, que as Abelhas, que fogirem do cortiço saõ do dono delle, em quanto o enxame estiuer à sua vista, de modo que seja facil a tornada. l. naturalem, §. apium, ff. eodem; porem neste particular regularmente se observa o costume, & vso da Prouincia, ou lugar.

§. *Pauonum quoque.*

SVMMARIO.

Animais feros por natureza como
1 *se fazem mansos por industria?*
Paoẽs, Pombas, & seus semelhan-
2 *tes se fugirem da casa, ou pom-*
bal, & não tornarem, se se podẽ

tomar, & se julga, que perderão o animo de residir?

3 *Animo se conhece pellas obras.*

1 NEste §. se trata dos animais, que sendo ferozes de natureza, se fazem mansos por industria, como os Pauoens, Pombas, & outros animais ferozes, que por criação, & segurança domestica se fazem mansos, voando tal vez fora de casa, & tornando a ella, destes poem o nosso §. regra, que são nossos em quãto retem, & obseruão o costume de ir, & vir pera casa; porem deposto o animo, & não tornando à casa, perde o dono delles o dominio, & se fazem de quem os tomar: porque se presume pella tardança, que perderão o costume, & animo de tornar, iuxta illud: *Intima per mores cognoscimus exteriores*, secundùm gloss. in verbo, *desierunt*, &c. cap. studijs. ext. de præsumpt. l. si non consuetudinis, iuncta gloss. ibi, Cod. de iniurijs. Porem porque o costume se induz com dous actos, como diz a gloss. na l. 3. super verbo, *Consuetudinem*, Cod. de Episcopal. aud. se antes que as aues deponhaõ o animo forem occupadas, & tomadas por outrem, não ficão suas, mas do primeiro senhor. E tambem se algum vesinho fizer alguã traça, com que as aues se vão pera o seu pombal, & vzar de semelhantes cautelas, não se faz senhor das aues, mas commette furto, se as não restituir. l. Pomponius, §. 1. ff. famil. herciſc. & l. si Pauonem, ff. de furt. & Cepol. de seruit. vrban. præd. cap. 77. o que se ha de entender conforme o nosso Texto, não auendo deposto o animo de tornar, o qual se presume deposto, se as aues não tornarẽ por espaço de dous dias costumados, o q̃ he arbitrario ao juiz, argumentando da l. 1. in fin. ff. de iure deliber. & *quia animus ex facto cognoscitur*, iuxta ea quæ Paris. cons. 131. n. 20. vol. 1. & cons. 15. n. 20. vol. 2. Surd. cons. 82. n. 33. & cons. 471. n. 33. Alban. cons. 119. & cons. 626. n. 9. & DD. in l. Labeo ad fin. ff. de supellect. legat.

Animi volũtas incorporea signis exterioribus detegitur. l. si tamen, ff. de adil. edict. l. 2. ff. de interrog. l. is qui, ff. de ínt. & cunct.

Os actos, q̃ induzẽ consuetudinem declarados no 1. lib. tit. 2 de iure nat. gẽt. & ciuil. §. ex nõscripto.

§. Galinarum.

SVMMARIO.

Galinhas, patos, & outros animais semelhantes são mansos naturalmente, & não se fazem de quem os toma. 1

Se pello furto da galinha se dà acçaõ? 2

1 DIssemos no §. precedente, q̃ entre os animais mansos por natureza se contauaõ as galinhas, patos, ouelhas, porcos, &c. os quaes não saõ de quem os toma como as feras, porque as galinhas, ainda que fujaõ espantadas pera outra casa, a qualquer q̃ chegarẽ, sempre saõ do primeiro dono, ainda q̃ ignore a donde estejão, & tanto assi, q̃ aquelle que as detiuer com animo lucratiuo cõmette furto, l. naturalem in fin. ff. eodem, & facit dictum Bart. in l. qui ea mente, ff. de furtis, vbi dicit: *Si galinæ alicuius perueniant in domum scholarium, qui eas animo comedendi includunt, & postea dicti penitentia, eas demiserint, non tenẽtur furti.* E o mesmo obserua Angl. hoc nostro §. E não obsta q̃ a galinha seja cousa minima, vt in l. scio 4. ff. de in integr.

in integr. reſt. & que por ſer tal, ſe não poſſa dar por ella acçaõ de furto: *Quia pro re minima non datur actio doli, nec furti.* l. 1. ff. de furt. l. ſi oleum. 10. §. vlt. ff. de dolo, porque reſpondemos, que a acçaõ de furto ſe intẽta de dous modos, ſ. ciuil, ou criminal, & aſſi poſto q̃ pella couſa minima ſe não dê acçaõ criminal famoſa, com tudo dâſe a ciuil pera reſarcir o damno que a lei ſẽpre quer euitar.

§. *Item ea quæ ab hoſtibus.*

SVMMARIO.

O que ſe toma na guerra, ſe ſe acquire pella occupaçaõ?

Bens moueis ſaõ dos ſoldados que os tomaõ.

O Segundo modo de acquirir o dominio, he o catiueiro, que tambem he eſpecie de occupaçaõ, vt ſup. in §. feræ; porque aquillo que na guerra juſta tomamos, & catiuamos ao inimigo he noſſo, & ſe faz de quem o toma por direito das gentes, vt hic, & l. naturalem, §. final. & l. adeo in principio, ff. eodem, & procede iſto não ſò nos bens, mas tãbem nas peſſoas dos inimigos: porem conforme Bartholo na l. hoſtes, ff. de capt. & poſt lim. reuerſ. a eſcrauidão não ſe obſerua entre os Chriſtaõs, porque ſendoo, os inimigos não ſaõ catiuos, ſenão priſioneiros. E vltimamente neſte §. notemos a diſtinçaõ dos bens moueis, que ſaõ de quem os toma, & os inmoueis, como as Cidades, Villas, lugares, &c. ſe fazem, & ſaõ do Principe, & Republica, *quæ bellum indixit.* Text. in l. ſi captiuus, ff. de capt. & poſt lim. reuerſ. & Bart. in l. ſi quid in bell. ff. de capt. & poſtlim. Alciat. in l. hoſtes, ff. de verbor. ſign. & ſe obſerua iſto cõforme o coſtume do Reyno onde forem tomados. Cou. reg. peccatũ, 2. p. §. 11. Lanar. cõſ. 84.

§. *Item lapilli.*

SVMMARIO.

Pedras preciosas achadas na praya do mar, ſe ficão ſendo de quem as achar, & quando?

O Terceiro modo de acquirir dominio he a inuençaõ, ou achado, porque hum homem, que achar na praya do mar hũas pedras preciosas, ou outras couſas de valor, naſcidas no mar, & não poſſuidas antes de ninguem, ſe fazem do q̃ as achou, l. item lapilli, ff. de rerum diuiſione. E a rezaõ he, porque como eſtas couſas não foſſẽ de, antes de ninguẽ, rezaõ natural he, que ſejaõ de quem as achar. Porem ſe alguem achar na praya, ou caminho publico, ou particular pedras preciosas, ou outras, que algum paſſageiro perder, não ſe fazem de quem as achar, antes deuem ſer reſtituidas a ſeus donos, cap. ſi quid inueniſti 14. quæſt. 5. & de his dicit Auguſtinus: *Qui inuentum non reddit furtum committit*: porem conforme os Doutores pera hauer dominio, & ſe dizer achado, não baſta ver a couſa ſe não requere ſe a apprehenſaõ della: *Verba enim cum effectu ſunt accipienda.* l. 1. §. hæc autẽ verba,

verba, ff. quod quisque iuris, &c *& inuenire est apprehendere.* l. si Barsatoram, C. de fideiuss. & mandat.

§. Item ea quæ ex animalibus.

SVMMARIO.

II Partos dos animaes saõ fructos, q̃ pertencem ao senhor delles.

2 Se procede o mesmo nos filhos das escrauas?

I O Quarto modo, com que se acquire o dominio he a criação, porq̃ os partos dos animais pertencẽ aos donos dos mesmos animais l. 2. & l. item q̃æ, ff. eodem, *Accessorium enim sequitur suum principale.* E isto não sò procede nos animais irracionais mas tambem nos racionais, porq̃ os filhos das nossas escraubs saõ sugeitos a nosso dominio, como dissemos no primeiro liuro §. ferui de iure personarum; porem ha differença neste caso; porque os brutos se computaõ com os fructos, & os escrauos nascidos das escrauas não, porque seria absurdo computar se o homem no fructo sendo que pera os homẽs criou a natureza todos os fructos, & por isso o vsufructuario não tem direito no parto da escraua, antes pertence ao senhor, §. in pecudum inf. eodem, onde referimos mais largamente estas rezões.

2 Porem se com hum repentino feruor ás claras com hũa enchente lançar hũ Rio hũa cousa em hum campo, o qual seja patente, he do primeiro senhor, & não

§. Præterea.

SVMMARIO.

Se pellas cheas se acquire ao senhor do campo, o que nelle lança a corrente quando se alaga? I

Como se entende que se pòde acquirir pellas enchentes, & quando se pòde recuperar o que a innundaçaõ lançar em algũa parte? 2

Louuados quando se lhes deue cometer a duuida pera resoluerem o que lhes parecer? 3

Aos peritos se dà credito nas materias de seus officios. 5

O Quinto modo de acquirir o dominio das cousas he a innũdaçaõ, & chea, porque aquellas cousas, que os Rios lançaõ nos cãpos se fazem do dono delles, & se lhes acquirem *per alluuionem.* l. adeo, §. 1. ff. eodem: porem isto ha de ser de modo, que não ha de interuir traça algũa pera vir ao campo, a cousa lançada pello Rio se não deue ser por curso, abũdancia, & corrente natural; de modo q̃ se hum Rio lançar hũa cousa em hum campo, a qual fique tam escondida, q̃ não se possa ver facilmente, fica do dono do campo (não sabendo de quẽ he a tal cousa) por direito das gentes, DD. in hoc §. præterea, & l. 7. eodẽ §. ff. hoc tit. & Lucanus:

Illos terra fugit dominos, his rura colonis,
Accedunt donante Pado.

Rio hũa cousa em hum campo, o qual seja patente, he do primeiro senhor, & não

& não do dono do campo. d. l. adeo, ff. eodem, aſſi como aquellas couſas, que com força do Rio forem trazidas tra- ues, ou paos ſe podem alcançar outra vez pello ſenhor dellas pella acçaõ de cõdicçaõ pella lei ſi quis nec cauſam, §. final in fine, ff. ſi cert. petatur, com tudo ſe por força de enchente vier hũa quantidade de terra agregarſe à minha, & por negligencia do ſenhor della eſtiuer ahi tanto tempo, q̃ fique vnida com a minha ſe me acquire pera mim, ou as aruores que o Rio trouxer, ſe o ſenhor as deixar eſtar por tã to tempo que criem raizes na terra a- lhea, ficaõ do ſenhor da terra. d. l. adeo §. 1. ff. eodem: & o modo, com que ſe proua o ter criado raizes, & a vnião
3 da terra, ſe commetterá a louuados peritos naquella materia, ainda que ſe jão ruſticos baſta que ſejão experimẽ tados no ſeu officio, tanto que ſe trata da materia delle. E aſſi donde ſe trata ſe o campo eſtà bem cultiuado, & a terra bem laurada, ou a vinha bem po- dada ſe crê neſtes particulares aos ru ſticos, ſecundûm Doctores, & Panor mitanum in capit. propoſuiſti ext. de
5 probationibus, aſſi como nos mais ca- ſos donde ſe ventilar queſtaõ, q̃ per- tença a algũa arte a deciſaõ della. l. 1. §. menſe, ff. de ſtatu hom. E aſſi âs par- teiras de boa fê, & reputaçaõ ſe dâ cre
4 dito ſe a molher he prenhe, ou não. l. x. in princip. ff. de ventr. inſpiciendo; & aos Medicos, & Surgioẽs, ſe a feri. da he mortal, ou não, cap. ſignificaſti ext de homic. *& de materia noſtri tex- tus latè tradit* Bart. in trac. de alluuion.

§. *Inſula.*

SVMMARIO.

Por rezão da viſinhança quando ſe acquire a ilha que apparece no mar? 1

Ilha como ſe conſidera em direito de tres modos, & quaes? 2

Ilhas ou ſaõ naturais ja deſcubertas, ou deſconhecidas, que dellas ſe não ſabe. 3

Como ſe acquirirão ſuppoſtas eſtas concluſões. 4

NEſte §. explica o Emperador o ſexto modo, com que ſe ac quire o dominio, & diz, que ſe acquire por rezão da viſinhança. & por direito natural o dominio da ilha que naſce no Rio publico, vt híc, & l. adeo, §. Inſula, & l. inter eos cum l. ſe- quenti, ff. eodem, perà cujo entendimẽ to auemos notar, que a Ilha ſe conſide ra em direito de tres modos. Primò, pella caſa poſta no mar, ſecund. gloſſ. hìc in verbo *Inſulam*, & in l Inſulam, ff. de verborum obligat. Secundò, por qualquer caſa ſolitaria, que não eſtà jũ ta a outras caſas, mas liure de todas as partes, vt notatur in l. ſtipulationes nõ diuiduntur, ff. de verborum obligat. §. fin. Tertió, ſe conſidera, & recebe propriamente a Ilha por aquelle mon te de terra, que a agoa cerca ao redor, & deſta trata o noſſo §. Secundó, ſe ha de notar, que a Ilha, ou he natural, q̃ ſempre foi como as que ſabemos, Pi- co, Madeira, Terceira, &c. ou he ca- ſual, & accidental, que raras vezes naſ- cem no mar, & deſtas, propriamente faz aqui menção o Emperador, & pro poem as concluſoẽs ſeguintes. A pri- meira he, que a Ilha naſcida no mar al to ſe diz, que não he de ninguem, & ſe concede àquelle, que a occupar, vt

hic, & d.l.adeo, §. Insula, ff. eodem. 2. Se a Ilha nascer no Rio publico serâ daquelles que de hũa, & outra parte do Rio possuem casas, & quintas jũto da praya, & ribeira delle, & não será commua de todos *pro indiuiso*, mas conforme a visinhança, & prospectiua de cada quinta será a parte acquirida na Ilha, secund. Bart. in rubr. de rerum diuis. *Quantum enim cuiusq; agri spatium propè ripam est, tantum quoq; habet spatium in insula recta linea per insulam producta.* d.l.adeo, §. Insula iuncta l. inter eos, ff. eodem, & procede esta conclusaõ se a Ilha nascer no meyo do Rio, porque ficando mais propinqua a algũa das quintas, será toda daquelles, que lhe ficarem mais proximos. E assi por rezaõ da vizinhança se fica acquirindo o dominio da Ilha. text. hic, & in d.l.adeo, §. Insula, ff. eodem, & emtanto, que se a Ilha quando nascer estiuer propinqua a hũa quinta, & depois por forças de correntes se augmentar de sorte, que parça fica tam proxima a hũa parte da ribeira como da outra, neste caso ainda he do q primeiro acquirio o dominio pella proximidade, & visinhança. l. Insula, ff. eodem: *Nam si flumen diuidatur superius, & inferius uniatur, ita ut ager includatur, eius manet iste ager, cuius antea fuerat.* text. hic, & d.l.adeo, §. Insula. E desta materia depois de Bart. in dicto tract. de Insula se pòde ver Cepol. de seruit. rustic. præd. cap. 31. & cap. 26. & 33. & Francisc. Marc. 2. dec. 110. 111. 112. 270. & duabus seqq.

Ilhas adjacentes mais chegadas ao Reyno saõ del Rey. Ord. lib. 2. tit. 26. §. 30.

§. Quod si naturali.

SVMMARIO.

1 *Bojo do Rio se he publico?*

E mudando o curso a quem pertence? 3

Campo, que estiuer alagado, acabando de alagar fica pertencendo a seu dono como de antes. 3

Campos, que se alagaõ se se podem prescrever? 4

Se pella citaçaõ se interrompe a prescripçaõ? 5

NEste §. diz o Emperador que o bojo do Rio, & aquella fossa por onde corre, ou ventre do mesmo Rio, como lhe chama Bartholo in tract. de alueo, & Baldo rubrica de rerum diuis. diz, que he leito do Rio, pois nelle pàra, & descansa. De sorte que este bojo, ventre, ou leito deste Rio he de direito publico, em quanto serue ao Rio, como o mesmo Rio tambem he publico, vt hìc, & d.l. adeo, §. Insula. Acérca do que se deue notar. Primò, que se o Rio deixar de correr pera este costumado bojo, & for pera outra parte o ditto bojo deixado será daquelles, que ficarem mais proximos a elle, por rezaõ de visinhança de quintas, que estejaõ mais perto delle, conforme acima dissemos; & o nouo bojo que o Rio tomar, será publico, vt hic & d.l.adeo, §. Insula. Porem se o Rio tornar ao antigo bojo, o nouo será daquelles, que junto da ribeira tuerem casas, ou quintas, & não do primeiro senhor, porque neste caso a forma que dà o ser á cousa está mudada, porque de campo foi feito bojo, & de rigor de direito fica sendo dos visinhos, ex his quæ dicuntur in d.l.adeo, §. Insula iuncta gloss. in verbo vix. 2

Secundò, deuemos notar, que se todo o campo com innundaçaõ for alagado, tanto que a agoa se apartar, & 3

vasar

vaſar a chea, ficã o campo do ſenhor de quem era dantes: *Inundatio enim ſpeciem fundi non mutat*, vt hic, & d. l. adeo, §. aliud ſane, ff. eodem, *Sed vſũ, & vſumfructum impedit*, vt l. 1. §. foſſa ff. de fluminib l. ſi ager. ff. quib. mod. vſufruct. E aſſi pella innundaçaõ ſe não perde o dominio do cãpo, poſto q̃ a poſſe ſe interrõpa, conforme a gloſ. in verbo *manere*, per text in l. 3. §. labeo, & in l. qui vniuerſas, §. 1. de acquir. poſſeſſ. a qual ſe reſtitue tanto que ceſſa a innundaçaõ, & a agoa ſe aparta do campo: *& aqua recedente poſſeſſio, ſine nova apprehẽſione reſtituitur.* gloſ. hic in verbo *manere*, & em conſequencia diſto dizem tambem os DD. que ſe interrompe a preſcripçaõ, porque eſta ſe não dà ſem poſſe, & aſſi aquelles q̃ poſſuem campos junto de rios, que os coſtumão alagar muitas vezes, raras preſcreuem, porque em tanto não corre a preſcripção. cap. ſine poſſeſſione de reg. iur. in 6. l. naturaliter, ff. de vſucap. quod vt locum habeat vide Alex. & Iaſ. in l. 3. §. labeo, ff. de acquirend. poſſeſſ. Felin. & Bald. in cap. illud extr. de præſcript. & de alueo, vide Cepol. in tract. de ſeruit. ruſticorum prędiorum, cap. 4. E não pareção eſtas materias aqui aduertidas pouco neceſſarias, porque como ao diante veremos com exemplos tem muito que aduertir em cada qual.

E quanto á interrupção da preſcripçaõ, que acima diſſemos, he de notar, que diz Balb. de preſcrip. 3. p. 6. & vltimæ partis, pag. 556. n. 9. que quando ſe interrompe a preſcripção pella innundação ſe dá contra ella reſtituição: *Contra interruptionem præſcriptionis, quæ fit per innundationem fluminis, abſq; facto, & culpa præſcribentis; & ſic vel aliter ex iuſta cauſa in integrũ reſtitutio datur*, l. 1. §. ſi quis autem propter ff. de itinere actuq; priuat. *Nam perdere ius quæſitum eſt pati damnum*, vt ibi dicit gloſſ. *Et reſtitutio datur vbi agens tractat de damno, quod eſt quando ius eſt iam quæſitum.* E deſta materia de interrupção de preſcripção ſe pòde ver o meſmo Balb. pag. 574. n. 14. onde diz, que a interrupçaõ da preſcripçaõ ſe faz sò pella citação, & pag. 596. numer. 50. onde tratá ſe a interrupçaõ da prescripção feita contra o principal, tem lugar quanto ao fiador, & pello contrario. E no n. 595. diz ſe feita a interrupção contra hum dos Tutores, em que caſo preju. dique aos mais. E porque auemos tratar eſta materia em ſeu particular lugar vamos continuando com a explicação do §. ſeguinte, em que ſe explicá o modo, com que pella especificação ſe acquire o dominio.

§. *Cum ex aliena.*

SVMMARIO.

Quando de outra materia ſe faz noua eſpecie, a quem perience a couſa que ſe fizer? 1

Concordãoſe as opinioẽs contrarias pera moſtrar como ſe acquire, fazendo hũa noua eſpecie de materia alhea? 2

O Septimo modo, com que ſe acquire o dominio das couſas por direito natural, he a q̃ chamamos, *per ſpecificationem*, quando de outra materia ſe faz nova eſpecie, vt in noſtro textu hic, & in l. adeo, §. cum

5

cum quis ex aliena, ff. eodem, & nesta questão foraõ antigamente varias as opinioens, porque Sabino, & Cassio differaõ, que a especie feita da materia alhea pertencia ao senhor da materia (v.g. fazendo hũa pessa do ouro alheo era do dono do ouro) porque sem materia se não podia fazer especie, *Et quod ex meo fit, meum efficitur.* l. de eo, § si quis ex vuis, ff. ad exhibend. Porem Proculo, & Nerua, Iurisconsultos, tiuerão o contrario dizẽdo, que era a pessa de quem a fazia. Mas esta discordia dos Iurisconsultos se reduzio a hũa sentença; de modo que se ha de distinguir. Primò se a especie he tal, que se pòde reduzir à primeira materia rude. v.g. fezse hũa tassa de hum arriel de ouro, & como esta tassa hauendo duuidas se póde reduzir fundindose o arriel, & materia rude, não se faz do especificante: porq̃ não se julga, que he noua forma aquella, que tam depressa se reduz â primeira materia. Secũdò, se a especie se não pòde reduzir á materia rude, como o vinho, que se não pòde tornar a fazer vuas, o azeite, a lam, &c. nestes casos permanece a sentença sobredita do Iurisconsulto Proculo, & fica a cousa que se faz do especificante, & a materia se reputa por perdida. E não obsta a regra. *Quod ex meo fit, meum est.* Porque pera a validade desta regra se requerẽ algũas condiçoens, s. que eu mesmo faça a cousa, ou que se faça por meu mandado, ou ratificação, & que se faça com mâ fé, vt text. in l. de eo, §. si quis, ff. ad exhibend. porem pera que a especie feita da materia alhea se faça do especificãte, que a fizer, requere-se. Primò, a boa fé, porque o que faz com mà fé algũa cousa da materia alhea, não fica senhor della. Secundò, que a especie se não possa reduzir á materia rude. Tertiò, que o especificante faça a cousa em seu nome, porq̃ se a fizer em nome alheo, não fica sua, senão daquelle, em cujo nome a fizer. d.l. adeo, §. cum quis, & l. quidquid, §. vbi simul, ff. eodem; nem obsta tambẽ a regra do cap. locupletari de reg. iur. in 6. *Quod nemo cum aliena iactura debeat locupletari.* Porque ainda que o especificante fique senhor do que fizer com boa fé, com tudo ao senhor da materia se dá hũa acção *in factum* contra o especificante pera alcançar a estimação, & valor da materia, secundùm gloss. hìc in verbo *spicas*, in fine, l. in rẽ actio. §. item quæcumque vers. ideo quoque, ff. de reiuindicat. De maneira que nem o senhor fica perdendo a materia, nem o que fabricou o trabalho, mormente quando o fez com boa fê, que he o principal requisito, como fica apontado, & agora passemos ao §. seguinte.

§. *Si tamen.*

SVMMARIO.

O que se ajunta a algũa cousa pera ornato cede ao principal, posto q̃ tenha maior preço. 1

Vestido que se mandou fazer não se achando nelle os couados, que se deraõ ao alfayate, se presume que os furtou. 2

Alfayate se pòde reter os vestidos pellos feitios? 3

OCtauo modo, cõ que se acquire he, *per accessionem*, a qual se faz 1

ſaz *per factum hominis*: aſſi como ſe refere, & manda guardar aqui a regra poſta na l. & ſi non ſunt, §. peruenia. mus, ff. de auro, & argẽto legato, *vide. licet.* pera que aquillo que ſe ajunta â algũa couſa pera a ornar, ainda q̃ ſeja mais precioſo o que ſe ajunta do que a couſa a que ſe ajuntar, ceda, & fique ſugeito ao principal, v.g ornouſe hũa pedra precioſa com ouro, & fezſe da pedra hum anel pera ſe poder vzar del la, neſte caſo o ouro cede, & ſe ſugeita á pedra; porem ſe a pedra ſe ajuntar pera ornato do ouro, entam fica inferior: aſſi na purpura (que he o exẽplo do noſſo §.) alhea ſe reueſtir o veſtido de alguem, ſe ha de conſiderar o animo do que reueſtir: porque ſe puzer a purpura como acceſſoria, entam tem lugar a diſpoſição do noſſo §. Porem ſe for de outro modo não, ſecundum gloſſ. hic in verbo, *pretioſior*, & vere. mos no tit. de obligat. onde ſe trata dos acceſſorios, como ſeguẽ o princi. pal, & ſe explica a regra acceſſorium, de reg. iur. in 6. E quando alguem em boa fé reueſtir o ſeu veſtido, & ornar com a purpura alhea ſocorreſſe ao ſenhor da purpura pella condicção *ſine cauſa*, ou pella acção *ad exhibendum*, not. poſt. text. in l. gemma, ff. ad exhib. & ſendo com mà fé, ſe dà a acção de furto, ou condição furtiua contra o que a tomar, ou faça o veſtido, ou não, ou por ſi, ou por outrem, vt hic, & ſubijcit gloſſ. *qui erat ſarto*. acerca da qual ſe nota, que quando ſe não achão na obra os couados de ſeda, ou pano, que ſe derão ao alfayate pera a fazer, ſe julga, & preſume, que furtou o alfayate o que faltar. E nota Bart. poſt text. in l. fortiſſimis, C. de re militari, lib. 12. & inquit: *Sartores pro confectione vnius chlamidis non poſſe accipere vl*

naunum aureum, como refere laſ. no §. tripli de act. & na l. ſi non ſortem, §. ſi centum, ff de condit. indebiti, diz que o alfayate pòde reter o veſtido pellos feitios delles até lhos pagarem, per ius retẽtionis, de quo DD. in l. vnio C de rei vxor. act. in tit. de in penſ. in reb dotalib. l. ſi in area 33. ff. de condict. indebit. l. ſi neceſſarias 8. ff. de pignorib.

§. *Si duorum materiæ.*

SVMMARIO.

Quando hũa peſſa ſe faz de diuerſas materias, como do ouro de Pedro, & da prata de Ioaõ ſe fica commua de ambos? 1

Se procede o meſmo confundindoſe a caſo as materias commuas? 2

NOno, ſe acquire pella confuſaõ da materia, quando hũa materia do meſmo, ou de diuerſo genero ſe confunde, ou della he feita certa eſpecie: de modo que o que ſe faz, & compoem das materias confuſas fica commum dos ſenhores da materia. v. g. fezſe hũa peſſa do ouro de Titio, & da prata de Sempronio, aquella peſſa he de ambos, pella vontade, & conſentimento de cada qual, vt iu noſtro text. & in l. adeo, §. voluntas, ff. eodem: porem ſe interuier a vontade de hũ sò, neſte caſo não fica a couſa commua, ſenão daquelle que a fizer vt in §. cum ex aliena hoc noſtro tit. mas ampliaſe eſta concluſaõ, que procede, ſe por caſo fortuito, que ſe não poſſa imputar a neñhum, ſe confundir a materia, ſe faz tambem o corpo que

della

della se fizer commum, de maneira q̃ entre os senhores da materia, tem lugar a acção *communi diuidundo*. l. idẽ Pomponius, ff. de reivendicat. §. si duorum hoc tit. porque as materias confusas por caso fortuito ficão cõmuas quando hũa se não pode separar da outra. ex l. si frumentum, §. sed pumblũ, ff. de reiuendicat. l. laus, §. vlt. ff. de acquir. rerum domin.

§. *Quod si frumentum.*

SVMMARIO.

1 *Misturandose o trigo de hum dono com o de outro, como se pòde acquirir, ou separar?*

2 *Em que se differença a mistura, da confusaõ?*

3 *Como se procede hauendo confusaõ ou mistura de algũas cousas?*

1 O Decimo modo, com que se acquire he pella mistura das especies. v.g. se o trigo de Titio se misturar com o de Sempronio, vt hic, & in l. idem Pomponius, ff. de reivendicat. differe a confusaõ da mistura. Primò, porque dissemos, que se confundem as cousas, que produzem noua especie. v.g. o vinho, & o mel, confundindose geraõ noua especie de bebida, *Mulsum, scilicet, ex auro, & argento, electrum, &c.* Porem o misturar he quando se confundem as cousas, q̃ não passaõ a noua especie, mas retem a primeira, & ficão na mesma substancia, vt ex text. hic, & in gloss. in verbo *competit.* in fine. Porem muitas vezes se poem a mistura por confusaõ, & pello contrario se toma a confusaõ pella mistura. d. l. idem Pomponius iunctio §. sed si plumbum, ff. reivendicat. E procede esta conclusaõ referida se a mistura se fizer por vontade dos senhores do que se misturar: porque cõsentindo ambos fica a cousa comua, de modo que compete a acção, *communi diuidundo*, contra aquelle q̃ possue a cousa, que se compoz da mistura. d. l. Pomponius in fine principij. Porem se se fizer seu consentimento dos senhores, mas a caso se misturar o trigo, ou outra qualquer cousa, neste caso não fica a cousa que se compuzer da mistura, commua, nem compete a acção *communi diuidundo*, mas tem lugar a acção *in rem*, principalmente quando forem misturadas diuersas materias; & sendo semelhantes as cousas misturadas, se houuer duuida de quem sejão, & sobre o que pertence a cada qual, o juiz *ex officio* as estimarà, & julgarà o que for justo a cada hum, cõforme o nosso texto no fim deste §. 3

§. *Cum in suo solo.*

SVMMARIO.

Edificandose nouas casas no chaõ alheo, a quem pertencem? 1

Referẽse quatro casos principais pera se conhecer como se acquire pela edificaçaõ de nouas casas, ou edificios? 2

1 ACquirese tambem o dominio pella edificação, vt hic, & in l. adeo, §. cum in suo, ff. eodem; mas pera entendimento deste §. notemos quatro casos principais: Primeiro, quando alguem edifica no seu

seu chaõ com a sua materia, sem duuida he senhor do edificio; & claro está que quem faz as casas no seu chaõ da sua pedra, & cal que saõ suas pella regra, *Quod ex meo fit, meum efficitur.* l. de eodem, §. si quis. ff. ad exhibend. Secundò, quando alguem edificá, & faz hũas casas no seu chaõ da materia, & pedra, & cal alhea, entam tem lugar a disposição do nosso paragrapho, de modo que o edificante fica senhor do edificio, por direito natural: *Nam ædificium, quod solo est affixũ cedit solo,* vt hic nostro textu, & in dicta lege adeo, §. cum in suo. E ainda que o senhor da materia não perca o dominio della, com tudo não a pòde vendicar em quanto o edificio estiuer em pé, de maneira que elle não perde a sua materia, scilicet, pedra, cal, &c. antes lhe compete a acçaõ (áquelle que com boa fé edificar) *de tigno iniuncto*, pera o duplo da estimaçaõ delle. l. 1. ff. de tigno iniuncto. & não sendo pago com esta acção, ou não a intentando em quanto o edificio permanecer, não pòde intentar a reuendicaçaõ, senão se o edificio cair, & isto se introduzio a fauor das Cidades, pera que suas casas não fossem destruidas, & arrazadas, vt hic, & & l. 2. Cod. de ædific. priuat. & contra o edificante de mà fé competem cinco acçoens. Prima, *Actio ad exhibendum*. Secunda, *Actio de tigno iniuncto*. Tertia, *Reiuendicatio*. Quarta, *Condictio furtiua*. Quinta, *Actio furti*. E de mà fé he aquelle, que sabendo, que a cal, pedra, ou madeira era alhea a tomar, & edificar com ella, & fizer suas casas, & contra este se dão as sobredit as acçoens. l. 1. ff. de tigno iniuncto, & veremos no tit. de action.

O terceiro caso he quando alguẽ edifica hũas casas com a sua pedra, & cal, & madeira no chaõ alheo & neste caso saõ as casas do senhor do chaõ conforme a regra: *Quod ædificium cedit solo* d. l. adeo, §. ex diuerso, ff. eodem, com tanto que se o edificante for caseiro, ou rendeiro do senhor do chaõ, & edificar algũa cousa necessari a *in re conducta*, pòde recuperar as despesas, secundùm Angelum in l. 2. Cod. de reiuendicat. Item, o que edifica com boa fé, cuidando que o chaõ he seu, & ignorando, que he alheo, este constituido na posse do edificio tem a excepçáo *doli mali*, contra o senhor do chaõ, que pedir o edificio, se recusar pagarlhe as despesas feitas nelle, vt in dicta leg. adeo, §. certè. ff. eodem. Quarta, quãdo alguem edifica com a cal, & pedra alhea no campo alheo, neste caso tambem o senhor do chaõ o fica sendo do edificio, mas não da materia: porque ou deue pagar a estimaçáo della, ou torna ao senhor sendo destruido o edificio: dicta l. 2. cum ibi notatis, Cod. reivendicat. & das bemfeitorias hauemos tratar ao diante, & no tit. de locatione, & conductione, & no de actionibus lârgamente.

(.·.)

§. Si Titius.

SVMMARIO.

1 *Planta posta na terra alhea criando raizes, fica do senhor da terra.*

2 *Estendo semeada com boa fê poderà pedir ao dono da terra o valor da planta, & não arrancala, porque he prohibido pella lei com graues penas.*

1 NEste §. se ensina como se acquire o dominio das plantas, *per plantationem*. E assi como os edificios cedem ao chaõ, com mais rezão deue ceder a planta, que não sò se sustenta na terra, mas toma della a vida, & sustento, & força: Porque a regra da cessão dicta, que se não considera o fim, nem a nobreza da cousa, ou seu valor; mas aquillo, que por si pòde estar, vence aquillo que por si não pôde estar, como as casas, que se não podẽ sustentar sem o chaõ, & por isso lhe cedem nẽ a planta sem a terra. Dõde se alguem plantar hũa aruore alhea na sua terra, fica senhor da planta: porem isto se entende se ella lançar raizes; porque a aruore alhea plantada na minha terra em quanto não lança raizes, não he minha, senão do senhor da planta, textus noster, & in dicta lege adeo, §. si alienem, & in leg. qua ratione, in principio, ff. eodem. E isto procede, ou a cousa seja plantada com boa, ou mà fê: com tudo o

2 que planta com boa fé alcança do senhor do chaõ a estimação da planta. l. 5. §. penultim. & ibi glossa in verbo, *Dabant*, ff. de reivendicat. late Cepol. tract. de fruit. vrban. capit. 86. & Cephal. consil. 169. tit. 2. Porem aruore de fructo se alguem a cortar a outrem, tem pena de açoutes, & paga ao dono o tresdobro da estimaçaõ della, Ordinat. libro 5. tit. 75. Cabed. decis. 126. E cortar aruore he caso de querela. Ordinat. libro 5. tit. 117. §. 1.

§. Qua ratione.

SVMMARIO.

Semente lançada no campo alheo pertence o fructo ao senhor do campo. 1

1 O Decimo tercio modo, com que se acquire, he a semẽteira donde se hum homem semear no campo alheo, ficão todos os fructos da semente do senhor do campo, *non iure seminis, sed iure soli*, textus noster, & in leg. 9. ff. eodem: porque a semente cede à terra, á maneira do edificio, ao chaõ, & da planta. l. qua ratione, ff. eodem, & daqui vem a dizer a glossa in dicta lege adeo, §. cum in suo, in verbo, *inædificatur*, ff. eodem: *Quidquid plantatur, seritur, vel inædificatur: omne solo cedit radices si tamen egit.* E assi do mesmo modo se ha de entender, que o que semear com boa fé no campo alheo, pòde pedir a semente ao senhor do campo, vt in dicta lege, qua ratione.

§. Literæ quoque.

SVMMARIO.

1 *Letras, & tudo o que ſe eſcreue no papel, ou purgaminho ſe pertence a quem eſcreue, ou ao dono do papel, em que ſe eſcreueo?*

1 O Decimo quarto modo, com que ſe acquire he *per ſcriptum*, de modo que as letras, ainda que ſejão de ouro cedem á carta, em que ſaõ eſcritas, aſſi como a planta, & a ſemente. d. l. qua ratione §. literæ, & Iuriſconſultus in l. in rẽ, §. ſed & id, ff. de reivendicat. rationem colligens ex natura ait: *Neceſſe eſt ei rei cedere id quod ſine illa eſſe non poteſt.* Com tudo Myſingerio pella rezão do Iuriſconſulto Paulo na lei in rem, §. in omnibus, ff. de reivendicat. diz o contrario, & attenta ao mayor valor em ſemelhantes caſos, & affirma, que o papel cede à eſcritura. de modo que pagando o preço do papel fica o que eſcreuer ſenhor da carta, & eſta he a melhor opinião de Myſinger. & Soacio, & aliorum DD. hoc noſtro titulo.

§. Si quis in aliena tabula.

SVMMARIO.

1 *Pintura não cede â taboa, ou pano, em que ſe pinta, & porque?*

2 *Limitaſe, que não procede quando a pintura val menos que a couſa, em que ſe pintar.*

3 *Pintor deue pagar o preço da taboa, & ſe elle o offerecer, & juntamente o dono della, o valor da pintura qual ſe preferirâ?*

1 COm a pintura tambem ſe acquire o dominio da taboa, ou pano, em que ſe pintar, & aquelle que pintar na taboa alhea, fica ſenhor da taboa, & da pintura; *quia tabulæ picturæ cedit.* l. qua ratione, §. literæ, ff. eodem, & não obſta a rezão da lei in rem, §. ſed & id. ff. de reivendicat. *videlicet. Rei ſemper cedere, id quod ſine illa eſſe non poteſt.* Porque eſta ſe ha de entender com a rezão da prevalencia, & eſtimação, preferindoſe ſempre o que he mais precioſo. d. l. in rem, §. in omnibus, ff. de reivendicat. E claramente ſe vê, que a pintura he mais excellente. E aſſi o Iuriſconſulto Paulo tira toda a duuida, quando na ditta lei, in rem, diz, que he neceſſario que ſiga a couſa aquillo, que ſem ella não póde eſtar, tirando a pintura pella excellencia. & como a excepçaõ firma a regra em contrario, vt l. generi, ff. de reg. iur. claro eſtâ que poſto que regularmente ſiga a couſa o que ſem ella não póde eſtar, não he aſſim na pintura, pello valor, & precioſidade, & por iſſo a pintura dà nome á taboa, pois não ſe chama aſſi depois de pintada, nem pano, ſenão retrato, ou quadro, & vulgarmente pintura, que como mais nobre dà o nome à taboa, ou pano, & por iſſo val mais. Limitaſe porem iſto, que não procede em alguns caſos. Primò; ſe a pintura for feita de caruaõ, cede à taboa, ou lamina, em que for feita, porque pera proceder a doutrina deſte paragrapho requereſe, que a pintura ſeja mais nobre que a taboa

2

boa, secundùm Procul. hìc Secundò, não procede, se a pintura for feita no tecto de algũas casas, ou Igreja, na varanda de algũa nao, ou em algũa cousa immouel, que tambem cede a pintura â cousa immouel, secundùm Porc. & gloss. hic in verbo *Tabulam*. Tertiò, se limita, que deue
8 o pintor pagar o preço da taboa, ou lamina; & quando o pintor offerece o preço da taboa, & o senhor della offerece o preço da pintura, sempre o pintor he preferido, secundùm Plat. Mysing. Accurs. & alij hoc nostro §. *Nam in pictura, & similibus plus est in arte, & manu pretio, quàm in re, & materia*. l. 13. §. 1. ff. de verborum significat. o que se ha de entender sempre, se a pintura for mais valiosa que a materia, em que se pinta. E por isso diz o Emperador Iustiniano: *Rediculum est enim picturam Apelis, vel Pharasij occasione vilissimæ tabulæ cedere.*

§. *Si quis á non domino.*

SVMMARIO.

1 *Pella colheita dos fructos se se acquire o dominio delles, & quando?*
2 *Refere se a etymologia da palaura,*
3 *Fructos.*
Diuidem se em naturais, & industriais, & mixtos de cada qual se trata em particular.
4 *Fructos extantes, ou futures como se consideraõ pera se acquirirem.*
5 *Possuidor de boa fé, que fructos acquire, & quaes deue restituir, & o de mâ fè ha de pagar todos atè real entrega.*

O Decimo sexto modo, com q̃ se acquire o dominio por direito natural se explica neste §. & diz o Emperador, que pella colheita dos fructos os acquire o possuidor de boa fé. Conſonat l. 48, ff. hoc titulo. l. qui scit, 25. l. fructus 45. ff. de vsur. l. Iulianus 37. ff. de reivend. cum similibus. 1

Pera entendimento deste paragrapho hauemos notar, que os fructos se chamaõ assi, *à fruendo, ex eo, quod omnia, quibus fruimur comprehendũt: & fructus dicitur id quod superest deductis expensis*. Notant Doctores per textum in leg. si á patre, ff. de petit. hæredit. in §. fin. & l. fructus, ff. soluto matrimonio. 2

Secundò, se ha de considerar, que conforme a direito huns fructos se chamaõ naturais, outros industriais, outros mixtos, porque tem parte de naturais, & industriais. Fructos naturais saõ aquelles, que a mesma natureza produz, como os partos dos animais, os fructos das aruores syluestres, as eruas, & outros semelhantes. Industriais saõ aquelles fructos, em que só entreuem a industria, & habilidade dos homens, como as semeteiras, as vinhas, & alij, de quibus Barthol. in l. final. ff. ad legem falcid. & mixtos saõ aquelles fructos, em os quaes concorre com a natureza, & industria, o cuidado dos homens, como o azeite, o queijo, & outros semelhantes. Ha tambem fructos, que 3

chama

chamamos ciuis, como saõ os alugueis das casas, pensoẽs, arrendamentos de officios, fretes de naos, ex notatis ad l. si nauis 62. & l. hæredes 29. ff, de petit. hæredit.

Outra diuisaõ dos fructos ha accidental, porque huns se chamaõ futuros, que estaõ por nascer, l. quod in rerum, ff. de verborum obligat. outros se chamaõ pendentes, porque estaõ na aruore, ou caidos ao pé. d. l. fructus, ff. de reivendic. outros ja colhidos, *Qui dicuntur percepti*. l. bonæ fidei, ff. hoc tit. & outros, que estauaõ colhidos, & por culpa do possuidor deixaraõ de se colher. l. fructuum 33. ff. de petit. hæredit. E pera a restituiçaõ dos fructos se considera que huns saõ extantes, porque estaõ ainda nos bens do possuidor, & outros saõ ja gastados, vt in l. 3. C. de condict. ex leg. & in principio nostri textus in verbo *cõsumptis*. Consonant Richard. hoc nostro tit. Osuald. lib. 4. cap. 24. litera C, Menoch. de arbitr. cas. 210.

Supposta esta diuisaõ perguntaõ os Doctores, que fructos acquire o possuidor de boa fè? E resolue, que faz seus todos os fructos assi naturais, como industriais, *pro cultura, & cura*, porque em huns, & outros he necessario, que ponha igual cuidado, assim pera conseruaçaõ dos que a natureza produz, como pera crescimento, & augmento dos que a industria faz permanecer. l. bonæ fidei, ff. hoc tit. *Possessor enim bonæ fidei omnes fructus á se perceptos acquirit cum titulo, etiam inualido.* Menoch. cons. 173. num. 4. Giurb. decis. 89. num. 16. & 17. Fachin. controuers. lib. 1. cap. 57. Phæb. 2. parte decis. 133. a numero 32. & 38. & sò da contestaçaõ da demanda em diante os deue restituir ex l. sed & si lege, §. si ante, ff. de petit. hæred. Pinel. in l. 2. part. 2. cap. 4. num. 48. Cod. de rescindend. Gama decision. 94. num. 1. Cabed. 1. parte decis. 68. num. 6. Reynos. obseruat. 6. num. 30. Phæb. 1. parte, decis. 74. num. 6. Porem o possuidor de mà fé restitue todos desde o tempo da indeuida occupaçaõ atè real entrega, como haue-mos mostrar julgado no titulo de bonorum posses. inf. lib. 3. em hũ caso no tauel de appellaçaõ, q̃ veyo de Euora de Philippe Lobo da Sylueira, com as Freiras de S. Bento da ditta cidade. Possuidor de boa fé ja dissemos, que era aquelle, que ignoraua ser a cousa alhea, & com bom animo a possue, ou cuidando que lhe foi dada, ou vendida por seu dono verdadeiro, como adiante veremos no titulo de vsucap. onde mostraremos tambem, que o possuidor de mà fé he o que maliciosamente retem a cousa, que sabe, & deue saber, que he alhea, como no ditto titulo veremos, onde tudo se hade explicar largamente, & no titulo de officio iudicis com mais miudeza.

4

§. *Is vero ad quem cum seqq.*

SVMMARIO.

Vsufructuario, & rendeiro que fructos acquirem? 1

Se pertencem aos herdeiros do vsufructuario, ou rendeiro os fructos que estauaõ colhidos ao tẽpo de sua morte, & quando? 2

Differenças entre o vsufructuario, & o possuidor de boa fè. 3

Titulo primeiro

4 *Se todos os possuidores de boa fê acquirem os fructos, & quaes?*

5 *Rendeiro em que he comparado ao vsufructuario, & se referem as espécies de Rendeiros, mostrãdo em quaes procede a doutrina deste §.*

6 *Debaixo da palaura, Fructos, se comprehende tudo o que nasce de aruores, campos, & pastos dos animais, porem os filhos das escrauas não, & porque?*

7 *Se o vsufructuario está obrigado a pôr outras aruores na quinta de que tẽ o vsufructo, & substituir as ouelhas, que faltarem no rebanho?*

1 DEpois de o Emperador dizer do modo com q̃ com a colheita se acquire o dominio dos fructos, diz, que esta doutrina referida se extende ao colono, & vsufructuario que acquirẽ os fructos da cousa alhea que possue em boa fê pella pensaõ que paga ao senhor della. Vsufructuario ao diante veremos, que he o que tem o vsufructo de algũa cousa, vt in tit. de vsufruct. & colono he o que tem o campo arrendado pera o cultiuar: & por esta boa fé acquirem os fructos do campo que cultiuaõ, ou da cousa, de que tem o vsufructu, ou sejão os taes fructos industriais, ciuis, ou naturais. Textus hic, & in l. item si fundi, & in l. vsufructu legato, ff. de vsufruct. o que

2 procede quando o mesmo vsufructuario colher os fructos em sua vida, ou outrem em seu nome os separar do campo, ainda que os não tenha no celeiro. l si fructuarius messem, ff. quib. mod. vsufruct. amittatur. Donde sea-

quelle, que tem o vsufructo de algũa quinta morrer, estandoos fructos della maduros, mas não colhidos, não passaõ aos herdeiros do vsufructuario, & ficão do senhor da quinta: porque os fructos pendentes saõ partes do cãpo l. fructus, ff. reivendicat. Secundò, porque o vsufructo he seruidaõ pessoal, q̃ se extingue com a pessoa, a que se deue. §. finitur infra de vsufruct. porem se o paõ estiuer cegado, & os fructos colhidos ao tempo da morte do vsufructuario lhe pertencẽ posto que não estejão no celeiro. d. l. si fructuarius messem. Se a boa fé se requere *de momento ad momentum, & tempore contractus*, diremos no ditto tit. de vsucapionibus & a differença que ha no acquirir dos fructos diremos no dito tit. de officio iudicis, onde trataremos da restituiçaõ respondendo a dita lei fructus, & a outras difficuldades, que por breuidade deixei. Em segundo lugar notemos a differença do vsufructuario, & do possuidor de boa fé, & differem primò, porque o vsufructuario não acquire pera si mais que os fructos, que elle por si, ou outrem em seu nome colheo; porem o possuidor de boa fé não sò faz seus estes fructos mas tambem todos os mais, que por qualquer forem colhidos, & separados. d. l. si fructuarius messem: *Possessor enim bona fidei percipit iure soli, & quasi dominij, idcoq; statim percipisse intelligitur, ac fructus à solo separati sunt: fructuarius verò, quemadmodum colonus non possidet, sed iure pacti, & constitutifructus percipit, ideo non antecapit, quam naturaliter apprehendat.* Secũdo o vsufructuario não passa a seus herdeiros os fructos pendentes, & que ficaõ por colher ao tempo de sua morte, & o possuidor de boa fé si, vt in nostro

3

ſtro tit. 3. O vſufructuario indiſtincta mente acquire, & faz ſeus todos os fructos naturais, ciuis, & induſtriais. não sò os pendentes, & extantes, mas tambem os que ſe gaſtaraõ, & conſumiraõ d.l. vſufructu legato. O que não he no poſſuidor de boa fê, como diſſemos no §. precedẽte. Quartò, o vſufructuario não paſſa ao herdeiro o direito do vſufructo, & o poſſuidor de boa fê cõtinuão nella ſeus herdeiros, ſecundũ Porc. hic. Porem não procede em todos os poſſuidores de boa fé, nem em qualquer, porque a molher só acquire os fructos induſtriais, & não os naturais, porque neſtes não val a doação *inter coniuges*. l. fructus de vſur. & l. fructus 17. de donat. inter vir. & pello contrario o poſſuidor da herança não acquire os induſtriais, porque naõ tem titulo. l item veniunt, ff. petit. hæredit. *Et poſſeſſor bonæ fidei, qui in iure errat, nõ lucratur naturales*. l. celſus ff. de vſucap. *Igitur naturales fructꝰ ſunt bonæ fidei poſſeſſoris, ſed non cuiuslibet.* Deſtas eſpecies de colonos, & rendas, rendeiros, & arrendamentos trataremos largamente no tit. de location. & conduct.

4

Tertiò aduirtamos, que o colono he aquelle, que traz arrendado o predio ruſtico pera cultiuar por certa penſaõ annual. Faz ſeus os fructos do campo, que cultiua, & ſe parece com o vſufructuario; porem antes que explliquemos a differença, notemos, que ha quatro eſpecies de colonos. Primò ſe chamaõ colonos, ou emphyteutas aquelles, que não tem arrendado o cãpo por certo tempo, mas pera ſempre *in emphyteuſim*, vulgò, emfatiota: & eſtes acquirem todos os fructos pello dominio vtil, que tem, vt not. in l. prima, ff. ſi ager vectig. Secundò, outros

5

ſe chamaõ nummarios, que pagaõ cada anno certa pẽſaõ aos ſenhores dos campos aforados. Tertiô, ſe dizem cõductitios, que ſaõ aquelles, que pagaõ cada anno certos moyos de trigo de penſaõ, ſem reſpeitar ſe a terra dá tantos, ou quãtos. Quartó, ſe chamaõ partitiarios, que ſaõ aquelles que trazem a terra arrendada de meas, ou ao terço dando ao ſenhor della, ou ametade, ou a terceira parte dos fructos, cõforme ſeu contrato, repetindoos à maneira de ſociedade. l. ſi merces, §. vis maior in fine, ff. locati, differem porem, porque os fructos ſaõ do colono, ainda q̃ elle os não colha, nem outrem em ſeu nome, mas todos: o que não he no vſufructuario. Item, porque o vſufructuario não paſſa ao herdeiro os fructos pendentes: o colono ſi. Item, o herdeiro do colono ſuccede em ſeu lugar, l. viam veritatis. C. locati, & o herdeiro do vſufructuario não.

Quartò he de notar neſte §. que os fructos ſe chamaõ aſſi tambem *à ferendo*, & aſſi ſe diz ſtrictamente, fructo, conforme Myſing. *in ſtricta ſignificatione appellatur id omne quod fertur, modò renaſciturum ſit.* v.g. o fructo da aruore he o que della naſce, do campo o que dâ, do animal o parto, & outras couſas que delle renaſcem, como o leite, a lam, & aſſi debaixo da palaura, *Fructos*, ſe entẽde tudo atè os partos dos animais, & pertencem ao vſufructuario, & ao poſſuidor de boa fé. l. bonæ fidei in fine, ff. eodem, porem os partos das eſcrauas naõ pertencem ao vſufructuario, nem ſe contaõ na palaura, *Fructo*, mas pertencem ao proprietario, & ſenhor da eſcraua: & iſto pella dignidade do homem, porque ſeria abſurdo contarſe por fructo a creatura humana, quando Deos criou todos

6

os fructos perã os homens, vt in nostro textu, & in l. fœtus, ff. de vsufruct.

Hinc quęstio epigrama Authologiæ. lib. 11. tit. 46.

Ancillam, de me quæ fugerat, excipit alter,
Vt quæ suo seruo sit quasi nupta facit.
Sed gnarus non esse suam parit illa marito,
Illius ad partus ius habet, inquit, vter?

Seneca lib. 2. de benefic. cap. 19. Cicero lib. 2. de nat. Deorum Donel. lib. 5 cõment. cap. 25. & eleganter Amaya lib. 3. obseru. cap. 1. §. 1.

Vltimamente notemos acerca do §. sed si gregis, que o vsufructuario he obrigado a refazer as aruores, & no lugar onde estiuerem algũas caidas, ou velhas por outras, & cultiuar tudo como diligente pai de familias. d. l. fœtus, & l. seq. ff. de vsufructu, & substituir outras cabeças de gado em lugar das que morrerem, & das infructiferas outras que dem fruito. O que procede se tiuer o vsofructo geral, & vniuersal de hum rebanho; porem se for de certas cabeças somente, não serâ obrigado a substituir outras em lugar das mortas, ou inuteis; mas sendo vniuersal he obrigado a substituir outras. l. vetus 74. ff. de vsufructu, & Virgil. Aeneid.

Atq; aliam ex alijs generando suffice prolem.

§. Thesaurus.

SVMMARIO.

Thesouro que se acha a quem pertence? & sua diffinição propria.

Dinheiro escondido não he thesouro quando tem seu dono, que por algũa causa o occultou. Refere se hum exemplo notauel.

Thesouro achado por feiticeria se he de quem o char?

Thesouro achado no campo alheo, de quem he, & se o achar o foreiro no campo aforado? ou achando o jornaleiro, ou outro trabalhador a quem pertence?

Achando se thesouros em lugares publicos pertencem a el Rey.

LArga materia pede este §. porem a dillaçaõ do titulo a escusa, mas não a mim de explicar o necessario. E assi sabamos, que o decimo septimo modo em ordem, com que se acquire o dominio das cousas, he o achado de algum thesouro, porq̃ de direito natural he de quem o acha: & differença se este modo de achar, do sobredito, que dissemos no §. item lapilli, porque nelle tratamos das cousas, que antes naõ eraõ de ninguem, & se achauaõ a caso na superficie da terra, & na praya; & agora explicamos dos thesouros escondidos no cãpo proprio, ou alheo, ou de alguem, & assi o thesouro he hum deposito de dinheiro, do qual não ha memoria, nẽ tem ja dono, & senhor viuo, & assi se faz de quem o acha, ou conforme a l. vnica, C. de thesaur. lib. 10. *Est pecu-*

nia ab ignotis dominis vetustiori tempore abscondita. De modo que se hum homem com medo, ou miseria, esconder hũa somma de dinheiro, ouro, ou prata. Isto não he thesouro, que se faça de quem o achar, senão he dinheiro escondido, que tem dono. l. nunquam nuda, §. 1. in fine, ff. eod. l. peregre, ff. de acquir. poss. l. à tutore, ff. de reuendicat. Et de materia Cou. in reg. peccatum 3. parte. §. fin. Valascus de iure emphyt. q. 15. Gomes in l. 45. Tauri, n. 51. Alciat. lib. 7. parergr. cap. 1. Barbosa in l. diuortio, §. fi tundum à num. 23. ff. solut. matrim. E assi se hum homem vender hũas casas, & o que as comprar achar nellas hum pouco, ou muito dinheiro escõdido na parede, ou soterrado pello senhor das casas, ou por seus
a pais, não pertence este dinheiro ao cõprador, senão ao dono das casas. d. l. á tutore, & assi sas. in l. 3. §. Neratius, ff. de acquirend. possess. refere hum caso, que aconteceo na cidade de Genoua a hum mercador, que vinha de Hespanha, & trouxe comsigo na nao certa quantidade de cera, & em hũa partida della vinhaõ escondidos quatro mil cruzados, morreo o ditto mercador, & succedeolhe hum seu filho, sem saber que seu pai hauia escondido o d. dinheiro, & assi vendeo a cera a hũ mercador, que tambem naõ sabendo do ditto dinheiro depois de algũs tres annos a vendeo a hum Sirieiro, o qual achou o ditto dinheiro. Pozse questaõ a quem pertencia este dinheiro; & o q̃ comprou ao filho do mercador dizia, que era seu, porque por tres annos acquirira a posse delle pella vsucapiaõ: porem como elle ignoraua o que estaua na cera, nunca podia vsucapir, nem possuir, nem menos o Sirieiro, que cõ

ma se possuhia o dinheiro alheo. E assi se concluio, que os dittos quatro mil cruzados eraõ do filho do mercador, que vendeo a cera somente, & naõ teue animo de transferir a posse do dinheiro, ou o dominio delle. l. id quod nostrum, ff. de reg. iur. & est text. in d. l. à tutore: *Quod pecunia inuenta in re empta, non in modum thesauri, non pertinent ad emptorem, sed ad dominum pecuniæ.*

Vejamos agora por fim hũa diuisaõ, & he, que o thesouro he de quem o achar, nesta forma. Primò, se hum homem por feiticeria, & arte Magica achar thesouros, ou no seu campo, ou no alheo, não fica seu o thesouro, & se applica ao fisco, & fazenda Real. l. vnica in princip. iuncta gloss. in verbo, *arte.* C. de thesaur. lib. 10. antes como maleficio deue ser castigado o que vzar de inuençoens Magicas com pena de morte. l. nemo, C. de malefic. & Mathemat. Secũdò, se deue distinguir nesta forma: Se hum homem achar o thesouro no seu campo, ou lugar proprio fica seu, ou o ache a caso, ou com diligencias, não sendo Magicas, & ampliase isto, ou seja achado no lugar, em que o senhor tem o dominio pleno, ou vtil, como o foreiro, rendeiro, secun d. gloss. in d. l. vnica super verbo, *nam in suis*; de modo que se os foreiros acharem no campo aforado hum thesouro fica seu em todo, & não saõ obrigados a restituir nada ao senhor do campo, se meramente for thesouro, porque se for dinheiro, que o senhor do campo, ou seus pais hajaõ escondido, sempre he seu, & náo de quem o acha, & assi tratamos dos thesouros, que naõ ha memoria de quem os fizesse: antes o senhor he obrigado achando hum thesouro no seu campo, que tem aforado

3

4

a dar

a dar ametade ao forceiro, & concorrẽ do o senhor directo, & o vtil, q̃ he o foreiro, contra hum estranho, que achar o thesouro, se deue preferir o vtil, & a rezão he, porque o thesouro he dom de fortuna. l. si is qui in aliena, §. 1. ff. eodem; & como ao emphyteuta, & foreiro toca, & pertence o damno da fortuna, rezão he, que logre tambem o proueito, l. secundum naturam, ff. de reg. iuris. A terceira distincçaõ he, se hum homem achar o thesouro no campo alheo, no qual o que achar não tem dominio vtil, nẽ directo. Neftes termos se achou a caso, arando, ou cultiuando a terra sem animo de buscar thesouro, he ametade pera o senhor da terra, & a outra pera o que achar text. noster, & in d. l. vnica: ou tambẽ se o estranho que não tem dominio algum no campo achar de proposito, por meios licitos, neste caso he todo do senhor do lugar onde se achar, ou busque com consentimẽto do senhor, ou sem elle, ou alugado pera isso por jornal, ou não. d. l. vnica, §. in alienis, onde o Emperador prohibe à curiosidade de buscar thesouros no campo alheo contra vontade do senhor. E assi se hum jornaleiro que aluguei pera cauar a minha vinha achar hum thesouro a caso, he ametade seu, porem se for alugado pera buscar esse thesouro, & cauar a terra pera o achar, não he nada seu, senão do senhor, que lhe pagarà o seu jornal somente; & isto se estende ao vsufructuario, que achando na quinta, ou lugar, de que tem o vsufructo, hum thesouro, he ametade seu, & a outra ametade do senhor da quinta, ou lugar em que for achado: *Quia fructuarius non est dominus fundi.* l. diuortio, §. si fundum in fine, ff. soluto matrimonio. E o mesmo se dirà do acreedor, que achar o thesouro na casa, ou campo hypothecado, o qual tẽ ametade do thesouro que achar; porẽ não estando pago da diuida, se lhe pagar na outra ametade que pertence ao deuedor, & retera atè lhe satisfazer. l. si is qui in aliena, §. fin. ff. eodem.

A vltima limitaçaõ, & distincção mais conuencente he, que quando hũ homem achar hum thesouro em hum lugar publico da cidade, a saber, ruas, praças, terreiros, & as mais partes que saõ Reais, & do Principe se o achar a caso, & por successo fortuito he ametade seu, & a outra ametade do Principe, vt hic, & l. 3. §. fin. de iure fisci, & aquelle que neftes lugares achar thesouros, & os não descubrir, antes se ficar com tudo, não será nada seu, mas confiscarseha; & tambem se alguem de proposito andar buscando minas, & thesouros, entam he tudo do Principe, & ao que as achar se fará merce conforme a Real grandeza: & o mesmo se dira dos que acharem thesouros nos lugares sagrados, & religiosos, q̃ sendo a caso serà ametade pera o Prelado, & a outra pera o que achar, &c. de quo vide Doctores, & Porc. hoc. §.

§. *Per traditionem.*

SVMMARIO.

Quando passa, & se acquire o dominio pella entrega? & se procede o mesmo nas entregas, que o direito finge?

Requisitos necessarios pera passar o dominio pella entrega.

O Decimo octauo modo em ordem com

com que ſe acquire o dominio das couſas por direito natural. he a entrega; porque não ha couſa mais decente á rezão natural, que a vontade, & diſpoſiçaõ do ſenhor pera poder vzar de ſua couſa, & transferila, & paſſala a outrem. l. qua ratione, § hæ quoque. & l. traditio, ff. eodem. E aſſi que pella entrega da couſa ſe transfere, & paſſa a quem ſe entrega o dominio della: o q̃ procede, ou as entregas ſejaõ verdadeiras, ou fingidas, dasquaes diremos abaixo no §, interdum, & trata Bart. na lei traditionibus, C. de pactis, & in l. clauibus, ff. de contrahend. emption. E procede, ou ſeja a couſa mouel, ou immouel, ou a entregue o ſenhor della, ou outré de ſeu mãdado. E aſſi pera paſſar o dominio pella entrega ſaõ neceſſarios algũs requiſitos. Primó, que o que entregar ſeja ſenhor da couſa. l. traditio ff. eodem, porque ſe não for ſenhor do que entregar, não pòde transferir o dominio, que não tem. l. nemo plus iuris, ff. de reg. iuris, *niſi tradatur ab alio, nomine, & voluntate domini.* d. l. qua ratione, §. hæ quoque, &c. Secundô, ſe requere, que o que entregar tenha liure adminiſtraçaõ de ſeus bens, porque o furioſo, & o pupillo, & o prodigo, aos quaes eſtà prohibida a adminiſtraçaõ de ſeus bẽs, & em conſequẽcia não podem transferir o dominio, q̃ não tem em quanto lhe eſtà prohibido. l. obligari, ff. de auth. tut. Tertiò, ſe requere, que preceda titulo, ou cauſa habil pera transferir o dominio: *Nuda enim traditio ſine cauſa dominium nõ transfert.* d. l. nunquam nuda, ff. eodẽ. Quartò, que a couſa não ſeja prohibida a ſe alhear, como ſaõ as couſas ſagradas, & os campos dotais, vt in l. fundus dotalis, ff. de fundo dotali. Quintò que ſendo por venda, ſeja pago o preço della. Sextò, que ſeja a couſa corporal, porque nas couſas incorporais paſſa o dominio dellas com o conſentimento, & paciencia do ſenhor, aſſi como ſe diz, que entrega a ſeruidão aquelle, que conſente, que hum homẽ va, & venha pello ſeu campo. l. quoties, 2. ff. de ſeruit. l. penult. eodem tit. vbi Bart. & DD. & veremos no tit. infra de ſeruitutibus.

§. *Venditæ.*

SVMMARIO.

Pella compra como ſe acquire o dominio, & quando? 1

DEcimo nono loco, ſe acquire o dominio pella compra, ſeguindoſe a venda, & aſſi como ſe acquire de iure gentium, aſſi eſte cõtrato ſe conta entre os de direito das gentes, vt in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure. Porem ſe o vendedor não for ſatisfeito do preço, ou em dinheiro, ou por penhores, ou por fiador, ou confiança, que o vendedor faça do comprador, não paſſa o dominio. l. quod vẽdi, & l. vt res, ff. de contrah. empt. & iſto á differença das mais cauſas, & titulos porque da couſa vendida não paſſa o dominio, ſenão depois do preço ſatisfeito, & nas outras couſas. v. g. nas doaçoens, logo paſſa o dominio da couſa doada ao que a recebe. Donde ſe o vendedor cuidando, que logo lhe pagaria o comprador lhe entregar a couſa comprada, naõ ſendo ſatisfeito do preço, a pòde cobrar donde quer que eſtiuer, & vendicala, & retela como penhor até ſer ſatisfeito do preço. l. 1

Iulianus

Iulianus,§. offerri,ff. de act. empt. que deue pagar o comprador; porque posto que lhe toque o perigo das cousas compradas antes da entrega, ex l. incendium,C. si certum petatur: isto he porque com o consentimento fica perfeito este contrato, mas o comprador deuedor do preço,& o vẽdedor da especie: *Et ideo ante moram specie perempta liberatur*. l. quod te mihi, ff. si certum petatur. E supposto que diga o Texto, que o mesmo he pagar a diuida, que consignala, ou dar outra cousa por ella, isso procede quando o vendedor consente: *Nam aliud pro alio inuito creditore solui non potest*. l. 1. §. 2. ff. si certum petatur; & dizemos quando o vẽdedor consente porque se requere neste contrato võtade do senhor da cousa, ou com sua presença, ou de seu procurador, o qual tẽdo procuração bastante poderá vender. ex l. qua ratione hoc tit. posto que não possa doar, porque pella cousa vendida fica o preço, & pella doação não fica nada: *Cùm donare sit perdere*, ex l. 7. ff. de donat. Porem quando o vendedor se confiar do comprador, que lhe pagará quando puder, & tiuer, neste caso passa o dominio ao comprador, & o vendedor não pòde vendicar, & tornar a cobrar a cousa como sua, porq̃ a reivẽdicação só compete ao senhor l. in rem, ff. de reivend. porem compete ao vendedor hũa acção, que chamamos, *ex vendito*, que he pessoal contra o comprador pera satisfazer o preço da cousa comprada, text. singularis in l. in ciuile, C. de reivend. d. l. Iulianus, §. ex vendito. ff. de act. empt. & de dous modos se diz, que faz o vendedor confiança do comprador. Primò se o vendedor disser: *Confio de vòs o preço desta cousa por dez dias*. Secundò quando simplesmente entregar a cousa ao comprador, porque *in dubio* se diz, que passa o dominio, presumindo se a confiança, que o vendedor fez do cõprador, conforme o q̃ notaõ na d. l. in ciuile, & assi distinguem os DD. se hum homem vendeo hũa pessa a outrem, & mandou hum moço com o comprador pera que traga logo o dinheiro, neste caso se entende que não confiou do comprador, & em consequencia não transferio o dominio, & póde recuperar, & vendicar a cousa: porem se não mandou com o comprador, & simplesmente lhe entregou a cousa comprada, se presume (em quanto se não proua o contrario) que fez confiança do comprador, vt Angel. & DD. in d. l. in ciuile: & porq̃ desta materia hauemos tratar no tit. de empt. & venditione, passemos ao §. seguinte.

§. *Interdum.*

SVMMARIO.

Entregas fingidas pella lei, quaes saõ? E como se acquire o dominio por ellas? 1

1 VIgesimo modo, se acquire o dominio, não sô pella verdadeira entrega, mas tambẽ pella fingida por direito, & pello consentimento, & paciencia do senhor da cousa: porque se hum homem me emprestar, ou alugar hum cauallo, & depois mo vender, ainda que me não entregasse o cauallo com causa, & titulo de venda, com tudo pella paciencia, & consentimento, com que o senhor do cauallo permitte seja meu, se me acqui-

re

re o dominio delle, & propriedade, *& sic traxit to facta ex titulo inhabili præcedente, iungitur cum titulo habili subsequente.* De modo que tambem nas cousas corporais algũas vezes se reputa a paciencia por entrega. d.l. qua ratione, §. interdum, ff. eodem, & l. 3. §. illud, ff. de acquirend. possess. l. licet 43. §. quoties, ff. de iure dotium

§. Item si quis.

SVMMARIO.

1 *Pella entrega das chaues como se acquire o dominio?*

1 VIgesimo primo, se acquire o dominio pella entrega das chaues, precedendo justa causa do dominio. l. 9. §. item si quis, ff. eodem, & assi que pera hauer entrega he necessario, que preceda justa causa, porque ainda que eu dê as minhas chaues a alguem pera que me guarde a minha casa, nem por isso lhe dou a casa, nem quando a alugo, & entrego a chaue. não dou as casas, nem passa o dominio dellas, senão o vso da habitaçaõ; porem isto se entende dos Reys, & Principes, que quando tomaõ posse de seus Reynos, se lhe entregaõ as chaues da Cidade principal, & com ellas o senhorio de todo o Reyno, porque precede a justa successaõ, & causa do dominio.

§. Hoc amplius cum seqq.

SVMMARIO.

1 *O que se lança fora das janelas pro derelicto, como se acquire a quẽ o tomar?*

1 VIgesimo secundo, se acquire o dominio da cousa lançada fora ao que a aprehẽde, & leuanta do chão. E assi em Roma quando fazião Consules lançauão das janelas muitas mordas de ouro, as quaes ficauão proprias de quem as tomaua primeiro. E assi tambem se acquire o dominio da cousa deixada *pro derelicto*, ao que a achar: & isto he propriamente quando hum homem se enfada de hũa cousa que possue, & a lança fora como quem não quer que aquella cousa seja mais sua, esta se chama *pro derelicto*, & se faz de quem a achar. O q̃ procede nas cousas moueis, & immoueis, secund. gloss. in verbo *desinit*, & gloss. in d.l. 1. sup. verbo *desinit*, ff. pro derelicto.

§. final.

SVMMARIO.

1 *O que se lança no tempo da tormenta ao mar, se se acquire a quem o achar?*

2 *Achados como se deuem restituir?*

3 *Se se pòde leuar licitamente o premio do achado, & quando?*

4 *Pella profissaõ como se acquire o dominio dos bẽs do professo á Religiaõ?*

1 HE tempo de vermos o fim a este titulo, & assi notemos neste §. final, que aquillo que de hũa nao se lança no tempo de tormenta, & tempestade por aliuiar a carga se não faz de quem toma a cousa lançada, porque não foraõ lançadas com animo de as deixar, senão por fugir o perigo, & assi quem com animo lucrativo as tomar, & detiuer

em si, comete furto. l. qua ratione, §. fin. ff. eodem. Do mesmo modo no tempo que da fogo em hũa casa as cousas que della se lançaõ, & tiraõ pello perigo, & euitaçaõ da materia, aquelles que as tomárem com animo lucrativo commettem furto. l. 1. ff. de incendio, ruina, & naufragio, posto que pareça o contrario, ex Vlpian. in l. falsus, §. iactum, ff. de furt.

Porque vltimamente notemos, que aquellas cousas que se lançaõ fora pera se considerarem deixadas *pro derelicto*, se ha de attentar o tempo, & o lugar; porque o que foge ao perigo não se presume, que lança as cousas pera as perder: porem quando o lugar he tal, que verosimilmente se não podem recuperar, como se forem lançadas no mar dos barbaros, que he o caso da l. falsus 45. §. iactum, ff. de furt. entam se collige do lugar a tẽçaõ, ou desesperaçaõ, que tem o que lançar: & aquelle que achar algũa cousa, que hum passageiro perder a caso, não fica senhor della, antes retendoa com animo lucratiuo commette furto. l. falsus creditur, §. qui alienum ff. de furtis. *Qui enim inuentum non reddit furtum committit.* cap. si quid inueniſti 14. quæſt 15. E pera euitar esta pena deue aquelle que achar por hum edital, & escrito publico, que quem perdeo tal cousa, dando os sinais certos lha daraõ, & não achando quem dẽ os sinais sufficientes, & mostre ser sua a cousa perdida, julgaõ os Doutores, que não apparecendo dono, se o que achar for pobre, fica a cousa sua: & sendo rico, que a distribuirá com os pobres, de quo Barth. & alij in d. §. qui alienum. E se quizermos saber se o senhor da cousa tem obrigaçaõ de dar achado ao que a achar, deuemos distinguir assi. Se a cousa for achada não tem o senhor della obrigaçaõ de dar achado, mas deue o q̃ a achar restituila: ou a cousa naõ he achada ainda, & o senhor della promete a quẽ thader, neste caso he licito receber achado, & premio, & o senhor he obrigado a dalo, conforme os DD. & Bartholo in d. §. qui alienum, onde largamente se pode ver tudo o que aqui por abreuiar, nem conuir, não repito dãdo fim ao tit. por cujo remate saibamos, que alem dos sobreditos modos se acquire por direito ciuil o dominio por outros muitos modos, como por entrada na Religiaõ, vt in Auth. de Monachis, §. illud quoque, & in Authent. ingressi, Cod. de sacros. Eccles. & ibi DD. & præsertim Dec. in 1. not. cap. si qua 19. q. 3. in cap. præsentia, & ibi DD. de probat. porque pella entrada no mosteiro, não sò se acquire depois da profissaõ ao mosteiro onde professar o dominio dos bẽs do frade, ou freira, mas tambem a posse, vt post DD. quos cirat, probat Dec. in d. c. præsentia n. 29 2. & tradit Nauar. in cõment. 2. de regul. n. 46. & DD. in Auth. si qua mulier C. de sacros. Eccles. & de alijs modis quibus acquiritur tract. cũ exemplis, text. in l. fin. C. de sacros. Eccles. & in l. si quis in tantum, C. vnde vi, & in l. meminerint eodẽ tit. vt post Barthol. in l. in rem actio in princip. ff. de reiuẽdic. dicit Aretin. in §. si quis à non dño sup. hoc tit. & pellas mesmas causas, porq̃ trespassamos o dominio se trespassa, & cede o quasi dominio, vt per Iaſ. in l. fin. n. 4. C. de sacros. Eccl. & per citatos á Peregrin. de fideicõm. art. 49. n. 107. & da proua do dominio alẽ do sobredito se pode ver Mascar. de probat. à concl. 534. vsq; ad concl. 550. inclusiuè.

DE

das cousas corporais, oũ incorporais. 156

DE REBVS CORPORALIBVS, & incorporalibus.

Titulus secundus.

SVMMARIO.

Diuisaõ das cousas corporais, & incorporais, & quaes saõ hũas, & outras?

Differença entre as cousas corporais & as incorporais.

CAptem este titulo outra, ou segunda diuisaõ das cousas, porque hũas saõ corporais, & outras incorporais, & com esta explicação, & diuisaõ se declara o restante do mais que temos dito das cousas. Consonat l. 1. §. 1. ff. de rerum diuision. l. vltim. vers. quid enim, Cod. de præscript. Conan. lib. 3. cap. 2. prope fin. Duaren. lib. 1. disp. cap. 34. E em primeiro lugar saibamos, que as corporais saõ aquellas cousas que se podem ver, & tocar por actos corporeos, *scilicet*, ver, & apalpar, conhecer, & aprehender, como hum homem, hum campo, hũas casas, hum cauallo, &c. & dizemos, que se podem tocar, *scilicet*, com o poder, ainda que com o acto se não faça, porque as pedras, & as cousas q estaõ no mar saõ corporais, ainda que com o acto se não toquem, mas com o poder bem se podem tocar, & apalpar, como substanciais. E pello contrario as cousas incorporais saõ as q se não podem ver, nem tocar, & consistem somente no direito, & com a consideraçaõ se percebem, como saõ as obrigaçoens, acçoens, seruidoens, heranças, &c. porque ainda que nas heranças se comprehendaõ cousas corporais: comtudo o direito de succeder, & de gozar, & colher os fructos, & a obrigaçaõ, he incorporal, porq̃ he acto de entendimento, vt hìc & l. 1. ff. de rerum diuis. & por isso saõ incorporais os direitos, & cousas que nelles consistem, que se tem por noticias do animo, & actos de entendimento creados, substanciados, & nomeados pello direito. E assi as heranças, & vsufructo se possuem a respeito das cousas moueis, que ha na herança, & dos fructos, que se colhem, mas não a respeito da mesma herança, & vsufructo, que saõ direitos incorporais.

Differença entre as cousas corporais, & incorporais.

A Primeira differença he, que as cousas corporais se podem ver, & tocar, & as incorporais não. 2

Segunda, porque as cousas corporais se entregaõ verdadeira, & propriamente, §. per traditionem sup. tit. precedente, & as cousas incorporais quasi se entregaõ porque o consentimento

de quem entrega se reputa por entrega. l. quoties 2. ff. de seruit.

Terceira, porque as cousas corporais se possuem verdadeiramente, & as incorporais quasi se possuem, l. sequitur, §. viam, ff. de vsucap.

Quarta, porque as cousas corporais differem das incorporais na prescripção, que as corporais prescreuem em largo tempo, vt infr. de vsucap. & as incorporais pella causa discontinua não prescreuem, senão por tempo immemorial, de cujo principio não haja lembrança, como diremos no titulo seguinte.

Quinta, porque pellas cousas corporais se dá, & compete a reiuendicação, como diremos no 4. liuro, §. omnium, de actionibus: & pellas cousas incorporais compete, & se dá a acção negatoria, & confessoria, como tambem explicaremos com o fauor do Ceo no paragrapho æquè, infra de actionibus: donde, com o mesmo Diuino auxilio veremos largamente desta quinta, & vltima differença, depois da qual tratemos das seruidoens, que tambem he materia muito vtil, & com ella se segue o nosso titulo.

DE SERVITVTIBVS RVSTICORVM, & vrbanorum prædiorum.

Titulus tertius.

SVMMARIO.

1 *Continuação deste titulo das seruidoens.*

2 *Referemse algũas especies de seruidão pera conhecimento das de que tratamos.*

3 *Quaes sejão os predios rusticos, & os vrbanos?*

4 *Seruidoens rusticas quaes são, & porque trata primeiro dellas o Emperador?*

5 *Agoa como se pòde leuar pella terra alhea, & como se acquire esta seruidão?*

6 *Agoa que nasce no campo alheo se se pòde diuertir?*

7 *Concedendose a alguem o direito de leuar agoa por algũa parte, se a agoa se misturar com outra, a quem fica pertencendo?*

8 *Se a agoa q̃ corre naturalmente pera hũa parte onde se ajunta cõ outra se se pòde diuertir, ou se se póde indu-*

induzir do curso prescripçaõ, ainda por tempo immemorial? Refere-se julgado.

9 Sem hauer contradiçaõ não ha posse, nem prescripção nos actos negatiuos.

10 Nem se induz por actos de mera facultade, & precarios.

11 Respondese com intelligẽcias das opiniões de Gratiano tom. 3. forens. discept. 480 & ao texto na l. 3. §. ductorum aquæ, ff. de aqua quotidiana.

Differença entre quando a cousa hè

12 em vtilidade publica principalmente, ou secundario, respitãdo a particulares.

Pella assistencia dos Religiosos re

13 cebem os moradores vtilidade, & a opinião que fauorece a Religião se ha de seguir sempre.

Seruidão de ir tirar agoa de algum

14 poço, ou fonte he descontinua.

Caminho pera ir tirar agoa da fon-

15 te, ou poço se ha de assinar por onde seja de menos prejuizo ao dono da propriedade, o que se ha de cometer a louuados. Refere-se julgado.

Seruidão de tirar agoa se se pòde ac-

16 quirir por prescripçaõ?

17 No direito de pastar no campo algũ gado se ha prescripçaõ?

18 Gado doente se aparta do saõ pera q̃ não venhaõ a communicar a enfermidade.

19 Como os feridos de mal contagioso saõ expulsos das cidades, & lugares onde viuerem?

E molheres de mao viuer se lançaõ

20 da visinhança pello mao exemplo.

Continuaçaõ, deste titulo das seruidoens vrbanas, & rusticas, se toma do titulo precedente, no qual o Emperador disse, & referio entre as cousas incorporais as seruidoens dos predios rusticos, & vrbanos; que aqui declara na Rubrica presente, que concorda com outras, in ff. de seruitutibus, titulo generali cum sequentibus & in Cod. de seruitutibus, & aquæ & de materia Cepol. in tract. de seruit. Conan. 4 comment. cap. 7. §. & 9. & seq. 1

Saibamos em primeiro lugar, que ha varias especies de seruidoens, as quaes introduzio o direito das gentes, porque como de direito natural tudo era, & se presumia liure de encargos, como esta liberdade fosse causa de hauer discençaõ entre os senhorios das cousas foraõ admittindo as seruidoens, & o direito ciuil ordenando os modos, com que se hauião adquirir, & assi se foraõ recebendo, & aceitando aquellas, que ao diante declararemos, & hũas saõ meramente pessoais, que se deuem de pessoa a pessoa, como he nos homens, que seruem, & de estado seruil, que seruem aos superiores, & desta não tratamos aqui, por não pertencer se não ao titulo de iure personarũm, & della hauemos tratar no titulo de locatione, & conductione. 2

Outra seruidão se chama tambem

pessoal; mas he deuida de pessoa â cousa; quando hum homem he obrigado a assistir em algũ lugar, como se diz in l. Mæuia, ff. de manumiss. test. dos que ficão encarregados por heranças de algũa assistencia, & dos que guardaõ os templos, vt in l. seruos, ff. de alimẽt. & cibar. legat. E tambem aqui não tratamos destas seruidoẽs; mas somẽte explicamos neste titulo, & nos dous seguintes daquella seruidão, que *in genere*, se chama direito, que temos na cousa alhea, pera que seu dono consinta o fazermos nella algũa cousa das que ao diante se referem, ou pera que elle a não faça na sua propriedade. *Ideó seruitus est ius, quod habemus in re alterius vt patiatur aliquid in re sua fieri, aut ip se nos faciat aliquid in re propria.* l. quo ties 1. §. fin. ff. de seruit. E desta seruidão, que aqui explicamos ha duas especies principais, porque hũa se chama seruidão pessoal simplesmente, cõforme o Iurisconsulto na lei 1. ff. de seruitut. quando a cousa, verbi gratia, o campo serue immediatamente á pessoa, como he o vsufructo, o vso, & habitaçaõ. que se dizem seruidoẽs pessoais *à persona*, porque saõ dominados, & senhoreados pella pessoa, a quẽ compete a seruidão. Outra se chama seruidão meramente real, a qual conforme Bartholo, Paulo de Castro, & DD. in d.l. 1. he hum direito na terra alhea, o qual não respeita á pessoa, nẽ está per si, senão está pegado ao campo, que actiuamente o domina, & a quem passiuamente serue, acrescentãdolhe a vtilidade ao tal predio dominante, & diminuindo a do seruiente. E assi se chama real, porque a tal seruidão não segue a pessoa, mas á cousa o campo, ou casa a quem serue, acompanhandoa de modo que a qualquer possuidor que và, leua consigo o direito da seruidão, l. via constituí, ff. de seruit. rustic. præd. §. si fundus: & desta seruidão real tratamos ao presente notando, que he de dous modos, porq̃ ou se chama vrbana se he de predios vrbanos, ou rustica se he de rusticos, pera cujo entendimento notemos, que

Predios vrbanos saõ aquelles edificios, que saõ habitados, & feitos pera morar gente nelles, ou estejão no cãpo, ou na cidade, ou no lugar, ou na aldea. E predios rusticos saõ os campos, prados, curraes, celeiros feitos no campo, ou nas cidades pera recolher os fructos, & os edificios inhabitaueis que não foraõ feitos pera morar gẽte nelles, ou estejaõ no campo, ou na cidade; porque o ser rustico, ou vrbano o predio, não consiste no lugar em que está, senão na materia, & fim pera que he feito. l. 1. §. vrbana prędia, ff. de verborum significat. Pello que, quando quizermos saber, se a seruidaõ he rustica, ou vrbana, atentaremos a qualidade do predio a que se deue, & não do que a deue; porque toma o nome, & qualidade do predio dominante como mais digno, secund gloss. in l. 1. verbo, *alia*, ff. de seruit. vrban. præd. & ibi Doctores. Donde ainda que o caminho seja seruidão rustica quanto ao cãpo que o deue, que he predio rustico, não se chama em direito, senão vrbana porq̃ se deue à casa pera onde vai, que he predio vrbano, de quem toma o nome a seruidaõ como dominante, secund gloss. in l. pater in verbo, *plenũ* ff. de seruit. legat. de quo vide Ias. in §. æquè, n. 23. infra de act. Cepol. de seruit. vrban. præd. cap. 11. n. 10. De todas estas seruidoẽs he hũa mesma natureza, porq̃ assi as rusticas, como as vrbanas foraõ introduzidas pera ser lici-

to

to a hũ homem o fazer algũa cousa no campo alheo, indo pella terra de meu visinho, metendo hũa traue na sua parede, &c. ou pera que prohiba a outrem, que não faça algũa cousa na sua propriedade, como he o não poder leuantar as casas, & o mais que ao diãte veremos. Item do mesmo modo se constituem, prescreuem, & se perdem as seruidoens vrbanas, como as rusticas; & as mesmas acçoens se introduzirão pera hũas, & outras seruidoens, §. æquè, infra de actionibus, onde largamẽte auemos explicar esta materia.

Das seruidoens rusticas.

PORque as seruidoens rusticas sãõ mais frequentes, trata o Emperador primeiro dellas, & diz, que a primeira he o caminho, que he o direito que hum homem tem pera poder andar, & passar pello campo, & terra de seu visinho. l. 1. ff. eodem. Chamase esta seruidaõ, *Iter, ab itu*, donde tambem se diz, *Semita, quasi Semi iter*, assi o entendeo Varro 4. Martialis dicens: 4

Quæ fuerat quondam semita, facta viaest.

Chamase tambem, *Actus, quia agendo teritur*, vt Varro ibidem. *Actus iter in agris quod agendo teritur.* & assi o sentio Virgilio quando disse:

en ipse capellas
protinus æger ago.

E esta explicaçaõ pertence â segunda seruidaõ, que se chama *Actus*, que he o direito de andar pella terra alhea, & leuar por ella o carro, & bestas. l. 1. & l. qui sella, ff. eodem; & nisto se differença da sobredita, na qual não he licito o leuar carros pello caminho.

A terceira se chama, *Via*, que he o direito de ir, & passar pello campo alheo, & leuar por elle carros & bestas, pedras, & traues, *& hastam rectam, id est*, hum exercito, ou companhia, se necessario for. l. 1. & l. qui sella, §. viam, ff. eodem; porem não ha de ser isto de modo que destruão os fructos, Angel. hìc.

A quarta seruidaõ mais practicada he a que chamamos, *Aqueductus*, q̃ he o direito de poder leuar as agoas pello campo, & chão alheo. l. 1. ff. de seruit. & he esta seruidaõ predial rustica, porque regularmẽte se costuma leuar a agoa pellas quintas, & campos, & não pellas casas. Podese acquirir esta seruidaõ por contratos, ou vltimas vontades, por costume, ou prescripcaõ, vt in l. 1. & 2. ff. de seruit. & aqua. do mesmo modo que se podem acquirir as mais na forma que veremos no §. fin. deste tit. E quanto a esta seruidaõ notemos, que todos podẽ leuar a agoa do rio publico. l. quominus, ff. de fluminib. com tanto que o não façaõ por injuria de alguem. l. hoc iure, ff. de aqua quot. æst. l. imperatores in fine, ff. de seruit. rustic. præd. ou se a tal agoa não estiuer destinada pera o vso publico, ou por ser nauegado, ou cau sa de nauegaçaõ, ou se o Senado, ou Principe superior o não prohibir, vt in dicta l. quominus, & l. si autem, §. fin. ff. de aqua pluu. arcend. & Imperatores Antoninus, & Verus Augusti rescripserunt: *Aquam de flumine publi*

5

eo pro modo poſſeſſionum ad irrigandos agros diuidi oportere, niſi proprio quis iure plus ſibi datum oſtenderit. ſcilicet, por aquelle que tiuer poder de dar a agoa, Principe, ou Senado, ou coſtume immemorial, vt in d. l. imperatores, & ibi gloſſ. in verbo *oſtenderit*, ff. de ſeruit. ruſticor. præd. Porem a agoa que naſce no campo alheo, ninguem a póde leuar ſem conſentimento de ſeu dono. l. in concedẽdo, ff. de aqua pluu. arcend. probatur ex l. aquam, C. de ſeruit. & aqua (ſaluo ſe eſtiuer em vſo preſcripto por dez annos entre preſentes, & 20. entre abſentes. l. 1. & 2. C. de ſeruit. & aqua, & ſendo o lugar onde naſce a agoa do fiſco, ou publico, he neceſſario pera induzir poſſe, & preſcripçaõ tempo immemorial, como nota a gloſſa in verbo, *quæſiſti*, in d. l. 2. & ibi DD.) & ſendo muitos os ſenhores do campo requere ſe o conſentimento de todos pera diuertir a agoa: *Iniquum enim viſum eſt voluntatem vnius ex modica ſorte, dominij portiuncula, præiudicium ſocijs facere.* l. ſi autem, ff. de aqua pluu. arcend. & ſe o ſenhor do lugar, em que naſce a agoa conceder a outrem o direito de a diuertir, ou elle de outro modo o acquirir, não póde conceder eſte direito a outrem ſem conſentimento daquelle, a quem ſe deuia a ſeruidaõ; porque ſe trata de ſeu prejuizo, vt in l. in concedendo, ff. de aqua pluu. arcend. & in d. l. qui aquam, C. de ſeruit. & aqua, o que ſe deue entender quando a agoa não for baſtante pera todos: porem ſendo ſufficiente pera todos póde entam o ſenhor do campo, em que ella naſce conceder o vſo de a leuar a outrem, ainda que ſeja ſem conſentimento daquelle, a quem primeiro o tinha concedido, ou elle o tinha acquirido,

6

vt in l. Lucio, ff. de aqua quotid. æſtiu. & tambem ſe hum homem tiuer direito de poder trazer a agoa pello rio alheo póde tambem o ſenhor do rio fazer hũa ponte ſobre o meſmo rio, & trazer por ella outra agoa, com tanto que com iſſo não faça damno ao rio inferior. l. hoc iure, §. ſi aqua, ff. de aqua quotid. æſtiu. E do meſmo modo ſe alguem tiuer direito de encaminhar a agoa pello campo alheo, a poderàleuar por canos, ou outra traça ſemelhãte, & fazer tudo o mais neceſſario que não for nociuo ao ſenhor do campo. l. quintus, ff. de ſeruit. ruſtic. prædior, & póde refazer, & alimpar o rio pera leuar a agoa melhor. l. 1. §. aquæ inquit, ff. de riuis. o que ſe ha de entẽder das refecçoens, vrgentes, & neceſſarias, vt in l. ſeruitus, ff. de riuis: mas não poderà pôr pedras, & com lagẽs encaminhar a agoa: *Non enim conſuetudinis eſt, vt qui aquam habet, per lapidem ſtratum ducat*, vt habetur in l. ſi prius, §. placuit, ff. de aqua pluuia arcend. nem ſe póde vſar do interdicto que chamamos *Pratorio*, ſe alguem quizer lagear o rio terreo, vt habetur in d. l. 1. §. aquæ inquit, ff. de riuis, ſenão ſendo o rio tal, que não poſſa ſuſtentar, & conter em ſi as agoas; porque entam ſe lhe fará hum muro ao redor, pera que não eſpraye as agoas, vt in d. l. ſeruius, ff. eodem: *Sed & ſi eum riuum, qui ſtructilis fuit, poſtea terrenũ faciat, aut partem riui, æque non eſſe prohibendum.* O que ſe ha de entender cõ tanto que não ſeja nocluo ao ſenhor do campo, vt in d. l. quintus: mas ſe alguem quizer cobrir o rio deſcuberto, ou deſcobrir o cuberto, bem o poderâ fazer, ainda que não ſe tenha impoſto ſeruidaõ, ſe o ſenhor do campo não receber diſſo damno, vt in l. 1. in

fine

in fine, ff. de riuis: & se dahi lhe resultar damno entam distinguiremos; ou he mayor a vtilidade daq̃lle, a quem se deue a seruidão, do que he o damno do campo seruiente, & neste caso bem pôde abrir, descobrir, ou cubrir, vt in d.l. in fine; ou o damno do senhor do campo seruiente he maior que a vtilidade do que quer encaminhar a agoa, & entam não pode cobrir, nem descobrir, vt in l. labeo, ff. de riuis; & deste modo se concordão as opiniões, & ditos dos Iurisconsultos Pomponio, & Labeo, os quaes nos lugares supra citados parece que discreparão, vt per gloss. ibidem, quam sequitur Barthol. in d.l. Labeo, & Cepol. de seruit. rust. prædior. cap. 4. de seruit. aquæ, n. 61. & o que he prohibido ao senhor do rio he, que não pode espraya-lo, nem dilatado, nem extendelo, vt in d.l. 1. §. proinde, ff. de riuis: nem pode mudar o caminho da agoa, vt in l. fin. ff. de aqua quotid. æstiu. nem fazer cousas nociuas ao senhor do campo, vt in d.l. quintus, & alijs seqq. E assi quando se concede a alguem o direito de poder leuar a agoa, sempre se entende cõcedido sem prejuizo de outrem. l. Imperatores, ff. de seruit. rustic. prædior. como tambem se for concedido a hũ homẽ o direito de poder leuar a agoa, & vsar desta seruidão *aquæductus*, & elle misturar outras agoas com a que lhe he concedida, não só pode ser
7 prohibido pella que se lhe concedeo, mas por toda juntamente misturada. l. 1. §. item quæritur, ff. de aqua quotid. æstiu. & a rezão he porq̃ as agoas tanto que se misturaõ, não se podem diuidir hũas das outras, & assi fica viciando a misturada a outra, com que se mistura: *Quia in indiuisibilibus vtile per inutile vitiatur*. l. si sponsus, §. generaliter, ff. de donat. inter vir. & vxor. l. Pedius in princip. ff. de arbit. & per Barth. & DD. in l. 1. §. pen. ff. verborũ obligat. o que se ha de entender, q̃ procede quando a agoa for misturada por industria de alguem; mas se naturalmente cresceo, pode entam cuula toda jũta sem que lho prohiba o senhor: *Nam aqua, quæ in riuo nascitur, tacitè lucri fit ab eo, qui ducit*, vt habetur in l. hoc iure, §. aqua, quæ in riuo, ff. de aqua quotid. æstiu. & ita tenet Oldrad. & Alber. de Rosa in l. Rutilia Polla ff. de contrahend. empt. quos sequitur Cepol. in d. cap. 4. n. 68.

E pera melhor entendimento do sobredito referirei o caso seguinte, q̃ se ventilou no Senado, & foi reputado por hum dos singulares, que a elle vieraõ por appellaçaõ, como nos mostrará a proposição, & decisaõ delle, que se segue. Foi a questaõ.

Se a agoa que corre naturalmente pera hũa parte, & nella se ajunta com outra, se se póde diuertir, & se se pode induzir posse pello curso della, ainda por tempo immemorial?

EM o anno de 1646. se começou 8
pór auçaõ na Villa do Pedrogaõ hũa causa entre partes, a Camara da Villa de Figueiró dos vinhos com os Religiosos Carmelitas. E foi o caso.

Que o Reuerendo Prior, & mais Religiosos do mosteiro dos Carmelitas descalços da Villa de Figueiró alcançaraõ hũa prouisaõ de S. Magestade pera se poder desmembrar das terras da Capella de Manoel Godinho a

agoa

agoa natiua de hũa fonte, & poços, q̃ nella ha pera poderem vſar della, & a meterem pellas terras d: ſeu conuento, por terem neceſſidade della, & ſe hauerem de palaura contratado pera lhes dar a dita agoa, procedida das ditas terras, que ſaõ de capella, & logo alcançada a dita prouiſaõ, celebraraõ os ditos Religioſos ſobre iſſo o contrato com o dito Manoel Godinho de Vaſconcellos.

Tendo diſto noticia os officiais da Camara da dita Villa embargaraõ a dita prouiſaõ, concluindo em ſeus embargos, que a agoa dos ditos poços corria pera o rocio do Conſelho da dita Villa, & ſe ajuntaua com outra, q̃ vinha da fonte do meſmo conſelho, & cahia em hum tanque, & em hum chafariz, & que ahi faziaõ hũas, & outras agoas, hum regato, que era publico, & commum, & com elle ſe regauaõ muitas propriedades de particulares, & ſe repartião por elles, & que aos Religioſos embargados dauão agoa dous dias cada ſomana: & que nella poſſe eſtaua o pouo de tempo immemorial, vzádo ſempre da dita agoa, & regando ſuas terras com ella por ſerem publicas, & do Conſelho; & que como taes as não podia vender o dito Manoel Godinho, nem tirarem ſe de ſeu curſo natural pera as terras, & neceſſidades do moſteiro dos embargados com tanto prejuizo do pouo da dita Villa.

Os quaes embargos recebeo o Prouedor de Thomar por S. Mageſtade lhe cometer o conhecimento da cauſa. Contrariaraõ os ditos Religioſos, aggrauando juntamẽte, houue replica, treplica, deraõ os embargantes teſtemunhas, & por parte do moſteiro tambem, fez ſe veſturia, foraõ os autos cõcluſos a final ao Prouedor, que julgou os embargos por não prouados, & o dito contrato por valioſo, & firme, q̃ os Padres pudeſſẽ vzar das ditas agoas como ſuas, encanandoas pellas ruas por onde fizeſſem menos prejuizo até o ſeu moſteiro. A qual ſentença ſe cõfirmou no Senado: porque os Religioſos não procuraraõ, nem trataraõ da dita agoa com animo de prejudicar, ſenão por lhes ſer neceſſaria, ex his, quæ bene Cepola de ſeruit. vrbanor. præd. cap. 80. Pereira dcciſ. 35. n. 1. 2. & 5.

Porque ſendo a dita agoa liure da ſeruidão, & correndo naturalmente pera o regato, & fontes do pouo, & não por induſtria, ou contrato, mas sò mente por o ſitio dos poços, em que cae ſer mais baxo que as fontes, como fica referido, não fica tendo lugar a poſſe immemorial, em que os embargantes ſe fundaõ de regarem com a dita agoa, nem eſta ſe proua de nenhũa maneira, por quanto a reſpeito do ſenhor da terra, em que naſce a agoa, não ha poſſe que lhe impida o diuertila, ſenão quando ſe lhe contradiz fazello, por ſer hum direito negatiuo o acto de não diuertir a agoa, a qual prohibiçaõ, & contradicçaõ, não houue nũca, nem ſe prouou pellos embargantes, que a houueſſe, nos quaes termos não ha poſſe, & conſequẽter não ha preſcripçaõ, provt laté diſputat, & reſolvit Cepola de ſeruit. ruſtic. præd. cap. 4. à n. 51. cum ſeqq. iuncta dicta gloſſ. in l. qui luminibus ff. de ſeruit. vrban. præd. Gratian. cap. 39. à n. 18. Pereira deciſ. 24. n. 9 & he regra geral, que nos actos, & dircitos negatiuos ſe não acquire poſſe: *Niſi á tempore prohibitionis*, ex doct. Barth. in l. ſi prius n. 4. ff. de noui operis nuntiat. Roland. à Valle conſ. 53. à n. 20. Almeida

meida alegat. 19. n. 1. & 2. Maſcard. concluſ. 1214, n 83. Reynoſ. obſeru. 65. n. 31.

E nos autos ſe não acha prohibiçaõ, nem contrato, nem actos, que os officiais da Camara embarguẽs fizeſſem *iure ſeruituti*, como era neceſſario, cõforme as reſoluçoẽs acima referidas, nem do acto de correr ẽ as diras agoas dos poços ſuperiores pera o regato, ou fonte inferior do póuo por ſeu curſo natural, ſem induſtria, nem contrato, reſulta poſſe algũa, nem preſcripção, por não ſerem acoſtados a titulo, ou contradiçaõ da parte, conforme as reſoluçoẽs acima referidas, nem tambem ſe acquire de actos de mera faculdade, & precario, como ſoraõ os referidos. l certe, ff. de præcari. l. qui iure, ff. de acquirend. poſſ. Cepol. vbi ſup. Valenſuel. conſ. 65. n 23 Lara de anniuerſ. lib. 1 cap. 12. n. 32. como mais largamente reſumio o põto, & diſcidio a queſtaõ doctiſſimamente o inſigne Doctor Antonio Pereira de Soula na forma ſeguinte. 10

ecis. 13 *Si controuerſia moueretur inter priuatos, ſatis ſuperq; dictũ per ſapientiſſimos, dominos pereruditos patronos, nam certum eſt in actis de facto, aquam, de qua contenditur ortum habere in fundo priuati Emanuelis, ſcilicet, & ex eo, accedente, & Regis beneplacito, nec non officialium concilij conſenſu, in impeditos tranſlatam, certum quoq; curſum immemorialem naturalem fuiſſe tanquam à ſuperiore ſuolo in inferiorem, non ex opere manufacto, neq; enim foramen, quo aqua exit aliud inducit, quia non pertinet ad vſum aquæ extra ſuolum, ſed potius ad vſum ſuoli, vt per illud aqua, vel pluuia, vel æſtiua euacuaretur, minus veſtigium canalium, de quo conſtat in inſpectione, & teſtes deponunt, quia nõ eo tendebant, quo aqua profluit, vt exprimitur in eadem inſpectione.*

Vnde & in iure certum, aquam, & illius vſum eſſe domini ſuoli, in quo naſcitur, & de illa potuiſſe diſponere ad libitũ, illamq; diuertere, etiã in præiudicium inferioris prædij, & ſi per mille annos illo modo decurreret, quia actus naturalis, & facultatis præſcriptionem non valet inducere, vt ex l. 1. §. denique, ff. aqua quotid. & æſtiua, vt ex l. proculus, ff. damno infect. concordant plures, quos refert Theſaurus deciſ. 245. Valenſ. conſ. 81. n. 34. Nigri controuer. 310 maximè á n. 155. & controueſia 311. â n. 1. Nouarius forenſ. p. 1. q. 87. n. 3. Cancer. 3. reſolut. cap. 4. de ſeruit. â n. 229.

Neq; contrarium poterit ex Gratiano diſcept. 480. probari, quia ibidem agebatur de aqua fluminis priuati, atq; itaque 11

cõmuni

cõmuni omnium vicinorum, at verò in hoc processu agitur de aqua, quæ non est cõmunis, sed priuati cuiusdam, nempe domini fundi, in quo nascitur : eodem modo satisfit allegationi Surd. cons. 447. similiter enim agit de aqua fluminis, imò fluminis publici non priuati vicinorum, vt legenti patebit.

Nec contrarium deducitur ex text. in l. 3. §. ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æstiu. & alijs, quia debent intelligi quãdo aqua ducitur ex loco publico, & ipsa publica est, vel si ex priuato descenderet non per se naturali cursu deflueret, sed per opus manufactũ, vt per hæc verba respondet Cancer. dicto cap. 4. n. 245.

Illud solùm meo iudicio dubiam potest huius controuersiæ reddere decisionem, quòd causa non agitur inter priuatos, sed 12
per officiales consilij, tanquam publica, & quod aqua, de qua contenditur, & si nascatur in fundo priuato continuò fluit, & est perennis, & seruit vsui publico irrigationi prædiorum: vnde videbatur non posse diuerti á cursu etiam naturali sic limitatæ regula sup. tradita fauore publicæ vtilitatis, prout in terminis limitant Caualcan. decis. 5. n. 49. vers. nisi illa aqua, part. 5. Riminald. senior cons. 624. á n. 5. lib. 4. additio ad Thesaurũ dicta decis. 245. litera A. iunctis ijs, quæ Cancer. dict. cap. 4. à n. 238.

Verùm cùm irrigatio prædiorum aliquorum vicinorum non possit dici vtilitas publica principaliter, sed secundario tãtum, & priuata illorum vicinorum, quorum sunt prædia irriganda, principaliter, neque istius modi aqua inseruiat ad molendina, in quibus principaliter vtilitas publica poterat considerari, neque necessaria sit ad potum oppidanorum, imò ad irriganda prædicta prædia habeant aquam dimanantem ex fonte publico, & ex stagno, qua vsi sunt vicini, tempore quo puteus, de quo disceptatur, aqua caruit, exsiccatus, vnde ex diuersione istius aquæ non tollitur irrigatio, sed tamen minuitur ista vtilitas irrigandi non me â regula supra posita auertit, nec casum huius controuersiæ limitationi Doctorum, quos allegani, potest submittere.

Maximè cùm si consideretur vtilitas publica, quæ prouenit oppidanis ex monasterio impeditorum in spiritualibus illa præ

ualere

nalere debet vtilitati maiori irrigationis aliquorum prædiorum anima enim cunctis rebus eſt anteponẽda, ex l ſancimus, l. ſacroſanctis Roman in l ſi mulier n. 17. ff. ſoluto matrim. Nouar. de priuilegijs priuileg. 3. num. 3. in fine, & num. 1. nec reprobo impeditus adſcribatur de temporalibus agere cum illorum ſit inſtitutum principale Deo, & Spiritui vacare, quia vt liberê vacent, & ſpiritu proficiant, temporalia requiruntur.

Et quamuis his non obſtantibus adhuc dubius remanerem, in dubio religionis fauori adhærendum eſſet, ſumma eſt enim ratio, quæ pro religione facit l. ſunt perſonæ. ff. religioſis, & ſũptibus funerũ. ex ijs quæ Xamar alios referens de officio iudicis, & aduocati lib. 1. q. 3. n. 25. regula quarta, maximê cum in hac controuerſia impeditorum, vice fungantur, pro quibus in dubio iudicandum conſtanter aſſerit Scacia de ſententia, & re iudicata, gloſſ. 14. q. 23. à n. 55. &c.

E neſta forma conuierão na confirmação da ſentença (ficando os Padres cõ a dita agoa na forma referida na ditta cauſa de Figueiró dos vinhos dos officiais da Camara da ditta Villa com os Carmelitas Deſcalços) os doctiſſimos Dezembargadores os Doctores Lourenço da Gama Pereira, Antonio Pereira de Souſa, & Martim Affonſo de Mello, anno de 1649. no meſmo Cartorio.

Segue-ſe a ſeruidão Aquæhauſtus da qual, & do caminho nos explicará o caſo ſeguinte, que propoſto em termos como paſſou, ſe ventilou na forma ſeguinte.

Agoa ſe ſe pòde tirar de algũa parte o caminho por onde ſe ha de ir buſcar ha de ſer por onde menos prejuizo ſe faça ao dono da propriedade?

Domingos Rodrigues da Villa de Tor res nouas, & ſua molher intentarão hũa acção negatoria contra Manoel Lopes, & ſua molher pedindo ſe declaraſſe não competia hũa ſeruidão de hir buſcar agoa a hũa fonte, que eſtá em hũa fazenda dos Authores, feita veſturia, & juntos os titulos ſe deu ſentença pello juiz de fora da d. Villa. em q julgou, que o A. déſſe ſeruẽtia ao R. por onde menos perjuizo lhe fizeſſe a ſua propriedade, & que a ſeruentia ſe demarcaria por louuados a prazimento das partes, & eſta ſentença ſe confirmou no Senado, & Caſa da Suplicação pellas rezoens, & doctrinas ſeguintes.

Porque não ſe duuidou na ditta queſtão do direito da ſeruidão (porq tratandoſe della, tambem diremos a forma em que ſe conſiderou) mas ſomente ſe ventilou ſobre o caminho, & como ſeja verdade que quem tem ſeruidão pera hir buſcar a agoa, deue tambem darſelhe caminho por onde paſſem, & vão, he couſa certa, que

quem impede o caminho prohibe a seruidão, & assi sempre se deue julgar, que o caminho pera tirar a agoa hade ser por onde faça menos detrimento ao dono da fazenda, & esta he a melhor opinião, vt Celsus scribit in l. si cui 9. ff. de seruitutibus. De modo que se deue commetter sempre a louuados como acertadamente ordenou o juiz, porque isto compete aos louuados ex Iauoleno in l. certo §. si totus. ibi: *Igitur arbitrer dandus est, qui vtroque casu viam determinare debet*, ff. de seruit. rustic.

E não sò he assi dos louuados, mas tambem podia o mesmo Author designar hum lugar commodo, & apto ex l. 2. §. penultim. ff. sumptibus fun. Cepol. dicto tractat. cap. 1. de itinere num. 7. pera o que sempre he bom o designio, & approuaçaõ dos louuados.

Porque como no caso proposto a questaõ foi sobre o caminho mais do que acerca da seruidão, rezão será que vejamos de hũa, & outra cousa os fundamentos, pera que na confirmaçaõ da doutrina referida acerca da seruidão fique mais explicada a que aqui trazemos no nosso §. & no que se julgou acerca do caminho fique exemplo pera em semelhantes casos se praticar.

Supposto isto vamos com as resoluçoens seguintes preparando a soluçaõ do caso, aduertindo, que quando se tratar do possessorio sobre seruentia de caminho, se ha de prouar, que vsou da seruidão, & que este vso foi *iure seruitutis*, & não precario, nẽ por familiaridade, vt per Menochium cons. 448. lib. 5. porque temos dito, que a seruidão precaria se extingue com a vontade sò do concedente, & pòde reuogarse ainda com detrimento do aduersario ex capit. vltimo de precarijs, Pater Molina de iustitia tract. 2. disputation. 298. colum. 209. vers. illud verò, Gom. 2. tomo, cap. 7. Azeuedo libro 4. tit. 2. leg. 4. num. 6. nouissimẽ Reynoso obseruat. 38. num. 12. & assi não obstará o passar, senão vzar da passagem *iure seruitutis*, Honded. cons. 79. num. 49. Menoch. vbi supra, & cons. 447. numero 34.

Secundò, que a seruidão de tirar agua não he continua, antes discontinua, porque ir interpolladamente buscar agoa âfonte, não he acto continuo, & assim o dà a conhecer Card. in praxi iudic. verbo, *seruitute*, numer. 13. & a esta seruentia compete o titulo, ff. de itinere, actuque priuato, como nota ibi, Bartholus num. 1. Gratian. forens. tit. 4. capit. 635. numer. 1. Gom. 2. tomo variarum, cap. 15. num. 28. & vers. seruit. prædiorum rusticorum num. 12. & 13. Porem esta distincçaõ de seruidoens continuas, ou discontinuas se rejecta pera prescreuerem por longo tempo, como abaixo veremos.

E assi esta seruidão, que he discontinua não se acquire por tempo algum, senão for longissimo contra o senhor da cousa, como saõ os Authores, da sonte, de que se trata. l. seruitutis, l. 4. ff. de seruit. Gratianus forens. tomo 4. cap. 621. Cardoso in praxi, verbo, *seruitutis*, num. 20. Gabriel Pereira decis. 52. num. 3. post principium, Pichard. hoc tit. â num. 11. & 12. & nelle trata esta seruidaõ aquæductus, em que resoluem todos, que senão prescreue senão por tempo immemorial.

E era necessario que se prouasse, em

em rezão de algũ titulo que se tiuesse desta fõte do A. se vsaua da seruidão, vt Richard. vbi sup n. 21. & como o R. nem alegou q̃ tiuesse titulo, nem elle, nem os mais que hiaõ buscar a agoa á dita fonte, não basta a proua que ha trinta annos q̃ a hiaõ buscar, por q̃ não lhe dà direito, nem fundamento, pera que contra vontade de seu dono lhe vaa deuassar sua casa, & fazenda, passandolhe pella sua porta, & indo pello meyo de vinha, orta, ou pumar de noite, & de dia, & não querendo ir por hum caminho por onde vão outros, senão hir por onde lhe parece, querendo com isto cada hum dos visinhos ter seu caminho, em forma, q̃: o dono da fonte, & propriedade lha fazem toda em caminho indo cada hum delles por onde lhes parece, & não deuẽdo seruidaõ.

Porque a agoa que nasce na sua fazenda pode o senhor della diuertila em prejuizo dos visinhos. l. 1. §. denique, ff. de aqua quotidiana, & æstiua, vbi glossa in verbo, *habere*, l. flumi. nũ, §. fin. vbi Barth. & alij, ff. de damno infecto, & de hac resolutione latè supra in altera decisione dictum est.

E não somente se a agoa nasce na sua propriedade, mas tambem se nella entra, porque logo fica senhor della, ex leg. fundum, §. illud, ff. de aqua quotidiana, Barthol. in leg. quamuis, num. 2. & in l. aqua, Cod. de seruitutib. & aqua. l. hoc iure § aquã, ff. aqua quotidiana, Alex. cons. 108. n. 2. lib. 2. Crauet. cons. 412. n. 3.

E isto posto que a agoa por mil annos corresse pera a fazenda alhea dos visinhos, ex l. proculus, l. fluminum, §. videamus, ff. de damno infecto, l. si in eo fundo, ff. de aqua pluu. a cenda.

Ergo à fortiori poderà o senhor da fonte da agoa nascida na sua propriedade fechala, & não deixar vsar della senão a quem elle quizer: como succedeo ao Conde da Sabugal na fonte da sua quinta, que vindo a agoa della á fonte de Bethlem, de que vsaua o pouo, & as armadas de sua Magestade, & no Conde Dom Duarte de Castello Branco, fazendo a sua quinta, tomou a agoa della, & não veyo mais a Bethlem, senão a agoa que esta Cidade comprou a particulares pera que viesse a fonte; porque ainda que o senhor dé licença pera se tirar agoa, nem por isso se induz posse. Nata cõs. 522. num. 9. Cassanat. cons. 39. n. 53.

Assi como tambem Nuno Alures Pereira, que tem o seu poço no patio das suas casas, ao Borratem aonde vai, quem quer buscar agoa o não obrigaõ por força a que a dè; & o mesmo exemplo temos no poço da agoa de Dom Ioaõ de Castello Branco a S. Bento, onde vai buscar agoa todo aquelle bairro, que os moradores delle o não pódẽ obrigar a cõceder, & ter aberta, a toda a hora pera a irẽ buscar, & o mesmo succede a todos os que ao redor desta Cidade tem poços de boa agoa, que não he cousa, q̃ induza posse, a cõmunicação della, como succedeo a esta Cidade, dar doze mil cruzados pella agoa de Diogo Soares, que estaua patente, a quem a queria ir buscar, & com tudo não induzio posse, porque esta não se dà de attos precarios, como se colligio da attenção doctissimà do Doutor Antonio de Sousa Tauares, vigilantissimo, & excellentissimo Iurisconsulto

Titulo terceiro

Inter rusticorum prædiorum seruitutes, aquæ ductus, & aquæ haustus numerantur ad principiũ instit. de seruit. rustic. præd. l. 1. ff. eodem, Cepol. de seruit. cap. 11. item longi temporis præscriptione omnes seruitutes hodie acquiruntur reiecta seruitutum in continuas, & discontinuas distinctione, l. si testamento 31. ff. de seruit. vrb. l. potest 16. ff cõmun. præd. Reinuald. in obiect. iur. 2. p. disp. 2. n. 10. & 20.

Cæterùm aqua, quæ nascitur in fundo alicuius sua quidem est, itavt eam alteri concedere non cogatur inuitus, vt per Ciriac. controuers. 310. n. 140. & 462. n. 12. Thesaur, dec. 245. n. 1. nec aliter nisi iure familiaritatis aqua ab alio exhauriri potest, atq; precario, ex quo nulla præscriptio inducitur, &c.

Porem isto he quanto à seruidaõ, que sendo precaria se extingue com a vontade do concedente; porem quando se litigar sobre o caminho se ha de mandar ver por louuados, & darse a seruentia, por onde com mais cõmodo, & sem detrimento se possa tirar a agoa da fonte, como doctissimamẽte *de more*, em sua deliberação no mesmo caso considerou o Dezembargador o Doutor Antonio Percira de Sousa.

Non dubitatur de iure aquam hauriendi, siue fons publicus, siue priuatus sit, de seruitute itineris, ad fontem solùm contenditur, & licet verum sit, eum qui habet haustum, iter quoq; ad hauriendum habere, vt ex Neratio scribit Vlpianus in l. 3. §. qui habet haustum, ff. seruitutibus rusticorum, certum quoque est, non posse Actorem in fundo suo id facere, ex quo impediatur haustus Reis debitus, & in consequentiam iter ad hauriendum ex l. 2. ff. de riuis, & Labeonis sententia resoluit Cepola de seruitut. rusticorum, cap. 7. de seruitute haustus n. 7. vers. si verò quæris: tamen non minus certum, iter ciuiliter moderandum esse, non enim per Villam ipsam, nec per medias vineas ire, sinendus est, quia id æquè, commodè per alteram partem facere potest, minori seruientis fundi detrimento, vt Celsus scribit in l. si cui 9. ff. de seruitutibus: ita vt quod Rei huius q; per sertum fontem adierint, possit Actor alium locum æquè cõmodum designare, ex l. 2. §. 1. ff sumptibus funerũ, Cepol. d. tract. c. 1. de itinere, n. 7. ad quod non immeritò, arbitros eligendos iudex decreuit, arbitrorũ enim hoc munus est, ex Iauoleno in l. certo, § si totus ibi, igitur arbiter dãdus est, qui vtroq;

casu

casu viam determinare debet, ff. seruitutibus rusticorum.

E assi conuierão na confirmação da sentença do juiz os ditos doctissimos Dezembargadores os DD. Antonio de Sousa Tauares, & Antonio Pereira de Sousa; na causa de Torres nouas de Domingos Roiz contra Manoel Lopes, anno de 1650.

A sexta seruidão he, que chamamos, *Seruitus pascendi*, que he hum direito de pastar o gado no campo alheo, & pera ser seruidão real se requere, que o campo seja visinho, & se deua a seruidão. l. pecoris, ff. eodem. E assi se chamão pastos os lugares onde os gados se apascentão, & debaixo da palaura, *Pecus* se entendem todos os animais de quatro pès; que pastão juntos, como diremos no 4. liuro, tit. de leg. Aquilia, donde explicaremos tambem a prohibição que ha de que o gado paste no campo alheo; & no titulo de actionibus trataremos disso tambem. Porem acerca desta seruidão notemos, que de direito ciuil he prohibido áquelle que tem, & se lhe deue a seruidão do pasto, o mandar ao cãpo animais doentes, que possão inficionar os mais, & pegarlhes a doença, argumentando da l. Iulianus in princ. cum ibi not. ff. de act. empti. vnde illud:

Morbida facta pecus, totum corrumpit ouile,
Ne maculet socias, est separanda grege.

Et facit cap. resecandæ 24. quæst. 3. & text. in l. 2. C. de summa Trinit. & fide Catholica, per quẽ notat ibi Bald. & Paul. de Castro: *Quod vbicunque est timor infectionis, potest fieri expulsio de ciuitate*, como se costuma naquelles que padecem o mal contagioso da peste serem lançados da cidade, & impedidos os que o padecem. E Paulo de Castro na ley 2. C. vbi sup. deduz do texto ibi, que as molheres deshonestas, & de mao viuer podem ser lançadas da visinhança pellos visinhos, & assi se deue fazer por ser muito conueniente, & facit textus in Authen. de lenon. vbi dicitur: *Quod lenones debent expelli de ciuitate, ne scilicet bonæ, & honestæ mulieres inficiãtur.* E do mesmo modo os vagabundos, & de mao viuer se deuem separar do trato dos bons, porq̃ mais se pegão aos homẽs os costumes com que se criaõ que as inclinaçoẽs com que nascem.

Alem destas seruidoens, q̃ temos dito ha outras duas rusticas, de q̃ se pô de ver, & de outras mais no text. in §. rusticorũ, & in l. 1. & l. veluti, ff. codẽ, & Cepol. in tract. de seru. rust. præd. q̃ saõ o tirar area do cãpo visinho, ou barro pera fazerẽ vasos, & pucaros, tirar pedras, & as mais q̃ se explicão na d. l. & se deuẽ de campo a cãpo: ff. *à re rei*, & por rezão da cousa se deuem às pessoas nella habitantes, & saõ perpetuas q̃ passaõ aos herdeiros, & possuidores do campo, a quem se deue a seruidão, & do q̃ a deue. Vejamos das vrbanas,

§. *Prædiorum vrbanorum,*

SVMMARIO.

Seruidoẽs vrbanas quaes saõ? 1
Fresta seteira se se pòde abrir na parede alhea pera receber luz a casa: entende se a Ord. do lib. 1. tit. 2

68. §. 2. *& se refere julgado.*

3 *Casas, ou paredes se se podem leuantar não mudando a forma do edificio, ou mudando a, & como?*

4 *Differenças, & combinaçoens das seruidoens vrbanas, & rusticas.*

1 AS seruidoẽs vrbanas sã̃o aquellas, que se deuem aos predios vrbanos (que como dissemos sã̃o os lugares, & casas habitaueis, ou no campo, ou na villa) & estas seruidoens vrbanas hũas sã̃o affirmatiuas, como as de se leuantar a casa, & diuertir a agoa da chuua, &c. outras sã̃o negatiuas, como he não se leuantar a casa, não diuertir a agoa, &c. as rusticas sempre sã̃o affirmatiuas, & nunca se constituem, nem se induzem por negação, vt est gloss. in l. 2. in verbo officiendi, ff. de seruit.

A 1. seruidaõ vrbana he o direito de soportar a carga, & he quando se impoem seruidão na casa de Titio visinho, a q̃ sustente a de Sẽpronio cõ a sua parede, cunhal, ou columna, & ainda q̃ a natureza das mais seruidoens seja tal que não deua mais que sofrer, esta de que tratamos, não só a soporta o seruiente, mas he obrigado a refazer a columna, ou parede, em que a ditta casa se encostar. l. sicut autem, §. distant, & l. si forte, §. etiam, ff. si seruit. vendic.

A segunda seruidão vrbana he o direito, que tem o visinho de meter hũa traue na parede de outro, porque regularmente isto he prohibido, & só com a vontade do dono da casa se põde meter a traue na sua parede. l. 1. & 19. ff. eodem.

A terceira seruidão he da luz, de modo que o meu visinho he constrangido a deixar abrir na sua parede hũa fresta pella qual a minha casa receba luz: sem prejuizo da outra, como no caso seguinte se ventilou no Senado na causa de Monsanto de Maria Dutoa viuua A. appellante contra Gaspar de Oliueira Reo appellado: porque tendo a dita A. hum quintal rodeado de casas, & todo cerrado, abrio o R. na parede do quintal hũa fresta pera ter luz na sua casa, & a A. deu contra elle petição de força, a qual se lhe não admittio, julgando o juiz, que o R. não fizera força á A. vista a disposição da Ord. do liuro 1. tit. 68. §. 2. a qual considerou o insigne Doutor Luis Pereira de Castro, discidindo a questão na forma seguinte.

2

Cùm defficiat in casu proposito possessio agentium videbatur locum non esse interdicto, prout satis deducitur ex l. si eo loco, ff. si seruit. vendic. l. quemadmodum, §. si proiectum, ff. ad leg. Aquil. Gratian. discept. cap. 314. n. 9. facit Menoch. retinend. remed. 3. n. 139. & 489. Insuper Ord. lib. 1. tit. 68. §. 24. non vetat sciſuram, vulgò, seteira, in pariete aperire etiam super vicini viridariũ. Ex his igitur vt rem parui momenti vna sententia absoluamus iuberem, vt fenestra illa ad strictum modum reducatur per arbitros, &c.

E assi conuieraõ os preclarissimos, & doctissimos Doctores Pedro de Castro de Mello, Luis Pereira de Castro, & Francisco de Andrada Leitão Relator na sentença seguinte.

SENTENÇA.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado he pello juiz confirmaõ sua sentença por alguns de seus fundamentos, & por o mais dos autos com declaração, que a fresta de que se trata, se reduzirâ a estado, que nãofaça prejuizo â A. & somente sirua de dar claridade à casa do Reo, por euitar discordias entre elles, & para isso escolheraõ louuados, que o façaõ sem emulaçaõ de alguã das partes, & paguem as custas dos autos igualmẽte. Lisboa em 2. de Agosto de 1640. Andrada. Castro. Pero de Castro. No mesmo Cartorio de Antonio Rõiz da Costa.

Alem destas ha outras seruidoẽs, cõmo he a que chamamos *Altius tollẽdi*, de que se trata na l. 1. ff. eodem, q̃ he o direito de se leuantarem as casas, & muitas vezes importa ao visinho pella reuerberação do Sol que seja mais alta a casa, & parede do visinho. l. si arborem, § interdum, ff. eodem. E outra seruidão, que chamamos *Auertẽdi stilicidium*, que he da agoa da chuua, q̃ se diuerte, ou cae no telhado do visinho. d. l. 1. ff. eodem, & esta seruidão he de dous modos, porque hũa he affirmatiua, & outra negatiua: a affirmatiua he quando alguem está em posse de cair a agoa da chuua do seu telhado, no do vesinho: l. 2. ff. eodem: & a negatiua he pello contrario, s. *non auertendi stillicidium*, de que hauemos tratar ho tit. de actionibus.

A quinta seruidão he, que chamamos, *Altius non tollendi, vel tollendi altius*. E acerca da primeira não ha duuida que he seruidão verdadeira; pois nella se reduz à ordem, à liberdade do edificar. ex l. altius, C. de seruit. & aqua: & para que fiquem reduzidas hũa, & outra apraxi, saibamos, q̃ qualquer senhorio póde edificar no seu de qualidade, que não mude a forma antiga do edificio, Ord. lib. 1. tit. 68. §. 24. & quando edifica de nouo póde fazer *ad libitum*. iuxta text. in l. re mandata, C. mandat. ainda que seja com prejuizo do visinho, Ord. d. tit. 68. §. 24. l. altius C. de seruit. l. qui luminibus, ff. de seruit. vrban. *Non enim attenditur vicini damnum ne liber rei propriæ vsus impediatur contra propriã dominij diffinitionem*. l. si in meo 21. ff. de aqua pluu. arcend. Donel. lib. 11. com. c. 15. vers. tertia species. Molin. de iust. disp. 709. Surd. decis. 177. Cabed. 1. p. decis. 152. Grac. forens. c. 572. n. 53. & cap. 752. n. 92. Pereira de Castro decis. 35. n. 1. & estando hũa casa junto da outra entam se afastar à vara, & quarta na forma da Ord. tit. 68

§.33. de que hauemos tratar no tit. de action. onde se hão de explicar todas as seruidoens.

Differença, & combinaçaõ das seruidoẽs vrbanas, & rusticas.

TRatamos atequi das seruidoẽs dos predios rusticos, & vrbanos, & do que temos dito se pòderâ colligir a combinação, & differença dellas; porem não quero deixar nada, em que particularmente não toque, & mostre a vontade, com que em maiores obras (*Deo fauente*) mostrarei com clareza, declarando o que agora principiâdo aponto, & desta materia, & differença trata largamente o titulo in ff. cõmunia prædiorum, tam vrbanorum, quàm rusticorum. E saibamos primeiro, que combinão, porq̃ hũas, & outras se não pódẽ cõstituir sẽ predios, campos, ou casas rusticas, ou vrbanas. l. 1. ff. communia prædiorũ, & assi a qualquer possuidor da cousa seruiente passa com o encargo da seruidão, & do dominante com o direito della. l. 13. ff. commun. præd. Differẽ porem, primò, por serem hũas rusticas, & outras vrbanas. Secundò, porq̃ todas as seruidoens rusticas consistẽ em seruir, & ordinariamente seruientes, & as vrbanas dominantes as mais dellas, & as outras *in non faciendo*. v. g. em não leuantar as casas, não encostar a traue, &c. Vltimamente pera conhecermos se a seruidão he rustica, ou vrbana, se colhe da qualidade do predio, a quem se deue: *Nam talis est seruitus, quale est prædium, cui debetur*. E daqui vem, que ainda que o caminho seja rustico, com tudo se serue à casa habitada, he seruidão vrbana, l. vrbana prædia, ff. de verborum significat. como acima dissemos.

§. Ideò.

SVMMARIO.

Referemse às pessoas que podem impór seruidão nos predios rusticos, ou vrbanos. 1

E quem a pòde acquirir? 2

HE regra geral, que se refere neste §. *Quod nemo potest acquirere seruitutem vrbani, vel rustici prædij, nisi qui prædium habet, & ê contra nemo debet seruitutẽ imponere nisi qui prædiũ habet.* A qual regra está composta de muito boa rezão, pois he claro, que sò o senhor do campo, ou da casa pòde impòr a seruidão nella, porque cada qual he senhor de seus bens pera fazer nelles o que quizer, sendo licito, & não sendo em prejuizo de terceiro, porque o senhor do cãpo seruiente não pòde pôr outra seruidão em prejuizo do primeiro q̃ estiuer de posse della. l. per quem, ff. de seruit. rustic. præd.

Secundo, depois de o senhor directo, pôde o emphyteuta impôr seruidão no campo aforado, secund. DD. in l. 3. ff. eodem: porem acabado o aforamento, quando o campo torna ao senhor directo, acabase a seruidão, conforme os DD. na dita lei 3. argumentando do texto in l. is cui, §. fin. ff. quemadmodum seruit. amitt. per regulam, l. lex vectigali, ff. de pignoribus, & Paul. Castr. in l. in prouinciali, C. de seruit.

Tertiò, o Principe pòde conce-

der

der a hum particular; que leue ás ſuas caſas a agoa pellas ruas publicas, ſem prejuizo; & incommodo dos vaſſallos l. vlt. §. fin. ff eodem; facit l. 2. §. meritò, & §. ſi quis a Principe, ff. ne quid in loco publico.

Quartò, o Senado, & Dezembargo ẽm nome do Principe póde julgar, & impor a ſeruidão: l. quominus; ff. de flumnibus, & gloſſ in d. l. ſeruitutes; §. fin. in verbo *à Principe*. Porem ſe perguntarmos, ſe o marido pôde impôr ſeruidão em hum campo dotal, q̃ ſe lhe deu em dote? Reſpondemos, que não, porque ainda que ſeja ſenhor do dote. l. dece ancillam, ff. de reiuendic. com tudo não tem o dominio liure; como diz Bald. na l. & in prouinciali, ff. eodem, & por iſſo não póde impôr ſeruidão. l. Iulianus cum l. ſeq. ff. de fundo dotali, como tambem o vſufructuario não póde impôr ſeruidão na quinta, ou campo, de que tem os vſufructos; porque elle he obrigado a melhorar a coula vſufructuaria, mas não póde porlhe encargos de ſeruidão. l. ſed quid, §. fin. ff. de vſufructu. Do q̃ ſe póde ver largamente Cepola de ſeruit. vrban. præd. cap. 14.

E do ſobredito podemos colligir aquelles que podem acquirir a ſeruidão: & ſaibamos que todos aquelles q̃ podem impor ſeruidão a podem com mais rezão acquirir: porque regularmente hum homem pôde melhorar, & não pejorar a condiçaõ do ſeu campo. E aſſi o emphyteuta, & forceiro pó de acquirir a ſeruidão ao campo aforado. E tambem aquelle que não póde impor a ſeruidão, a pôde acquirir, como he o marido, que diſſemos não podia pôr ſeruidaõ nos campos dotais, & com tudo pôde acquirila. l. ſed ſi quid, §. fin. ff. de vſufructu.

2

§. final.

SVMMARIO.

Tudo ſe preſume liure, & izento de ſeruidão em quanto ſe não moſtra o contrario. 1

Como ſe pôde conſtituir a ſeruidão, & porque actos? 2

Modos porque ſe extinguem, & acabaõ as ſeruidoens. 3

VLtimamente ſaibamos, que todo o campo ſe preſume liure, em quanto ſe não moſtra o cõtrario: donde aquelle, q̃ affirmar ſe lhe deue ſeruidão algũa em hum campo de ſeu viſinho, he obrigado a prouar ſua auçaõ, vt notatur in l. ſi poſſidetis, C. de probationibus, & aſſi enſina o Emperador neſte §. os modos, com q̃ ſe conſtitue a ſeruidão, & aquelles, cõ que ſe extingue, & acaba. 1

Et primò ſe pôde conſtituir a ſeruidão entre viuos por concerto, & cõuençaõ, & contratos, com prandoa, & acquirindoa por conſtituiçaõ de qualquer contrato, vt in noſtro textu ibi, *Pactionibus, & ſtipulationibus, ideſt nõ nudo pacto, ſed firmato ſtipulatione.* 2

Secundò, ſe conſtitue por vltimas vontades, no teſtamento, ou codicillo, quando o teſtador condemna o herdeiro, que não leuante mais as caſas de tal parte, ou que não eſcureça a caſa do viſinho, ou que conſinta hũa traue na ſua parede, vt hìc, & l. poteſt, ff. communia præd. & toto tit. ff. de ſeruitute legata: *Quia cum teſtamentum exaie mortis vires aſſumat, exinde ſeruitus oritur.*

Tertiò

Titulo terceiro

Tertiò, se constitue por sentença do Senado, que jalga a alguem a seruidão. l. vsusfructus pluribus, §. constituitur, ff. de vsufructu, & infra dicemus.

Quartò, por costume se constitue a seruidão. v. g. se em hũa cidade, ou lugar for costume introduzido, que o vizinho passe pello campo hum de outro, ou que as casas se não leuantem mais q̃ até certo limite, por este vso se constitue seruidão. l. 1. §. penult. & ibi gloss. & DD. ff de aqua pluuia arcenda, & Mysing. hic.

Quinto, se constitue por prescripçaõ. l. 2. C. eodem, & l. fiquis diuturno ff. si seruit. vendicetur.

Acabaõ se porem, & extinguem se as seruidoens pellos modos, que se explicaõ no tit. in ff. quibus modis seruitus amittatur. Et primò se acabaõ cõ a confusaõ. s. quando o seruiente compra o dominante, ou o dominante compra o seruiente, & se faz senhor de hum, & outro *in solidum*. Donde se o campo de Titio seruir, & deuer seruidão ao de Sempronio, & elle cõprar o campo dominãte a quem se deue a seruidaõ, a Titio, ou Titio comprar o de Sempronio, acabase a seruidaõ, & confundese, text. in l. 1. & ibi gloss. ff. eodem: *Quia res propria nemini seruit.* l. vti frui, ff. si vsufructus petatur. Secundò, se acaba cõ a purificaçaõ da condiçaõ. v. g. impos o testador hũa seruidaõ em hum campo atê virem as naos da India, neste caso com a vinda das naos se acaba a seruidão. l. si is cui, §. ingres, ff. eodem.

Tertiò, quando o senhor deixa perder a seruidão com a paciencia voluntaria, & espontanea. v. g. tinha Titio o direito de que a agoa do seu telhado cahisse no chaõ, & terrado de seu proprio, se depois permittir Titio, que Sempronio faça casas naquelle chaõ, em q̃ a agoa cahia, perde o direito da seruidaõ. l. si stillicidij, ff. quemadmod. seruit. amitt.

Quartô, se acaba a seruidão com a renunciação della, *Remittentibus enim actiones, & iura sua non est dandus regressus*, vt dicitur in l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædilitio ædicto.

Vltimò, se acaba com a prescripçaõ de dez annos entre presentes, & vinte entre absentes. l. penult. C. de seruit. sendo a seruidaõ continua, porq̃ sendo discontinua, duplicase o tempo, idest, 20. annos entre presentes, & 40. entre absentes. l. 7. & ibi gloss. ff. quẽ admodum seruit. amit.

DE VSVFRVCTV.

Titulus quartus.

SVMMARIO.

Continuaçaõ deste titulo do vsufructo. 1

Diffinese o vsufructo, & corroborase a diffiniçaõ. 1

Rezões de duuidar cõtra a diffiniçaõ, disputase se o vsufructo he parte 2

parte do dominio, & do campo, ou não? Respõdese a muitos textos, & se explicão.

4 *Diuidese o vsufructo em causal, & formal, & defendese esta distinçaõ com intelligencia de muitos textos.*

1 TEmos ditto no tit. precedente, que ha seruidoens reais, & outras pessoais, & supposto que fica declarado das reais que se deuem de cousa a cousa, rezaõ sera, que expliquemos o vsufructo, que he seruidão pessoal, q̃ se deue de cousa á pessoa, como veremos pello discurso da explicaçaõ do tit. que concorda com outros in ff. de vsufructu, & Cod. eodem.

Supposto isto saibamos, que o vsufructo he hum direito de vzar, & lograr hũa cousa alhea salua sua substancia, que he a posse, que sempre está reseruada pera o senhor da cousa gozada, text. hic, & l. C. in l. 1. ff. eodem, ibi: *Vsusfructus est ius vtendi fruendi rebus alienis, salua rerum substantia.* Esta diffiniçaõ he commũmente seguida, & approuada dos Doutores, vt latè aduertit Pichard. in princip. hoc nostro titulo, dissemos, que era *direito*, porque o vsufructo he seruidaõ pessoal introduzida pello direito, & acquirida pellos modos nelle declarados: dissemos tambem, que este direito era *de lograr, & gozar a cousa alhea*, vsufructuaria á differença do que tem o credor no penhor, porque não póde vzar da cousa empenhada, vt in §. furtum infra de obligat. quæ ex delicto nascuntur, em tanto que vzando da cousa empenhada sem licẽça de seu dono, pagará a damnificaçaõ, & se diminuirá em desconto a diuida principal. l. 1. & 2. C. de pignorat. actione, & da cousa alhea, porque na propria cousa, não cae vsufructo *ex vulgari axioma: Res sua nemini seruit.* l. 5, ff. li vsufruct. petatur, & dissemos que era direito de lograr, & gozar; porque nas seruidoens prediais não logramos, mas somente vzamos da deuida seruidão, & estas que se lograõ pello vsufructo, entregaõ se ao vsufructuario, o q̃ não he nas seruidoens prediaes, que a entrega se finge pella paciẽcia do senhor como dissemos: & finalmente na palaura, *salua a substancia*, he de aduertir, que o vsufructo não faz ao vsufructuario senhor da cousa, que logra, porque esta sempre he do proprietario, & o vsufructuario não tem mais que a vtilidade.

2

Desta diffiniçaõ assi tam corroborada resultão graues duuidas, & cõtrouersias, que por breuidade deixei, assi pellas tratar no liuro latino, em que sobre esta materia hei feito larga menção, como pella repetir no tit. de actionibus infra in §. actionum. 3

Et primô se pòde prouar cõ muitos lugares de direito, que o vsufructo se dâ nas cousas proprias, & que he parte do dominio, & que o vsufructuario he senhor, notant DD. per text. in l. in venditione, ff. de rebus authorit. iudicis possidend. vbi Vlpian. ibi: *Appellatione domini vsufructuarius quoq; continetur, & vsusfructus reputatur pars dominij, & proprietatis.* text. in l. 4. ff de vsufructu, & l. qui vsum fructũ 53. l. si ita 126. §. 1. ff. de verborum. l. si a reo 71. §. si reo, ff. de fideiussor. l. fructus 4. ff. de reiuendicat. l. vsufructu, ff. ad legem falcidiam. E com tudo parece que de outros muitos textos

tos se colligẽ, que nem o vsufructuario he senhor, nem o vsufructo parte do dominio, nem da propriedade. l. rectè dicimus 25. ff. de verborum signific. l. falsus 44. §. vltim. de furtis, & se proua do que temos dittо, porque como o vsufructo seja direito de lograr, & vsar da cousa alhea, parece que não pôde consistir na propria, nem chamarse parte do dominio: & tambem porque o vsufructo he seruidaõ pessoal. l. 1. ff. de seruit. & na propria cousa, como dissemos, ninguem pôde ter seruidaõ. l. vti frui, ff. si vsufructus petatur. E assi de nenhum modo se pó de dizer, que o vsufructo he parte do dominio, ou do campo: & probatur etiam ex textu in l. si in fundo, ff. de iure dotium. l. Mæuius 66. §. fundo legato, ff. de legat. 2. l. cum filius, §. dominus, ff. de legat. 2. l. si ad ius iurandum, §. illud, ff. de acceptilationibus. & de outros muitos.

4 Porem por attender à breuidade, em soluçaõ desta duuida notemos, q̃ o vsufructo he de dous modos; porque ou he causal, ou formal. Vsufructo causal he aquelle que se causa do dominio, & pertence ao senhor da propriedade, com a qual està concreto, & junto o vsufructo, & não separado, & entam não se chama seruidaõ, porque como esta se não dê na cousa propria, se diz que este vsufructo causal he a vtilidade que procede, & se causa da mesma cousa possuida, & do dominio della, vt in d. l. vti frui. ff. si vsufructus petatur, vbi Barthol. Bald. Alberic. & scribentes. E o vsufructo formal he o que se considera totalmente separado do dominio, & da propriedade, & este he o direito de vsar, & lograr a cousa alhea, & receber della os fructos, & vtilidades: & se chama seruidaõ, ex d. l. 1. ff. de seruit, & esta distincçaõ se confirma com a glossa na l. si cum argentum §. si fundum, ff. de except. rei iudicat. vbi Barthol. Bald. & Alexan. Raphael Cuman. in l. 1. ff. de vsufruct. Cepol. de seruit. vrban, cap. 4. n. 2. Gomes 2. tomo variar. cap. 15. n. 12. Cuiac. in l. qui vsumfructum 33. de verborũ, Castil. de vsufruct. cap. 1. ex n. 16. Donel. de iure ciuili lib. 9. c. 9. vers. 3. pars dom ij. E se resolue, que os textos assi na l. 4. ff. de vsufruct. como os mais que parece que prouaõ ser o vsufructo parte do dominio, & da propriedade, se haõ de entender que fallão do vsufructo causal, que està junto com a propriedade. E o texto na l. rectè dicimus com os mais que prouaõ o contrario procedem no vsufructo formal, que não he parte do dominio, porque està separado della, & só tem o vsufructuario a vtilidade, & commodidade de lograr a cousa, & colher os fructos della.

E ainda que a muitos DD. pareceo esta distincçaõ inutil, vt late Corras. in d. l. rectè dicimus Duaren. in l. si ita stipulatus, ff de verborum. Conan. lib. 4. comment. c. 4. Faber. lib. 15. cõiecturar. c. 9. & de errorib. decad. 2. error. 4. n. 13. & se fundaõ principalmente em que se esta distincçaõ fora boa, & vtil se achara que os Iurisconsultos fizessem mençaõ della, & que em todos os textos se não acha differença entre o vsufructo causal, & formal. E por outras rezoens em que largamente me detenho em maior escritura. Com tudo a distincçaõ sobredita he commũmente vtil, & seguida, & à duuida contraria principal se responde, que ainda que os Iurisconsultos expressa, & nomeadamente não façaõ mençaõ do vsufructo causal, & formal com tudo quanto á substancia, & effei

to

to delle muitas vezes fazem mençaõ do vſufructo conjuncto com a propriedade (a que nôs chamamos cauſal) vt in l. ſi ita 146. ff. de verborum ſignificat. & in l. ſi alij 19. ff. de vſufructu, legat. & deſta ſorte não importa que expreſſamente o não nomeem quando na ſubſtancia conuem, & no effeito ſe conſidera ſer o meſmo. *Et nihil refert aliquid in iure expreſſum, vel relatum eſſe nomine proprio, vel diuerſo, ſi conueniatur in ſubſtantia.* l. certum 6. ff. ſi certum petatur. l. nominatim 24. ff. de conditionibus, & demonſtrationib. Authent. de hæredibus, & falcidia. §. expreſſim collatione 1. Mantica de coniect. libro 6. tit. 1. num. 8. E ſem a ditta diſtincçaõ era impoſſiuel entenderẽſe muitos textos, como o texto na ley ſi â reo 71. §. ſi reo, ff. de fideiuſſoribus onde ſe o principal eſtà obrigado pello campo, o fiador póde ſer obrigado pello vſufructo, como parte deſſe campo, luxta textum in leg. fide iuſſores 9. eodem titulo, como eſte texto ſe não pòde entender do vſufructo formal, porque ſeria tomar fiador em menos, ou em diuerſa couſa, com tudo concluem os Doutores, que ſe trata naquelle texto do vſufructo cauſal, que eſtá conjuncto com a propriedade. Pinel. in leg. 1. Cod. de bonis maternis, 2. parte â numero 10. & probatur etiam ex textu in leg. ſi cum 21. § ſi fundum, ff. de excepti one rei iudicat. *Vbiqui egit profundo, ſi poſtea agat pro vſufructu iure domi. ſuj repellitur exceptione, quia talis vſufructus reputatur pars fundi.* Como tambem ſe ſe legar, doar, ou de outro modo alhear o campo, ſe entende tambem legado, doado, & alheado o vſufructo, vt probatur ex leg. ſi tibi, ff. de vſufructu accreſcend. l. ſi alij 19. Cod. de vſufruct. legat. l. ſi ab emptore 49. l. Vaccæ 42. ff. de euict. & aſſi como os dittos textos ſe não poſſaõ entender ſem a ſobredita diſtincçaõ, claro he que procedem no vſufructo cauſal conjuncto com a propriedade, & não no formal, que eſtá ſeparado della, & he couſa alhea, que deue o vſufructuario lograla de modo que a não damnifique, donde legandoſe o vſufructo ſomente de hũa vinha a Titio, elle a deue melhorar, & pòr outras ſepas em lugar das ſecas, & das inuteis, & outras aruores. vt ſupra titulo præcedenti in §. ſed ſi gregis. E ſuppoſtas eſtas noticias explicquemos o §. ſeguinte, em que ſe declaraõ os modos porque ſe conſtitue o vſufructo.

§. *Vſusfructus â proprietate.*

SVMMARIO.

Referemſe os modos, porque ſe conſtitue, & acquire o vſufructo? 1

Se ſe pòde acquirir pellas peſſoas ſugeitas como aos pais pellos filhos, aos ſenhores pellos eſcrauos? 2

Vſufructo ſe não pòde conſtituir in perpetuum, & atê quanto tempo ſe poderà conceder? 3

COmo temos prouado, que ha vſufructo ſeparado da propriedade, & he o de que tratamos, declara agora o Emperador os modos, com que ſe acquire o vſufructo, & ſe ſepara o dominio da propriedade. Et primò, ſe conſtitue o 1

vſufructo *inter vivos*; por contrato, compra, ſtipulaçaõ, &c. l. 3. ff. eodem.

Secundô, ſe acquire, & conſtitue por vltimas vontades. v. g. quando he deixado, & legado no teſtamẽto o vſufructo ao legatario, retendo o herdeiro a propriedade, ou pello contrario. l. vſusfructus pluribus, ff. eodem.

Tertiô, por ſentença do juiz quãdo pella auçaõ *communi diuidundo*, ou *familiæ erciſcundæ* (de que trataremos no titulo de actionibus) Iulga o juiz a hum dos litigantes a propriedade, & a outro o vſufructo de algũa quinta. d. l. vſufructus pluribus.

Quartó, ſe acquire por prescripçaõ de lõgo tempo. d. l. fin. C. de præſcript. long. tempor.

E por ampliaçaõ notemos, que o vſufructo ſe acquire não sò por as meſmas peſſoas, mas tambem por aquellas que lhe eſtaõ ſugeitas, como aos pais ſe acquire pellos filhos familias. l. cum oportet, Cod. de bon. quæ liber. aos ſenhores pellos eſcrauos, l. ſi ſeruo, ff. quibus modis vſufruct. amittatur: porem ha de ſe entender, que a conſtituiçaõ do vſufructo ſerâ tal, que não faça inutil pera ſempre a propriedade, aſſi não ſe pòde legar perpetuamente o vſufructo de hũa quinta: por que ſeria couſa injuſta não ter hum homem mais que o nome de ſenhor da couſa, & outro lograla *in perpetuum*, & por iſſo ſe acaba muitas vezes o vſufructo, & torna â propriedade por certos, & ſemelhantes modos, vt dicitur hoc §. in fine, & in l. antiquitas, Cod. eodem, & daqui ſe collige, que o vſufructo legado à Cidade dura cem annos em todo o rigor, por ſer eſte o longiſſimo eſpaço da vida humana, vt dicitur in l. an vſusfructus, ff. eodem, & in l. ſi vſusfructus municipibus, ff. de vſufructu legat. & o meſmo ſe dirà da Igreja, quando lhe for deixado o vſufructo de algũa couſa, gloſſ. in d. l. an vſusfructus per textum in l. fin. C. de ſacroſ. Eccleſ. onde ſe comparão a Cidade, & a Igreja.

§. *Conſtituitur.*

SVMMARIO.

Sobre que couſas ſe pòde conſtituir o vſufructo? 1

Diuideſe o vſufructo em legal, & cõuencional, em proprio, & impropio. Moſtraſe ſobre qual ſe pôde conſtituir? 2

Couſa que com o vſo ſe gaſta ſe pòde dar em vſufructo, & como ſe dâ cauçaõ neſte caſo? 3

Se qualquer vſufructuario he obrigado a dar cauçaõ? 4

Como ſe darâ a cauçaõ ſobredita, & quem he eſcuſo de a dar? 5

Que fructos acquire pera ſi o vſufructuario? 6

Se pòde o vſufructuario vender a vtilidade, que tem na couſa vſufructuaria? 7

A quem pertence pagar os gaſtos, & deſpeſas feitas na couſa vſufructuaria? 8

E as decimas quem as deue pagar? 9

ENſina o Emperador neſte §. as couſas, em que conſiſte o vſufructo depois de ter ditto, qual he o que procede dos bens, ou dos 1

dos contratos, que por iſſo dizemos tambem que o vſufructo, ou he conuencional, ou legal. Legal he o que procede da diſpoſiçaõ da ley, como o que tem a molher, que caſa ſegunda vez nos bens do primeiro matrimonio, de que diremos ao diante no titulo de bonorum poſſeſſ. quando tratarmos, de ſucceſſione inter virum, & vxorem, & explicat Gomes in l. 14. Tauri. & cõuencional, he o que procede das conuençoens, & pactos entre os homens, por contratos, & vltimas vontades, do qual imos tratando. Pera o q̃ notemos hũa regra geral, que todas as couſas, cuja natureza he fructifera, où ſejaõ moueis, ou immoueis, ſe pôde conſtituir ſobre ellas vſufructo. E tambem das couſas incorporais, & direitos ſe pôde conſtituir: porque concedendoſe o vſufructo da jurisdiçaõ, pertencem ao vſufructuario as condenaçoens, & penas pecuniarias, como fructos da jurisdiçaõ, ſecundùm Bartholum in l. final. ff. ſoluto matrimonio, Iaſon. & alij in l. diuortio, §. ſi vir in fundo, ff. ſoluto matrimonio; & pera melhor entendimento diſto ſaibamos outra diſtinçaõ do vſufructo, que ou he proprio, ou improprio, o qual ſe chama quaſi vſufructo. O proprio he, o que ſe conſtitue em couſas, que com o vſo ſe não gaſtaõ, antes, ſempre tem ſalua a ſubſtancia, ou ſejaõ immoueis, como predios ruſticos, & vrbanos, ou moueis como beſtas, eſcrauos, & outras couſas ſemelhantes, *Quæ ſeruando ſeruari poſſunt*, vt hic, & l. 3. ff. eodem. Item vaſos de prata, ou ouro; & neſte caſo não paſſa ao vſufructuario o dominio da couſa, mas eſtá ſempre reſeruado ao ſenhor proprietario. d. l. rectè dicimus, ff. verborum ſignificat. O vſufructo improprio, ou quaſi, ſe conſtitue nas couſas, que com o vſo perecem, & ſe gaſtaõ, das quaes ſe não pôde vſar, ſalua a ſubſtancia, porque vzando ſe conſomem, como he o vinho, azeite, paõ, veſtidos, & dinheiro, que ainda que verdadeiramente ſe naõ conſuma com o vzo, com tudo ſempre ſe julga aſſi, porque deſpendendoſe perece, & guardado, não dà intereſſe, conforme o vzo pera que eſtà deſtinado, ſecundùm Bartholum poſt gloſſam in l. 1. §. fuit quæſitum ſuper verbo *neceſſaria*, ff. ad Trebell. & neſte caſo paſſa o dominio ao vſufructuario (vt hic in leg. ſi vini, ff. de vſufruct.) daquellas couſas, que com o vzo ſe conſomem, dando caução de reſtituir outro tanto dinheiro, ou o valor da couſa gaſtada, acabado o vſufructo. O que ſe introduzio a fauor dos homens pera tratarem de ſuas couſas, & communicarem aos outros ſem perda o vſo dellas, porque ſuppoſto que o Emperador diga, que em tudo ſe pôde conſtituir o vſofructo, excepto nos bẽs que com o vſo ſe gaſtaõ, tendo dito na l. 1. C. de vſufructu, q̃ de todos os bẽs ſe podia deixar, & debaixo da palaura, *bẽs*, ſe cõprehende até os q̃ cõ o vſo ſe gaſtaõ. l. bonorũ ff. de verborũ ſignif. com tudo ha de ſe entender, q̃ o vſufructo nas couſas, q̃ cõ o vſo perecẽ, he improprio, & não ſubſiſte ſem a cauçaõ, E eſta he alternativa, porque ou ha de dar cauçaõ de reſtituir, da meſma qualidade, & bondade, que era, a ditta couſa fructuaria, conſumida com o vſo, ou de reſtituir a eſtimaçaõ della quanto valia ao tempo do concedimento do vſufructo, vt hic, & dicta l. ſi vini, & da meſma ſorte he de dous modos a cauçaõ, que conforme a direito deue dar

o vsufructuario, que interrompe sua obrigaçaõ. l. 1. & toto titulo, ff. vsufructu, quemadmodum caucat. l. 1. & l. vsufructu 1. Cod. vsufruct. secund. Paulum de Cast. in d.l.1. Cod. eodem, hũa de vsar, & lograr bem da cousa vsufructuaria *de arbitrio boni viri*, & de conseruar, & restituir a propriedade acabado o vsufructo: porque esta caução tem duas causas, secundùm Iurisconsultos in dicta leg. 1. ff. vsufructu quemadmodùm caueat, hũa, que deue dar caução de não dar detrimento, nem destruir a cousa vsufructuaria, & de fazer nella como se fora cousa propria: & outra de a restituir, dicta l. vsufructu 1. Cod. eodem. E esta caução se dà quando o vsufructo se constitue em cousas moueis, ou immoueis, que com o vso se não gastão, nem consomem. E a outra he caução vsufructuaria, que se dá quando he deixado o vsufructo das cousas, que com o vsu perecem, de quibus tractat textus in titulo ff. de vsufructu, & earum rerum, quæ vsu consumuntur. Em estas cousas se dà caução de restituir acabado o vsufructo, tanta quantidade como recebeo, como tenho ditto neste §. & quanto á primeira caução, que se dá nas cousas, que com o vso não perecem, saibamos, que qualquer vsufructuario he obrigado a dalla de qualquer modo que se constitua o vsufructo. dicta l. vsufructu 1. Cod. eodem, em tanto que atê a molher, a quem o marido deixar o vsufructo he obrigada a dalla, dicta l. 1. Cod. eodem, nem o testador a pòde perdoar, nem liurar o vsufructuario de a dar, textus in dicta leg. 1. Cod. eodem, porque esta caução he respectiua, ao proueito do herdeiro, & não do testador; secund. gloss. in hoc §. cõ; stituitur, in verbõ, *satisdatur*. E assi q̃ o testador a não póde perdoar, & o herdeiro sim, secuud. gloss. in d.l. 1. C. eodem, porque aquella caução toca ao cõmodo, & proueito do herdeiro, elle a pòde renunciar. *Quilibet enim fauori pro se, introducto renuntiare potest*. l. penultima, C. de pactis. Ant. Gom. variar. cap. 13. n. 17. Menoch. cons. 89. n. 97.

Resta agora vermos como se dá esta caução. Et primô, se deue dar por fiadores, secundùm gloss. & Doctores, in dicta l. vsufructuarius. Et secundò, se duuida, se aquelle que não tẽ fiador, ou o não pòde dar, deue gozar dos vsufructos? E resoluẽ que não, conforme a gloss. in dicta l. vsufructu. Porem Bartholo seguido por todos os Doutores mais superiores, distingue esta resoluçaõ na forma seguinte: ou a pessoa do vsufructuario he suspeita, & entam se faz deposito em mão de pessoa segura, & idonea, que dẽ os fructos por sua mão ao vsufructuario. E se não he suspeita, ainda que seja pobre, dá hũa caução por juramẽto; & se está por ella. Bartol. vbi sup. facit Auth. cui relictum, C. de indicta viduit. toll, de quo Porc. & Doctores in d.l. vsufructuar. Limita se porem esta conclusaõ sobredita em tres casos. Primô, que procede, se a caução for pedida: porque se não for dada por se não pedir, entam faz seus o vsufructuario todos os vsufructos, & como está em boa fẽ os acquire, secund. gloss. in l. vxori fructu in verbo, *cautionem*, ff. vsufructu legat. Secundó, se limita se o vsufructo for legado ao fisco, que não he obrigado a dar caução, porque se presume rico. l. prima, §. si ad fiscũ, ff. vt legatorũ, seu fideicõmissorum nomine caueatur. Tertiò, o pay q̃ tem

o vsufructo nos bẽs dos filhos, pella reuerencia paterna, he escuso de dar esta caução. l. fin. §. hoc proculdubio, C. de bonis, quæ liberis. E das sobreditas limitaçoẽs procede a decisaõ da questaõ, que aqui se pòde arguir, se a caução he substancial do vsufructo, de modo que sem ella se não constitua, nem o vsufructuario acquira os fructos pera si antes de dar caução? E posto que na reposta haja varias opinioens, de quibus glossa dicta l. vsufructu: com tudo he mais verdadeira a da nossa glossa hic in verbo *Substantia* que diz, que a caução não he de substancia do vsufructo, porque sem ella póde consistir, & constituirse nos casos remittidos pello herdeiro, que pòde liurar ao vsufructuario de a dar, como fica ditto, & dos casos, em que não he necessaria. Restringese porem esta opinião, que procede no vsufructo daquellas causas, que com o vso, senão gastão, & consomem, & não naquellas, que com o vso perecem porque entam he necessaria esta caução pera restituir a mesma cousa, ou sua estimaçaõ acabado o vsufructo, de quo Bartholus in dicta l. 1. num. 12. Cod. eodem. Item acerca do terceiro caso acima se pòde aqui notar, que o vsufructo da terça parte dos bens, de que o filho familias pòde testar, pertence com a propriedade àquelle, a quem for deixado, & não ao pai, tenet Antonius Gomes in l. 3. Tauri, num. 14. Pinel. in l. 1. parte 1. Cod. de bonis matern. num. 55. vers. videmus. Porem a contraria opinião he mais prouauel, scilicet, que compete ao pai o vsufructo da terça parte dos bẽs de que o filho dispuzer, ita tenet contra Antonium Gomes, Molina de Hispan. primogen. libro 2. cap. 9. n. 22. fol. 109. qui plures refert Ludouic. Molina tractat. 2. disputation. 130. fol. 740. col. 2. vers. In Regno. Didac. Peres in l. 1. tit. 2. lib. 5. Ordinament. vers. intellige tamen, fol. 62. Matienco in leg. 4. tit. 4. lib. 5. recopilat. glossa 3. num. 3. refert Antonius Peres in suis floribus iuris, litera V, num. 10. fol. 59. Depois disto poremos aqui duas questoens muito necessarias ao titulo, & declaratorias aos casos, que no fim delle apontarei em confirmaçaõ do que nelles disser. Seja a primeira.

Que fructos acquira pera si o vsufructuario?

TEnho ditto, que o vsufructo he hum direito de lograr as cousas alheas, porque ainda que do alheo se não póde fazer caso, com tudo no vsufructo ha grande proueito, posto que a posse esteja reseruada ao proprietario, por ser o poder que o direito da muito pleno pera lograr, como se collige ex illo Donati Adelphis. *Huic demus, ait, qui fruatur, idest, qui fructum capiat, non proprietate petiatur: proprié ergo, & quasi de iure dixit, fruatur,* conforme a isto saibamos, que todos os fructos colhidos da cousa vsufructuaria pertencem ao vsufructuario, & não sò os colhidos, mas tambem os que estiuerem pera se colher, ou sejaõ industriais, ciuis, ou nàturais conforme a qualidade da cousa vsufructuaria, que sendo de predio vrbano pertencem ao vsufructuario as pensoẽs, alugueis das casas, & seus redditos ex l. vsufructu legato, ff. eodem; & sendo o vsufructo de predio rustico. v. g. de algũ campo,

tudo o que nelle naſce toca ao vſufructuario, & tudo o que delle ſe pòde colher. l. item ſi fundi in princip. ff. cod. & atè os reditos da caça, armaçaõ, & peſcaria. d. l. item ſi fundi, §. aucupiũ, & o vſufructuario pòde caçar em os montes, & valles do tal campo vſufructuario. text. in l. vſufructuarium 62. ff. eodem. E quando o vſufructo ſe conſtitue em gados, & egoas, os augmentos, os partos, a lam, & trabalho pertencem ao vſufructuario. O que ſe não entẽde no parto das eſcrauas, porque hum homem que tiuer o direito do vſufructo em hũa eſcraua ſe ſeruirà della, mas não ſeraõ ſeus eſcrauos os filhos da ditta eſcraua vſufructuaria, que pertencem ao ſenhor directo; porque ao homem eſtaõ ſugeitos os fructos, & por iſſo ſenão pòde contar por fructo. l. fœtus, ff. eodem: & por ampliaçaõ diſto notemos, que o vſufructuario pôde alhear, & vender a quẽ quizer o vſufructo da couſa vſufructuaria: *Nam & qui locat, vtitur, & qui vendit, vtitur.* Porem não pôde fazer eſta venda por titulo oneroſo, ou lucratiuo, ſecund. text. in l. ſi vſufructus, verſ. & ſi extraneo, ff. de iure dotium, explicat eleganter Gomes variarum, tomo 2. cap. 15. num. 71. mas limita iſto quando ſefaz ſem conſentimento do ſenhor proprietario, porque ſe elle conſentir na venda, fica nouo vſufructo conſtituido na peſſoa do que recebe, ou compra, & por ſua morte ſe acaba, & não pella do primeiro vſufructuario, em cuja peſſoa não reſide depois da tal venda, ita probat textus in l. vſufructus, ff. ſoluto matrimonio. Secundò, ſe limita a reſpeito da commodidade, porq̃ o vſufructuario não pòde vender o vſufructo formal, & o direito que tem na couſa vſufructuaria, mas bem pòde vender, & alhear por qualquer titulo a colheita dos fructos em ſua vida, porque iſto de vẽder os fructos não tira o direito formal, q̃ ſempre fica ao vſufructuario, porque ao outro ſomente paſſa a commodidade de poder colher os fructos pera ſi, text. formalis in l. arboribus, ver ſ. vſufructuarius, ff. de vſufructu, & deſte modo bem pòde vender, dar, ou conceder de graça, precario, & como lhe parecer a tal commodidade, ainda que o proprietario não queira, porq̃ pella tal conceſſaõ da colheita dos fructos ſempre fica o direito formal ao vſufructuario, & por ſua morte ſe acaba o vſufructo, & a conceſſaõ, ſe atè entam foi feita. l. neceſſario, §. fin. ff. de peric. & commod. reiuendit. Limitaſe tambem eſta concluſaõ acima referida. Primô, que o vſufructuario acquire todos os fructos, que elle, ou outrẽ em ſeu nome colheo em ſua vida; & ſe ao tempo de ſua morte ficaraõ maduros os fructos da couſa vſufructuaria paſſaõ aos herdeiros do vſufructuario, §. is verò, ſupra de rerum diuiſione. Secundò, ſe limita, que todos os fructos naſcidos no campo vſufructuario, & os que ſe colheraõ ſaõ do vſufructuario, ſe elle vzou do tal campo, ou quinta, bem, & como deuia: porq̃ he obrigado a cultiualo, & a não o perder, nem deſtruir: d. l. item ſi fundi, ff. eodem, & deue não deixar perder a lauoura: *Quia ex intempeſtiua cultura fundus deterioratur.* l. ſi merces, §. conductor, ff. locati. & diſto ſe collige, q̃ não pòde o vſufructuario cortar as aruores fructiferas, nem tirar as ſepas da vinha, nem fazer outras couſas em dãno da propriedade. E ſe a quinta vſufructuaria ſor de regalo deue não deſtruir os paſſeos, nem os labcrintos,

nem

nem as aruores ameñas, vt in l. æquiſſimum, ff. eodem, antes deue aproueitar em tudo a fazenda, & pòr outras sepas, & aruores em lugar das secas, vt ſupra dixi. & probaui ex textu in d. l. fœtus, & d l. agri, ff. eodem, & dict. §. ſed ſi gregis ſup. de rerum diuiſ. donde procede a ſegunda queſtaõ que aci ma prometi, & he

A quem pertencem os gaſtos, & deſpeſas feitas na couſa vſufructuaria, ſe ao proprietario, ou ao vſufructuario?

COmmummente ſe reſolue eſta queſtaõ, dizendo, que eſtas deſpeſas tocão ao vſufructuario, pois a elle lhe pertencem os vſufructos; porque he rezaõ que quem tem o lucro ſinta a despeza. cap qui ſentit de reg. iuris in 6. E tão q̃ o vſufructuario que não fizer as despeſas neceſſarias he lançado do vſufructo, vt eſt gloſſ. in l. damni infecti, §. ci cuius in verbo, *quia reficiendi*, ff. de damn. infect. Limitaſe porem a tal concluſaõ das despeſas, reſtringindoa com a diſtincçaõ de que ha despeſas modicas, & accommodadas, & outras grandes: & quaes ſejaõ as despeſas accommodadas, & modicas; ou grandes he arbitrario ao juiz que conforme a qualidade da couſa vſufructuaria julgará ſe saõ grandes, ou pequenas, attenta a renda dos fructos, & a eſtimaçaõ da couſa, ſecund. gloſſ. in l. hactenus in verbo, *pertineat*, ante finem, ff. eodem; & auc riguado iſto julgará, que as despeſas modicas tocaõ ao vſufructuario, & as grandes ao proprietario. d. l. hactenus, & l. ſi pendentes, §. ſi quid, ff. eodem, porque as despeſas modicas parece q̃ tocaõ à conſervaçaõ. & vtilidade temporal da couſa, & por iſſo pertencem ao vſufructuario, & as grandes respeitaõ a vtilidade perpetua, & por iſſo tocaõ ao ſenhor da couſa, cuja propriedade he perpetua. Finalmente ſaibamos, que ao ufructuario pertence o pagar as decimas, cenſos, tributos deuidos da couſa vsufructuaria. d. l. hactenus, & l. ſi pendentes, §. ſi quid. ff. eodem, como mais largamente acerca das despeſas nos moſtrará hum caſo, que ao diante apontarei; mas antes diſſo concluirei o titulo com explicar o

§. *final.*

SVMMARIO.

Modos, com que ſe acaba, & extingue o vſufructo. Referemſe ſete principais; cada qual ſe explica em particular. 1

Se o poſſuidor do morgado fizer bẽfeitorias, & demandas, ſe pòde pellos gaſtos reter os meſmos bẽs & pedir os cuſtos? Propoemſe hum caſo. 2

Refereſe julgada a ditta queſtaõ, & moſtraſe a combinaçaõ, que tem o vſufructuario com o poſſuidor do morgado, & as deſpeſas que deue pagar, ou não? 3

Se o vſofructo que tem o filho nos bens do morgado por ſua morte ſe póde continuar no pai? 4

Refereſe julgado, que não, como tãbem em outros bens, não continua. 5

Titulo quarto

POrque até gora dissemos da cõstituiçaõ do vsufructo, rezão he, que lhe vejamos o fim, notãdo neste §. (que cõcorda com hũ titulo in ff. quibus modis vsufructus amittatur, & l. corruptionem, Cod. eodẽ) que o vsufructo se acaba por sete modos principais. Primô, com a morte natural do vsufructuario, porque como he seruidão pessoal se extingue com a pessoa, a quem pertencia, vt hìc & l. 3. §. fin. ff. eodem, nem passa ao herdeiro, se não quando o testador o ordena expressamente, & entam não se extende aos herdeiros do herdeiro, se não ao primeiro herdeiro do vsufructuario. d. l. antiquitas, C. eodem, & fica no herdeiro nouo vsufructo, que necessita de noua cauçaõ *deviendo arbitrio boni viri*, secund. gloss. in l. repeti potest in verbo, *heredibus*, ff. eodem. Secũdô, se extingue cõ a morte ciuil, & mudãça maxima, ou media (vt sup. lib. 1. tit. 16.) & não com a minima mudança de estado, text. hic. & in l. 1. ff. eodem, porque o vsufructuario catiuo, ou degradado se finge morto, per text. cum ibi notatis in §. cum autem is, supra quibus mod. ius patr. potest. soluitur.

Tertiò, se acaba o vsufructo não vsando delle, & do direito de vsufructuario, dez annos entre presentes, & vinte entre ausentes, vt hic, & d. l. corruptionem. O que procede no vsufructo, assi das cousas moueis, como das immoueis, vt affirmat glossa in d. l. corruptionem sup. verb. *excludere*.

Quartò, se acaba o vsufructo com a cessaõ delle, quando o vsufructuario cede, & larga o vsufructo ao senhor da propriedade: porem se ceder, & o der a hum estranho, não val a cessaõ. l. si vsusfructus, ff de iure dotium, por quanto ainda q̃ o vsufructuario possa alugar, & ceder a outrem a commodidade da colheita dos fructos, & vender a novidade. l. arboribus, ff. de vsufructo, com tudo não pòde ceder, nem trespassar o direito do vsufructo, que he pessoal, & se extingue com a pessoa & não passa a outrem, text. noster, & l. si quis domum, §. huic subiungi, ff. locati.

Quintô, se acaba o vsufructo cõ a consolidaçaõ, que he quando o fructuario acquire a propriedade da cousa fructuaria; porque entam o vsufructo formal se ajunta com a sua causa, q̃ he a propriedade, & se faz causal.

Sextô, se acaba com a mudança, & fim da cousa vsufructuaria; porque se hum homem tiuer o vsufructo de hũas casas, & ellas cairem, ou se queimarem, ou arrazarem, não fica tendo vsufructo da area, nem do chaõ; & pello contrario o vsufructo do chaõ, & da area se extingue com a edificaçaõ do edificio, que nella se fizer, vt in nostro textu, & in l. repeti potest, §. rei, ff. eodem: porem isto procede quãdo todas as casas em que estaua constituido o vsufructo perecem: porem se cair, ou se queimar parte dellas, & em parte ficarem em pê se conserua, & retem o vsufructo naquella parte, que não pereceo. l. si cui insulæ, ff. de vsufructu. E outras cousas mais do vsufructo se podem ver em Cepola de seruitutibus vrbanorum prædiorum, cap. 4. E nòs vejamos pera confirmaçaõ do que aqui referi os dous casos julgados. & primò.

Se o possuidor do morgado estâ obrigado a fazer bemfeitorias, & se se lhe

lhe deuem pagar, & os cuſtos das demandas, que ſobre elle fizer, & ſe por iſſo tem o direito de retençaõ?

EM hũa cauſa de Torres nouas de Manoel de Almeida com Andre Fernandes ſe propoz a queſtaõ referida, quepor dizer com o titulo,& ſer do meſmo cartorio,a refiro, & foi o caſo que.

Belchior Pais do Amaral fez teſtamento,& nelle inſtituio capella de ſeus bens, em que nomeou ſuas filhas baſtardas, Barbora do Amaral,& Lucrecia Paes, & por morte dellas chamou ao Doutor Antonio de Almeida ſeu irmaõ,& ao ſeu filho mais velho; & depois ordenando outra diſpoſiçaõ diſſe, que fazia vniuerſal herdeiro a ſeu irmaõ, & primeiro adminiſtrador do morgado, & por morte delle a ſeu filho, & que aquellas filhas baſtardas delle inſtituidor comeriaõ em ſuas vidas,os vſufructos da dita fazenda.

Morreo o inſtituidor,ouueraõ as ditas filhas os bens, & vſufructos delles,& ſendo fallecida a Lucrecia Paes continuou em tudo a outra irmaã Barbora do Amaral, que caſou com Andre Fernandes, & falleceo, & ſe extinguio o vſufructo em tẽpo, que o Doutor Antonio de Almeida irmaõ do inſtituidor era morto jà, & ſeu filho mais velho Antonio de Almeida pedio a poſſe dos bens,& com verificaçaõ de tudo pareceo ſe lhe déſſe.

Andre Fernandes, que hauia ſido casado com Barbora do Amaral, veio a iſſo com embargos, dizẽdo,q̃ tiuera demandas em defenſaõ dos bens, & com acreedores, em que gaſtara muitos annos,& vẽdera ſeus bẽs de raiz pera ſuſtentar as demandas, que tudo lhe era deuido,& ſua agencia de as ſolicitar;& que em quanto ſe lhe não da ua ſatisfaçaõ tinha direito de retẽçaõ.

Ojuiz julgou que houueſſe o dito Andre Fernandes a poſſe dos bens com os rendimentos de todo o meyo tempo,naõ ſomente os que houue,como os que pudera hauer (como ſe o dito Manoel de Almeida occupara cousa propria do dito Andre Fernandes) & que houueſſe as bemfeitorias & despezas,& ſeis mil reis em cada hũ anno de ſeu trabalho, & cem mil reis, porque vendeo hum caſal: porem a ſentença ſe reformou no Senado, ex ſeqq. conſiderado o facto, porque no que toca ao direito,ainda no caſo, q̃ dermos,que ſuſtentaſſe eſte embargã te demandas em prol,& pera conſeruaçaõ dos bens,& que os defendeo, & fez as despezas,que diz,ſuppoſto que comia a fazenda, & tinha os vſufructos della fazia tudo por ſua conta, & não podia repetir contra o ſucceſſor do morgado,como he texto capital,& expreſſo na lei 1.C. de bonis materni. ibi, *Sumptus ex fructibus facere*, vbi Barthol. n.3. Alexand.in l.vſufructu, n. 3. ff.ad legem falcid. Pinel. in l.1.de bonis maternis,2.p.n.6ũ.in ſpecie.Mẽchac.de ſucceſſionum creatione,lib. 1.§.5.n.13.ad finem. E poſto que ouue DD.que differaõ, que aquella l.1. procedia no pay,que tem o vſufructo pella ley, porem que ſendo vſufructuario *ab homine*, ſe deuia ter outra couſa,he diſtincçaõ errada, & osque melhor ſentenceaõ,he q̃ com mais rezão procede no vſufructuario *ab homine*, vt tradit Alexand.in l. ſi vir, ff.ad legem falcidiam, Pinel.vbi ſup.d.n.68. Molin.de primog.lib.1.c.27.n.11.

Ena

E na cauſa de bemfeitorias con cordaõ todos, que ſendo modicas ſaõ por cõta de quem as fez. l. hactenus, ff. devſufruct. & no particular das deſpezas de demandas, he tambem muy bõ texto na ley 1. in princip. ff. ad Trebellianum, ibi: *Ex his eos ſubire, in quos ius fructusque transfertur.* Pello que foi erro notorio em direito dizer aſſi a carga cerrada, que hauendo demandas, gaſtos, ou bemfeitorias, tudo ſe lhe deuia pagar, & com rendimentos de todos os bens, como ſe fora ſenhor de todos, que he erro intoleravel.

Errou em facto, porque no que toca a bemfeitorias, nenhũa houue de conſideraçaõ.

E no que toca a demandas teue o embargante cõtra ſi, que ſuas mesmas teſtemunhas differaõ, que quem andou niſſo foi tambem ſeu cunhado casado com outra irmaã, & ſempre attribuia aſi, o que ſe fizeſſe niſſo, tem mais contra ſi, que ſe eraõ demandas tocantes à fazenda, & os que as mouiaõ eraõ acreedores, deuiaõ citar o herdeiro, & teſtamenteiro, ſegũdo as regras ordinarias de direito in l. his conſequenter, ff. famil. erciscund. l. 2. §. ex his, ff. verborum ſignific. & naõ tinhaõ embargãte neceſſidade de mais defeſa, por tocar iſſo ao herdeiro, & teſtamenteiro que eraõ outros, & ſe o naõ fez aſſi, foi desordem que naõ podia prejudicar a outrem.

Tem mais contra ſi, que o particular de demandas, qualidade, duraçaõ dellas, & o que niſſo houue, requere proua de autos, das mesmas ſentẽças & demandas arg. Ord. lib. 3. tit. 20. §. 22. & o embargante nenhũs autos, & nenhũas ſentenças offereceo, ſendo aſſi, que em continuar audiencias, foi por ſer ſolicitador diligente, & aſſi naõ ſe reputaõ as taes deſpezas por grandes em quanto ſe naõ proua o diſpendio dellas, & como o vſufructuario ſeja obrigado a fazeras deſpezas modicas, & pequenas na couſa, de que goza o fructo, & as grandes deuẽ ſer por conta do ſenhor directo; do mesmo modo eſtando eſta doutrina aſſi recebida, & praticada no poſſuidor do morgado, deue fazer nelle os gaſtos mediocres, & os exceſſiuos repetilos, como tudo nos prouará a deliberaçaõ ſeguinte do doctiſſimo Dezembargador o Doutor Andre Velho da Fõſeca.

Ex clauſula teſtamenti, & declaratione facta in codicillo apertè colligitur fuiſſe inſtitutum maioratum, in quo quidem impedientis vxori, & illius ſorori dum viuerent relictus tantũ modò eſt vſufructus, ex quo ſequitur tamquam vſufructuariam fore reputandam prædictam defunctam impedientis vxorem, non verò tamquam maioratus poſſeſſorem, quando dominiũ habuerit in rebus, & bonis illius, ac proinde quemadmodũ vſusfructuarius tenetur ad modicas tantum impenſas, & hactenus & ff. vſufruct. non verò ad magnas, quas repetere poterit à domino, ex Bart. in l. 1. §. fin. n. 17. ff. noui operis. Ita etiam in terminis, de quibus agimus, dicendum eſt, & in maioratus poſſeſſore prædictam diſtinctionem amplectuntur, poſt Molin. de primogenijs,

megenijs, lib. 1. c. 27. n. 11. Valaſ. conſ. 117. â n. 9. & poſt alios relatos á Barboſa in l. diuortio, §. fin. à n. 44. ſequitur Molin. Theologus in tractat. de maiorat. diſp. 647. n. 7. in fine, in eo igitur dubium vertitur, an expenſæ factæ in proſequendis litibus pro impediente magnæ reputandæ ſit, & quidem attentis probationibus, & ſententijs prolatis, & alijs inſtantia adductis non modicæ, ſed magnæ arbitrio iudicantis cenſeri debent, & ex conſequenti impedienti ſoluendæ ſunt, iuxta ſupra dicta, in quo ego confirmarem cum ſecundo domino iudicis ſententiam quantitas autem expenſarum, quæ factæ ſunt in obtinendis illis ſententijs in executione liquidatur, ab alijs autem in quibus iudex condemnat R. abſoluo, ex defectu probationis, & cũ non dentur melioramenta, reſtitutio facienda non eſt cum fructibus, prætextu expenſarum litium, ſiquidem impeditus iuſto titulo, & authoritate iudicis poſſidet.

E aſſi conuierão na reformação da ſentença os doctiſſimos Dezembargadores, & Doutores Cuſtodio de Figueiredo, Manoel Coutinho, & Andre Velho da Fonſeca, Relator da ſentença ſeguinte.

SENTENÇA.

Decis. 15

Acordão os do Dezembargo, &c. Bem julgado he pello juiz em condenar ao appellante, dê, & pague ao appellado os gaſtos, & deſpezas que fez nas demandas ſobre o morgado, de que ſe trata, mas em hauer por liquidas as dittas deſpeſas em cento & cincoenta mil reis, não foi por elle bem julgado, nem em condemnar o appellante em ſeis mil reis em cada hum anno pello trabalho, & agencia, que o appellado poz nas dittas demandas, nem as bemfeitorias, nem outro ſi em julgar hauer o ditto appellado ſer reſtituido a poſſe do ditto morgado com os fructos, & rendimentos delle, emmendando em parte ſua ſentença, cõfirmada ſe o confirmado por algũs de ſeus fundamentos, & pello mais dos autos, os quaes viſtos, & como por elles ſe moſtra, a molher do appellado ſer vſufructuaria dos bens do morgado, de q̃ ſe trata, & conforme a direito, o vſufructuario eſtâ obrigado ao trabalho peſſoal, & agencia nas demandas, que ſe poem ſobre a propric-

propriedade, em que tem o vſufructo, & como não conſta liquidamente o que importão os gaſtos das demandas, não ſe proua fazer o appellado bemfeitorias no ditto morgado, & como outroſi conforme a direito não deue ſer reſtituido à poſſe delle, por rezão dos gaſtos feitos nas dittas demandas, abſoluem ao appellante das dittas bemfeitorias, & do ſelario, por rezão do trabalho peſſoal das demandas, & outroſi de reſtituir á poſſe do ditto morgado ao appellado, & mandão que os gaſtos das demandas ſe liquidem na execução deſta ſentença, & liquidados ſe pagarão dos fructos do ditto morgado, & condemnão ao appellado nas tres partes das cuſtas deſtes autos, & ao appellãte na quarta parte. Lisboa Dezembro 24. de 615. Foriſeca. Figueiredo. Manoel Coutinho.

Vltimamente por fim do titulo, & confirmação do que tenho ditto, acerca de que o vſufructo ſe acaba com a morte do vſufructuario nos enſinará o caſo ſeguinte, em que ſe alcançou hũa queſtão.

Se nos bens do morgado, de que o filho he vſufructuario ſe extingue o vſufructo com ſua morte, & não paſſa ao pai?

QViz dar Ioaõ Fialho força a cerca de hũas caſas da capella, que inſtituio Meſſia Dias, as quaes poſſuhia Francisco Fialho como o vſufructuario, & morrendo elle quiz ſeu pay continuar o vſufructo dã do força do legitimo ſucceſſor, que tomou poſſe das caſas, & o juiz de fora da cidade de Euora abſolueo o R. indiſtinctamente da força, & caſas pedidas, & por iſſo foi confirmada a ſentença em Relação, como veremos pellos fundamentos ſeguintes.

Quia reſoluto iure dantis reſoluitur ius accipientis, ipſe etiã vſusfructus debet ſequi naturam dominij principalis ſuper quo fundata eſt. l. nihil, §. cum principali, ff. de reg. iuris, quem probat Molin. de primog. lib. 1. cap. 19. n. 20. E ſe o filho era poſſuidor em ſua vida, como ſe podia dar mais direito ao pay? text. in l. nemo plus iuris, ff. de reg. iuris.

E aſſi neſtes bẽs do morgado naõ ſe póde conſiderar o vſufructo delles no pay depois da morte do filho, porque ainda que aſſi ſeja regular nos bẽs não ſugeitos a reſtituiçaõ, ex textu in l. ſiquis, §. fin vero defuncta, C. ad Sc. natusconſultum Tertull. l. 3. ff. de vſu fruct. toda via não procede iſſo nos bens ſugeitos a reſtituiçaõ, vt bene colligitur ex Authent. excipitur de bon. quæ liber. como tambem nos bens que foraõ doados por elRey ao filho, naõ tem o pay o vſufructo. Ord. lib. 4. tit. 98. Cald. l. ſi curatorem, verbo *læſis*, n. 125. nem no vſufructo deixado ao filho. dict. Ord. §. 4. nem nos bens deixados com condiçaõ, que o pay não tenha o vſufructo, nem nos bens do filho, ſenão fez inuẽtario por

morte

morte, de ſua mãi, dict. Ord. §. 6. E a queſtaõ ſobredita julgaraõ os excellẽtiſſimos Iurisconſultos os Doutores Antonio de Souſa de Macedo, Iorge Seco de Macedo, Martim Affonſo de Mello, Antonio Pereira de Souſa, & o illuſtriſſimo Doutor Antonio de Souſa Tauares Relator na ſentença, em q̃ todos os ſobreditos conuieraõ no põto do vſufructo ſe naõ, continuar no pai depois da morte do filho neſtes bẽs do morgado.

DE VSV, ET HABITATIONE.

Titulus quintus.

SVMMARIO.

1 *Moſtraſe que couſa ſeja vſo, & as concordãcias do titulo preſente.*
2 *Corroboraſe com rezão a diffiniçaõ.*
3 *Vſo como ſe conſtitue de dous modos.*
4 *Differença, & combinaçoens do vſo, com o vſufructo com todas as rezoẽs de combinaçaõ, & caſos em que ſe parecem, ou não?*

1 DEclarada a primeira eſpecie da ſeruidaõ peſſoal, que he o vſufructo, de que diſſemos, paſſa o Emperador a outras duas eſpecies, que ſaõ o vſo, & habitaçaõ de que trata o titulo preſente, que concorda com outros in ff. & Cod. de vſu, & habitatione, & l. 1. & l. plenum, §. 1. & l. denique, l. ſed & neque, ff. hoc titulo, & l. 2. §. domus, eodem. E aſſi diremos em primeiro lugar do vſo, que he hum quotidiano, & frequente vſo de algũa couſa, ſalua a ſubſtancia della (que he a poſſe, que ſempre eſtá reſeruada ao ſenhor da couſa) vt in noſtro textu & in l. 1. ff. eodem: porque aſſi como o vſufructuario he obrigado a dar caução de adminiſtrar, & vzar bem da couſa ſem detrimento della, aſſi o vſuario he obrigado ao meſmo pera não deſtruir, ou mudar a couſa, de que vza text. in leg. huic, §. ſed & ſi vſus, ff. de vſufruct. quemadmodum cau. do que ſe infere depois da gloſſa in dicta leg. 1. que o vzo ſe conſtitue de dous modos. Primè, propriamente nas couſas, que com o vzo ſe naõ extinguem. Secundò, nas couſas, que com o vzo perecem, ſe conſtitue impropriamente. 2

E pera melhor declaraçaõ deſte titulo ſaibamos, que menos direito tem o vſuario, do que o vsufructuario. E pera mais expoſiçaõ deſta ſeruidaõ vejamos a combinaçaõ, & diferença do vzo, & vsufructo. 3

Cõbinaçaõ do vzo com o vſufructo.

PRimeiramente ſe parece o vſufructo com o vzo no modo, cõ que ſe conſtitue, porq̃ da meſma maneira q̃ ſe faz, & conſtitue o vſufructo ſe faz o vzo, vt in d. l. 1. ff eodẽ. Secũdò no modo, cõ q̃ ſe acaba hũ, ſe extingue o outro, vt in d. l. 1. Tertiò, nas couſas em q̃ ſe cõſtitue aſſi nas mo- 4

ueis, como nas immoueis. Quarto, por q̃ ambos se constituem propria, & impropriamente. Quinto, na cauçaõ, & satisdaçaõ, que dà assi o fiador, como o vsuario, *de arbitrio boni viri vtendo*, vt in l. huic, §. sed & si vsus, ff. vsufruct. quemadmodum caueat. Sabido isto vejamos.

A differença do vso, & vsufructo.

O Emperador no principio do nosso titulo, & nos §§. seguintes até o §. sed cui habitatio refere se seis differenças principais. E posto que pareça se não pòde fazer diuisaõ do vsufructo, & do vso, pois hum parece não pòde estar sem outro, & mal póde lograr os fructos quem não vza, & menos vzar quem não lograr os fructos: & probatur ex leg. per seruum 14. §. 1. ff. eodem, com tudo entende se que procede isto quando a palaura, *Vso*, denota a commodidade que tem o que goza o vsufructo, & colhe todo o vtil da propriedade, entam se dà vsufructo: porem considerada a diffiniçaõ. s. de vzar, & naõ lograr, idest, *ius vtendi, & non fruendi*, não ha duuida que differem. Et primò, porque o vsuario tem menos direito na cousa de que vza do q̃ o vsufructuario. De modo que o vsufructuario tem o vzo, & mais o fructo; & assi aquelle que tem sò o vso nù não o tem o logro, nem fructo. l. per seruum, §. 1. ff eodem, & ao vsufructuario pertencem os fructos da cousa, de que tem o vsufructo, naõ sò os que lhe saõ necessarios pera sua pessoa, & familia, mas todos os restantes saõ seus, & os póde vender, & fazer o que quizer delles. l. vsufructu legato, ff, de vsufructu: porem o vsuario, que tem simplesmente o vzo de algũa cousa, pòde somẽte vzar della, & dos fructos, mas não os pòde vender, nem dar, mais que tomar pera si o necessario, & pera sua familia, *ad victum, non ad lucrum*, pera sustento, & naõ pera ganho. l. plenum, ff. eodem, vzando de modo que tenha o necessario, & não que venda, nem esperdice: antes vzando mais do licito, & sobredito pôde ser admoestado pello juiz, que não vze mais que do que lhe for necessario, & he permittido. l. penult. in fine, ff. eodem. Secundó, differẽ, porq̃ o vsufructuario póde arrẽdar a colheita dos fructos a quem quizer, ou dar-lha, ou vender-lha, ainda que o proprietario não queira, l. arboribus §. vsufructuarius, ff. de vsufructu, & o vsuario não pòde fazer nada do sobredito, l. sed neque locabunt, ff. eodem, senão quando o vzo seria inutil se senão vẽdesse, ou alugasse algũa cousa, l. diuus, ff. eodem, ou tambem quando hũ homem tem o vzo de algũa casa muito espaçosa, & se contenta com a ametade della pera si, se alugar a outra ametade, naõ lhe será prohibido, l. cęterum in princip. ff. eodem.

Tertiò, o vsuario deue se hauer no vzo da cousa de modo que não impida a lauoura, & trabalho rustico, & o vsufructuario tem plena, & liure habitaçaõ, & pòde arar, & cultiuar, & o deue fazer, l. hactenus in fine, ff. de vsufructu.

Quartò, o vsufructuario naõ sò mora, & habita nas casas, mas pode receber hospedes nellas, & alugalas, dicta l. arboribus, §. vsufructuarius: porem o vsuario, que tem sò o vzo das casas pòde habitar nellas com sua familia, & algũas vezes receber hospedes, l. 2. 3. & 4. ff. eodem. Donde a veuua, a quem for legado, & deixado

deixado o vſo de algũas caſas ſe caſar ſegunda vez, bem pode morar nellas com o marido, d.l.4 §.fin.ff. codẽ: porem ſe for deixado em legado o tal vſo cõ condiçaõ, q̃ ſe aparte do marido, nẽ por iſſo deixará de habitar nas caſas com elle juntamẽte, d.l. ſed neq; §.fin.ff.codẽ, porq̃ aquella cõdiçaõ he torpe, & contra os bõs coſtumes, l. reprehendenda, C. de inſtit.& ſubſtit. vbi text. formalis, & moralis: *Quod concordia coniugalis omni lucro ſit præferenda.* Porem tambẽ ſe deue prohibir, que a molher receba hoſpedes, q̃ não ſejaõ honeſtos, & liures de roda a mâ preſũpçaõ. l. non aliter, ff. codẽ, vbi Bald. inquit: *Siquis relinquit mulieri habitationem, & ipſa recipiat, ac inducat ſcholares quod poſſet expelli.* E aſſi a viſinhança pòde requerer ao juiz, lance fora as viſinhas de mao viuer do ſeu bairo, & fazelas deſpejar, vt notat idem Bald. & alij, & Cep. de ſeruit. vrb. præd. c. 5.

Quintò, aquelle, a quẽ for dado, ou deixado o vſo de hũ cauallo, ou de hũ eſcrauo, ou boi, não pòde alugar a outrem o vſo do cauallo, nem o trabalho do eſcrauo, ou boi, mais q̃ ſomẽte ſeruir ſe delles no q̃ lhe forẽ de prestar pera ſi, & ſua familia, vt in noſtro textu, §. item is, ad quem, & l. plenũ, § ſi vſus cum §. ſeq. ff. eodem: porem o vſufructuario póde alugar, & fazer o q̃ quizer do modo acima dito, d.l. arboribus, ff. de vſufruct. & §. conſtituitur ſupra de vſufructu.

Sextò, ao vſufructuario, a quẽ foi legado, & deixado o vſufructo de algũ gado, lhe pertencem todos os fructos delle, aſſi os partos, como as laãs das ouelhas, & o leite das cabras, §. impecudum ſup. de rerũ diuiſ. porem o vſuario, q̃ tem o vſo nù, & ſimples de algum gado, vſa dos bois pera arar, & do mais conforme ſeu prẽſtimo, & aptidaõ. v.g. nos campos do eſterco das ouelhas & gado: porem a laã, nem os partos não lhe pertencem, nem o leite in totum, ſenão o que lhe for neceſſario pera ſi, & ſeus filhos, & familia, l. plenum, §. ſed ſi pecoris, ff. eodem.

Septimò, o vſufructo ſe pôde conſtituir em parte, porq̃ he diuiduo: porẽ o vſo he indiuiduo, aſſi como a neceſſidade da peſſoa he indiuidua, l. vſus pars, ff. eodem, & aſſi ſe não póde cõſtituir o vſo em parte; & do ſobredito ſe collige a cõmodidade que tem o vſuario, & o modo com que deue vſar das couſas, porque ſe tem o vſo do predio vrbano, certam ſe dirâ o que reſerimos na quarta differença. E ſe tiuer o vſo do predio ruſtico, ſe dirá o contheudo na primeira differença. E ſe for o vſo de gado, ou eſcrauo, temos aduertido na quinta, & ſexta differença, a que me remeto, & a Cepola de ſeruitutibus vrbanorum prædiorum, cap. 5.

§. *Sed & ſi cui.*

DE HABITATIONE.

SVMMARIO.

Habitaçaõ he ſeruidão peſſoal; mo-ſtraſe a diffiniçaõ. 1
Se combinaõ, & em que o vſufructo, & o vſo com a habitaçaõ? 2
Differença entre o vſufructo, & o vſo, & habitaçaõ. 3
Domicilio que he, & quem ſe julga ſer cidadaõ, & morador de algũa cidade, ou lugar? 4

Titulo quinto

5 *Se pode hum homem ter seu domici-*
lio em duas partes?
Se commorar somente em algũa par-
6 *te se acquire o domicilio, & se*
basta o animo pera se julgar mu-
dado, & como se presume;
7 *Domicilio ou he originario, ou acqui-*
rido com a habitaçaõ; explicase
hum & outro com distincçaõ.
8 *Se se pode mudar o domicilio proprio*
& originario?
9 *Modos com que se perde o domicilio*
originario.
10 *Se se julga que o perde o degradado?*
11 *Entendese com a doutrina referida*
a Ord. do lib. 3. tit. 20. §. 2.
12 *Foro competente se attenta no prin-*
cipio da causa, & porque, & a
rezaõ de sua etymologia?
13 *Foro por rezão do delicto, ou do cõ-*
trato, como se considera?

1 A Terceira seruidaõ pessoal hẽ a habitaçaõ, que he hum direito de morar, & habitar na casa alhea, salua a substancia della (que he a propriedade reseruada sempre a seu dono) & tambem na habitaçaõ à semelhança do vsufructo he obrigado o que habitar a dar cauçaõ, & satisdaçaõ de vsar bem das casas, & não as damnificar: & assi combina, & tem semelhança com o vso, & vsufructo l. si habitatio, ff. eodem, & l. cum antiquitas, Cod. de vsufructu: porem vejamos em que conuenhaõ, & diffiraõ estas seruidoens pessoais. E em primeiro lugar saibamos, que combina a habitaçaõ com o vsufructo, & com o vso; porque dos mesmos modos se constituem *inter vivos*, ou em vltimas vontades, vt hìc, & in nostro textu, & gloss. ibi verbo *aliquo*. Secundõ, por- 2
que a habitaçaõ naõ passa aos herdeiros, como tambẽ não passa o vso, nẽ o vsufructo, d. l. habitatio in princ. vers. hæredẽ. 3. quanto â cauçaõ *de vtendo arbitrio boni viri*, conforme Mising. hìc. Differençaõse porẽ no seguinte. 1. porq̃ a habitaçaõ se cõstitue só em casas, & o vsufructo, em cãpos, & pre- 3
dios rusticos, & vrbanos, & em couzas moueis, & immoueis. secund. gloss. in d l. cum antiquitas in verbo *vsufructº*. Com o vsufructo cõbina a habitaçaõ em hũa couza. s. assi como o vsufructuario pòde alugar a outrẽ a cõmodidade & proueito da colheita dos fructos, assi o q̃ tem a habitaçaõ de algũas casas a póde alugar a outrẽ, vt in nostro text. in fin. & d. l. cũ antiquitas: mas differe do vsufructo, porq̃ este se acaba de muitos modos, & não sò cõ a morte natural, mas com a ciuil, & mudança de estado, a q̃ chamamos *capitis diminutio, maxima, & media*, ou não vzãdo, como dissemos; & a habitaçaõ não se perde com a mudança de estado, nẽ por deixar de vsar, senão sométe cõ a morte natural do q̃ habita. d. l. si habitatio, gloss. hìc in verbo *neq; vsufructus*, & l. legatũ, ff. de capit. minut. porque sem alimẽtos, & casas em q̃ habitemos, não podemos viuer, vt gloss. in d. l. legatũ. Com o vso cõbina mais a habitaçaõ, do q̃ cõ o vsufructo: porẽ differẽ em outras couzas, porq̃ a habitaçaõ se pò de alugar a outrẽ, como dissemos, & o vso não, l. deniq; in fin. ff. eodẽ, & de outros muitos modos se extingue o vso, como dissemos acima. E da habitaçaõ baste isto nesta empresa, & mais largamẽte se pòde ver Cepol. de seruit. vrbanor. prædd. c. 6. E posto que dissemos da habitaçaõ; porque não passemos

4 mos sem saber q̃ cousa he domicilio; & quẽ o tem. Iá q̃ o tit.o pede assi, no remos, q̃ se julga ter hũ homẽ sua casa & domicilio em algũa cidade, villa, ou lugar, pera gozar de seus priuilegios, quãdo tiuer naquelle lugar, villa, ou cidade sua fazenda, & habitar cõ animo perpetuo de estar sempre nelle: *Ideó domicilium in aliquo loco quis habere dicitur, quando res, ac fortunæ suas in illo habet, ibiq; habitat animo perpetuo ibi habitandi.* probat text. in l. ciues, C. de incolis, lib. 10. E dissemos, *qui res, ac fortunas suas habet animo perpetuo*, porque pera ser cidadaõ de hũa Cidade, & ter nella domicilio se requerem duas cousas principais conforme o texto, & glossa na ley domicilium, ff. ad municip. scilicet, *facto, & animo*. O *Facto* he o habitar continuamente no lugar, ou Cidade, pera acquirir nella o domicilio: *Quia domicilium re, & facto transfertur, non autem nuda contestatione*, dicta l. domicilium, & deue ser continua a habitaçaõ, & com a familia se a houuer, como diz Roman. cons. 264. num. 3. & 4. & continua, se diz tambem quando hum homem tem sua casa, & familia em algũa Cidade, ainda que vá fora della, como tenha animo de tornar, se julga, que habita continuamente, vt dicit Bald. cons. 198. volum. 2. num. 3, Gram. mat. in addit. ad Afflict. decis. 384. num. 11. in verbo *Parte anni habitat*, & dicit concordare Bartholus in l. 1. §. habitare, ff. de his qui deiecerunt. vel effud. que diz ser cidadaõ aquelle,
5 que habita na Cidade com sua molher, & filhos, & faz fogo, & o mais que fazem os outros habitadores, & mora nella a mayor parte do anno, vt per Afflictum post glossas, & Docto. rescriptos in decis. 384. numer. 11.

O que se ha de entender se o morador não tiuer domicilio em dous lugares, ou Cidades, com tanto que habite nellas igualmente, porque pôde hum homem ter hũa casa em Lisboa pera estar o veraõ com sua familia, & bẽs, & ter outra em differẽte lugar, em que passe o inuerno igualmente com toda sua familia, per textum expressam in l. adsumptio, §. virisprudentibus, ff. ad municipal. vbi sic determinatum est: *Viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, si vtrobique ita se instruxit, vt non ideo minus apud alteros se collocasse videatur*. Idem probatur ex cap. dilectus filius 2. de rescriptis, cap. ex parte, de foro competenti. Porem com a habitaçaõ sò se não acquire o domicilio, ainda que a habitaçaõ seja diuturna, & de muito tempo: mas he necessario o animo perpetuo de ahi morar, per textum in leg. ciuem, C. de incol. lib. 10, & ibi gloss. in verbo, *larem*, da qual inferem Franc. & Afflict. dicta decisione 384. que basta sò o animo perpetuo pera acquirir o domicilio, ainda que habite sò hum momento, mas a mais verdadeira opiniaõ he a da Rota Romana in decis. diuersorum decis. 150. num. 8. parte 2. que diz, não basta a declaraçaõ do animo, sem acto significatiuo do domicilio. verbi gratia, comprar casas na terra, passar pera ella seus bẽs & familia, ou habitaçaõ por tempo de dez annos, da qual se presume mudança de domicilio, dicta l. 2. Cod. de incolis libro 10. *Animus enim, qualis fuerit, probatur ex coniecturis*, l. 1. §. Diuus, ff. ad legem Corneliam de sicarijs. l. 1. cum glossa 2. eodem titulo, cap. significasti 2. de homicid. Alexand. cons. 113. in princ. volum. 1.

6

Supposto isto notemos em segun
7 do lugar, que o domicilio he de duas maneiras, porque ou he originario, ou acquirido com a habitaçaõ, & animo sobredito, & entam se chama proprio. Original domicilio he o que tem o filho na terra de seu pay, em que morava, ainda que nasça depois da morte do pay, vt per Baldum in conf. 334. in principio, lib. 4. não viuendo seu auò em outra terra, & elle nascer nella, porque entam segue o domicilio do auò, em cujo poder nascer, vt per Bald. vbi sup. O proprio se acquire com a habitaçaõ, & animo perpetuo, como temos visto.

Este domicilio, ou seja proprio, ou
8 originario, se pòde mudar *ad libitum*, vt in l. domicilium, ff. ad municipal. aduertindo porem que ainda que se possa fazer esta mudança do domicilio original, quanto à casa, não se poderá fazer quanto aos encargos, se tiuer elle bens de raiz, ou moueis considerauеis, porq̃ quãto a elles sempre fica encarregado, ainda que mude a casa, vt per Oldrad. conf. 169. & obrigase tambem aos costumes do lugar, & terra pera que se mudar, vt in l. 1. & vltima, C. de municip. & origin. lib. 10. mas não poderá ser demandado no lugar do domicilio deixado, senão se for achado nelle, vt per Castrum in l. cum quædam, in princip. n. 6. ff. de iurisdict. omn. iudic. vel nisi fuerit præuentus, vt idem Castr. ibid.

E conforme a isto se presume em direito o domicilio no lugar donde cada qual nasce, & mora seu pai, não se prouando que foi mudado, vt docet Bald. in l. fin. post num. 2. vers. sed sufficit. C. si à non competent. iud. colligitur ex l. adsumptio, iuncta gloss. in verbo *mutare*, & in verbo, *non domicilio*, in fine, ff. ad municip. probatur ex l. nihil, ff. de captiu. & postlim. reuers. & as conjecturas com que se proua a mudança do domicilio temos dito hũas acima no num. 10. in fine, & outras ensina Mascard. concl. 535. per totam.

E este domicilio original se per-
9 de de tres modos. s. por força, direito, ou consentimento. Perdese por força quando alguem he lãçado fora de sua patria com toda sua familia, vt dicũt Angel. & Aretin. in §. itẽ si, n. 1. instit. de except. ex Bald. & Salic. in rubrica, C. si non â competenti iudice.

Perdese com o direito quando al-
10 guem he degradado por toda a vida pera fora de sua patria. l. amissione, §. qui deficiunt, ff. de capit. minut. ou por mais de dez annos, vt facit textus in l. relegatorum, §. ad tempus, ff. de interdict. & relegat. E perdese com o consentimento, quando por vontade propria muda cada qual o seu domicilio com o animo perpetuo, que acima expliquei: mas aduirtamos, que como o animo seja o substancial da mudança, dizem alguns Doutores (q̃ logo apontarei) que pella força com que hum homem he degradado, & lançado de sua terra, se presume, que não perde o animo perpetuo de habitar nella, & assi que naõ perdem o foro do domicilio, tenet Guido de Suza relanus à Socin. in cap. fin. n. 55. post medium, de foro compet. per l. Papinianus, ff. de minoribus. l. eius qui manumissit, §. fin. ff. ad municip. *Et non censetur quis in loco, in quo consistit, sed in quem fertur destinatio animi.* l. nihil interest, ff. de captiuis, & postlim. reuers. como o que foge que se julga ter animo de estar no lugar, que deixou por força do mẽdo. l. huiusmodi, §. icgatũ,

&

& ibi Bartholf. de legat. 1.

E he muito importante esta mate
11 ria, porque depois de o A. considerar a disposiçaõ da Ord lib. 3. tit. 20. §. 2. deue aduertir, que ha de obrigar o R. perante o juiz de seu domicilio, cap. cũ sit generale de foro compet. E quãdo se tratar de escolha de juizo por priui legio particular, se attenderá a forma delle, como da veuua, a Ord. lib. 3. tit. 5. §. 3. Cabed. aresf. 27. & 28. & decis, 173. Thom. Vaz alleg. 65. & 66. Egyd. de honest. ar. 4. n. 1. dos moradores da Ilha, a mesma Ord. lib. 3. tit. 5. §. fin. & dos Dezẽbargadores á Ord. lib. 2. tit. 59. §. 11. do Ç, & dos priuilegiados dire mos no tit. de pœna temerè litigantiũ, largamente. E tornando ao foro (co-mo tenho dito) se acquire, & tem por re zaõ da origem, ou do domicilio, vt in l. iuris ordinẽ, C. de iurisdict. omn. iudic. Socin. reg. 15. E tambem por rezaõ do contrato quando alguẽ pro-meter, & se obrigar a responder em tal juizo, ou lugar, he obrigado a cum prir o contratado. Ord. lib. 3. tit. 6. §. 2. explicat Barth. in l. quod si Ephesi, n. 2. ff. eo quod certo loco, vbi Iaf. in fine, Couar. pract. lib. 10. n. 3. ou por rezaõ do delicto, vt per gloss. in l. hæ-res absens, § proinde, verbe *debebit*. ff. de iudicijs, ou por rezaõ do lugar onde está a cousa, que se pede, Ordin. lib. 3. tit. 11. §. 5. que explica Manoel Mendes de Castro in pract. Lusitana 1 parte, lib. 1. cap. 3. n. 4. & seqq.

12 E assi nas demandas se attenta logo a principio o foro competente, q̃ pera isso foi introduzido, vt Isidor. in lib. 15. origin. cap. 2. dicit, *Forus est ex ercendarum litium locus, à fando dictus, siue á Phoronco Rege, qui primus Græcis legem dedit.* E quando esta palaura, *Foro*, se toma no genero masculino denota o lugar onde se litiga: & cõsta de causa, lei, & juizo: & quãdo se toma neutralmente significa o territorio do juiz, em o qual tem poder pera casti-gar os malfeitores, vt dicit Abb. in c. forus, n. 1. not. 1. per l. pupillus, §. terri-torium, ff. de verborum signif. idem dicit Federic. de senis, cons. 97. in prin cipio, & sequitur Tusch. in pract. con. clus. 435. n. 1. & 20.

E porque temos visto do foro do domicilio, que he o competente (quã-do por contrato, ou delicto naõ se ad-mite o contrario) que o A. deue seguir ex l. iuris ordinem, Cod. de iurisdict. omn. iudic. notemos acerca do que acima referi por limitaçaõ, quando por contrato se naõ admitte o contra rio. Se ha de entender do contrato to mado largo modo. s. em quanto signifi ca a conuençaõ de que nasce a obriga çaõ, & naõ *stricto modo*, em quanto de nota a obrigaçaõ, que de hũa, & outra parte procede, vt post multos DD. ci-tatos aduertit Barbosa in l. hæres ab-sens, §. proinde n. 3. & 4. ff. de iudic. & in, n. 6. onde diz, que esta conclusaõ procede ainda que o cõtrahente tenha priuilegio de naõ poder ser demanda do senaõ perante certo juiz, porque naõ obstante o tal priuilegio pòde ser demandado no foro, & lugar, em que contratou, vt est text. in cap. dilecti de foro competenti, & in cap. 10. de pri-uileg. Porem se o R. naõ parecer, & se occultar por naõ ser citado no foro, & lugar do contrato, & tiuer bens de raiz nelle, póde o juiz meter de Posse delles ao A. pera se pagar, text. cap. 1. §. contrahentes de foro competenti, E desta materia hauemos tratar no tit. de pœna temere litigantium, & nelle hauemos explicar textos, & outras particularidades.

Titulo sexto

DE VSVCAPIONIBVS, & longi temporis præscriptionibus.

Titulus sextus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo das vsucapioẽs, & prescripçoẽs, & sua concordancia.*

2 *Diffinese a vsucapiaõ, & a prescripçaõ; mostrase a differença, & combinaçaõ entre hũa, & outra.*

3 *Prescripçaõ se foi introduzida pello direito ciuil?*

1 CContinuação deste titulo se toma, & procede do §. final do titulo precedente, & do §. singulorũ supra de rerum diuis donde dissemos, que o dominio das cousas se nos acquiria de dous modos, ou por direito natural das gentes, ou ciuil. E porque temos ditto dos modos, com que se acquire de direito das gentes, com boa ordem se segue vermos como se alcança por direito ciuil, de dous modos tambem, ou *per vniuersitatem*, como por herãças, successoens, arrogaçaõ, & adopçaõ, ou *particulariter*, por vsucapiaõ, legado, ou doaçaõ. Concorda no ff. este titulo com outro semelhante de vsucap. & in C. de præscript. long. temp. Doncl. lib. 4. comm. cap. 7. vbi Osuald. Pet. Greg. syntagmat. lib. 10. per totum. & lib. 39. cap. 10. & desta materia tratou doctissima, & elegantissimamente na Vniuersidade de Coimbra, meu amantissimo Mestre o insigne Doctor Francisco Vahia Teixeira ad tit. ff. de vsucapionibus, & vsurpationibus, anno 1650.) Lente entam do digesto, & hoje de Prima de Leis, como primeiro em tudo na sciencia.

A diffiniçaõ desta vsucapiaõ, de q̃ tratamos, poem o Iurisconsulto na l. 3. ff. eodem, dizendo assi:

Vsucapio est acquisitio, seu adiectio dominij per continuationem possessionis, temporis à lege diffiniti.

A qual diffiniçaõ se toma do effeito, q̃ he acquirir com este vso o dominio de algũa cousa. l. traditionibus, C. de pactis. E chamase *Vsucapio, ab eo, quod per vsum aliquid capiat, vel auferat.*

Differe a vsucapiaõ da prescripçaõ, porq̃ hũa se diffine na forma q̃ referimos, & a prescripçaõ se descreue assi

Quod sit exceptio ex tempore substantia capiens, quæ actioni personali, vel in rem opponitur, vt probatur ex l. fin. vbi DD. de excep.

Ou cõforme os mais modernos, a vsucapiaõ he de cousas moueis, & a prescripçaõ de cousas immoueis, secundũ gloss. hic in rubr. & in princip. tituli nostri in verbo, *vsucapiantur*, & gloss. in d. l.

d.l.3.ff.eodem. E tambem se vsa *abarisco*, ou misturadamente destes vocabulos, referindoos assi pera as coulas moueis, como pera as immoueis, como aduerte Balb.in tract.de præscript. 1.p.in fin.q.3.& sobre esta materia, tenho ditto muito na 3.p.tit. de action. §. Rurlus.

A prescripção foi introduzida por
3 direito ciuil pello bem publico, pera que não sejaõ incertos os dominios das cousas,& se desse fim às demãdas, como consta do nosso titulo,& aduerte Bald. in l.1. C.de emanc.lib.dizendo: *Si ius ciuile non esset, præscriptiones quoq; non essent.* Facit Menoch.recup.remed.7.n.22. E por isso dizem os DD.que a prescripçaõ tem força de pacto, & o que por elle se acquire se pôde acquirir pella prescripção. Ita DD.per text.in l. alienationis verbũ ff. de verborum signific. refert Surd. decis.3.& decis.236.Valasc.consult. 132. Gama decis.379. Porque como entre os homens sejão frequẽtissimas as vendas, contratos, & alheaçoẽs,& ninguem pôde saber o animo alheo,nẽ se he senhor do que vende,ou não, introduzio a lei este vzo, de que tratamos pera euitar as demandas, com q̃ os homens saõ vexados;& os que não as tem bemauenturados, como escreue Martial no liuro 1. Epigram.47. dizendo da vida bemauenturada, & ditosa:

Res non parta labore, sed relicta
non ingratus ager, focus perennis,
lis nulla, &c.

E Cicero disse pro Cecina, que a vsucapião era fim dos cuidados, Horatio se lembra della, dizendo:

Quædam, si credis consultis, mancipat vsus.

E assi iremos tratãdo desta vsucapiaõ, não com a ordem dos §§. mas explicando os requisitos, & depois declarando a doutrina dos §§. antecedẽtes, & assi vejamos os requisitos.

§. *Diutina, cum duobus seqq.*

SVMMARIO.

1 Referemse cinco requisitos necessarios pera a prescripçaõ.

2 Boa fê o que he, como se presume no possuidor, & se se pòde dar prescripçaõ sem posse?

3 Referemse varios casos, em que se presume a boa fè,

4 Titulo que se requere no possuidor de boa fècomo se presume, & qual ha de ser?

5 Se aquelle que se fundar em algũ titulo,ou priuilegio o deue exhibir, & prouar a qualidade delle.

6 Dolo se presume naquelle que diz ignorar o que todos deuem saber.

7 Boa fè se requere no principio da prescrip-

prescripçaõ, & atè o fim della?

Possuidor de boa fê, que vai acquirindo por prescripçaõ, se a continua no herdeiro a quem passa?

8

Prescripçaõ de trinta annos tira toda a auçaõ: refere se julgado hum caso em confirmaçaõ.

9

A posse que se dá na escriptura se basta pera começar a prescripçaõ: refere se julgado:

Referem se cinco especies de prescripçaõ.

11

OS requisitos da vsucapião coligẽ Plar. Porc. & outros neste tit. & gloss. in Rub. ff. de diuer. temp. præscript. & se comprehendem nesta descripçaõ.

1

Non vsu capies: nisi sint tibi talia quinque:
Bona fides, iustus titulus, res non vitiosa,
Quod res tradatur, & tempus continuetur.

2 De modo que em primeiro lugar se requere a boa fê, que he a boa consciencia, & animo; com que o possuidor tem pera si, que logra hũa cousa, que comprou a quẽ a podia vender, & crê, que era senhor della, secund. DD. in l. bonæ fidei, ff. de verborum signific. E dissemos, que se requeria no possuidor, porque a prescripçaõ não se dà sem posse. vt per textum in l. fine possessione, ff. de vsucap. & in cap. fine possessione, de reg. iuris in 6. & in l. 3. ff. de vsucap. refert que Rubin. decis. 97. onde affirma, que a tal posse ha de ser ciuil, pois a prescripçaõ he effeito do direito ciuil, sequitur Pereira de Castro decis. 6. (& qual seja a posse ciuil se pòde ver no liuro 4. ao diante no tit. de interdictis, §. possidere) & dizem os Doutores, q̃ sò se prescreue aquillo q̃ he possuido, por q̃ mal posso eu acquirir com o vso aquillo que não possuo: *Et ideo præscriptum tantum censetur, quantum possessum.* firmant Monach. decis. 14. Putcus decis. 107. part. 1. vbi varia cumulat Capic. decis. 209. E não obsta a l. iusto 44. §. nondum aditæ, ff. eodem, nẽ o texto na l. 2. vbi gloss. & DD. ff. pro suo, & Cuiac. in l. 1. §. per eum, ff. de acquir. possessdos quaes parece se proua hauer prescripção sẽ posse, porque o texto na ditta lei 44. procede em caso especial, & assi todo o que possue não prescreue, por isso dizemos que ha posse ciuil, & natural, esta sò não basta. DD. in l. 2. ff. pro suo, & a ciuil somente basta, & sic intelligitur textus in l. tigni 7. ff. ad exhibend. & in l. fine possessione 25. ff. hoc nostro tit. *Sine possessione ciuili nõ procedit possessio, hoc est, per synecdochẽ vsucapio.*

Esta boa fé sempre se presume em quanto se não proua o contrario, glos. & DD. in cap. si diligenti, & in cap. sanctorum, & vltimo de præscript. & in l. penult. Cod. de euict. Barthol. in l. Celsus, ff. vsucap. & ibi Bald. Curt. senior. cons. 71. col. 4. idem cõs. 82 col. 2. Alex. cons. 200. col. 1. lib. 2. & cons. 76. lib. 4. col. penult. Ias. in §. sed istæ inst. de act. n. 99. Alciat. de præsumpt. regula 3. præsumpt. 5. Curt. iunior in d. cons. 28. col. 3. Cou. in regula possessor, §. 8. n. 2. E esta presumpçaõ he indubitauel, & certissima quando o possuidor

poſſuidor tem titulo, l. penult. C. de præscript. long. temp. l. apud antiquos C. de furtis, l. improba, C. de acquir. poſſeſſ. Barthol. in l. 1. §. 2. n. 9. ff. de itinere actuque priuat. o que ſe amplia que procede, ainda que o poſſuidor tenha titulo putatiuo, & poſſua com erro injuſto, l. igitur, §. poteſt, ff. de liberali cauſa, Barthol. in d. l. cellus, ff. de vſucap. & in l. fin. C. vnde vi, l. penult. C. de euict. Archidiac. in cap. 1. de præscript: in 6. Alexand. conſ. 58. col. 4. egregiè Molin. in conſ. 20. n. 1. 2. & 3. Menoch. 13. remed. recup. poſſeſſ. n. 67. Alciat. vbi ſupra num. 4. o qual poſto que duuida, ſe a boa fé, que reſulta do titulo putatiuo, & erro injuſto, baſta pera vſucapir; com tudo affirma que he ſufficiente pera acquirir por ella o poſſuidor os fructos, que ſempre ſaõ do poſſuidor de boa fé, que acquire todos os industriais gaſtados, & não he obrigado aos reſtituir nos juizos particulares, ainda que com elles tenha enriquecido, text. expreſſus in §. ſiquis á non domino, ff. de acquir. rer. dom. Cynus in l. non eſt, C. famil. erciscund. Bald. in l. 3. C. de vſufruct. legat. Angel. & Imola in l. ſequitur, §. 1. ff. de vſucap. idem Imola in cap. grauis de reſtit. ſpoliat. & Abb. ibi n. 6. que diz ſer eſta a commum opiniaõ, & o meſmo diz Alexand. in l. vi vel metu, col. 8. C. quod metus cauſa, Curt. ſenior conſ. 71. col. 4. & Iunior conſ. 28. col. 3. Carol. Molin. in conſuetudine Pariſienſ. tit. 1. §. 2. n. 49. Ruynus conſ. 91. col. 2. lib. 5. & ſe o tal poſſuidor de boa fé tiuer titulo, acquire todos os fructos, não sò os induſtriais, mas tambem os naturais, & os ciuis. l. in bonç fidei. ff. de acquir. rer. dominio, Barthol. in l. ex diuerſo, ff. de reiuendicat. in principio, Iaſ. in additionibus ad Porcium in d. §. ſiquis à non domino, & alij, quos refert, & ſequitur Abb. in dicto cap grauis, col. 3 Couar. in cap. 3. lib. 1 variarum, n. 6. como mais largamente explico no tit. de bonorum poſſeſſ. do 3. liuro ſeguinte na vltima deciſaõ da terceira ordem da ſucceſſaõ collateralium, ſcilicet, & no §. 1. do tit. de officio iudicis do 4. liuro, & em outros lugares, pera entendimento dos quaes, & do noſſo tit. he neceſſario ſaber.

Como ſe proua, & preſume a boa fé?

ET primò, ſe preſume, que a couſa feita às claras, & â viſta de todos he feita com boa fé. l. non exiſtimo, ff. adminiſtrat. tut. l. cum ipſe, C. de contrahend. empt. & cauſa-ſe eſta boa fé de cauſas ainda injuſtas, & temerarias, Bald. in l. 1. in fin. per gloſſ. ibi, C. vbi cauſa ſtatus, quod reputat tenendum mẽti, refert, & ſequitur Iaſ. in l. ſi quis id quod, col. 3 ff. de iuriſdict. omnium iudic. Hypol. in l. patre, vel marito, n. 24, ff de quæſtion. & pera ſe induzir não ſe requere o ſer cauſada por juſta cauſa, mas baſta que não haja máfé, porque a boa ſe induz de erro de direito, ainda que de ignorancia delle não he juſta. l. ſed & ſi lege, §. ſcire, ff. de petit. hæred. Crauet. conſ. 6. n. 119. o qual no n. 120. refere a opinião de Iaſ. in l. cum qui, §. in popularibus, ff. de iure iurando, & a diſtingue. Preſumeſe tambem a boa fé naquelle que faz algũa couſa conforme o direito natural, Alexand. conſ. 142 col. 2. lib. 1. 3

Secundô conſta da boa fé por preſcripçaõ de direito, de qua Barthol. in l. cel

l.celsus, ff. vsucap.

Tertió, consta da boa fé por fama & ouuida, ex Abb in cap. cura, col. fin, de iure patronat. cum multis citatis per Barbã. cons. 51. col. 2. lib. 4.

Quartó, por discurso de longissimo tempo, l. fin C. vnde vi, & in dict. l. celsus, & ibi Doctores cap. fi diligenti de præscript. *Quinq; & quadraginaria præscriptio iuris errore non impeditur*, text. in capit. peruenit de emptione, & venditione, & notat ibi Imola, qui idem tenet in d. cap. cura de iure patronatus, col. 3. idem Imola in cap. fin. colum. 4. de præscript. Paul. Castrens. in d.l celsus, Rom. in cons. 123. circa primum, col. 3. *Cum verò ex sus ambiguum est, tunc nec errore iuris longa diuitur præscriptio*, cap. cum de consuetudine, traditur in cap. 1. de postul. prælat. lib. 6. Doctores in d.c. quarta de præscript. & alij.

Quintò, não sò por justas causas mas ainda por injustas, & temerarias, como diz a glossa notauel in l. 1. in verbo, *Recessit*, & ibi Baldus, Cod. vbi caus. status.

Sextò, se presume a boa fè naquelle que possue algũa cousa por ordem, & mandado da justiça, como per sentença, ou outro titulo, *authoritate iudicis*, vt in l. si finita 15. §. Iulianus, ff. de damno infecto. l. generaliter 27. de nouat. action. com que parece se proua, que o que sabe, que a cousa he alhea, vai vsucapindo, & prescreuendo, porq̃ se responde, que naquelles textos, o q̃ possue a cousa alhea he com authoridade do Pretor. *Et ideo iustè possidet authoritate iudicis*. l. iustè 11. ff. de acquir. possess. & basta pera se presumir a boa fé, que se alegue, ainda que se não proue, Mascard. concl. 1219. n. 48. maiormente na prescripçaõ, cujos effeitos saõ tam necessarios, que naõ podem as partes tiralos, ainda que expressamente o queiraõ fazer. *Et quia tam si expressim agatur*, Authore Barthol. Cuman. Alexand. & Doctores quamplurimi in l. nemo potest, ff. de leg. 1. Bald. post alios in l. centurio, col. fin. ff. de vulgar. & pupillar. substit. & in Authent. quas actiones, col. 3. C. de sacrosanct. Eccles. & in l. pascici 2. lectur. in fine, ff. de pactis, & in l. si quis postquã, ff. de fideiuss. & in l. fin. §. fin. in princip. C. temp. appellat. & est communis opinio, teste Felino in rubr. de præscript. tract. 5. part. 5. partis principalis, q. 6.

Finalmente neste particular notemos, que como a boa fé seja dependente do animo, he muito necessario atentar ás conjecturas, porque ellas declaraõ o interior. E assi se dirá alem do sobredito, que aquelle, que não tiuer justa causa de creer, que he herdeiro, ou possuidor, porque não mostrou testamento em que o instituiraõ, nem parentesco tal, que lhe parecesse podia herdar por elle o que possue, se dirà que he possuidor de ma fé, como dizẽ Paulo de Castro, & os Doutores na lei sed & si, §. quod autem, ff. eodem, porque não tem titulo: & quãdo dizemos, que na prescripçaõ se requere titulo, não se entende, que este ha de proceder do verdadeiro senhor da cousa; porque se eu arecebesse da maõ de seu dono com titulo, naõ seria necessaria a prescripçaõ, ex l. traditionibus, C. de pactis; & assi se requere que a cousa possuida pera prescreuer, tenha titulo, idest, que aquelle, que a possue esteja na boa fé, cuidãdo que aquelle que lhe entregou a cousa tinha dominio nella, & lha trespassou por algũ titulo, com o que se responde â duuida da lei sicut, 3. & da l. omnes 4. & l. si quis

4

quis emptionis 8. C. de præscript. 30. vel 40, & l. si quis diuturno, ff. si seruit. vẽdicetur, aduertindo, que este titulo serequere na prescripçaõ de 10. & 20. annos, & na de longissimo tempo se presume o titulo contra o negligente, & nas cousas incorporais, como seruidoẽs, em que o titulo he a paciẽcia do senhor do campo, em que se cõstitue a seruidão, como dissemos, & assi ficão entendidos os ditos textos. E tendo titulo algum dos referidos, ou outro justo se julgarâ, que he possuidor de boa fé, aduertindo, q̃ se ella se fundar em algum titulo allegado deue ser exhibido em juizo, porque aquelle que fundar algũ artigo de sua causa em escritura, ou titulo, o deue mostrar, aliàs se presume que o occulta por se conter nelle algũa cousa nociua a sua tenção. l. 2. §. diuus, ff. de iure fisci, cap. 1. de probat. & não carece de suspeita mà aquelle, que não mostrar o titulo, de que faz menção. l. 1. §. mittantur, ff. de ventre inspic. cap. 1. vt Eccles. benefic. Paris. cons. 67. n. 27. & 28. & do mesmo modo aquelle que allegar algum priuilegio, izençaõ, ou liberdade o deue mostrar, & exhibir em juizo pera alcançar a izençaõ que pretẽder, ex Bobadilha in sua politica, 1. tomo cap. 16. num. 92. ex doctrina Barth. in l. 1. §. cum vrbis, ff. de officio Præfecti vrb. Rom. Roderic. Suar. allegat. 7. col. 2. Auendan. de exequend. mandat. Reg. capit. 1. numer. 1. cum seqq. Valasc. de iure emphyteutico, quæstione 8. num. 21. cum seqq. Specul. Princip. rubrica 23. §. diximus, num. 30. cum seqq. & in §. sed pone, num. 15. vers. merito, fol. 130. onde limitá isto, que não procede quando alguem gozar do priuilegio allegado, *ab antiquo* de muitos annos lõgissimos atras, porq̃ entaõ tem fundada sua allegaçaõ, & intenção na antiguidade de sua posse, Hostiẽs. in c. dilecto de offic. Archid. refert. Girond. de priuil. c. 7. q. 60 n. 312. como tambem na prescripçaõ immemorial senão requere titulo, nẽ boa fẽ, porq̃ della, & da diuturnidade do tẽpo, se presume tudo, glos. in l. 1. vers. si consuetudo, C. de seruit. & aqua, Bald. in cap. cum causa, n. 5. de probat. nem pera induzir costume se requere titulo, nem boa fé, mas basta o tacito consentimento do pouo pera lhe prejudicar. Iaf. in l. de quib. num. 44. ff. de legibus. Rebuf. 3. tomo ad leges Galliæ, tractat. de consuetudine n. 24. & para se induzir bastão dous actos notorios a todo o pouo, ou à maior parte delle, pera q̃ consentindo nelles tacita, ou expressamente, fique introduzido costume com força de lei, & tanto que as conjecturas do consentimento saõ prouaueis, *maximè*, depois de dez annos, não se attenta a frequencia do acto, Abb. in cap. fin. de consuetudine n. 17. Roch. de curt. ibi fol. 37. Auil. in proæmio in gloss. D. Fernãdo, n. 15. porem aquelle que fundar sua acçaõ, & tençaõ em algũa lei, costume, ou estatuto, deue prouar todas as qualidades da dita lei, ou estatuto. l. 1. §. ait Prætor, ff. nequid in flumine publico, Corneus in cons. 175. col. fin. lib. 3. Socin. in cons. 111. libro 4. Craueta in cons. 313. num. 1. vers. ideo: *Quia scientia præsumitur diuturnitate temporis*, Crauet. da antiquit. temporis, 4. parte, n. 131. & alij relati ab Auendanh. de exequend. mandat. 2. p. c. 1. n. 21. & ex vicinitate locorum, tenet idem Crauet. cons. 148. n. 5. & aquelle que faz por não saber a cousa, & maliciosamente se afasta, se julga por noticioso della. l. Fulcinus, §. quid

si latitare, ff. quib. ex caus. in possessione ear. notat Bald. in lib. feudorum, tit. si de feudo fuerit controuers. inter domin. & agnat. c. vassallus, donde se
6 presume dolo naquelle que tem obrigaçaõ de saber, & diz que ignora o q̃ he publico, & notorio. l. si tutor, ff. de pericul. tut. *Quia par culpa est scire debere, & scire.* l. quod te ff. si certum petatur, Crauera cons. 225. num. 5. & *denuntiatio non requiritur, vbi adest scientia.* Montal. in l. 22. tit. 4. lib. 4. fori Castel. gloss. *Fixo saber*, porque estes que fazem que ignoraõ o que todos sabem, saõ callados de má fé, & por isso lhes não val, como a boa, que he hũa ignorancia, de que a cousa he alhea, & imaginação sincera, de que he propria, secundùm Bartholũ, in l. furtum, §. fundi, ff. de vsucap. & *sic bona fides est syncera, & illæsa conscientia excusans possessorem de ignorantia rei alienæ*: assi como a mâ fé he a sciencia, & noticia, de que a cousa he alhea; assi a boa fé he ignorancia da cousa, & direito alheo. l. bonæ fidei, ff. de verborum significatione; & o que possue algũa cousa em boa fé, se vay fazendo senhor della com o vso, & tempo continuo, cuidando que a cousa he sua, & que a comprou ao se-
7 nhor direito, ignorando, que he viciosa, alhea, ou furtiua. Esta boa fè de direito canonico sempre he necessaria até o cumprimento da prescripção, cap. fin. de præscript. & conforme os Legistas basta que entreuenha a boa fé no principio da prescripçaõ. s. ao tempo da entrega, excepto na vẽda, porque nella se requere a boa fé em dous tẽpos, scilicet, ao tẽpo do cõtrato, & ao da entrega. Nos mais contratos basta que concorra a boa fê ao tẽpo da entrega, text. in l. 2. in principio ff. pro emptore, & in l. si existimans, ff. pro soluto, & in l. si aliena in princip. ff. de vsucap. porque a prescripçaõ he de direito, & assi toma sua força do principio: *Et ea, quæ iuris sunt a primordio vim sortiuntur, & superuenientibus hominum factis ipso iure non tolluntur.* arg. §. penult. sup. de iure naturali, & notat Giphanius hìc. E tanto assi, que a mà fé sobreuindo depois de começada a prescripçaõ não vicia, nem a interrompe. l. vnica, verbo hoc tantum modo, C. de vsucap. trãsform. O q̃ procede se sobreuier hũa simples sciencia, & noticia de q̃ a cousa he alhea: porem não procede quando o possuidor sou ber, q̃ a cousa he furtada, cõforme Bart & Paul. de Castr. in l. si ancillam post text. ibi in fin. ff. pro suo. A boa fé não sò aproueita ao que possue, mas tambem a seus herdeiros, de modo que se o defuncto possuir em boa fé hũa cousa por tempo de cinco annos, & o seu herdeiro vniuersal, ou particular possuir outros cinco annos com a mesma fè, com que herdou, continuando na posse, se ajuntaõ os cinco annos, que o defuncto possuhio, aos cinco, que o herdeiro continuou, & fica prescreuendo a cousa possuida, §. diuinæ hoc titulo, & aquelle, que possue se julga por senhor da cousa prescripta, porque assi o confirma a lei, & aquella he posse justa, que he approuada pello direito, l. iustè possidet. ff. de acquirend. possessione. E a rezão porque se introduziraõ as prescripçoens foi pera vtilidade, & bem publico; porque se as cousas estiuessem sempre incertas, não seriaõ vteis a ninguem: & como a lei seja mais senhora dos bẽs, do q̃ os senhores particulares delles, introduzio este costume, pera o q̃

com

com justiça possuir, seja julgado por justo senhor do que possuhia; o que tambẽ he approuado pello Ceo, porq̃ Deos N. Senhor approua as ordenaçoẽs politicas, & feitas com rezão prouauel, & como aqui a lei attende ao bem, & quietaçao commũa, limitando tempo dentro do qual quem não allega seu direito, depois o não pòde repetir, justamente julga a posse ao possuidor de boa fè, vt tradit Hostiẽs. in sua summa de præscriptione rerum immobilium in §. quæ exiguantur in præscriptione, vers. sed quid iam cõpleta.

E pera melhor entendimento do referido, & continuação do dominio, prescripçaõ, & boa fé no herdeiro, vejamos o caso seguinte, que nos ensinarà muita doctrina.

Demandou Catherina Dias a Manoel Varella, & sua molher por hũas casas, q̃ estão na praça da villa do Vimieiro, & o fundamẽto de sua auçaõ, foi dizer, q̃ seu pai Manoel Dias casara com Messia Luis por fallecimento da qual se fizeraõ partilhas, & se cõsignarão as legitimas da d. Catherina Dias, & de outras tres irmaãs nas casas da contẽda, & q̃ seu pai casara segũda vez & fallecidas as ditas tres irmaãs ficarão todas as casas pertencendo â dita Catherina Dias.

Dandose vista ao d. R. veio cõ hũa exceição peremptoria fundada na prescripçaõ, dizendo, q̃ hũ padraste do R. alcançara sentença contra Domingos Dias Rebocho, q̃ possuira as dd. casas mais de 30. annos, & q̃ desde 8. de Abril de 1622. em q̃ se fez a d. penhora atè o presente as possuião os Reos cõ tit. & boa fé, & q̃ assi não hauia auçaõ contra elles.

O juiz assinou dez dias pera proua da exceiçaõ, & derão suas prouas. & lhe foi recebida a exceiçaõ, & procedendo os actos judiciais, julgou o juiz a exceição por prouada, & absolueo os Reos do pedido: & appellando lhe pera esta Corte foi confirmada a sentença pellas resoluçoẽs seguintes.

Porque a prescripçaõ de 30. annos: *Tollit omnia iura.* Tirag. lib. 1. retract. §. 36. glossa 2. n. 37. Robert. Lancelot. d. attent. 3. part. cap. 23. n. 81. Minsig. cent. obseruat 71. & 72. *& omnes actiones, plenissimamq; affert securitatem*, cap ad aures de præscript. l. sicut l. omnes, Cod. de præscript. trig, & quadrag. Gail. obseruat. 161. num. 3. lib 2. Ramon. cons. 24. n. 101. Intrigl. cons. 4. a num. 1. Ord. Regia lib. 4. tit. 79. in princip.

E he isto tanto verdade, que chega à dizer Balbo de prçscription. in rubric. a n. 52. que posto q̃ regularmente a prescripção *de iure canonico* se não possa dar sem boa fé, todavia nesta de 30. annos se purga toda a mâ fé; *& sufficit eam abesse*, ex Surd. cons. 234. n. 20 posto q̃ *in præscribente*, sempre se presume boa fé, ex eodẽ Surd. cons. 234. n. 30. & 335. n. 65. & melius dicto cons. 234. n. 31.

E assi o considerou mais larga, & doctissimamente o preclarissimo Doctor Antonio de Sousa Tauares primeiro juiz na d. causa, deliberãdo assi.

Decis. 17 *Ex documento constat petitas ædes additionis titulo ab antecessoribus Reorũ possessas fuisse, vnde interueniente tot annorum spatio præscriptio rectè inducitur, tum ex Ordinatione libro 4. tit. 79. cum etiam quia quando quis emit ab eo,*

quem dominum putabat accedente bona fide, simul, ac præscriptio decem annorum spatio inter præsentes legitimo præscriptionis titulo tuebitur Cardos. in praxi, verbo præscriptio, n. 7. Ordinat. libro 4. tit. 3. §. 1. & ibi glossa etiam si venditoris anteceſſor titulum nullum habuiſſet. Gabr. Pereira deciſ. 15. num. 10. (abed. 1. parte, deciſ. 160. addicens autem emptoris vicem ſubeſt in l. à Diuo Pio, §. ſi poſt addictum, ibi ſi controuerſia emptori moueatur, ff. re iudicat. Ordin. libro 4. tit. 6. §. 3. Reinoſ. obſeruat. 86. num. 4. ſicuti emptor in ea re ſucceſſor reputatur. l. ſi ei 9. ibi vt quaſi tu hæres videaris, ff. cõmun. prædiorum, Pichard. in rubrica de hæred. quæ abinteſt num. 12. & deducitur ex Phæbo 2. part. areſt. 15. ex quibus ſententia placet, &c.

E aſſi conuieraõ na confirmaçaõ da dita ſentença o ſobredito Doutor cõ os dignissimos socios, & Doutores Lourenço da Gama Pereira, & Ioaõ velho Barreto, anno de 1650. na cauſa do Vimieiro de Catherina Dias appellante, contra Manoel Varela, & ſua molher, Eſcriuão meu pai Leonardo da Coſta Leal, no dito Cartorio.

A ſegunda proua da prescripção he a ſentença ſeguinte, que ſe deu na cauſa de Lisboa de Bento da Silua cõtra Andre Pereira, & ſua molher Izabel de Goes, & della, & ſeus fundamẽtos tiraremos a explicação.

Sentença ſobre a preſcripçaõ.

Acordão em Relaçaõ, &c. deferindo ao aggrauo do proceſſo interpoſto, folhas nouenta & ſeis, o aggrauante, foi agraua do pello Corregedor do ciuel da Corte em julgar por não proua da a exceiçaõ peremptoria, prouendo em ſeu aggrauo, viſtos os autos, & como o pai do Autor faleceo em dezoito de Nouembro de 1611. tempo em que começou a competir ao meſmo Autor qualquer auçaõ que pudera ter ſobre ſua legitima, & delle atè os ſete dias do mes de Mayo de mil ſeiſentos & quarenta & tres paſſaraõ mais de trinta annos que baſtaõ pera preſcreuer com boa fè que ſe preſume na auçaõ, de que ſe trataſem que ſe conſidere legitimo impedimento de minoridade do Autor, por quanto quando a preſcripçaõ começou, tinha quatorze annos, contra a qual idade ella corre conforme a Ordenaçaõ, & não ſe re-

Ord. lib. 4. tit. 97. §. 4

se restituio contra ella em tempo deuido, julgão a ditta exceiçaõ por prouada, & conforme a isso mandão se ponha perpetuo silencio na causa, na qual absolue aos Reos, & condemnão ao Autor nas custas. Lisboa Abril 6. de 1647. Mello. Silua. Sousa de Macedo.

Na qual sentença na forma referida conuierão os excellentissimos Iurisconsultos os Doutores Martim Affonso de Mello, Iorge da Silua Mascarenhas, & Antonio de Sousa de Macedo. Escriuão Pero Correa.

Porem esta sentença veyo ao cartorio, de que aponto os casos discididos, por se começar depois della entre as mesmas partes a causa que teue semelhante decisaõ, & foi que

Depois do dito Bento da Silua A. ter demandado a R. Izabel de Goes por tornas dos bens de seu pai, & se julgar pella sentença acima, que não tinha lugar a aução por estar prescripta na forma referida. Veyo continuando na teima com libello, pedindo a Ré hũas atafonas, que possue com fundamento de dizer, que supposto que ao tempo que casarão o marido da Ré, pai, & mãi de ambos A. & R. lhe dotarão o melhor de dous mil cruzados entre outros bens as ditas atafonas, & que supposto que na escritura se declarasse, que as atafonas entrarão no dote, em nenhum modo entrarão, & que por essa rezão sendo a escritura de dote feita, & acabada em 1593. logo dahi a tres annos o marido da R. fizera hum escrito, em que dizia largaua as atafonas, & por esta rezão as pedia.

Veyo este libello a contrariar, & a R veyo com excepção de prescripção que foi recebida, & julgada por prouada, & se mandou pôr perpetuo silencio na causa, & a prescripçaõ por boa pellos fundamentos seguintes.

O primeiro fundamento.

QVe se tomou pera quererem desfazer a sentença do juiz foi dizer se por parte do appellante, que aqui não houue prescripção, porq̃ supposto que a escritura do dote fora feita ao marido da appellada em 1597. pera hauer de casar cõ ella, nunca tiuerão posse das atafonas, porq̃ a não tomarão senão depois da sentença alcançada contra Manoel da Silua, outro si irmão do appellante, que foi dada em 698. & de que entaõ pera cà não hauia prescripção.

Mas facilmente se desfez este fundamento, porque conforme a todo o direito, & mais verdadeira opinião dos DD. a posse que se dá à pessoa ao fazer da escritura, lhe concede, & passa todos os remedios possessorios, assi, & da maneira que a produz a posse actual, & real detentação, vt in terminis tradit Tiraq. de constit. 2. p. ampliat. 11. Valasc. 2. tom. consult. 107. n. 3. & 4. Surd. cons. 160. n. 73. Gom. in l. 45. Tauri, n. 78. & como se não negue que a escritura fosse feita em 1597. quem póde duuidar da real posse, & da total prescripção.

Disse mais, q̃ a R. appellada não tinha boa fé, ao que se responde, como fica ditto, que tanto que na escriptura de

dote se lhe deu toda a posse real,& actual das ditas casas,& atasonas,& ficarão por ella sendo senhores,& se qualquer posse basta pera hũa pessoa ser senhor da cousa, & ter della dominio. l.siue possideris, C. probat. l. litibus, C.agricolis, estes com toda a boa fè estauão de posse, & sem nenhum engano (antes da outra parte em enganarem ao ditto seu marido,& fazer o dito escrito, houue todo o engano, & simulaçaõ.) E quando assi he, fica a verdade sabida,& clara a boa fè, nem faz damno â appellada nada do allegado em contrario.

Porq̃ não obstante o referido estamos em hũa prescripção conhecida, pois a escriptura de dote foi feita ao marido da appellada pera casar com ella na era de 1597.& o escripto ditto em 98. hum anno depois de feita a escriptura, & ella R. appellada casada jà com o dito seu marido,como se prouou na escriptura,& logo se lhe deu posse das casas,& atasonas,tam boa, & tam real como de direito fic. apontado: no escrito, não tratou o marido, nem fez menção mais que de chaõs, que he cousa muito diuersa; & ainda que se tratara das atasonas, tinha toda a aução prescripta, por seren passados mais de 50. annos, quando por serem nesta Cidade moradores, hum na calçada do Congro, outro às portas de S. Catherina á vista hũ do outro, sem nunca sairem da terra, nem das mesmas casas, como não negaraõ os mesmos appellante, & appellada, bastauão dez annos somente pera prescreuer: & ainda que morassem em algũa comarca mais desuiada, bastauão vinte años, Ord. lib.4.tit.3.§.1.Plcb. 2.p.arest.42. & com mais rezão sendo mais de cincoẽta annos á vista hũs dos outros,que ainda que tiuera algũa aução por qualquer via ficaua prescripta, d.Ord.lib.4. tit.79. *Diuturnitas enim temporis facit præsumi confirmationem in aliquo actu requisita*. Gama decis.49.n.3. & decis.83. d. Ord. in princip. l. sicut, C. de præscript. triginta.

E o mais porque esta causa se auerriguou, & a sentença foi confirmada, se verá na doctrina do insigne Doctor Antonio de Sousa Tauares, que deliberou com a costumada elegancia, & zelo da justiça na forma seguinte.

Sententia processum verè enarrat, iureq; litem dirimit iudex sequutus fundamenta sententiæ Senatus, vbi in lite, aut dissimili hos inter litigantes præscriptionem agenti obstare decisum fuit. Planê in præsenti idem iudicare placebit, nam vltra quod in dicta sententia iam harum pristinarum fit mentio, & iterum in altera sententia vbi Reæ, eiusq; viro restitutæ fuerunt, & sibi vim fieri á Præside declaratum fuit, tamquam possessoribus, adest quidem scriptura dotalis vbi satis apertè pristinæ dotatæ fuerunt Reæ,eiusq; viro ex clausula constituti possessionem adepti sunt. Valasc.consult.106.n.3.& de iure emphyteutico quæst.14.n.10.& consult.55.n.2.ac ideo

haud

haud inutiliter præscriptionis exceptione se tueri conatur appellata, siquidem eidem opitulantur titulus, tempus, ac possessio non sine bona fide, circa notata ad Ord. lib. 4. tit. 3. §. 1. & ibi gloss. Caldas de renouat. quæst. 16. n. 7. Reinuald. quæst. singular. titulo de iure script. n. 48.

Cui non officit allegatio, quod pristinæ in patrimonium clerico fratri dotatæ fuerunt, adhuc enim præscriptio præstantior erit ex traditus per Mendes in praxi lib. 2. cap. 4. n. 12. & 13.

Insuper ex chyrographo ab vxorato viro facto absq; eius consensu, vt considerat iudex nihil prodesse poterat, vt est vulgar. Decis. 18. *Ord. lib. 4. tit. 42. vbi gloss. n. 7. & 8. Caueat ergo exceptus appellans ab altera exceptione, nec iterum in pristinis laborare curet.*

E assi cõuiereõ nesta cõformidade da
11 sentẽça os doctissimos Dezẽbargadores os Doutores Antonio Pereira de Sousa, Lourẽço da Gama Pereira, & João Velho Barreto, anno de 1649. no dito Cartorio.

Com o que temos sabido algũa cousa deste particular, & notemos, q̃ as principais especies das prescripçoens são cinco. s. *Præscriptio longi tẽporis*, q̃ he aquella com que prescreuẽ as cousas moueis por espaço de tres annos, & antigamente era por dous annos, como se collige das palauras de Plinio, lib 5. epist. 1. onde diz: *Scis te non subsripsisse mecum, & iam biennii transisse omnia, quæ me vsu cepisse.* Da prescripção das soldadas, que se não pòdẽ pedir depois de tres annos, acabado o seruiço de que trata a Ord. lib. 4. tit. 32. Valasc. cons. 125. trataremos no tit. de locat. & conduct. & da prescripçaõ dos censos, reditos, & jugadas no mesmo tit. & do salario do procurador no tit. de his, per quos agere possumus, & dos crimes no tit. de public. iudic. E as cousas immoueis prescreuem por dez annos entre presentes, & vinte entre ausentes na forma sobredita, §. primo hoc tit. & presentes se chamão aquelles, que estaõ na mesma prouincia, & não he necessario, q̃ corporalmente estejão ambos em hum lugar, se não na mesma comarca, & prouincia saõ presentes. l. fin. C. de præscript. triginta annor. A segunda prescripçaõ se chama longissima, *longissimi temporis*, que he a de trinta, ou quarenta annos, & com esta prescreuem as acçoens reais, & pessoais, & mixtas. l. sicut, C. de præscript. 30, vel 40. annorum, como tambem mostrei no caso acima referido.

§. Res fisci.

SVMMARIO.

Bens do fisco se prescreuem por quatro annos, & como se entende o quadriennio, que se dá nos bens fiscais. 1

Titulo sexto

2 *Requisitos pera ficar seguro o comprador da cousa vendida pello fisco. Referemse em hum caso julgado.*

3 *Prescripçaõ decem annos o que comprehende, & a immemorial a que se extende.*

4 *Acçoens crimindis prescreuem por espaço de vinte annos.*

5 *Resumemse os bens que podem prescreuer, ou não.*

6 *Cousas sagradas, não podem prescreuer, nem as furtadas, & tomadas por força.*

7 *Cousa viciosa não pode prescreuer, & se passa com o vicio ao herdeiro: distinguese entre o vicio real, & pessoal, & se resoluem varias questoens.*

8 *Mostrase quais sejaõ as prescripçoẽs meramente fauoraueis, & odiosas.*

NEste §. se declara a terceira prescripção, ou especie, como disse, que se chama, *Quadriennij*, de quatro annos, com a qual prescreuem os bens vacantes daquelles, que morrem sem herdeiro, cujas heranças toma o fisco (quaes sejaõ os bens vacantes, & propriamente fisco, & fiscais dizemos abaixo no tit. de bonorum possessionibus in tit. de successione fisci) o qual sendo negligente na cobrança da herança, sendolhe feito denunciação della prescreuem todos os bens vacantes moueis, & immoueis, vt in nostro tit. & in l. 1. Cod. de quadrien. præscript. assi que he necessario que se faça denunciação ao fisco aliàs não pòde prescreuer se não por longo tempo. l. quamuis, ff, eodem. Pello contrario tambem o fisco goza de prescripção contra as pessoas particulares, com a qual prescreué as acçoẽs, que lhes competião pellas cousas, que o fisco vendeo, & passados quatro annos se não pòde demandar o fisco. §. fin. hoc tit. & toto tit. C. de quadrien. præscript. porque D. Marco tinha ordenado, que quem comprasse algũa cousa ao Procurador do fisco, passados cinco annos, se defendia com a prescripçaõ. l. vlt. C. si aduersus fisc. porem como isto procedia somente nas vẽdas, veyo a constituiçaõ D. Zenonis, que extendeo o priuilegio de modo q̃ proceda em todas as cousas compradas ao fisco, ou dadas, ou doadas por elle, pera que logo fiquem seguros; & acrescentou o priuilegio ao fisco, pera que em quatro annos possa prescreuer contra o senhor verdadeiro da cousa. E finalmente o Emperador neste §. ampliou esta constituição, pera que proceda em todos os bens do fisco, vt hic in vers. nostra autem diuina constitutio. E acerca disto notemos hum caso muito conueniente a este §. & he o seguinte.

Luis de Sousa de Andrada, & sua molher da villa de Setuual deraõ libello contra Breatis Freire, em que lhe pediraõ hũa marinha na ditta Villa, cõ pretexto de dizerem lhes pertẽcia como herdeiros abintestato de Ines Nota. Por contrariedade vieraõ os Reos cõ exceiçaõ peremptoria de prescripçaõ que o juiz recebeo, absoluendo a excipiente, cuja sentença se confirmou no Senado pellas rezoẽs seguintes, cõsideradas pellos doctissimos Dezembargadores.

Em dous pontos se resumio a juſtiça

stiça da Rê. Primò, em ter a marinha prescripto. Secundò, em caso, q̃ não tiuera prescripto não tem os appellãtes acção.

Prouou a Ré, que auendo Luis da Costa comprado esta marinha a estãdo auia muitos tempos de posse della lhe foi confiscada pello crime de heresia, porq̃ foi condemnado, & applicada ao fisco a marinha q̃ a poz em pregão em praça publica em 11. de Iunho de 642 foi arrematada ao marido da Rê, que a possuhio sempre, & foi adjudicada a molher na partilha. & assi consta serẽ mais de doze annos os da prescripção que bastão com titulo de compra. & boa fé, & o fisco real com o da confiscação, & a Ré com o da arrematação, que fez seu marido, possuindo pacificamente á vista dos appellantes na mesma Villa. l. 1. l. empror. & fin. Authent. quod si quis, C. de præscript. 10. vel 20. annorum, com o que está justificado o primeiro ponto. E quanto ao segundo pella carta da arrematação se mostrou ser a marinha confiscada pello fisco, que estando de posse della, a vẽdeo em praça publica ao marido da R. em 11. de Iunho de 642. & nestes termos sendo a venda feita pello fisco fica seguro, porque.

Sendo a venda feita pello fisco de tal maneira ficão os compradores seguros, que nenhũa acção real, nem pessoal se póde intentar contra elles: porq̃ essa sò compete contra o mesmo fisco pro vt sunt text. expressi in l. 2. C. de quadrien. præscript. §. fin. in hoc nostro titulo, Text. elegans in l. bene á Zenone, C. de quadrien. præscript. Peregrin. de iure fisci lib. 6. tit. 4. n. 15. Balb. de præscrip. c. 29 p. 5. principal. q. 8. n. 1. Barb. in l. 1. n. 53. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. E não obsta o texto na l. 1. C. de hæredit. vel action. vendita, porque procede em caso especial por priuilegio concedido ao fisco pera que não esteja obrigado a respõder aos acreedores hereditarios, & não se fica encontrando com o nosso texto, que procede quanto ao dominio porque este assi de herança, como da cousa particular, não se ha de tirar ao comprador, como diremos ao diante no tit. de bonorum possess.

Etiã non obstat dizerse, que a disposição da l. bene à Zenone, & dos mais Textos, não procede quando o fisco vende a cousa, *vipoté quod esset sui debitoris*, & que como esta marinha não fosse do confiscado Luis da Costa por pertencer aos appellantes não ficaria do lugar a ditta disposição: porque se responde, q̃e o fisco não vendeo esta marinha, como do dito confiscado, mas como sua propria, & de que estaua de posse, porque ainda que ouuesse sido do dito confiscado, pella confiscação perdeo a dita qualidade, & natureza & ficou sendo do mesmo fisco: *Nam quando fiscus apprehendit bona delinquentis per confiscationem fit successor vindictæ non per representationem, sed per ipsius personæ delinquentis anihilationem.* Abb. in cons. 29. col. 2. n. 4. Cæsar Vrsill. in annotat. ad Afflictum decis. 385. n. 7. & assi ficou o fisco vendendo a dita marinha, como senhor verdadeiro della sem respeito algum ao confiscado.

E quanto mais que em caso que o fisco vẽdera a dita marinha como bẽs de seu deuedor; ainda entam tinha lugar a disposição dos ditos Textos, porque *vere, ac realiter* a dita marinha era do confiscado, por lhe ser vendida por mandado do Senado pera pagamento das diuidas dos defunctos: *Et*

sic

sic remansit tanquam res alienum, & vt-petè tale. Não entrou na herança, de q̃ os appellantes saõ herdeiros: *Cùm hæreditas intelligatur deductio ære alieno.* l. 1. §. denique, ff. ad trebel. l. ex facto, §. vnde, ff. de hæredibus instituendis.

Eo maximè, que pera a venda do fisco ficar legitima, & os compradores ficarem seguros, & não competir contra elles acção algũa, posto que seja de cousa alhea, basta que nella concorrão tres requisitos: *Nempe quod fiscus possideat talem rem, quod eam vẽdat bona fide: & quod præcesserint solemnes subhastationes.* l. 1. l. tempora. l. duplex ratio, C. de fide instrument. & iure hastę fiscal. lib. 10. De maneira que com estes tres requisitos, scilicet, posse do fisco, venda com boa fé, & solemnidade da arrematação, vt in d. l. 1. &c. que todos concorreraõ na venda da marinha da contenda, & assi não tẽdo os appellantes auçaõ por ter prescripto a que cõtra a appellada podiãO ter em caso que a tiueraõ, ja estauão excluidos com a exceiçaõ perẽptoria, *qua dicitur illa, quæ concludit actorem carere actione.* Ordinat. lib. 3. tit. 20. §. 15.

2 E assi conuieraõ na confirmação da sentença os excellentissimos Iurisconsultos, & Doutores Lourenço da Gama Pereira, Ioaõ Velho Barreto, & Antonio Pereira de Sousa, na dita causa de Setuual de Luis de Sousa de Andrada, & sua molher appellantes, contra Breatriz Freire veuua de Ioaõ Bolsaõ appellados, anno de 1650. Escriuão Leonardo da Costa Leal meu pay.

Decis. 19.

3 A quarta prescripção he de cem annos, com a qual prescreuem as cousas, & bens da Igreja Romana, cap. ad audientiam, & cap. cum nobis de præscript. a qual se não preus nunca diretamente, porque os homẽs não se presume, que viuem cem annos, secund. text. in l. fin. C. de sacrof. Eccles. & por isso basta prouarse por testemunhas de fama, & noticia de seus antepassados, secund. Felin. in cap. veniẽs de testibus, & com instrumentos successiuamente, feitos huns depois dos outros da posse, ou reditos dos dittos bens. l. Pomponius, ff. quibus modis vsus fruct. amittatur; porem esta prescripçaõ contra o Rey, Imperio, & Igreja Romana, não corre sobre as cousas reseruadas á Igreja, Imperio, ou Reyno, em final da grandeza, & priuilegio de sua prelaçaõ. Angel. in l. vsucapio, ff. vsucap. Ioan. Andr. in cap. 1. de cleric. ægrot. lib. 6. Auil. in cap. 1. Prætor. n. 11. in gloss. nuestros.

Ord. lib 3. tit. 59. §. 9 Mascard. de probat. concl. 1221

A quinta he prescripçaõ, de q̃ não ha memoria humana de seu principio & assi se chama em direito, *Præscriptio, tãti tẽporis, cuius initij memoria non exstat*, vt est text. & gloss. in c. 1. de præscript. in 6, & esta tambem se reputa por titulo legitimo, vt per textum in l. hoc iure, ff. de aqua quotidiana, & æstiua. E tem força de priuilegio, vt in cap. super quibusdam, §. prẽterea de verborum signific. & por ella prescreuem os direitos, & seruidoens discontinuas, secund. gloss. & Bald. in cap. si diligenti de præscript. onde dizem, q̃ nella se presume sempre o titulo, & a boa fé, & DD. in l. seruitutes 34. in verbo certam, ff. de seruitutibus.

A sexta he a prescripçaõ de 20. annos, com a qual prescreuem regularmente as acçoens criminais, l. querela, C. ad leg. Cornel. de falsis, & não pòde hum homem ser accusado de hũ crime, nem deuassado delle depois de 20. annos, vt per DD. in l. in cognitio-

ne,ff.ad Senatusconsultū Syllanianū, & Panormit.in cap.cum haberet in 3. notabil. extra de eo, qui duxit, quam prius polluit, &c.

Tenho dito no principio deste titulo,que pera a prescripçaõ se requere que a cousa seja apta pera prescreuer, § & assi dizemos por regra geral,que todas as cousas, q̃ expressamẽte não saõ exceptas,& priuilegiadas pera não prescreuerem podem prescreuer, & correr sobre ellas o tempo da prescripçaõ,& cõforme a isto todas as cousas moueis,& immoueis, acçoens, accusaçoẽs,bẽs leigos,seculares, & ecclesiasticos, temporais,podẽ prescreuer. E procede esta regra nas cousas, q̃ estaõ em comercio dos homẽs, & q̃ por titulo habil se podem sugeitar a nosso dominio, & conforme a lei se podem alhear,entregar, & vẽder, assi que pera declaraçaõ disto que fica dito, se ha de notar,que hũas cousas saõ prohibidas perpetuamente pera não prescreuerẽ,& outras por tempo longo,ou lõgissimo, quãto ás primeiras se tiraõ da nossa regra as cousas, q̃ não estaõ no comercio,& trato dos homẽs, nẽ podem sugeitar se a nosso dominio,como he o homẽ liure,as cousas sagradas pertẽcentes ao culto diuino,como calices, vestimẽtas,cruzes,frõtais,&c. q̃ estas estão no dominio da Igreja,vt sup. § nullius,& assi estas cousas,q̃ não estão em nosso poder, nẽ podemos ter nellas dominio,nunca podem prescreuer por nenhũ espaço de tempo, secund. Felin. in cap. accedentes de præscript. & cap. sine poss. de reg.iur. in 6.& glos. in l. 2. verb. *ancilla*, C. de ingen.& manum. & in l. fin C. de præscript.

6 Secundõ, quando tratamos de cousas que estão no comercio dos homẽs & que se podẽ vender, & possuir com justo titulo,& por entrega,hẽ cõclusaõ certa nestas cousas,q̃ ainda q̃ sejaõ priuilegiadas em certos casos pera não prescreuerẽ,como saõ os bẽs do fisco ás cousas furtiuas,ou possuidas por força,porq̃ nestas cousas furtiuas não ha vsucapiaõ,& pera sabermos como elle vicio acõpanha a cousa se veraõ as distincçoẽs(q̃ ábaixo diremos entre o vicio real,& pessoal) &c. cõ tudo este priuilegio se entende, q̃ não prescreuerão no espaço cõmũ de 10 20. ou 30. annos,mas por 40. annos prescreuem; d.l. omnes, C. de præscrip. 30. vel 40. annorũ; não sendo especialmẽte prohibido pella lei,q̃ não corra a prescripçaõ,porq̃ entaõ não bastaõ 40. annos, mas saõ necessarios 100. annos,ou tẽpo immemorial, vt tradunt Bald. & Angel. in d.l. omnes: porq̃ esta prescripçaõ nunca he excluida,pois he certo q̃ por ella prescreuẽ até os bẽs reseruados ao Principe,vt sup. diximus, & Balb. in d. 1. part. 6. partis princip. in 19 casu. E com isto se entẽde tambẽ(conforme os DD. q̃ explicaõ este tit.) aquellas palauras do §. furtiuæ hoc tit. q̃ dizem: *Quod res furtiuæ, & vi possessæ nõ possunt vsucapi,etiã á bonæ fidei emptore:* as quaes palauras se entẽdẽ da prescripçaõ de 30. annos,ou de longo tẽpo, & não da prescripçaõ *lõgissimi tẽporis*, cõ a qual prescreuẽ as cousas furtiuas,ou possuidas por força, vt in d.l. omnes; mas isto he direito ciuil; porẽ de direito canonico, ao qual deuemos obedecer nesta materia, conforme os DD. & opiniaõ q̃ deuemos seguir, não prescreuẽ nunca as cousas furtadas,ou tomadas por força,& *in perpetuũ*, se deuẽ restituir a seu dono verdadeiro,& nũca podem prescreuer, d.c. fin. ext. codẽ.

Esta màfé,& vicio, que dissemos, perguntão os Doutores se passa aos herdei

7 herdeiros pera não prescreuer a cousa viciosa? E pera entendimento desta proposta saibamos. Primò, que o vicio he de tres modos, secund. gloss. in l. vitia, C. de acquirend. poss. & Barth. in l. Pomponius, §. cum quis, ff. de acquir. poss. porque ou he vicio real, q̃ está inherente, & pegado â cousa viciosa, & passa a qualquer possuidor cõ a cousa furtada, ou tomada por força, & impede por este vicio a prescripçaõ, que nunca lhe corre, dicto §. furtiuæ, & ibi Doctores: com tudo poem nelle os Doctores limitaçaõ de modo que se ha de considerar pera a intelligencia do nosso texto, o que disse o Emperador no §. sed tamen, de modo que succederá muitas vezes, que alhe ando hum homem a cousa alhea, não cometa furto, como refere com exemplos. O 1. naquelle q̃ achou na herãça, hũa cousa, & cuidando que era hereditaria, a vendeo, este errou, *in facto*, & semelhante erro não impede a prescripção. Secundò, no vsufructuario q̃ vendeo o filho da escraua, cuidando q̃ era seu; porem como de direito não pertence ao vsufructuario, vt supra §. in pecudum de rerum diuisione, com tudo como o furto não se comete sẽ animo de furtar, não obstante o erro passa ao comprador a condiçaõ pera poder vsucapir, sem que obste a lei nunquam, nec l. si fur 32, §. 1. ff. codẽ, com que se proua, que o erro de direito obsta pera a vsucapião; com tudo neste caso o vsufructuario errou no direito, pois não vio, que lhe não tocaua o parto da escraua; porem passa sem embargo disso no que recebe a cousa quando a vsucapir, porque nelle basta a boa fé, & esta tambem se acha no q̃ recebe juntamente com o titulo, DD. in d. l. nũquam nuda, ff. eodẽ; & assi como o que entrega errou, o que recebe está seguro com a boa fé, & justo titulo, que nelle se requere, & por isso a elle se entende que obstara o erro de direito, & não ao que entrega: & se confirma muito o referido com o que se nota na lei qui vas, §. ancilla, ff. de furt. donde tiraõ dous axiomas. Primò, se a escraua prenhe for furtada, ou conceber em poder do ladraõ, ou do comprador de boa fè, & parir, he o parto furtiuo. Secundô, se a escraua conceber em poder do possuidor de boa fé, & parir, o parto não he furtiuo, & se pôde vsucapir. A rezaõ de diuersidade he, porque o vicio furtiuo não sò he nociuo á cousa principal, mas tambem à porçaõ, & parte della. l. 22. de furtis, & como o parto seja parte das entranhas da mãi. l. 9. ff. ad l. falcid. por isso se disse na d. l. qui vas que a escraua furtada, & o parto eraõ furtiuos: porem como este vicio não prejudica quando falta o animo de furtar, por isso em poder do possuidor de boa fé não fica vicioso o parto pera se poder vsucapir.

O segundo he o vicio quasi real, como ha nos bens dotais, ou do pupillo, que se não podem alhear.

O terceiro he vicio pessoal, como he o dolo, mà fé, que estaõ proximos à pessoa, que quer que a cousa viciosa prescreua, & tambem impede o correr o tempo da prescripçaõ.

Supposto isto notemos, que â questaõ sobredita se responde, distinguindo entre o vicio real, & pessoal, de maneira que se o vicio he real, ou quasi, impede a prescripçaõ na pessoa de qualquer successor vniuersal, ou singular, porque aquelle vicio se chama real, porque sempre acõpanha a cousa viciosa onde quer que for. d. l. vitia,

Cod. de acquir. possess. & quando o vicio he pessoal por dolo, ou mà fê, tambem se distinguirà dizendo, que ha successor vniuersal, & particular de modo que o vniuersal herdeiro succede em todos os bens do defuncto, & em suas acçoens actiuas, & passiuas. l. hæreditas, ff. de reg. iuris, & o successor singular, & particular he o que succede em alguã cousa por titulo particular, por legado, que o defuncto lhe deixar, doação, compra, &c. & assim que se distingue. Primò, se tratamos da prescripção *longi temporis*, de direito antigo o successor particular podia prescreuer, começando a prescripçaõ em sua pessoa por longo tempo sem obstar a má fé do defuncto, l. an vitium in principio, ff. de diuers. & temp. præscript. porem hoje de direito nouo a mà fé do defuncto prejudica ao herdeiro singular na prescripção, quando o senhor da cousa, cõtra quem se prescreue, ignora seu direito, & a alheação que se fez: porem sabendoo, & callandose por dez annos entre presentes, & vinte entre absentes, entam prescreue a cousa em poder do successor singular com boa fê por longo tempo, não obstante a mà fé do defuncto: & se tratarmos da prescripçaõ *longissimi temporis*, entam não prejudica a mà fé do defuncto ao herdeiro singular, ou o senhor saiba, ou ignore seu direito, & a alheaçaõ, que se fez da sua cousa, vt est textus in dicta Authentica malæ fidei, Cod. de præscription. longissimi temporis. O que procede quando o herdeiro possue a cousa em boa fê, creendo, que a cousa era propria do defuncto, que lha deixou, mas não se o herdeiro for continuando a mà fé, & possuir com titulo adminiculo, id est, com sinais vehementes, de que sabe o herdeiro, que a cousa não era do defuncto. l. Pomponius, §. cum quis, cum ibi notatis, ff. de acquirend. possessione. E tratando do successor vniuersal, saibamos, que a má fé do defuncto he prejudicial ao herdeiro vniuersal, o qual he a mesma pessoa do defuncto, por fingimento, & representação da ley, vt est textus in Authentica de iure iurando à mori. prœsti. in principio, & assi que ao herdeiro vniuersal passa tudo, ate os vicios das cousas possuidas. l. cum hæres in principio, ff. de diuer. temp. præscription. & amplia-se esta conclusaõ, que procede não só na prescripção *longi temporis*, mas tambem na que chamamos *longissimi temporis*; & não só quando o herdeiro quer continuar a posse do defuncto, mas tambem quando quer começar em sua pessoa o tempo da prescripçaõ per dictam leg. Pomponius, §. cum quis, ff. de acquir. possess.

E com isto conheceremos quaes saõ as cousas, que podem prescreuer, & em consequencia as em que não pòde correr o tempo da prescripçaõ na forma sobredita, & como fica prouado com os melhores textos, & Doutores, de quo etiam Mendes à Castro in praxi 2. parte, libro 3 cap. 4. num. 14 onde diz, que a cousa não pòde ás vezes prescreuer por rezão da mesma cousa, porque não cabe nella prescripçaõ, ou porque he inalienauel, ou não está no comercio dos homens, ou por ser a pessoa incapaz de prescreuer, ou por não poder ter titulo: *Nec consistere per impedimentum naturæ exemplo*. l. 3. Cod. pro hærede, & in leg. si is, cum leg. sequenti, iuncta glossa, ff. pro legato. Item no espurio, que não prescreue, como incapaz, a he-

rança paterna, ou o que o pay lhe deixou, Accurs. in d. l. nemo, & Mascard. conclusion. 1219. num. 26. pondo por fim outro exemplo nas pessoas Ecclesiasticas, que não podem ter bens nos Reguengos, Ordin. libro 2. tit. 16. & ea, quæ latè, & eruditè congerit dicto numero 14. 15. 16. & seqq. Vltimamente, que a prescripçaõ não corre nos bens de morgado, como largamente trata Rod. Suares 3. allegat. & in consulendo latè tractat materiam præscriptionis in allegat. 15. per totam, & diremos ao diante no tit. de bonor. possess.

E por remate hauemos saber, que os Doutores todos dizem, que a diffinição da prescripçaõ à principio referida cõprehende todas as especies de prescripções, diuidindoas assi, de modo que hũa prescripçaõ he meramente fauorauel, & outra meramente odiosa, & outra mixta, porque participa de fauorauel, & de odiosa, vt per textum, & glossam in l. final. verbo ex vtroque, Cod. de edict. D. Adrian. tollend. Supposto isto saibamos que prescripçaõ meramente fauorauel he a de tres, & quatro annos, com a qual prescreuem as cousas moueis, & que foy introduzida sò a fauor do possuidor, pera acquirir com o vso, sem respeitar a negligencia do outro, que no ditto espaço de tempo a não interrompeo, pedindo a cousa mouel. A prescripçaõ meramente odiosa he a que chamamos *longissimi temporis*, de trinta, ou quarenta annos, a qual principalmente foy introduzida em odio, & castigo da negligencia dos que em tanto tempo não requerem seu direito, sem respeitar o fauor do possuidor, pois sem titulo, nem boa fé acquire por direito ciuil. E a prescripçaõ mixta, he a que chamamos *longi tẽporis*, introduzida em odio, do que não requere no ditto termo, & do possuidor, que tem titulo, & boa fé, vt latê dicit Balbus in 2. parte, quintæ partis princip. quæst. 1. E sabido isto logo julgaremos a qualidade, & fim da prescripçaõ, & sua origẽ, de que hauemos tratar no tit. de actionibus.

(..)

DE DONATIONIBVS.

Titulus ſeptimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deſte titulo das Doaçoẽs, & ſe por ellas ſe acquire o domimio por direito natural, ou ciuil?*

2 *Diffineſe a doação com entendimẽto do texto, & concordancia.*

3 *Doação que ſe faz á peſſoa digna, he muito juſta.*

4 *Conforme a direito não ſe preſume doação: limitaſe quando das palauras conſta o contrario.*

5 *Se entre os parentes ſe preſume doação; entendeſe a Ord. lib. 4. tit. 99 §. 4. & 5. & a l. Neſſenius, ff. de negot. geſt. & outras opinioës.*

6 *Doação he de dous modos, ou por cauſa da morte, ou entre viuos.*

1 ESte he o ſegundo modo, cõ que ſe acquire o dominio das couſas, porque atégora tratamos daquelle, cõ que pella preſcripçaõ, & vſucapião nos fazemos ſenhores da couſa poſſuida; agora explicaremos as Doaçoẽs, que poſto que começão pella entrega, §. per traditionem ſup. de rerum diuiſ. com tudo quanto à forma ſaõ de direito ciuil; porque ainda q̃ com a entrega ſe aperfeiçoão, & nas couſas, em q̃ ſe acquire o dominio pella entrega ſe dizem ſer a acquiſição de direito natural, vt ſup. d. §. per traditionẽ. Tã bem he certo, q̃ o direito ciuil deua forma, & modo ãs promeſſas, pera q̃ ficaſſem validas, & não foſſem taes, q̃ por ellas ſe deſtruiſſem os homẽs, & diminuiſſem ſeus bẽs, por iſſo a promeſſa de doar pera ſe chamar doação toma a força do direito ciuil. E aſſi poſto que pera a acquiſição, & perfeição ſeja a entrega de direito natural, com tudo quanto à forma he de direito ciuil, & por iſſo o Emperador no §. aliæ diz, que com qualquer manifeſtação da vontade ſe póde fazer a doação pera acquirir a obrigação ciuil, ex l. vnic. Cod. de condit. ex leg. vt infra dicemus. Vejamos a diffinição.

Donatio eſt mera quadam liberalitas, quæ nullo iure cogente fit, ſed ex ſola liberalitate, & munificentia donantis procedit, l. 1. & l. donati, ff. hoc tit.

Donde vem, que ſendo a doação hũa mera liberalidade, & acto genero ſo, com q̃ hũ homẽ dá a outro algũa couſa ſẽ ſer obrigado a dar lha pella lei, mais que ſomẽte por ſua vontade, vulgarmente ſe diz em direito: *Quod donare eſt perdere.* l. filiusfamilias, ff. de donat. Surd. de aliment. tit. 6. q. 1. n. 14. cum ſeqq. & q. 5. n. 7. & conſ. 5. n. 72. porẽ iſto ſe deue entẽder quando a doação he feita a algũ indigno, ex illo Martiale

Dimidium donare Lino quam credere totum,
Qui mauult, mauult perdere dimidium.

Porẽ aos dignos, & benemeritos he lucro o que ſe lhes dá, porque ſeu agradecimento, val mais que tudo, v. Martial. lib. 5. epigram. 43.

Callidus effracta nummos fur auferet arca,
Proſternet patrios impia flamma lares
Debitor vſuram pariter, ſortemq; negabit;
Non reddet ſterilis ſemina iacta ſeges
Diſpenſatorem fallax ſpoliabit amica
Mercibus extructas obrues vnda rates;
Extra fortunam eſt quidquid donatur amicis,
Quas dederis ſolas ſemper habebis opes.

3

4 E he tanto verdade ſer eſte acto mais de liberalidade, que de outra obrigação, que conforme a direito ſe não preſume a doação. l. cum in debito 25. §. ſi verò, ff. de probation. l. fin. Cod. de nouat. l. Campanus, ff. de oper. libert. Maſcardus de probat. concluſ. 555. num. 1. Surdus de alimentis, tit. 6. quæſt. 5. num. 7. Flamin. de reſign. lib. 8. quæſt. 1. num. 5. Farinac. in praxi crimin. part. 4. deciſ. 136. in addit. litera C. vbi plures refert Brunon. á Sole in locis communi. in verb. Donatio, num. 15. Ioſeph de ſeſſ. deciſ. 182. num. 6. Tiraquel. in l. ſi vnquam, verbo Donatione largitus. num. 206. Cod. de reuocat. donat. Menoch. lib. 2. de arbitr. cent. 1. caſu 88. per totum. E antes ſe preſume erro, do que doação, vt Menochius d. conſil. 1. num. 215. & concluſ. 639. num. 10. & concluſ. 1173. num. 4. Aegydius in repet. l. ex hoc iure, ff. de iuſtitia, & iure, parte 1. cap. 11. num. 25. etiam in facto proprio Maſcardus dicta concluſione 555. num. 6. & concluſione 1263. n. 6. & 7.

E pera ſe excluir a doaçaõ ſe preſume, q̃ foi acto feito mais por ignorancia, do que animo de doar, Menoch. libro 2. de arbitr. caſu 88. numer. 6. Ruinus conſ. 167. num. 5. Cravet. in conſ. 424. num. 7. & conſ. 535. num. 5. & conſ. 880. num. 7. & conſ. 973. n. 20 & in reſponſo pro Genero, num. 41. Roland. conſ. 11. num. 47. libr. 3. Porẽ a palaura, *dou*, traz conſigo treſpaſſaſ; ſaõ do dominio, & aſſi quando ſe diſſer, *Dou tal peſſa a fulano*, ſe preſume ſer por titulo de doaçaõ, porque pella tal palaura paſſa o direito do dominio, l. vbi autem non apparet, §. fin. & ibi Barthol. ff. de verborum obligat. latè Angulo de melioratione bus, l. 10. gloſſ. 2. n. 14. & tambem quando os parentes dão hũs a outros algũa couſa concorrendo algũas cõjecturas legais ſe julga que daõ com animo de doar, & ſe preſume a doaçaõ, como diz Menoc. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 16. n. 80. onde eſpecialmente falla no tio, que dotou à ſobrinha, & ſe preſume, q̃ dorou do ſeu, & com animo de doar, facit Mantic. de tacit. lib. 3. tit. 10. n. 8. & tit. 19. Barb. in l. quæ dotis n. 19. cũ ſeqq. ff. ſol. matr. per text. in l. ſi ſeruus communis, ff. de don. E poſto q̃ cõforme o text. in l. Neſſen. ff. de negot. geſt. & as opinioẽs de Gom. l. 29. Tauri, n. 16. Garc. de expenſ. c. 4. n. 4. Gam. deciſ. 140. col. 2. & Ord. lib. 4. tit. 99. §. 4. & 5. ſe proue q̃ não baſta a conjunção do parẽteſco pera induzir doação, & impedir a repetiçaõ, cõ tudo ſe hade ẽtẽder,

5

der, q̃ não basta sò por si, mas juntas algũas conjecturas do animo do doador se preiume, & julga a doaçaõ, vt considerat Menoc.de arb.cas.88.n.20 & veremos largamẽte no tit.de verb. obligat.com decisaõ, & exemplos.

Os generos das doaçoẽs saõ dous. O primeiro he doaçaõ *causa mortis*. O segundo, *inter vivos*, debaixo dos quaes se comprehendem algũas especies. como veremos pello discurso da explicaçaõ.

§. *Mortis causa.*

SVMMARIO.

1 *Requisitos pera valer à doaçaõ feita por causa da morte, & quem a póde fazer?*

2 *Doaçaõ feita por causa da morte se teue origẽ no direito das gentes?*

3 *Authoridades dos Poetas se se podem allegar em direito?*

4 *Doação feita por causa da morte se ha de fazer com expressa menção do temor della, aliàs se presume entre vivos.*

5 *Referẽse tres modos principais por que se póde fazer a doaçaõ por causa da morte, & como?*

6 *Requisitos pera valer à doaçaõ feita por causa da morte, & quem a póde fazer?*

7 *Donatario deue aceitar a doação, & se estando presente callando se julga que aceita.*

8 *Doaçaõ se póde aceitar por procurador, & por carta, & se basta a aceitaçaõ que faz o taballião, na escritura.*

9 *Se a doaçaõ for feita a hum ausente a quem se mandar, & antes da aceitaçaõ morrer o donatario se expira a doaçaõ? E se por culpa do portador não chegasse em sua vida, o que se julgará?*

1 DEsta doaçaõ trata o titulo in ff. & C. de mortis causa donat. & tem sua origem do direito das gentes, vt ex textu nostro hìc, & l.1.ff. eodem, onde se allegaõ huns versos de Homero, em os quaes se lê a memoria da doaçaõ, que Telemacho fez a Pyræo com o temor da morte, que o ameaçaua, & elle receaua, como tambem se lê outra doaçaõ feita por temor da morte, in Alcestide Euripidis, vbi sic Hercules:

Capesse hanc fœminam, ac serua precor,
Huc donec iterum Thracas adducens equos
Veniam, tyranno Bistonum misso neci.
Ai si, quod vtinam ne sit, eueniat mihi,
Famulam futuram laribus hanc dono tuis.

2 Acerca do que notaõ os DD. que as authoridades dos Poetas se podem allegar em direito, vt in l. in tantum, in fine, ff. de rerum diuisione: como tambem as authoridades dos Medicos. l. septimo mense, ff de statu hom. supposto isto notemos, que a doaçaõ por causa da morte he hũa liberalidade, de q̃ vsa o donante, considerando a morte que espera, & o espera, ou que de presente

3 sente o está chamándo,& pera ser doá
çaõ *causa mortis*, se requere que se faça expressa declaraçaõ do temor da morte, aliás se reputa por doaçaõ entre viuos, vt textus, & gloss. hìc in verbo si quid humanitatis. E tanto assi, q̃ ainda que hum homem no artigo da morte faça hũa doação, se nãodeclarar que a faz por causa da morte, ou se não fizer expressa menção da morte, se presume *in dubio* por doaçaõ entre viuos. l. seia, §. fin. & ibi gloss. & Doctores. ff. eodem, a qual se póde fazer aotempo da morte com duas testemunhas, & a solemnidade do cap. licet vniuersis, & cap. in omni negotio de testibus cum alijs per Valasc. cons. 73. n. 2. Ord. lib. 1. tit. 78. §. 4.

O Iurisconsulto Iuliano na l. 2. ff. eodem diz, que as especies das doaçoens *causa mortis* saõ tres: a saber. Primeira
4 quando hum homem sem nenhũ perigo presente, ou imminente, mais que sò com o cuidado na morte (pensaõ certa, que todos os humanos deuemos pagar) estando sam, & saluo, doa algũa cousa. A segunda he, quando a doaçaõ se faz por temor do perigo imminente. v. g. quando hum homẽ vay pera a guerra, ou se embarca, ou está grauemente enfermo, pois sempre na paz, & na guerra se ha de temer a morte, vt dicitur in l. Senatus, §. mortis causa, ff. eodem. E esta especie, conforme Paulo de Castro, na dita lei 2. se diuide em duas especies, porque o que faz a doaçaõ, ou doa com condição, q̃ a cousa doada seja logo do donatario que a recebe, mas que a restitua se se não seguir a morte, vt in l. 1. §. item cũ ipse, ff. de donat, ou com o presente medo da imminencia do perigo, doa com tal intençaõ, que seja a cousa do donatario depois que elle doante morrer, & esta he a terceira especie contada na d. l. 2. porque esta doação depende da condição, se morrer, & a outra logo he perfeita pella entrega, mas tãbem com a condição, se conualecer, se reuoga.

E daqui se collige, que esta doação por causa da morte se pòde fazer de tres modos. Primô, com a entrega, quando a doação começa pella entrega, querendo o doante, que depois de
5 sua morte gozе o donatario da cousa doada. Secundò, por estipulação, vt in l. 2. ibi, *stipulari posse*, C. eodem. Tertiò, por concerto particular sem ser solemne, ao qual chamamos em direito. *Nudus pactus*, & assi se podem fazer as doaçoẽs *per pactum nudum*. l. si quis argentum, §. fin. C. eodem. E tambem se fazem as doaçoẽs por escrito, ou escritura por taballião com a solemnidade, que em direito chamamos, *Insinuação*, a qual nesta doação, *causa mortis*, não he necessaria quando se fizer perante cinco testemunhas, porque ainda que regularmente na doação *causa mortis*, se requere insinuaçaõ, sendo ella tal, que exceda a quantia declarada na lei sancimus, & in l. penult. C. de donat. com tudo esta insinuação não he necessaria na doaçaõ *causa mortis*, feita perante cinco testemunhas, conforme a opinião dos Doutores, & Salicet. expresse accepit in hunc sensum l. fin. C. de donat. causa mortis, Alex. cons. 83. n. 17. lib. 2. Mantica, & alij, quos refert Barbosa in l. quæ dotis, n. 105. ff. soluto matrim. do que diremos ao diante, como tambem veremos os modos, com que se reuoga. Primô, ou conualecendo a pessoa que doou *causa mortis*, & tornando a sua saude, ou arependendo se, & mudando a vontade de doar, ou morrendo primeiro o donata-

natario, como diremos.

E o que diz o Emperador, de que sem embargo das discordias, que houue sobre a doaçaõ *causa mortis*, se comparar aos contratos, ou aos legados, se accommodou, & a reduzio à compa raçaõ do legado, *ita vt per omnia ferè legatis connumerentur*, se refere que conuem em tudo esta doaçaõ com o legado no effeito, porque em hũs, & outros se acquire o dominio de direito ciuil. l. vlt. C. de donat. causa mortis. Secundò, conuem no numero das testemunhas, porque se requerem cinco, assi no legado, como nesta doaçaõ, vt in d. l. vlt. Tertió, porque em hũ, & outro tem lugar a quarta falcidia, vt tit. ff. & C. ad l. falcid. & tem lugar tãbem o direito de acrescer, vt in §. fin. Quartò, dase a mesma acçaõ de reuindicaçaõ, assi pera os legados, como pera esta doaçaõ. l. mortis causa. ff. de donat. caus. mort. §. sed olim de legat. porem differem na substancia, porque esta doação não depẽde da aceitação da herança, como o legado. l. post legatum 6. §. penult. ff. de his quibus vt indign. Secundó, porque o filho familia pòde fazer esta doaçaõ, & não pòde legar, como nos mostraraõ os requisitos seguintes, & porque tambem esta doaçaõ necessita do consentimento do donatario, & o legado não. E este nunca se entrega senão depois da morte do defuncto, & a cousa doada se dà muitas vezes ao donatario antes de fallecer o doador.

6 Requeresse pera valer a doaçaõ, *causa mortis*. Primò, que o doador seja pessoa liure, & que tenha poder por direito pera fazer testamento, & não seja dos prohibidos (que abaixo referirei neste liuro 2. tit. 12. *Quibus non est permissum facere testamentum*) porque todos os que pòdem testar, podem tãbem doar, & os que não podem fazer testamento não podem doar, excepto o filho familias, que ainda que não pode testar dos bens que não saõ castrenses, ou quasi, com tudo pòde fazer doaçaõ *causa mortis*, permittindolhe o pai, interpondo sua authoridade. l. tamis, §. 1. ff. eodem. Secundò, se requere, que o donatario seja pessoa capaz de receber a doaçaõ, que lhe for feita, & regularmente todos os que podem ser herdeiros, & legatarios, de que explicarei em seu lugar, podem tambem ser donatarios: porque os degradados, condemnados à morte, hereges, apostatas, collegios illicitos, & filhos incestuosos, dosquaes trararei em seu tit. conueniente, que não podem ser herdeiros, nem legatarios não podem tambem ser donatarios. l. de omnibus, ff. eodem. Tertiò, se requere que se faça menção expressa da morte, ou perigo, por cuja causa se fizer a doaçaõ, aliàs he *inter vivos*, na forma sobredita. Quartò, se requere a presença do doante, & do donatario, que aceite a doação, aliâs não val. l. absente, ff. de donat. l. si ego, ff. de negot. gest. l. inter mortis, ff. hoc tit. Molina de primog. lib. 4. cap. 2. n. 58. Cou. 3. resolut. cap. 16. n. 1. Ioseph. Ludou. dec. 29. n. 3. Clarus in §. donatio, quæst. 13. n. 1. porque a doaçaõ de sua natureza requere aceitaçaõ, & tanto assi, que atê a doaçaõ que se fizer a Deos, ou á Igreja, ou lugar pio, não val, se não for aceita, *more humano*, por algũa pessoa que a aceite em nome de Deos nosso Senhor, ou da Igreja a que for feita, gloss. in l. illud, verb. alia in fine, C. de sacros. Eccles. a qual entendeo assi Barbos. ibi n. fin. Cou. in rubrica de testamentis, par. 3. 7

n.13. Gamá decis.381.n.3. E se o donatario estiuer presente ao fazer da doaçaõ, ainda que expressamẽte a não aceite com palauras, com tudo basta a presença pera se presumir com certeza a acceitaçaõ, ex reg.l.qui patitur, ff. mandat, Alex.in l.vsus in princip. C. eodem, communiter receptum dicit Clarus vbi sup.quæst.14.n.5. & Thesaur.decis.70. n.12. vbi citat illud carmen.

Quis nisi mente inops, oblatum respuat aurum.

E regularmente, conforme a direito, o que calla se julga que consente. l.si siue 5. Cod. ad Velleian. l.si eo tempore 6. & l. si hypothecas 8. Cod. de remiss. pignor. & l. 2. Cod. de acquir. possess. Scacc. de commerc. §. 1. q.7. p.2. ampliat. 19. n. 129. & muito mais nas cousas fauoraueis, l.1. §. pen. ff. naut. caup. & stabul. l. qui patitur, ff. mandat. l. si fideiussor in fine, C. eodẽ titulo, Mascard. de probat. concl. 1158. n.25. Menoch. de præsumpt. lib.3. q. 42. n.11. & n.24. & lib.6. q.99. n.11.

E se a doaçaõ for feita a hum ausente he necessario, que enteruenha o procurador, especialmente deputado pera a aceitar; ou hũa carta, em que o donatario diga, que aceita a doação, que se lhe faz: *& sic interueniente nuntio, aut epistola valida est*, vt per Clarũ d.q.12. á n.1. text. in l. absenti, vbi glossa, & Barthol. ff. de donat. & ao senhor absente se acquire a cousa doada ao escrauo, ex d.l. absenti. Pergunta se agora o que obra a aceitaçaõ do taballiaõ feita como pessoa publica stipulante, &c. Tiraq. Boer. Ruin. & alij citati a Molina de primogen. lib.4. c. 2, n.67. Roland. cons.19.n.17. & diz o Doutor Domingos Homẽ de Almeida no seu tratado do numero quinnario, cap.6.num.10. que o sobredito direito se acquire ao ausẽte pella aceitaçaõ do Taballião antes da ratificaçaõ do donatario he irreuogauel, & não se pòde annullar antes da ratificaçaõ do donatario, & diz, que esta opiniaõ he mais commua, referindo a Tiraq. de constitut, p.3.limit.30.n.49. & 66. Couar. in rubrica de testamentis, p.3. n.13. in fine, & lib.1. resolut. cap.14. n. 11. Valasc. cons.55.n 5. que assi o refere julgado no Senado, & idem testatur in decis. 206. n.4. cum multis citatis.

Secundò notemos, que se a doaçaõ for feita a hum ausente, ao qual o doador mandar a cousa doada, & antes q̃ o donatario à aceite, & receba, morrer o doador, fica a doaçaõ nulla: *Quia mandatum finitur morte mandantis*; & ha de ser restituida a cousa doada aos herdeiros do doador, secund. Molinã de iust. & iure, tract. 2. disp. 263. n. 3. Porem se por culpa do nuncio portador da ditta cousa doada se detiuer a aceitaçaõ, & acontecer o sobredito, ou porque occultou o que leuaua, ou o gastou, & escondeo de modo, que por sua culpa a não aceitou o donatario, neste caso pella malicia está obrigado o nuncio portador a duas restituiçoens, das quaes fará hũa aos herdeiros do doador pella nullidade da doaçaõ, & porque não cumprio o mandato antes da morte do que o mandou, & outra ao donatario, que por culpa do mao portador perdeo a mesma cousa doada, vt per Molinam vbi sup. n.7.

§. *Alia*

§. *Aliæ, & §. Perficiuntur.*

SVMMARIO.

1 *Doaçaõ entre viuos o que he? Corroboraſe a diffinição.*

2 *Differenças da doaçaõ entre viuos, & a que ſe faz por cauſa da morte?*

3 *Quando a doaçaõ he feita com duas teſtemunhas, ainda que nella ſe faça menção da morte, ſe ſe julgará que he entre viuos?*

4 *Se ſe fizer a doação com duas teſtemunhas, & menção da morte, cõ clauſula de non renocando, ſe tomarâ a natureza de doação entre viuos? Entendeſe o Texto na lei vbi ita donatur, ff. de donat.*

5 *Requiſitos pera valer a doação entre viuos.*

6 *Referemſe todas as peſſoas que podem fazer doação entre viuos.*

7 *A que peſſoas ſe pòde fazer eſta doação?*

8 *Doaçaõ he hũa mera liberalidade, q̃ não deue ſer reſpectiua, porque o ſer liberal he acto vtil atê a quẽ o exercita: referemſe algũas authoridades.*

9 *Por iſſo a doação remuneratoria dizemos, que não he propriamente doaçaõ; & ſe he contrató?*

10 *Seſe fizer hũa doaçaõ com pacto de que o donatario ſarà ſeus herdeiros os filhos do doador, ſe valerá?*

11 *Confirmaſe com hum caſo julgado a intelligencia do texto na d. l. vbi ita donatur, pera conhecer a qualidade das doaçoẽs.*

12 *Condiçaõ impeditiua do matrimonio não val, & ſe ſe poderâ pòr, que não caſe o filho ſem licẽça do pai, ou de outra peſſoa?*

13 *Execução da doação ſe defere pera depois da morte, & não o meſmo contrato pera ſe julgar que he entre viuos valioſo.*

14 *Ainda que ſe ponha a condiçaõ de não caſar ſem licença do pai ſe elle depois approuar a peſſoa, cõ quem caſar, ſe valerá a doação, poſto que não precedeſſe licença?*

15 *Refereſe a deciſaõ do caſo ſobredito com authoridade da deliberaçaõ.*

1 A Doaçaõ entre viuos he aquelle, que ſe faz ſem nenhũa ſuſpeita, nem menção da morte, mas procede de mera liberalidade do doante, q̃ quer dar em ſua vida a couſa doada ao donatario, §. aliæ hoc tit. & ibi Doctores.

2 Differençaſe eſta doação da que ſe faz por ſuſpeita da morte. Primó, porq̃ a doaçaõ *cauſa mortis* ſe reuoga pello arrependimento do doante, mas a doação *inter viuos* ſe não reuoga ſò pella mudança da vontade, mas regularmente ſe não pôde reuogar, iuxta textum in l. donatio, §. 1. C. eod. & in l. ſi donat. C. de reuocat. donat. cõ tudo ſe reuoga pella ingratidão do donatario, §. ſciendum hoc tit. & pello naſcimento dos filhos, que depois da doaçaõ ſobreuierem ao doante na for-

Ord. lib. 4. tit. 63.

ma ao diante referida no §. ſciendum, n.8. Secundô, differe eſta doação *inter vivos*, da que ſe faz *cauſa mortis*, porque na *cauſa mortis* ſe requerẽ cinco teſtemunhas, não ſẽdo entre filhos, que então baſtão duas, l. fin. C. de donat. cauſa mortis: porem na doação entre víuos baſtão ſempre regularmẽte duas teſtemunhas. Doct. in d.l. fin. Mozius intract. de donat. in verb. donatio inprinc. n. 18. & Sylu. in ſua ſumma verbo donatio n. 2. in fine. Se a doação for feita perante duas teſtemunhas ſomente, ainda que nella ſe faça expreſſa menção da morte, ſe julgarâ por doação *inter vivos*, & valerá como tal, cap. licet vniuerſis de teſtibus, & ibi DD. porque a doação *inter vivos* ſe pôde fazer tambem no teſtamẽto, como ſe collige da combinação, & conjunção das duas leis in ff. de aſſig. nat. libertorum, l. 1. §. ſi aſſignare, & l. aſſignare, & notatur in l. hæredes palã, §. ſolet. ff. de teſtam. & ſe eſta doação ſe fizer aſſi. cõ clauſula de ſer irreuogauel *ex cauſa mortis*, toma a natureza de doação *inter vivos*, & não ſe póde reuogar, l. vbi ita donatur, ff. de donat. & ita tenet Oldrad. conſ. 114. num. 2. como tambem quando ſe pôde tomar outra conjectura pera excluſaõ de ſer doação por cauſa da morte, ſe julgarâ q̃ he entre viuos, pera que fique mais firme, vt per Grammat. deciſ. 73. n. 12. latê Magon. deciſ. 64. n. 6. E o text. in d.l. vbi ita donatur, entendemos na deciſaõ 20. que ſe ſegue.

Requereſe pera valer eſta doação. Primò, que o doador declare ſua vontade manifeſtamente por palauras, ou em eſcritura judicial, a que chamamos *Inſinuação*, vt Barthol. in l. Modeſtinus, ff. eodem, ibi *Inſinuatio eſt actus iudiciarius, in quo donationis inſcriptu-*

ram redactæ, apud iudicem fit publicatio, & inter acta publica, authoritate iudicis redigitur ad fraudes vitandas. Porem eſta inſinuação não he neceſſaria ſe não quando a doação excede a quantia de quinhentos cruzados, declarada na l. ſancimus, & in l. penult. C. de donat. Secundò, ſe requere que ſe faça *inter viuos*, ſem lembrança da morte, vt textus hìc. Tertiò, que ſeja liure, & perfeita, & ſem repetição, l. hoc iure, §. ſiquis, ff. eodem. Quartó, ſe requere que o doador reſerue pera ſi algũs bẽs de que poſſa teſtar, porque a doação de todos os bens preſentes, & futuros ſem reſerua, he nulla, ſecund. DD. in l. ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligat. & dizem os DD. q̃ ſe ha de reſeruar ao menos o exceſſo da vigeſſima parte do patrimonio do doador pera teſtar, alias ſerá nulla a doaçaõ, vt per Clar. in §. donatio, q. 19. n. 18. Vejamos agora

Quem pôde fazer doação inter vivos?

ET primò, todos os que tem liure adminiſtração de ſeus bẽs os podem doar, arg. l. in re mãdata, C. mandat. & todos aquelles, que expreſſamẽte não ſaõ prohibidos por direito, arg. l. cum Prætor in princip. ff. de iudic. & pera ſabermos quaes ſaõ os prohibidos notemos o ſeguinte.

Primò, o eſcrauo não pôde doar, porque não tem nada proprio, l. ſeruus, l. contra, §. ſi filius, aut ſeruus, ff. de pactis.

Secundò, o filho familias, ainda q̃ eſteja liure do pai, & com adminiſtração do peculio concedida, com tudo não póde doar, porque ſe lhe concede

pera

pera lograr,& não pera perder, l.filius familias in princip.ff.eodem ; porem isto não procede quando o filho família doar com causa justa, d.l.filiusfamilias. Item, quando o pai lhe conceder, que faça a doaçaõ. l.2.in principio ff.eodem. v.g. porque lhe concedeo liure administraçaõ de peculio, & nomeadamente declarou que possa doar d.l.filiusfamilias. Item, se for filho de Duque, Marques, ou Conde, ou Dezembargador, ou de outra dignidade semelhante, val a doaçaõ, d.l.si filiusfamilias, vers. nennunquam. Item, se tiuer peculio Castrense, ou quasi, porq̃ entam he reputado no peculio por pai de familias, & póde doar entre viuos, & por causa da morte, & testar. d. l. si filiusfamilias, §. fin. ff.eodem.

Tertiò, o pupillo não póde doar, assi como não póde administrar seus bens sem authoridade do tutor, l. pupillus, ff.de acquir.rerum dom-

Quartò, o menor, nem com decreto do juiz póde doar as cousas, & bẽs immoueis, text.in l.fin.§.fin.C.si maior factus.

Quintô, o mentecapto, & furioso não podem doar. dicta l. Modestinus in fine, ff.eodem.

Sextò, o prodigo não póde doar os bens que lhe estão impedidos pera os não administrar, l.is, cui, ff. de verborum obligat.

Septimò, aquelles, a quem for prohibido o poderem alhear seus bens. v.g. os que commettem o crime læsæ maiestatis, os quaes não podem doar, ainda que morraõ antes de serem accusados do tal crime, text. in l. donationes, §. fin. ff.eodem.

E daqui podemos colligir quaes sejaõ aquelles,

A quem se póde doar inter viuos?

POr regra notemos, que a todos aquelles, que não saõ prohibidos por direito se póde doar, ou sejão pais de familias, ou filhos familias, estranhos, scilicet, *pubes*, ou *impubes*; porque o pupillo pera seu proueito póde contratar, como fica dito no tit. de authoritate tutorum. E os pais não podẽ doar aos filhos familias que tem em seu poder. l.donationes, quas parentes, C. de donat. inter vir. & vxor. l. si pater, C. de inoffic. ios. donat. l.1.§.patet filio, & l. si pater filiæ, ff. de vsucapion. pro donat. porẽm aos filhos emancipados bem podem doar, vt per Aretin. in l.placet n.4. ff. de acquir.hęredit. l. siue emancipatis, C. de donat. Dec. conf. 86 col. penult. Item, se póde doar não sò aos amigos, mas tambem aos desconhecidos, & estranhos. l.in extraneas, Cod. eodem, porque a doaçaõ he hũa mera liberalidade, & esta não deue ser respectiua; & assi se finge, tratando da liberalidade, hũa pẽla achumbada lançada muito longe com esta letra, & exposiçaõ.

Longius exacti præstat vibratio Disci.
Est ars discoboli lex rata magnanimis.

Eparece que foi tirada das palauras do glorioso, & Angelico Doutor S. Thomas, que explicãdo a liberalidade diz assi: *Sit liberalis beneficus etiam in extraneos, & eos qui â se remoti sunt: quẽ admodum inter discobolos is vincit, qui remo-*

remotius Discum amandat. Bem concorda com isto o que se lè na sagrada Scriptura in libro 3. Esdræ, da grandeza, com que elRey Assuero premiou Zorobabel, não sò com o que lhe tinha prometido, mas com auantejados premios, porque a liberalidade consiste em exceder à imaginação do que recebe, & não sò satisfazer, mas êfastiar com dadiuas aos obrigados: porque deste fastio resulta maior empenho, & delle augmentos de merecimento, tudo se vio neste lugar, em que o Rey disse: *Pete si quid vis amplius, quam quæ scripta sunt, & dabo tibi secundùm quod inuentus es sapientior proximis, & proximus mihi sedebis, & cognatus meus vocaberis.* E desta grandeza resultou tanto empenho, que pedio Zorobabel a merce, com que o Rey lhe ficou mais obrigado, & o bem publico mais acrescentado; patet ex verbis, ibi: *Ait ei Rex: Memor esto voti tui, quod vouisti ædificare Ierusalem in die, qua Regnum accepisti, &c.* & ficou sendo tam liberal a petição, que desobrigou o Rey do voto, como a promessa, que abrio as portas á confiança de Zorobabel. E por isso diz o nosso Emperador, que a doação feita por causa de bens, ou seruiços recebidos não he propriamẽte doação: *Idèo donatio ob causam non est propriè donatio, sed magis ob causam datio.* l. 1. ff. de donat. & chamase contrato innominato, que não tem nome certo em direito, Barthol. in l. 2. n. 8. & 9. C. de donat. ob caus. Tiraq. in l. si vnquam, in vers. donatione largitus, n. 123. C. de reuoc. donat. Natta in cons. 608. n. 15. Mantica tomo 2. lib. 13. tit. 3. n. 6. de tacitis, & ombiguis conuentionibus. E no tit. de obligat. auemos de tratar, se toda a doação he contrato, ou não a dexpositionẽ l. iuris gentium 7. ff. de pactis. vbi Barth. & alij de quibus Pichard. in §. actionum, quæst. 27. n. 41. infra de action. Amaya lib. 2. obseru. cap. 4. n. 16. E assi se fizer hũa doaçaõ, & o doador nella puzer pacto, de que o donatario fará seus filhos que nascerem seus herdeiros, posto que Paulo de Castro no 1. liuro cons. 347. aconselhou que valia o tal pacto, com tudo melhor opiniaõ he, q̃ não val, & que he nulla, & interesseira a doaçaõ; porque como a herança seja succeder em todos os bens do defuncto, & seu direito, & acçoẽs, iuxta l. nihil est hæreditas, ff. de verborum significat. fica sendo muito interesseiro o pacto, & he nulla a doaçaõ, ita tenet Barthol. in l. stipulario hoc modo concepta, n. 5. in verbo aut promisit hæreditatem, & in l. vlt. n. 14. C. de pact. & Curt. iun. ibi num. 14. Roman. cons. 293. n. 2. Alex. cons. 28. n. 5. vers. & comprobatur, & in lib. 3. & de magis communi testatur Cagnol. in d. l. vlt. n. 223. sequitur Clar. in §. donatio, q. 18. vers. sed quæro, & Mantica de tacitis, tomo 2. lib. 13 tit. 33. n. 7.

Vejamos agora em confirmaçaõ do referido o caso seguinte, que nos ensinarâ conhecer a qualidade das Doaçoẽs.

Posto que na doação se faça menção da morte, se se puzer clausula de que valerá sempre, se julgará ser doaçaõ entre viuos?

EM o anno de 1614. na cidade de Euora fez Brites de Aires a doaçaõ, ou capella, de q̃ tratou a escritura em fauor de seu sobrinho Ioaõ Camello filho de Manoel Camello, & de Ines Vieira sua irmaã dos bẽs de

de sua amẽtàde, com declaração, que não entraria na posse, & administração destes bẽs, senão depois da morte della dotadora, & depois da morte de seu marido Fernão Luis, & entre outras clausulas que lhe poz, foi hũa, que não casaria com molher de nação, nem bastarda, porque com as mesmas condiçoẽs trarião estes bẽs os mais successores, & administradores, & que outro si casaria com consentimento de seu pai; porque a condição impeditiua, & que prohibe o matrimonio, ainda que he nulla, ex text. in cap. gẽma, de ſponſalib. cum alijs similibus; com tudo a condição de pedir licença a alguem pera casar, & sua obediencia, não se julga por impeditiua, & val. Ioan. Lup. in repet. c. per vestras; §. 21. n. 1. cum seqq. de donat. inter vir. & vxor. post Iaſ. in l. 2. col. fin. n. 25. ff. de iurisd. omn. iudic. tradit Cassan. in consuet. Burgund. char. 232. Castrens. in l. 2. C. de inst. & subst. sub condit. fact. & idem Paul. Castrens. cons. 300. col. 1. lib. 1.

Succedeo o caso da vocação por falecimento de Brites de Ayres, & de seu marido, & porque estaua absente o dotado Ioaõ Camello nas partes do Brasil, lançou mão destes bẽs Izabel Luis Telles, a qual foi demandada no libello, pera que os largasse do tempo daindeuida occupação com os fructos que recebeo sem titulo.

Defendeo se na contrariedade dizendo, que o titulo por onde possuia os bens dotados com os mais bens da defuncta Brites de Ayres, era por ser sua herdeira, & que a doação foi nulla, porque sendo a doação *causa mortis*, não teue as qualidades da lei, q̃ era ser approuada com cinco testemunhas. Secundò disse, que ainda q̃ esta doação fora valiosa, não podia o appellado pedir os ditos bẽs, porq̃ casara sem consentimento de seu pai, & com molher, que não tinha as qualidades, de que a dotadora fez menção na escritura, que por este respeito ficaua excluido.

Indo a final ao juiz deu sentença, em q̃ houue por boa a doação, vendo que o appellado era legitima pessoa, q̃ auia succeder nestes bens, & que a doaçaõ era valiosa, & que o A. tinha satisfeito às clausulas, & condiçoẽs della, & q̃ a Rẽ deuia ser obrigada a largar os ditos bẽs com os fructos da lide contestada em diante, & assi se diffirio, & confirmou neste tribunal supremo da Casa da Suplicação pellos fundamentos abaixo apontados.

Porque nem a Ré foi parte pera allegar a nullidade da doação, & daquelle contrato, por quanto esta somẽte se podia allegar pella dotadora, que a fazia, & não por terceiro, pois vemos que falleceo com esta vontade, & a não reuogou, & quiz que seus bẽs ficassem vinculados em capella com obrigação de missa, chamando pera administração della varios successores, conforme a lei si quis pupillo, ff. de actionibus empt. §. ex contrario infra quibus alienare licet vel non, Surdus cons. 523. n. 102. & cons. 284. n. 4.

Nem outro si se pòde dizer, q̃ este contrato fosse doação *causa mortis*, & que pera sua validade erão necessarias cinco testemunhas. por quanto se considera q̃ muito tẽpo, antes auia que a defuncta intentaua fazer de seus bens hũa capella pera bem de sua alma, como consta do testamento, & isto mesmo he a que a defuncta fez pella

eſcritura, que na verdade ſomente foy hũa inſtituiçaõ de capella, ou morgado, que ella muito bem podia fazer pello ditto contrato, iuxta notata per Molinam de primogenijs lib. 1. cap. 12.

E a doação a reſpeito do appellado conſiſtio ſomente em ſer chamado por primeiro ſucceſſor, & adminiſtrador deſta capella, depois da morte da defuncta, & de ſeu marido; termos, em que ſe não póde dizer, que foſſe doaçaõ, *cauſa mortis*; porque a tal doaçaõ ſe chama aquella, que tem por cauſa a morte, & não aquella, cuja execuçaõ ſe defere pera o tempo da morte, como depois de outros notou Molina tomo 2. de iuſtitia, & iure, diſputatione 287. verſ. illud poſtremo, onde declara, que por ſe deferir á execuçaõ da doação, & entrega dos bens pera depois da morte do doador, fica ſendo logo doaçaõ *inter viuos*, porque não ſe defere a validade do contrato, ſenão a execuçaõ delle, pello texto in leg. ſeia, §. vltim. ff. de mort. cauſa donatione, ibi: *Enim autem qui abſolutè donaret, non tam mortis cauſa quã morientem donare.* Explicat Gama deciſ. 103. num. 3. & deciſ. 143. alter Molina de primogenijs lib. 4. cap. 2. n. 46.

Pello que ſe não póde duuidar, q̃ a ditta doação ſeja entre viuos, como por palauras expreſſas o diſſe a defuncta, ibi: *Fez pura, & irreuogauel doaçaõ entre viuos valedora, pera ſempre, & pera depois de ſua morte ao d. Ioaõ Camello ſeu ſobrinho, &c.* E certo he, que ſe ella fazia morgado, & chamaua o Autor por ſucceſſor a elle, claro eſtá, q̃ não podia ſer ſenão depois de ſua morte, o que nenhũa conueniencia tem, nem ſemelhança com a doação *cauſa mortis*, que tem por cauſa o perigo preſente, & o temor da morte, & aſſi não neceſſitaua de mais teſtemunhas, que tres.

13

E quanto áquella condiçaõ de caſar com conſentimento do pay, he impeditiua matrimonij, & a não approua o direito canonico, ſegundo o qual pera o matrimonio ſe requere vontade liure, & independente de outra, como notaõ os Doutores no cap. Gemma. de ſponſalib. Sanches de matrimonio, lib. 4. diſput. 25. onde em o numero 3. diz, que eſta doutrina não recebe duuida quando ſe caſa com peſſoa, que o não deſmerece, como he no caſo preſente, onde o Autor caſou cõ peſſoa de qualidade, & igual a ella, ſem defeito de honra, & de que o pay foy contente, approuando, & ratificando em quanto foi viuo; o que ſe proua pello texto in l. cum tale, §. ſi arbitratu. ff. de condit. & demonſtrat. ibi:

Si arbitratu Titij ſeia nupſerit hæres meus illi fundum dato, viuo Titio etiam ſine arbitrio Titij, eam nubentem legatum accipere credendum eſt: eamq́ legis ſententiam, ne quod omninò nuptijs impedimentum inferatur:

14

E aſſi ſe julgou na cauſa de Arrayolos de Ioaõ Camello morador neſta cidade de Lisboa, contra Izabel Luis Telles R. moradora na ditta Villa de Arrayolos. Em a qual o doctiſſimo, & digniſſimo Doutor Martim Affonſo de Mello fez a conſideraçaõ ſeguinte.

Negari non poteſt in caſu præſenti, de quo agitur, eſſe donationem

Decis. 20 *tionem inter viuos, & non mortis causa, vt ex donantis verbis supra, manifestè colligitur ibi, doaçaõ irreuogauel entre viuos valedoura pera sempre; quia quamuis ibidem mortis mentionem factam inuenium, tamen cùm talis mentio fiat per viam delationis, non mortis causa, sed inter viuos donatio facta censetur, Gama decis. 303. num. 10. Barbosa in l. quæ dotis 34. num. 19. ff. soluto matrimonio, Phœbus 2. part. decis. 128. per text. in l seia, §. fin. l. vbi ita donatur, ff. de donationibus causa mortis: deinde donans non reuocare donationem promisit, in qua specie datur donatio inter viuos, ex Gratiano discept. tomo 1. cap. 6. num. 4. & seqq. eum igitur huiusmodi donationis inter viuos natura sit irreuocabilis, immerito in testamento postea celebrato à donante reuocatur. Neque obstat quòd donatio sub aliquibus conditionibus facta fuit, vt constat ex actis, & quod illis non adimpletis donatario non spectat, neque acquiritur ex regula, l. si quis sub conditione, ff. si quis omissa causa testamenti, Surd cons. 91. n. 11. Tuscus litera C. conclus. 503. nam satisfacit allegatio supradicta, &c.*

Conuindo todos na confirmação da sentença na forma referida, julgando a doação por boa, & que às condiçoẽs tinha o Autor satisfeito, como acima apontei.

§. Sciendum.

SVMMARIO.

1 *Doaçaõ entre viuos perfeita, não se póde reuogar. Respondese á duuida contraria, com ampliaçaõ, & limitaçoẽs.*

2 *Por causa de ingratidaõ se póde reuogar a doaçaõ perfeita, pois não ha peor vicio que a ingratidaõ.*

3 *Causas de ingratidão porque se póde reuogar a doaçaõ. Referemse todas.*

4 *Donatario se está obrigado a alimẽtar o doador?*

5 *E se se reuoga pello nascimento dos filhos?*

6 *Mas o que tiuer doado a seus filhos, & casar segunda vez, se se reuogará a doaçaõ?*

7 *Se se pôde reuogar a doaçaõ por outra causa alem das referidas?*

8 *Se procede isto nas doaçoẽs simples, & não nas que chamamos remuneratorias.*

10 *Proua da ingratidão, como se fará.*

11 *Resumemse todos os bens que podem ser doados.*

12 *Cousas alheas se se podem doar, & se fica o doador obrigado pella euicçaõ?*

13 *Doaçaõ se se fizer a hũa pessoa, & não se lhe entregar a cousa doada, doandose a mesma cousa a segundo, & entregandoselhe, qual se preferirá?*

14 *Se procederá a mesma preferencia nos contratos?*

COm este §. concorda o tit. in C. de reuoc. donat, & nelle refere o Emperador hũa regra geral. s. que a doaçaõ *inter viuos* hũa vez que he perfeita, nunca mais se pòde reuogar, vt hìc, & l. vlt. C. de vsu. cap. pro donato, & constra isto não obsta a regra, que diz ser a vontade do homem varia ate a morte: porque se responde, que isso procede nas doaçoẽs *causa mortis*, & nos testamẽtos, & vltimas vontades, & não nos contratos, nem nas doaçoẽs entre viuos, que hũa vez feitas não se reuogão mais, iuxta regulam: *Quod semel placuit, amplius displicere non potest.* cap. quod semel, de reg. iuris in 6. E ampliase esta conclusaõ em tanto, que depois da doação perfeita he obrigado o doador a entregar a cousa doada ao donatario, da mesma maneira que o vendedor he obrigado a entregar a cousa vendida ao comprador. textus hìc, in §. aliæ, & in l. si quis argentum, §. fin. Cod. de donat. o que procede quãdo o doador he senhor da cousa doada, & tem poder de direito pera a entregar; porque se o não tiuer, pagarà o que ella valia, *& soluendo interesse liberatur.* l. 1. & ibi glossa, & Doctores ff. de act. empt. Secundò, se amplia, q̃ nem por promissaõ real se pòde reuogar a doaçaõ perfeita, l. si donationẽ, C. de reuocan. donat. Limitase porem o sobredito de modo, que não pòde o doador *ex sola pœnitentia*, & por sua vontade somente reuogar a doação; mas por causa da ingratidaõ bem pòde, porque ao ingrato rezão he, que lhe falte todo o fauor, como peor bicho da terra, assi o entendeo Seneca, quando disse: *Ingrato homine terra nil peius creat.* Cui Elipidius concinuit.

Cabed. dec. 186.

Nil homine ingrato peius reperitur in orbe,
Nil scelerum carcer tetrius orcus habet.

Ord. lib. 4. tit. 63. §. 7

Thab. dec. 86.

Pello que com muita grauidade, & prudencia se julga, que pella ingratidaõ do donatario se reuoga a doaçaõ, l. fin. Cod. de reuocand. donat. pera que ninguem vze mal da grandeza, com que se lhe faz tam grande fauor. E assi tira a ingratidaõ atẽ as diuidas da natureza, como fica ditto na materia dos alimentos, que se não deuem aos filhos ingratos, & veremos neste liuro no titulo de exhæredatione liberorum. E he tanto isto assi, que se o doador puzer na escritura da doaçaõ hũa clausula, em que diga, que valerà

valerá pera sempre a tal doaçaõ, & não se reuogará nunca, nem por causa da ingratidão. Não valerá esta clausula como posta contra os bons costumes, & sem embargo della se reuogará a doação, se o donatario for ingrato. l. pacta quæ contra, Cod. de pactis, & l. si vnus, §. pacta, ff. de pactis: mas porque em direito se declara qual deue ser a causa da ingratidão, que anuulle a doação, vejamos as principaes, que se apontão na lei final, C. de reuocand. donat. & in cap. final. ext. de donation. & saõ as seguintes.

& §. 1. & 2. 1. se o donatario puzer maõs impias, & violentas no doador. 2. se lhe fizer

ibi §. 3. algũa injuria verbal atroz. 3. se der algum damno graue aos bẽs do doador,

& §. 4. & a suas cousas. 4. se machinar contra o doador algũa treição, procurandolhe a morte. 5. se não cumprir as

& §. 15. condiçoẽs postas na escriptura da doação. d. l. fin. & d. c. fin. 6. per gloss. in d. l. fin. sup. verb. *volueris*. 6. se o donatario não quizer alimentar o doador pobre: mas nisto ha varias opinioens, porq̃ conforme a distincção de Cyn. in d. l. fin, se ha de entender assi: ou a doação consiste em quantidade consideraue̅l, & he de grande fazẽda, & entam tem lugar a disposição da gloss. pera o donatario ser obrigado a alimẽtar o doador, sobpena de ingrato; ou a doação consiste em algũa cousa de pouco valor. E então não he obrigado o donatario a alimentar o doador. 7. se reuoga a doaçaõ pello nacimento dos filhos, que sobreuem ao doador. De modo que se elle ao tempo que fizer a doação não tiuer filhos, & depois lhe sobreuierem, fica nulla a doação. l. si vnquam, Cod. de reuocand. donat. Socin. cons. 93. 4. volum. col. 4. & pera melhor entendimento disto fa-

çamos hũa distincçaõ de dous casos. Primeiro, ou a doaçaõ foi feita depois do nascimento dos filhos. Segundo, ou antes de elle nascidos. No primeiro caso regularmente se reuoga a doação *vsq; ad debitum bonorum subsidiũ*, scilicet, atê a legitima. l. 1. & l. si liquet, C. de inofficios. donat. No segundo caso. s. quando a doaçaõ for feita antes do nascimento dos filhos, entaõ se ambos, donatario, & doador declararaõ, & cuidaraõ, q̃ a tal doaçaõ foi feita por não hauer filhos neste caso se reuoga *in totum*, pello nascimento dos filhos, porque falta a condiçaõ, & substancial da doação, secundùm Doctores in dict. l. si vnquam. E se expressamente se declarar, que valerá a doaçaõ, ainda que sobreuenhaõ filhos, entaõ se reuogará, como no primeiro caso, até a legitima, arg. l. si totas, C. de inoffic. donat. E sendo a doaçaõ duuidosa, que se não declare o entendimento do doador, distinguiremos, ou a doaçaõ he feita a hum dos filhos, & entam se reuoga atê a legitima, d. l. si totas, ou he feita a hum liberto, & se reuoga *in totum*. dicta leg. si vnquam: *Quia ideo videtur donasse liberto, quod liberos non habuit, qua causa cessante, cessat donatio*. Ou he feita a hum estranho, & tambem se reuoga *in totum*, conforme a melhor opinião, da glossa in dicta leg. si vnquam, porque não he criuel, que o doador quizesse antepòr as successoens alheas ás suas, como diz o Emperador, na lei cum acutissimi, in fine, Cod. de fideicommissis, Salicet. & Doctores in dicta lege, si vnquam: os quaes todos notaõ aqui acerca do sobreditto, que a mãy, que fizer doaçaõ a seu filho, sendo caso, que case segunda vez, não se reuogará a doaçaõ senão por

6 tres cauſas. Primeira, ſe procurar a morte da mãy. Segunda, ſe lhe puzer maõs violentas. Terceira, ſe procurar deſtruirlhe toda ſua fazenda. Authẽt. quod mater, C. de reuocãd. donat. mas iſto não procede no pai que caſar ſegũda vez: porque o direito acima referido ſe não acha mudado no pai, *& quod non mutatur, quare ſtare prohibeatur*? l. ſancimus, Cod. de teſtam. E Suppoſto que aqui dizemos, que por eſtas ſeis cauſas ſomente ſe reuoga a doação, com tudo ſe póde reuogar tambẽ por outras cauſas ſemelhantes a eſtas, ou mais graues. l. ob æs alienum, vbi gloſ
7 ſa, & DD. C. de prędȝ min. l. 1. §. 1. ff. ſi menſ. falſum mod. dix. gloſſ. verbo voluerit, in d. l. fin. Barthol. in l. ſi conſtante, n. 44. ff. ſoluto matrim. Alc. de verborum ſignif. lib. 2. fol. 54. Gomes 2. tom. cap. 4. num. 14. Couar. in cap. Rainuntius in princip. n. 16. de teſtamentis, Clarus in §. donatio, q. 21. n. 2. Molina de primogen. lib. 2. c. 9. n. 32. Surd. deciſ. 276. n. 17. Barboſa in l. ſi mora, n. 25. ff. ſoluto matrimonio, Phæb. deciſ. 34. n. 14. que todos reſpondem á opinião contraria, & ſeguẽ eſta por mais prouauel, & melhor, como veremos ao diante no tit. de exhæ. redat. liberorum. Finalmente notemos, que tudo o referido procede na doação pura, & ſimples feita por mera liberalidade, mas não tem lugar nà
8 doaçaõ remuneratoria que ſe faz em pago de boas obras recebidas, a qual propriamente ſe não chama doaçaõ, & he irreuogauel. l. ſi pater, §. fin. de donat. Iaſ. in l. non ſortem. §. libertus ff. de condict. indebiti: nem ſe reuoga por ingratidão, nem neceſſita de inſinuação, mas ſempre he firme, & valioſa como ſatisfaçaõ de diuida tam preciſa, vt Iaſ. in d. l. non ſortem. E por remate notemos, que a proua da ingratidão ſe ha de fazer em juizo. d. l. fin. §. ex his, verſ. iuditium 2. & com proua plena, & legitima, d. l. fin. §. ex his, 9
ibi: *dilucidis argumentis*. 3. & preſente a parte com conhecimento da cauſa, d. §. ex his, ibi, *Cognotionaliter approbatæ*.

E pera concluſaõ deſte §. & fim das doaçoẽs *inter viuos*, bom ſerá que aduirtamos.

Que bens podem ſer doados?

E Por regra ſaibamos, que todas as couſas ſobre que comerciamos, & tratamos, & eſtão ſugeitas, ou ſe podem ſugeitar a noſſo dominio, podem trespaſſarſe tambem
10 a outros por titulo de doação. l. in ædibus, §. fin. ff. eodem, ou ſejaõ moueis, ou imoueis, corporais, ou incorporais, como ſaõ os direitos, acçoens, & pertençoẽs; nas quaes quando ſe faz ceſſaõ, & treſpaſſaſſaõ dellas, não he neceſſario conſentimento do deuedor, ou obrigado contra quem ſe faz ceſſaõ, & trespaſſaçaõ. l. 1. & 2. C. eodem, & nos inſtrumentos de cõpra dos prazos doados, & entregues, ſe entende tambem ſer feita a entrega, & doaçaõ delles. l. 1. C. eodem: porem as couſas, que não eſtaõ em noſſo patrimonio, nem as podemos ſenhorear como ſaõ os bens da Igreja, couſas ſagradas, religioſas, & ſantas, não ſe podem doar, nem aceitar, ſecund. gloſſ.
11 in l. in ædibus, §. fin. ff. eodẽ, per textũ in §. 1. infra, de inut. ſtipulat. & §. nullius, ſupra de rerum diuiſion. Pergunta agora a gloſſa nad. l. ædibus, §. fin. ſe ſe podem doar as couſas alheas, & reſolue que ſim: porque as couſas alheas bem ſe podem doar, ſe ſeu dono conſente

sentir na doaçaõ, vt per DD. in l. 1. C. si aduers. donat. facit text. in l. 1. C. si res aliena, & ita tradit Castilh. decis. Sicil. 133. lib. 2 & tambem se podem legar, interuindo o consentimento de seu dono Franch. decis. 329. Viuius decis. 417. & este consentimento se proua dandoo expressamẽte o senhor da cousa, ou tacitamente se esteue presente à doação, & a não contradisse, ou foi testemunha, & nella fez sua subscripçaõ, vt latè declarat Rubin. decis. 72. vt constat per totum titulum, ff. pro donato: & somente he questaõ, se fica entam o doador obrigado pella euicçaõ (que he hũa auçaõ, que explico no 4. liuro, tit. 6. de actionibus, §. actionũ, pella qual o Author senhor da cousa, q̃ outrem possue, a cobra outra vez, & lha tira de poder por sentença) & distingue a glo ff. ibi. ou a euicçaõ foy prometrida, & se obrigou a ella o doador, & fica obrigado, ex l. 2. Cod. de euict. ou não se tratou della, nem o doador se obrigou, & entaõ se distingue tambem; ou a doaçaõ começou por promessa feita de antes, & entam fica o doador obrigado pella euicçaõ, ex communi sententia DD. post gloss. in l. 2. & in l. Aristo, §. fin. ff. eodem, & per textum in l. 1. C. iure dotium: ou começou pella entrega sem ter precedido promessa mas somente por liberalidade mera do doador, & naõ fica obrigado pella euicçaõ. d. l. Aristo, §. fin. & l. ad res donatas, ff. eodem. facit Clem. 2. in verbo, *gratiosè*, de censib.

E acerca do que acima dissemos, de que a doaçaõ antes da aceitaçaõ do donatario se pòde reuogar, ex textu in l. si absenti, ff. de donationibus: & probatur ex l. si ego, ff. de negot. gest. porque tem a condiçaõ tacita. s. que valera, sendo aceitada pello donatario vt per Bald. in Authent. generaliter, col. pen. verbo, *quæritur vtrùm ex scriptura*, C. de Episcop. & Cleric. Corn. cons. 126. Dec. cons. 432. n. 26. & 27. & cons 305. com tudo he de notar, q̃ pella aceitaçaõ fica o donatario senhor da cousa doada, em tanto que se doar hũa cousa, & não se entregar ao primeiro donatario, & depois se fizer outro contrato, & se entregar a cousa a outro donatario segundo, será preferido ao primeiro, vt est text. in l. quoties, vbi Barth. & latè Ias. n. 10. Cod. de reiuendicat. sancit. & in l. si ea res, §. si ff. de act, empti. cum alijs. de quibus Ias. d. n. 10. o que procede ainda que a primeira doaçaõ fosse feita com juramento, como naõ houuesse entrega, se antepoem o segundo que recebeo, & a quem se entregou a cousa doada, vt per d. Ias. in d. l. quoties, n. 36. como tambem he resoluçaõ certa em direito, que quando se faz hum contrato, & depois se faz segundo cõm outro, & a este segundo se entrega a cousa sobre que se contratou, sempre se prefere o segundo, & contra elle não ha acçaõ, vt pro regula dicit textus in d. l. quoties, a qual procede, ou os contratos sejaõ gratuitos, ou oneroso s, Gomes 2. tomo, cap. 2. n. 21. ampliat. 1. Gab. in tit. de restit. conclus. 2. à n. 8. cum seqq. Molina disp. 369. à n. 3. Valasc. de iure emphyteut. q. 11. n. 9. Ord. lib. 4. tit. 7. §. 2. Menoch, de arbitr. casu 381. n. 9. & lib. 3. n. 5. Pinel. in l. 2. C. rescind. d p. 2. c. 21. n. 37. & 38. Cald. in l. si curatorẽ, verbo, sua facilitate, n. 4. E ainda que algũs Doutores limitẽ esta resoluçaõ no caso, que pello primeiro contrato se transferio a posse por clausula de constituto, com tudo todos vniformemente concordão, & a sublimitaõ quando o primeiro pacto 12 13

foi a cousa entregue ao segundo. Gomes, l. 45. Tauri, n. 93. Gutier. de iuramento, cap. 30. n. 6. & in §. sui, n. 92. infra de hæred. qualit. Gabr. d. concl. 2. n. 22. faciunt tradita per Telum, l. 17 Tauri, à n. 25.

DE DONATIONE PROPTER NVPTIAS.

§. *Est & aliud.*

SVMMARIO.

1 *Explicase a doação feita á molher pello marido, antes de casarem, & os requisitos necessarios pera valer, & quando he prohibida.*

2 *Doação propter nuptias, se val em cõpensaçaõ da nobreza, ou da idade? Propoemse o facto de hum caso julgado.*

3 *Doaçaõ propter nuptias se se pòde reuogar por ingratidão?*

4 *Doação de todos os bẽs, se se reseruaraõ algũs pera testar, valerâ, & como, & o que procederá na doaçaõ causa dotis?*

5 *E se a auçaõ ciuil contra a molher pera perder os bens pello adulterio commettido em vida do marido, passa aos herdeiros, ou não. Refere se julgado.*

6 *Se o doador em sua vida não reuogou a doaçaõ pella ingratidão, ou não moueo demanda ao donatario, se poderaõ os herdeiros intentala?*

7 *Bens doados se haõ de vir à collaçaõ?*

Doaçaõ de todos os bens quando he prohibida, & se se permitte a fauor de causa pia. 8

Bens da coroa se se podem alhear? 9

Direito de accrescer, como tinha lugar nas doaçoẽs? 10

1 DEclara o Emperador neste §. outra especie de doaçaõ inter viuos, da qual ha tambem outro tit. in C. de donat. ante nupt. & Authent. de æqualitate dotis, & donat. propter nuptias, & in princip. in Auth. vt sponsalitia largitas specialis sit contractus. E assi com breuidade notemos, que este contrato foi introduzido pello direito ciuil, per textum, & DD. hìc. E conforme a isto vejamos a diffiniçaõ delle. s. Doaçaõ *propter nuptias*, he a que o marido faz á molher antes de casarem, a respeito do dote, q̃ receber, & em compensaçaõ do mesmo dote: porque assi como a molher dâ o dote ao marido, assi recebe delle esta doação. l. cum multæ, C. de donat. ante nuptias, & dizemos nesta diffiniçaõ, antes de casarem, porque a doação *inter virum, & vxorem*, he prohibida depois de casarẽ, *cõstante matrimonio*, vt in l. cum alijs, ff. de donat. pera que com o reciproco amor se não despojem de seus bens: porem se a molher fizer doaçaõ ao marido (ja depois de casados) dos acquiridos, val: porque pera ser nulla a doaçaõ se requerem duas cousas principais. Primeira,

meira, que hum fique rico. Segundá q outro fique pobre, ex textu in l. 3. ff. de donat. inter virum, & vxorem, ibi: *Ne vè melior in paupertatem incideret, & deterior ditior fieret.* l. seruº, ff. quod vi aut clam. & na renũciaçaõ dos lucros acqüiridos (feita durante o matrimonio) ainda que se ache o primeiro, scilicet, que grangeie mais com isso o marido, com tudo não se vè o segundo, porque a molher não perde com a doação dos acquiridos, nada do seu dote, mas somente perdoa os lucros futuros, que saõ termos diuersos: *Quia potest non acquirere, quamuis non possit donare*, l. si sponsus, § si maritus, ff. de donat. inter virum, & vxorem; ibi: *neque pauperior fit qui non adquirit, sed qui de patrimonio suo deposuit*) hanc sententiam secutus est Palacios Rubios in repetit. rubricæ, §. 47. in principio, & in vers. ex his, onde refere, que assi fuija decidido, Roder. Suares in principio leg. fori, tit. de las ganancias, & por esta opinião faz muito o conselho de Socin. cons. 189. per totum, porque a doaçaõ não he prohibida entre o marido, & molher, quando por ella não ficão priuados de seus bens. l. si id quod, §. si quas, ff. de donat. inter virum, & vxorem. Tambem se aduerte acerca disto, que a doaçaõ entre o marido, & molher, antes do matrimonio he valida quando se faz em compensaçaõ da idade. s. quando hũa molher velha casa com hum mancebo, ou hum velho com hũa moça, Aymon. Crauet. subtiliter declarans cons. 51. per totum. Tambem val a doaçaõ antes do matrimonio, quando se faz em recompensaçaõ do perdimento de nobreza, como agora: Se hum homẽ vil, & baixo casa com hũa molher nobre, a qual logo fica por direito, seguindo o foro, & condiçaõ do marido, este tal bem póde doar à molher, & valerá a doaçaõ em recompensaçaõ da nobreza, que ella perdeo em casar com elle. gloss. in l. si volantate, C. de dot. promiss. Isa. in l. si diuortio, ff. soluto matrimonio, Præpos. in cap. fin. in fin. col. 2. de donat. inter virum, & vxorẽ, Ioann. Lup. in repet. eiusdem rubric. char. 4. & 5. E nòs em confirmaçaõ disto veja nos o caso seguinte cheio de excellencia de doutrina. E foi, que hum Romaõ Francisco veuuo tratou de casar com hũa moça chamada Catherina Ioaõ, fezse escritura de dote, em que se declarou, que se succedesse separarse o matrimonio por morte do ditto Romaõ Francisco, sem delle ficarem filhos, haueria, & herdaria a ditta Catherina Ioaõ todos os bens moueis & de raiz, direitos, acçoẽs, pertençoẽs que ficassem do ditto seu marido, & de tudo lhe fez dote, & doaçaõ, com reserua de trinta mil reis pera dispor, & testar. E recebendose com effeito, veio a fallecer sem filhos, & sem fazer testamento: & estando a ditta sua molher de posse dos bens pello titulo de doaçaõ sobreditta, vieraõ os irmaõs do defuncto como herdeiros abintestato, tratando de reuogar a dita doaçaõ, & repetir os bens doados, allegãdo ser nulla por a dita Catherina Ioaõ hauer commettido adulterio, com que ficara inhabil, & articulando tudo por libello, houue contrariedade, & processados os termos ordinarios a final julgou o juiz do ciuel desta Cidade a ditta doaçaõ por boa, & que os Autores a naõ podião reuogar, absoluẽdo a Rè; & esta sentença se confirmou no Senado pellos fundamentos seguintes.

Primó, porque a doaçaõ feita em con templa-

2

templaçaõ do matrimonio se não pò-
3 de reuogar por causa da ingratidão. Anton.Fab. in suo Cod. sub titulo de donat reuocan. definit. 1. Barbosa ad Ord.lib.4. tit.63.in princip.n.12,

Secundò, porque a doaçaõ he va-
4 lida, & a ditta reserua de trinta mil reis não he modica, nem necessita de insinuação, porque quando o doador de todos os bens reserua algũa parte delles pera testar, he valida a tal doação. Ord.lib.4. tit.70. §.3. ibi, *não reseruãdo delles pera si cousa algũa*; & Valasc. de part.cap.20.n.16. vbi ait: *Sed idisse iudicatum in Senatu, quod reseruatio decem millium regalium non erat modica in donatione omnium bonorum*: & se he modica, ou não, julgarà o juiz, porque lhe he arbitrario. Molina de primogen.lib.2.cap.10.n.25. Gama decis. 348. num.4. & sendo a doação *causa dotis*, valuinda sem reserua nenhũa pera testar, l.mulier bona, ff.iure dotium. Bocr. decis. 353.num.10. Anton.Gom.in l.53. Tauri, num.16. vers.item fieri, Molina de primogen. lib.2. cap.10.n.18. Pereira de Castr. decis.67.n.3. Reinoso obseru.41.n.42 nem nella he necessaria insinuação, Barbosa ad Ord.lib.4.tit.67. in princ. n.7. & 8.

Item, porque esta acção, que os Autores quizeraõ intentar ciuelmente contra a rê, pera perder os bés doados, pello adulterio, que articularaõ hauia commettido, não passa aos herdeiros quando o marido soube, ou teue tempo de saber do dito adulterio, & se callou, & tacitamente o perdoou, pois o podia perdoar, & assi sendo esta acção injuriosa se acaba com a morte do injuriado, & não passa a seus herdeiros, conforme a melhor opinião, de que testemunha, & ensina o insigne Mestre Primario, & doctissimo Doctor Francisco Velasco de Gouuea na tenção seguinte approuada por todos os Doutores.

5 *Se a auçaõ ciuel contra a molher, pello adulterio commettido em vida do marido, pera perder os bens doados, passa aos herdeiros, ou não?*

Decis.21

Auçaõ ciuel pena perda do dote passa aos herdeiros do defuncto, ex DD. & ...ribus hic ...tis

ET si agnoscam efficaciam fundamenti, quo doctissimus Dominus præcedens mouetur ad reuocandum iudicem; adulterium nempè commissum á Rea in vita mariti, & querimoniam abipsomet factam; quibus stantibus actio, siue accusatio illius ad dotis amissionem ad actricem hæredem defuncti transit; iuxta magis communem sententiam, quam in praxi esse obseruandam asserit Doctor Parens Valascus consult.169 n.15. D.Gama decis.134.n.2. & 5.ad finem, Cabedo 1.part. decis.124.n.3. cum multis alijs, de quibus Farinac.de delictis carnis, q.142.n.115. mens tamen mea, neque prædictæ resolutioni in puncto iuris, neq; probationi adulterij in casu præsenti acquies:

acquiescere valet. In puncto etenim iuris video actionem adulterij ad meram vindictam pertinere, vt sentit. l. vnica, tit. 20. lib. 9. Codicis Theodosiani; neq; enim ex adulterio vxoris, aliquo l maritus in patrimonio damnum sentit, & ita solum respicit iniuriam illi illatam. l. miles 11. §. socer, ff. de adulterijs: vnde sicut actio iniuriarũ, vel alia similis , hæredibus non datur, probatque in specie textus, ex quo ita DD. notant in l. rei iudicatæ, 16. §. hæredi. in fine, ibi: Morum verò coertionem non habet, ff. solut. matrim. ex quo in puncto iuris hæc verior opinio videtur, non solùm casu, quo maritus in vita sua adulterij conscius, tacuit non accusando (in quibus terminis omnes in hãc sententiam conueniunt, vt per Barbosam, & Doctorem Valasc. statim referendos) censetur enim illud remisisse, vt potest, l. si maritus, 15. §. si negauerit, ff. de adulterijs, Ord. lib. 5. tit. 25. §. 2. sed etiam casu, quo adulterium commissum omnino ignorauit (in quo contrariæ reperiuntur Doctorum opiniones , quas post alios referunt Caldas in l. si curatorem, verbo, læsis, n. 26. Barbosa in l. 2. in principio 1. p. n. 119. ff. solut. matrim. Doctor Valascus d. cons. 169. n. 12.) Ignorantia enim mariti efficere non potest, vt actio pertinens ad meram vindictam, & iniuriã, qualis hæc censetur (quidquid Caldas vbi proxime) ad hæredes offensi, lite in vita ipsius non contestata, transeat contra manifestas iuris regulas, & contra textum in specie in dicta l. rei iudicatæ, §. hæredi. in fine, ff. solut. matrimonio, & ita defendũt Bald. Paulus, & Duaren. ibidem Medices in tract. mors omnia soluit, 2. p. àn. 17. Peres in l. 2. tit. 15. lib. 8. ordinamenti, Peresque de iure fisci, tit. 8. n. 13. vers. sed aduerte, citati á Farinac dicta q. 142. n. 118. & post alios á se relatos, Barbosa in d. l. 2. in principio, 1. parte n. 126. cum seqq. & à n. 121. quæ sententia, quamuis aliâs controuersiam patiatur, in præsenti tamen casu ahsq; illa locum habere potest, comperimus, namq; maritum defunctum conscium se ostendisse adulterij vxoris, vt per testes, & nihilominus accusationem illius in iudicium non deduxit, quod in effectu fuit mores vxoris probare; succeditq; resolutio Doctoris Valasci dicto cons. 169. n. 9. deinde licet hæc vera non fuissent, nulla tamen sufficiẽs probatio adulterij à rea commissi, in actis inuenitur: fama etenim, seu potius rumor viciniæ

Porẽ a melhor opiniã he, q não passa quando a demanda não fica contestada em vida do defũto: mormente quãdo elle tem tempo de saber, & soube do a. dulterio, & o perdoou tacitamẽte como injuria q a elle era feita. & a podia perdoar ex DD. citatis.

ciniæ, de quo testes actricis deponunt, neque per se sufficit, neq; legitimè probatur; cùm testes reæ de contraria testificentur, immò addant, famam, seu rumorem illum ab actrice ortum habuisse. Insuper de vxore rea reperta cum adultero in loco abdito, seu horto nullus testis deponit, vt locum habeat præsumptio illa violenta probans adulterium, de qua Menochius lib. 5. præsumpt. 41. n. 11. cum seqq. Sanch. de matrimonio, lib. 10. disp. 12. n. 45. qui addit necessariò exigi, vt solus cum sola in lecto, vt nudus cum nuda reperiatur, iuxta cap. literis de præsumpt. tantummodò enim duo testes asserunt, defunctum de hoc querimoniam fecisse quare cum de adulterio plenè non cõstet, & de veritate prædictæ resolutionis, attento iure, meritò dubitari valeat, ex prædictis, aliaque obiecta ad amissionem dotis nihil concludant iudicem confirmare compellor;

E desta doctissima deliberação, & resoluçaõ tiraremos dous pontos subtãciais de grande doctrina.

Primò, que se o doador não reuogar em sua vida a doação feita ao dõnatario por rezão da ingratidão cõtra elle cõmettida, ou não moueo em sua vida demanda em juizo pera reuogar a ditta doação, não podem depois de sua morte seus herdeiros fazer a tal reuogação, Ord. lib. 4. tit. 63. §. 9. l. vlt. C. de reuoc. donat. cap. vlt. ad fin. de not. o. que procede sem duuida quando o doador em sua vida teue noticia da ingratidão, & tempo pera litigar, & reuogar a doação, & com tudo não fez demanda, Ant. Gom. 2. tomo variar. cap. 4. n. 54. vers. item adde, ad med. Barb. in l. 2. in princip. par. 1. ex n. 127. & in l. si ab hostibus, §. fin. n. 12. ff. soluto matrim.

O segundo ponto da doutrina, q̃ hauemos notar he, que os herdeiros do marido não podem intẽtar a acção ciuel contra a molher, pera perder os bens dotais pello adulterio comme tido em vida do marido, ou elle soubesse do tal adulterio, ou não. l. rei iudicatæ 56. §. 1. ff. soluto matrim. Barbosa in l. 2. p. 1. n. 119. vbi n. 126. ponit hanc pro vera resolutione Flores ad Gam. decis. 234. in fine, Pereira de Castro decis. 75. n. 8. & todos conuẽ que se o marido soube do adulterio, não podem os herdeiros do marido demandar a veuua pera perder o dote, & a herança, porque como a acçaõ do adulterio he comparada à da injuria se o injuriado se callou, perdoou a, alem de se extinguir por sua morte, Gama decis. 234. Valasc. cons. 169. ex n. 6. Cald. in l. si curatorem, verbo læsis, n. 26. vers. quare, ad medium, Pereira de Castro decis. 71. n. 1. como tudo se julgou neste caso na forma sobredita, & referida na ditta renção.

E tambem daqui colligiremos, q̃ não obstou nesta causa dizerse, que a doação, de que se tratou, fora nulla, porque fora feita *inter virum, & vxorem*, porque se auerigucu ser feita *cõtemplatione matrimonij, & causa dotis*: porque

porque se fez em 15. de Outubro, & receberaõse em 28: E supposto isto, não se pòde dizer, que foi *inter virum & vxorem*, conforme a Ord. do liuro 4. tit. 65. in princip. ibi: *Depois de recebidos.*

E assi em tudo o sobredito cõcordou cõ o ditto Dezẽbargador o excellẽtissimo Iurisconsulto o Doutor Lourenço da Gama Pereira, seguindo em todo a dita deliberaçaõ, & disposiçaõ da l. rei iudicatæ, §. hæredi, in fine, ff. soluto matrimonio, como fica ditto; & se cõfirmou a sentẽça pellos dittos dous doutissimos Dezẽgadores, com o illustrissimo Doutor Martim Affonso de Mello Relator na confirmaçaõ da sentença, na causa de Lisboa de Luis Dinis appellante cõtra Catherina Ioaõ appellada. Escriuaõ Leonardo da Costa Leal meu pai.

Depois disto notemos, que esta doaçaõ *propter nuptias*, & em contemplaçaõ do matrimonio foi introduzida pera segurança do dote, & pera que as molheres tenhaõ com que refazer, & resarcir o damno, que os maridos lhe podem dar, gastando mal os bens dotais, porque *ipso iure*, passa o dominio das cousas doadas â molher, & em tãto que por ellas lhe compete a reiuendicaçaõ contra quaesquer possuidores, Authent. permissa, C. de donat. ante nupt. Aduertindo finalmente, q̃ diz o Emperador ser esta doaçaõ *propter nuptias*, quasi, & totalmente desconhecida dos antigos Iurisconsultos, & introduzida pellas nouas constituiçoẽs Imperatorias, porque ainda que nos textos nas leis 5. 23. 27. ff. de donat. inter vir. & vxor. & in l. 5. de donat. & l. cum sponsus 12. ff. de public. in rem act. parece que se trata desta doaçaõ, com tudo se hade entender, q̃ falla de outra, que chamamos, *sponsalitia largitas*, de q̃ trataremos ao diante no §. fuerat, de action. & differe muito desta doaçaõ porque esta faz sò o marido, & aquella he feita por ambos, & se faz antes do matrimonio, & esta depois, aquella, por rezaõ do amor, & esta por segurança do dote, & a q̃ chamamos *sponsalitia largitas*, ordinariamente era de hũa cadea, de hũ anel, ou de outra cousa semelhante; porem esta doaçaõ, de q̃ tratamos, he igual, & correspondente ao dote, por isso desta doaçaõ se não vzaua antigamente.

Sabido pois tudo o referido não me parecia inconueniente tratar neste tit. a questaõ seguinte, posto que a pretendo reseruar pera outro, mas por ser acerca de doaçaõ, a apontarei aqui, & vem a ser, se os bẽs dados em doaçaõ, & ainda aquelles, que pereceraõ, se deuem trazer à collaçaõ? E responderà a decisaõ q̃ refiro, com muita elegãcia no §. actionũ de act. & deraõ a Antonio da Syluа de Menezes morador na Bahia hũa escraua com duas crianças por titulo de doaçaõ, morreraõ as dittas crianças dahi a tempos, & depois disso entre o ditto Antonio da Syluа, & seus irmaõs tratandose de partilhas, mandaraõ trazer à collaçaõ os preços dos dittos escrauos, como veremos em seu lugar supra citado.

Vltimamente acerca das doaçoens notemos, que a doaçaõ de todos os bens, de que fizemos menção, naõ val regularmente sem reseruа do vsufructo, ainda que se diga, que não val por tirar a faculdade liure de testar, ex l. stipulatio hoc modo concepta, ff de verborum obligation. Ord. libr. 4. titul. 7. §. 3. in medio, & ibi Barbosa remission. in 3. com tudo val a tal doaçaõ se for feita á Igreja, ou

lugar pio, vt de communi opinione reſoluit Abb. in cap. in præſenti, num. 2 de probat. vbi Felin. & Dec. num. 5.. Barthol. in l. vltim. n. 13. C. de pact. Clar. in §. donatio, q. 20. n. 3. Gam. de ciſ. 185. n. 2. & ibi Flores n. 32.

E em tanto he valioſa eſta doação, mormente quando he feita a fauor da cauſa pia, que ſe não reuoga pello teſtamento, porque as doaçoẽs perfeitas ſe não podem reuogar, nẽ mudar. l. perfecta donatio, Cod. de donat. & porq̃ tambẽm nos contratos nomeados ẽ direito, não he licito o arrepẽdimẽto. l. ſicut, C. de act. & como a doaçaõ ſeja contrato nominato, não ſe póde o doador arrepender, & como recebendo o donatario a parte paſſe nelle a poſſe pella reſerua do vſufructu, ex l. quiſquis, Cod de donat. Decius conſ 30. num. 3. Gama deciſ. 166 num. 3. Sanchez de matrim. lib 6. diſp. 14. num. 15. & aſſi como ſeja a doaçaõ perfeita, & ao donatario ſe acquirio o dominio dos bens, ainda que diſponha delles o doador por teſtamento, ſerà nullo: *Vtpotè factum de bonis alienis cùm teſtandi, ius ſit tantum permiſſum illis, qui de rebus ſuis diſponunt, & ſolum valet teſtamentum de bonis proprijs.* l. verbis legis 120. ff. de verborum ſignificatione, ibi, *Suæres*, l. teſtandi 13. ibi, *de pecunia ſua*, Cod. de teſtamentis, Authent. ingreſſ. ibi, *ne ergo de his teſtentur, vtpotè nec domini rerum*, Cod. de ſacroſan. Eccleſ. l. conficiuntur, 8. §. poſt factum, ibi, *de alienis quodammodò rebus*, ff. de iure codicill. & aſſi fica certo o referido, & o veremos largamente no tit. de act. de petitione hæreditatis.

Das doaçoens condicionais hauemos tratar no titulo de verborum obligation. §. ſub conditione; & das q̃ vem á collação trataremos largamẽte no §. actionum, de actionibus, onde diremos das, que fazem os pays aos filhos, das de todos os bens, das juradas, das que fazem pera caſamentos, & das dos bens da Coroa, & pera patrimonios de Clerigos, & finalmente tudo o que temos ditto ſe exagerará com particulares doutrinas, & deciſoens, ſe eſte primeiro parto de meu engenho der luz, que poſſa prouocar o ſegundo a ſair a publico.

Paſſemos ao titulo ſeguinte, em que tratamos daquelles, que não podem alhear ſeus bens, entre os quaes podemos deſde logo contar os donatarios dos bens da Coroa, que não podem diſpor delles, nem alhealos, nem alterar a forma da ſucceſſaõ da lei mẽtal ſem expreſſa licença delRey. Ord. libro 2. tit. 35. per totum, & maximè in §. 3. ibi: *Nem em algũa maneira alheadas, &* §. 4. ibi: *Saluo ſe por eſpecial doação, ou merce*, & §. 1. ibi: *Nem alheados*, & in §. 6. ibi: *Nem poderaõ ſer alheados pellos donatarios em outras algũas peſſoas em ſuas vidas, como ditto he nas terras dos Padroados da Coroa do Reyno*; & §. 18. ibi: *Não apudeſſe dar ſem expreſſa authoridade do ditto Rey.* E porque no §. actionum, quando tratarmos das collaçoens ſe ha de fazer menção deſtas doaçoens, fiquemos com eſta breue noticia, como tambem da materia do §. erat olim, diremos abaixo no titulo de legatis, in §. ſi eadem. onde moſtraremos que couſa ſeja direito de accreſcer. E antigamẽte diz o Emperador, que hauia outra eſpecie de alheaçaõ, que ſe fazia *per ius accreſcendi*, de cuja emenda o meſmo §. diſpoẽ, & com muita rezão, por q̃ dizia, q̃ ſe o ſenhor dêſſe liberdade ao eſcrauo cõmum de ambos, não fica

ua

ua liure, conforme o tempo antes de Iustiniano, porq̃ na cousa cõmua não podia hũ sem o outro senhor dispor. l. in re cõmuni, ff. de seru. vrban. & à parte do doador accrescia ao outro, porem o Emperador a fauor da liberdade dispoz que ficasse liure o escrauo, & ao outro senhor se lhe dêsse o que nelle lhe tocaua, da fazenda do doador.

QVIBVS ALIENARE LICET, vel non.

Titulus octauus.

SVMMARIO.

Continuaçaõ deste titulo com os antecedentes.

1 *A que pessoas he prohibido alhearem seus bens? Diuidemse dous casos.*

2 *Alheaçaõ o que comprehende, & que actos se não permittem quando se prohibe a alheaçaõ?*

3 *O marido não pôde vender os bens dotais, & porque?*

4 *E se poderà obrigar, & hypothecar bens de raiz sem consentimento da molher, entendese a Ord. lib. 4. tit. 48. in princip.*

5 *E se poderâ sem o ditto consentimẽto aforar, doar, nomear prazos? Refere se julgado.*

6 *Mostrase julgado, que naõ pôde hypothecar o marido bens de raiz sem consentimento da molher.*

7 *Se obrigando o marido bens de raiz sem consentimento da molher, val a hypotheca, ao menos pella parte do marido? Refere se julgado.*

1 EMos referido os modos, com q̃ se acquire o dominio, assi de direito das gẽtes, como ciuil; & porq̃ o effeito do dominio he o poder pera qualquer liuremẽte dispor de suas cousas como lhe parecer, declara agora o Emperador no tit. presente aquelles, q̃ podem vẽder, & trespassar em outros o dominio q̃ tem acquirido; & pera isto explica dous casos principais. O primeiro he, q̃ aquelle que he senhor da cousa a não pôde vender contra a regra, q̃ diz ser liure a cada qual trespassar em outrem o dominio do q̃ possuc, §. per traditionem, sup. de rer. diuis. O segundo he, q̃ aquelle, q̃ não he senhor da cousa, pôde alhear a alhea, contra a regra, *Nemo plus iuris*, ff. de reg. iuris; & pera melhor entendimẽto destes casos, vejamos primeiro.

1

Daquelles que não podem vender as suas proprias cousas.

2 SAibamos em primeiro lugar, q̃ a alheaçaõ tomada propria

& ſtrictamẽte cõprehende sò os actos pellos quaes ſe trespaſſa o dominio, como he avenda, doaçaõ, permutaçaõ & outros aſſi. l. alienatũ, ff. de verb. ſignif. l. 1. C. de fundo dotal. l. 1. C. de iur. emphyt. gloſſ. in cap. nulli, de reb. Eccleſ. non alienand. & tomada largamẽte cõprehende toda a trespaſſaçaõ das touſas, como vſufructo, hypotheca, empenho, impoſiçaõ de ſeruidaõ, aforamẽto, locaçaõ por largo tẽpo, & outros ſemelhãtes, vt in l. fin. C. de reb. non alienan. & a tranſacçaõ, vt in l. nõ ſolum, C. de præd. minor. & o compromiſſo, vt tenet Federic. de ſenis, conſ. 54. Barbat. in rubr. de reb. Eccleſ. non alienan. col. 4. & Rodoan. in eodẽ tract. q. 2. cap. 1. & cap. 36. & q. 51. cap. 17. Suppoſto iſto diremos, que quando ſe prohibe a alheaçaõ de algũa couſa em odio daquelle, a quem ſe prohibe, ſe ha de tomar a prohibiçaõ de alheaçaõ propria, & ſtrictamente, de ſorte que comprehenda sò os actos, pellos quaes ſe trespaſſa o dominio, & ſe ſe prohibir em fauor do meſmo, ou de outro como do ſucceſſor, do ſubſtituto, ou da Igreja, entaõ ſe tomará a alheação, largamẽte cõprehẽdendo na prohibiçaõ o vẽder, ẽpenhar, aforar, &c. & poſto q̃ contra eſta reſoluçaõ podia deduzir varios argumentos, deixoos pera ſeu rẽpo, põdo aqui ſomẽte as verdadeiras doutrinas, & cõcluſoẽs, & poſto q̃ tambẽ ſeja regra certa, que cada qual pòde diſpor liuremẽte de ſeus bẽs *Cum quilibet rei ſuæ ſit moderator, & arbitrer.* l. in re mandata, C. mandat. não ſendo, ſe entẽde ſpecialmente prohibido pella ley arg. l. cum Prætor, ff. de iudic. Vejamos logo quem he prohibido.

4 Et primò, he prohibido por direito ao marido vender os bẽs dotais, & como eſta prohibiçaõ foi feita a fauor da molher, peraq̃ ſe lhe não deſtruaõ ſeus bẽs, vt in l. pen. C. de pact. ibi: *Ne ſexus muliebris fragilitas, in perniciẽ ſubſtãtiæ earum conuertatur*; & in l vnic. §. & cũ lex, ibi: *Ne fragilitate naturæ ſuæ, in repentinam deducatur inopiam.* C. de reivxor. act. & em fauor publico: *Intereſt enim Reipublicæ fœminas eſſe dotatas, & dotes conſeruari.* l. 1. ff. ſolut. mat. diremos, q̃ nẽ vender, nẽ alhear pòde o marido os bẽs dotais, nem obrigalos. d. l. vnic. §. & cũ lex, C. de reivx. act, l. 4. toto tit. ff. de fund. dot. de ſorte q̃ nẽ conſentindo a molher, o pòde alhear. d. l. vnic. E ainda q̃ conforme a direito cada qual pòde renũciar o priuilegio, q̃ a ſeu fauor lhe cõpete, & foi induzido. l. pen. C. de pact. cõ tudo a molher por ſua fragilidade não pôde, pera não ſer deſtruida, nem enganada. E ainda que digamos tam bẽ, que o marido em direito ſe chama ſenhor do dote, & ſe lhe dà pera reuẽdicar as couſas dotais a acçaõ de reuẽdicaçaõ, q̃ ſe não dá ſe não ao verdadeiro ſenhor. l. doce ancillã, C. de reiuend. cõ tudo pellas rezoẽs ſobreditas, he certo q̃ não pòde alhear os bẽs dotais, em tãto q̃ nẽ cõ conſentimẽto da molher; & ainda o marido, cõſtante matrimonio, pòde vendicar as couſas alheadas *contra propriũ factũ* ſecund. gloſſ. in d. l. vnic. §. & cũ lex, *Quia quæ contra legis prohibitionẽ fiunt pro infectis habentur.* l. non dubium, Cod. de legib. E porque hauemos tratar eſta materia, aſſi na ſucceſſaõ *inter virum, & vxorem*, infr. 3. lib. como no §. fuerat in tit. de act. fique aqui eſta breue concluſaõ guardando as limitaçoẽs, & ampliaçoẽs pera os lugares referidos.

Aduirtamos em ſegundo lugar, q̃ não sò o marido não pòde vẽder os bẽs 5 dotais

dotais, nem obrigalos, mas inda não póde obrigar os seus proprios de raiz sem consentimento da molher, ex Ord. lib. 4. tit. 48. in principio: o qual ha de ser expresso, & não tacito, como explico com hũa decisão em hũ caso julgado no titulo. de locat. & conduct. actione, onde tambem mostro como procede a dita Ord. em quãto prohibe ao homẽ casado doar, ou nomear prazo em sua vida, sem consentimẽto da molher expresso, & como o tacito se naõ presume senão passados dez annos do dia da doação, ou nomeação em diãte, sic explicata doctrina Gam. dec. 114. n. 1. & dec. 168. n. 1. & decis. 270. n. 3. Alex. in l. 3. §. voluntatem. n. 3. ff. solut. matrim. & in l. gerit, ff. de acquir. hæredit. Gomes l. 55. Tauri, num. 5. E que seja nullo o contrato de obrigação, ou venda de bẽs de raiz sem consentimento da molher, se julgou em hũa causa de Setuual do Licenciado Antonio Soares cõtra os menores filhos de Domingos Ferreira, anno de 1649. Escriuaõ Antonio Rõiz da Costa, & se julgou por nullo hũ cõtrato de cẽso, por a elle não auer dado consentimẽto a molher do vẽdedor, mandandose tornar ao A. os sesenta mil reis, q̃ pera elle auia dado com os redditos a rezaõ de cinco por cẽto, & q̃ o R. tornasse aos filhos do defuncto vendedor as pẽsoẽs do trigo q̃ tiuesse recebido em rezaõ do censo nullo, cõpensandose hũa cousa com outra. Juizes os doctissimos Dezẽbargadores, & DD. Rodrigo Rõiz de Lemos, Lourenço da Gama Pereira, & Antonio Pereira de Sousa. Decis. 22

6 E que não póde hypothecar bens de raiz o marido sem consentimento da molher se julgou em hũa causa, deq̃ aueremos tratar no tit. quibus mod. re contrahitur obligatio nas preferẽcias dos creedores, em as quaes he excellente decisão em hũ feito do Conde de Valde Reys Nuno de Mẽdoça, com Manoel Rõiz Surse, Escriuaõ Diogo Mendes Leal, onde se explicou a dita Ord. lib 4. tit. 48. & l. fin. C. de reb. alienan. porq̃ aquẽ he prohibido alhear naõ póde hypothecar, por ser a hypotheca especie de alheação. Mantic. de tacit. lib. 11. tit. 4. n. 27. & 30. Mol. disp. 464. n. 1. & 2. Gut de tut. 2. p. c. 21. n. 2 plures, Giurb. ad stat. messan. c. 4 glos. 4. p. 1. n. 19. Pinel. in l 1. p. 3. n. 39. ff. de bon. mat. Cald. de extinct c. 5. n. 31 Gama dec. 108. Carualh. ad cap. Raynald. 2. p n. 304. vers. addunt, Barb. in l. 1. p. 3. ff. solut. mat. n. 39. *& maritus absq; vxoris consensu annuos redditus hypothecare nequit.* Merlino de pignorib. lib. 2 tit. 1. quæst. 44. num. 28. & 29. Surd. decis. 244. num. 3. Menoch. de recup. remed. 1. num. 45. Roderic. de ann. reddit. lib. 1. quæst. 3. num. 8. & q. 14. Garc. de benefic. 2. part. cap. 15. num. 95. como considerou o insigne Mestre & Doutor Sebastiaõ da Guarda Fregozo juiz na ditta causa Relator, com os doctissimos Dezembargadores, & Doutores Martim Affonso de Mello, & Pedro Paulo de Sousa. Decis. 23

7

8 He tambẽ questaõ graue neste ponto, se obrigãdo o marido, & hypotheeãdo bẽs de raiz sem consentimento da molher, val a hypotheca ao menos pela parte do marido? pella Ord. lib. 4. tit. 60. ibi: *Se algum homem casado ficar por fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua molher, não poderâ à tal fiança obrigar a metade dos bens que a ella pertencerem, &c.* Logo parece que a parte que toca ao marido ficará obrigada, & assi he melhor opiniaõ, & se julgou por mais seguida em hum feito de Lisboa

de Antonio Saraiua da Costa com Ignacio de Sampayo, juizes os doctissimos Dezembargadores, & DD P. Paulo de Sousa, & Diogo Monteiro de Noronha, em 5. de Nouembro de 1644. Escriuão Gregorio Pita Calheiros.

Por quanto se colhe expressamente da d. Ord. que fica obrigada a parte do marido, & he melhor opinião, ex Gama decis. 108. ad finem. E não obsta outra Ord. lib. 1. tit. 62. §. 38. ibi: *Com outorga da molher, &c.* porque falla em caso especial. E Pedro Barbosa in 3. p. l. 1. n. 6. ff. soluto matrim. faz
Decis. 24 tres casos: o primeiro quando o marido faz fiança, obrigando bês de raiz, na qual não outorga a molher. O segundo, quando a molher consente na ditta fiança que o marido faz por estranho. O terceiro, quando consente na fiança pello marido. No primeiro caso resolue, q̃ *ipso iure*, não fica obrigada a parte da molher. No segundo caso diz, que *ipso iure* fica obrigada, mas que se lhe concede à molher a excei. çaõ do S. Cõsult. Velleano, como refere Gama decis. 131. & diz, que a molher deue neste caso *excipere de Velleano, & quod ipsa exceptione opposita*, fica a parte da molher liure, & o marido obrigado *insolidum*, allegando o Texto na l. Titius, & seia, 49. ff. de fide iussoribus, & Alberic. & Anton. Gom. & no terceiro caso diz, que a parte da molher fica liure, allegando a Auth. si qua mulier, C. ad Velleian. E não obsta o q̃ disse Bento Gil, l. ex hoc iure, 2 p. cap. 7. n. 20. porque discorreo quando a molher consente na fiança com seu marido, que não obriga a sua parte pella prohibição do Velleano, como hauemos ver largamente no tit. de fideiussorib. aqui saibamos, q̃ esta he a melhor opinião, & a de Bento Gil contraria foi reprouada assi no d. cap. 7. como as dos que o seguem.

§. *Nunc admonendi sumus. cũ seq.*

SVMMARIO.

Pupillo não pôde alhear seus bens sem authoridade do Tutor, & ao que se extende esta prohibição? 1

Deuedor do pupillo se lhe pagar algũa cousa se fica liure da obrigaçaõ? Distinguemse tres casos principais pera conhecimento dos pagamentos; que se fazem aos pupillos. 2

Maior de quatorze annos, que não tem tutor, se pòde alhear sem authoridade de curador? 3

Bens da Igreja não se podem alhear: Extendese a todos os actos de alheaçaõ, & se não pòde fazer sem solẽmidades, & causas, & quaes? 4

EM segundo lugar diz o Emperador neste §. que o pupillo, ainda que seja senhor de seus bens, os não pòde vender, nem alhear sem authoridade do Tutor: & como tambem esta prohibição he fauoraucl pera que o menor não destrua seus bens, vt in l. 1. ff. de minorib. se ha de entender de sorte, que nem pòde o pupillo sem authoridade do tutor vẽder, empenhar, aforar, &c. & procede isto ou as cousas sejão moueis, ou immoueis, pello texto na vniuersal negatiua hic in verbo, *nullam*, nem pòde o pupillo dar dinheiro emprestado, como mais largamente veremos no tit. de contractib. in contractu minoris, & na guaçaõ de mutuo, in tit. de act. onde mo

1

strare

strarem os como quando o pupillo de facto emprestà dinheiro a alguem, tem a reuendicação pera recuperar o emprestimo, & se o que o recebeo està em boa fe, se lhe dà a cõdicçaõ pera o cobrar, & estando em mâ fê, se dá a acçaõ *ad exhibendum*, & se condemna o Reo por juramento *in litem* do A. no interesse da estimaçaõ, vt hìc iuncta glossa, verbo, *ad exhibendum*. E se amplia tambem, que o pupillo recebendo de sea deuedor algũa diuida, que lhe deuer, o não liura da obrigaçaõ, per textum hoc titulo, in §. at ex contrario, pera cujo entendimento se distinguem tres casos principais. O primeiro he, ou o deuedor pagou ao pupillo o que lhe deuia com authoridade do tutor, & decreto do juiz, & entam està seguro, & fica liure de toda a obrigaçaõ. De sorte que contra elle nem o menor he restituido, per textum in l. sancimus creatione, C. de administr. tut. & pera cautela de quem paga algũa cousa ao menor, he de notar, que quem paga algũa diuida a hum menor, deue protestar perante o juiz. que satisfaz aquelle pupillo o que lhe deue, & lhe não prejudicarà nada em tempo algũ, & entaõ mandando o juiz, que pague, & interuindo a authoridade do tutor, fica o deuedor satisfazendo, & muito seguro, per textum in d.l. sancimus. Secundò, ou o deuedor pagou ao pupillo sem decreto do juiz, & sò com authoridade do tutor, neste caso tambem *ipso iure* fica liure o deuedor: porem se na satisfaçaõ foi leso o pupillo tem a restituição *in integrum*, de que se valer. l. 1. & ibi gloss. & DD. C. si aduers. sol. Tertió, ou o deuedor pagou ao pupillo sem authoridade do juiz, & sem a do tutor, & entam não fica liure: em tanto que se o menor gastar mal o dinheiro, ou lho furtarem, ou o perder, ficarà o deuedor obrigado como se não tiuera pagõ nada, pois pagou temerariamente, & contra a disposiçaõ da lei, text. hic in d. §. ex contrario: porem ainda neste termos quãdo o deuedor pagou ao pupillo sem decreto do juiz, nem authoridade do tutor, ha dous casos, em que o deuedor fica liure. O primeiro he se o pupillo tiuer ainda o dinheiro, q̃ cobrou. O segundo, se o conuerteo em cousa que lhe aproueitasse, & com elle ficasse seus bens em augmento, ou não diminuidos. v.g. porque com aquelle dinheiro comprou hũa cousa pera seu vso, ou hũa pessa, cõ que ficou de proueito, & não perdeo o dinheiro, & nestes casos, ainda que faltasse a authoridade, fica o deuedor, que sem ella pagou, liure, porque não he justo, que quando o menor não perdeo, antes se melhorou, fique o que lhe pagou fraudado, *cum nemo cùm alterius iactura debeat locupletari*, cap. locupletari, de reg. iuris in 6. text. hìc, & in l. pupilli, ff. de solut. E desta materia trato com notaueis rezoẽs de duuidar, & discidir, & entendimentos de textos, & decisoẽs no tit. de obligat. onde explico todos os contratos, ou distractos feitos com os pupillos, & menores, & no tit. quibus modis re contrahitur obligatio.

Tertió, o adulto ainda que seja senhor de seus bens, os naõ pòde alhear sem authoridade do curador, & alheãdos nao valerà a alheaçaõ, nem he necessaria a restituiçaõ, secund. gloss. hìc in verbo vilam, & l. si curatorem, C. de in integr. restit. & se naõ tiuer curador, entaõ poderà alhear, & valerà a alheaçaõ: & sendo leso, serà restituido d.l. si curatorem, se a tal alheaçaõ naõ

for confirmada com juramento, que entam não poderá vir contra ella, Authent. sacramenta puberum, C. si aduers. vendit. vbi Laſ. & DD. que a extẽdem, que procede atè no menor, que tem curador.

Quartò, ſe não podem vender os bẽs da Igreja pella prohibiçaõ do Pp. Paulo. II. na extrauagante Ambitioſæ de reb. Eccleſ. non alienand. & tambẽ he fauoraueL a prohibiçaõ em fauor da Igreja, & comprehende todas as eſpecies, locaçaõ, obrigaçaõ, hypotheca, &c. & pella ditta extrauagante ſe prohibe a alheaçaõ das couſas, & bens das Igrejas, moſteiros, & lugares pios, que ſe não podem alhear ſem ordem do Summo Põtifice excepto os tres caſos. O primeiro, locaçaõ, & cõducçaõ por tres annos, como veremos no tit. de locat. & conduct. Segundo, os aforamentos emphyteuticos, com tres cõdiçoẽs. A primeira, nos caſos permittidos em direito. A ſegunda, dos bens coſtumados deſde tempo antigo a ſer aforados. A terceira, que ſe faça com euidente vtilidade da Igreja. O terceiro caſo he nos fructos, & bens que ſe naõ podem guardar, *& ſeruando non poſſunt ſeruari*, vt colligitur ex verbis d. extrauag. & declarat Sylueſt. in verbo alienatio, num. 7. E fora deſtes caſos ſe naõ podem alhear as couſas da Igreja, não interuindo as cauſas, que eraõ neceſſarias antes da ditta extrauagante, vt idem Papa Paulus II. ait: *prædeceſſorum noſtrorum conſtitutionibus, prohibitionibus, & decretis alijs ſuper hoc editis, quæ tenore præſentium innouamus, in ſuo nihilominus robore permanſuris.* E o que ſe requeria dantes pera ſolemnidade, & juſta cauſa pera alheaçaõ, cap. 1. de rebus Eccleſ. nõ alienan. in 6. Clement. 1. eodem tit. & as cauſas juſtas pera alheaçaõ das couſas da Igreja conta a gloſſa ſaber, neceſſidade, vtilidade, incommodidade, & piedade: as quaes explico largamente no tit. de obligat. in §. de contractibus: & dellas tratão Molina de contract. diſp. 468. n. 2. concluſ. 2. Rebuff. in compend. alien. rer. n. 9.

Quintò, he prohibido ao prodigo a quem eſtaõ prohibidos os bens, o alhealos, ex l. is cui, ff. de verbor. obligat. Sextô, o filho naõ pôde alhear os bens, em que o pay tem o vſufructo. l. fin. §. filijs autem, Cod. de bonis quæ liberis.

§. *Contra.*

SVMMARIO.

Acreedor ſe pòde vender o penhor, q̃ tem em ſeu poder, & quando? 1

Se val o pacto de que naõ remindo o penhor em certo termo fique vẽdido? 2

VLtimamente notemos, que ainda que ſeja regra geral: *Nemo plus iuris in alium transferre poſſe, quam ipſe habet*, ſecũd. textum in l. nemo, ff. de regulis iuris: com tudo muitas vezes acontece, que aquelle, q̃ naõ he ſenhor da couſa a pòde vẽder licitamente, como o acreedor, que ainda que não he ſenhor do penhor, o pò de vender. l. 46. ff. de acquir. rer. dom. porem eſta venda ſe ha de fazer conforme a conuençaõ das partes; de modo que ſe me empenharaõ hũa cadea de ouro, com tanto que paſſado hum anno, a venderia, naõ a redimindo neſte caſo ſe venderá conforme o concerto; 1

Eſta doutrina vai explicada no tit. de pact. & entendimento delta regra, nemo plus iuris. 2

concerto. E conforme à isto he valido o pacto, em que as partes conuem, que não remindo o penhor em tanto tempo, fique vendido, aualiandose justamente seu preço, & concordandoo com o emprestimo, iuxta notata per gloss. ad Ord. lib. 4. tit. 56. in princip. n. 3. porem se não declararem as partes nada, passados dous annos, seita hũa denũciaçaõ ao senhor do penhor se venderá licitamente: porem se acõtecer empreſtarse dinheiro cõm condiçaõ de que nunca se venderá o penhor, neste caso se faraõ tres denunciaçõẽs à parte; & passados dous annos se venderá o penhor, sem que obste o concerto de não se vender. l. fin. §. fin autem, C. de iure dominij impetrand. & l. si conuenerit. ff. de pigno ratitia actione: *Dum enim dicitur posse intercedere pactum, ne pignus distrahi possit, intelligitur, non vt nunquam possit distrahi, quia esset contra naturã pignoris, sed ne distrahi liceat, si interpellatus debitor soluat.* Balduin. in tract. de pignoribus, cap. 18. & nos infra tit. quibus mod. re contrahitur obligatio.

PER QVAS PERSONAS CVIque dominium acquiritur.

Titulus nonus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ do titulo; referemse as pessoas por quem se acquire o dominio de algũa cousa.*

2 *Filhos como acquirem pera seus pais; repetemse as differenças dos peculios.*

3 *Pai se póde reter ametade dos vsufructos dos bens aduenticios do filho emancipado?*

4 *Dinheiro dà fortuna, credito, & nobreza.*

1 Issemos atéqui dos modos de acquirir o dominio, & q̃ cousa seja, & como se tres-

passe a outrem, neste titulo ensina o Emperador, & conta as pessoas por quem se nos acquire o dominio: & differe este titulo do outro que diremos no 3. liuro, tit. per quas personas nobis obligatio acquiritur; porque nelle se trata da obrigaçaõ, & neste do dominio, de que diremos algũa cousa.

E primeiramẽte acquirimos por nós mesmos, pellos modos, que acima referimos: & por todos os titulos legitimos com que se acquire a posse dos bens. l. acquiritur in princip. ff. de acquirendo rer. dom.

2 Secundò, se nos acquire por nossos filhos, vt in d. l. acquiritur. E pera entendimento desta acquisiçaõ veremos no tit. de obligat. como acquirẽ pellos contratos, & he necessario aduertir, como dissemos no 1. liuro, tit.

y. de patria poteſtate, q̃ ha peculio caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe, & neſtes acquire o filho *in totum*, pera ſi, & ha peculio profecticio, & aduenticio, nos quaes, como diſſemos no ditto titulo, pertence a propriedade do peculio aduenticio ao filho, & o vſufructo ao pai, ao qual pertence todo o profecticio, de cuja materia, & entendimento diſputo largamente no tit. de obligat. de maneira que nos contuem *breuitatis cauſa*, notar agora, que os filhos acquirem pera os pais. E eſta concluſaõ ſe entende. Primò nos filhos *vtriuſque ſexus*, machos, & femeas. Secundô ſe amplia, ou ſejão caſados os filhos, ou filhas, conforme o que diſſemos acima no 1. liuro no fim do tit. quibus modis ius patriæ poteſt. ſoluitur. Tertio, ſe amplia, que todas as couſas que aqui diſſemos do filho pera com o pai, ſe obſeruaõ com o auò, & viſauó paternos, & com os netos, & biſnetos que eſtiuerem em poder dos auòs. l. cúm oportet, in princip. C. de bonis, quæ liberis, & iſto pello direito do patrio poder. E acerca do ſobredito occorre a primeira limitaçaõ, & he, que iſto procede nos filhos, que eſtaõ no patrio poder, & não nos emancipados, q̃ acquirem pera ſi. E acerca deſta limitaçaõ notemos, q̃ o pai emancipãdo ſeu filho antigamẽte, em recompenſação da eſtimaçaõ do preço, porque fingidamente o vendia, retinha em ſi a terça parte dos bens do filho. Porem hoje eſtá iſto mudado: de modo que o pai póde reter ametade dos vſufructos dos bens aduenticios ſomente (& não de todos, como antigamente) do filho emancipado, vt in d.l. cum oportet, §. cum autem: *Inhumanum enim videbatur filium proprietate, & dominio ſuorũ bonorum defrau dari, & quod honoris ei ex emancipatione accedebat, dum ſcilicet ſui iuris efficiebatur hoc per rerum diminutionem decreſceret.* Acerca do que notou aqui Angel. que a diminuiçaõ do dinheiro era menoscabo da honra, aſſi como o augmento, & abundancia delle he meio de ſe alcançar tudo, aſſi honra, como complacencia vniuerſal, vt ait Horat.

Et genus, & formam Regina pecunia donat.

Emperador da fortuna chamou o ſatyrico Petron. ao dinheiro quando diſſe:

Quiſquis habet numos ſecura nauiget aura,
Fortunamq; ſuo temperet arbitrio.

§. *Item vobis.*

SVMMARIO.

1 *Eſcrauo como acquire tudo pera ſeu ſenhor?*

NEſte §. diz o Emperador, que o eſcrauo tudo o que acquire he pera ſeu ſenhor, porque não póde ter nada proprio. l. acquiritur, §. igitur, ff. de acquir. rer. dom. & ampliaſe iſto, que acquire o eſcrauo a ſeu ſenhor, ou elle ſaiba, ou ignore da couſa acquirida, ou ſeja contra ſua vontade. d.l. acquiritur, §. igitur, & proce-

3

4

5

Escrauo como acquirira pera ose hor aberá ſa q̃ lhe deixarẽ, diremos ao diãte no tit. de hæred. inſt. & como acquire o legado no tit de legatis. & das poſſes no tit. de interdic. & ſe cotratar tẽdo peculio no tit de obligat. & quibus modis re.

cede tambem em tudo o que o escrauo acquire *inter vivos*: porem nas vltimas vontades não; porque o escrauo não póde aceitar a herança contra vôtade de seu senhor, nem acquirir deste módo, porque os bens hereditarios saõ suspeitosos em quanto se não sabe a qualidade delles, & se ne tudo do defuncto, ou não, & por isso o escrauo na adiçaõ da herança náo póde acquirir, nem aceitala sem consentimento de seu senhor. l. qui in aliena, ff. de acquir. hæred. & l. si hæreditatem, ff mandati: porem ao escrauo bem podem ser deixados alimentos em legado, & os alcãça por authoridade judicial, ex l. quædam, §. de illo, C. de necessar. seruis.

§. *De his.*

SVMMARIO.

Escrauo de quem algũa pessoa tiuer o vsufructo como acquire pera o vsufructuario?

O Escrauo de quem alguem tiuer o vsufructo acquire ao vsufructuario em dous casos. Primô, quando o escrauo alcança algũa cousa de lucro dos bens do vsufructuario, lha acquire. v. g. tinha Titio o vsufructo de hum escrauo, & direito de se seruir delle como seu; fez este escrauo seu despenseiro, neste caso o que o escrauo acquire das cousas despendidas, he pera o vsufructuario. Secundó, o que o escrauo acquire por suas obras, & trabalho. v. g. se for pintor, engomador, alfayate, &c. o que ganhar he pera o vsufructuario. d. l. acquiruntur. §. de his autem; porem tudo o mais que o escrauo acquirir he pera seu senhor direito, vt in d. l. acquiruntur, excepto se lhe for legada ao escrauo fructuario algũa cousa por respeito, & contemplaçaõ do senhor vsufructuario. l. sed & si quid, ff. de vsufr. legat.

§. *Idem placet.*

SVMMARIO.

Homem liure se for possuido em boa fe, como escrauo se acquire ao q̃ estaua hauido, & tido por seu senhor.

Mercadores, que tem feitores expostos ao comercio, como se lhes acquire por elles?

Frade como acquire pera o seu Conuento?

Doaçaõ feita pello Frade ao mosteiro, se se reuoga, saindose antes de professar? E se ao que sahe haõ de ser restituidos todos os bens, com que entrou na Religiaõ?

SExtò, o escrauo alheo, que hum homem possuir em boa fé, acquire pera o possuidor à maneira do vsufructuario, scilicet, de suas obras, & dos bens do possuidor de boa fé. d. l. acquiritur, §. idem placet. E o mesmo se dirâ do homem liure possuido em boa fé como escrauo, que acquire ao possuidor nos dittos dous casos, vt in d. l. acquiritur, §. idem placet. Vltimamente acerca deste titulo notemos, q̃ ainda que seja regra verdadeira, *Quod per seruum alienum, & liberum hominẽ nostro*

nostro iure non subiectum, & sic per extraneam personam nobis non acquiritur. na forma que dissemos. Comtudo desta regra se tira o procurador, que pello mandato procuratorio recebe o nosso poder, & dominio pera nos acquirir, como se foramos presentes, & acquiriramos pera nòs l. 1. §. per procuratorem, ff. de acquirend. possess. & veremos no titulo de his, per quos agere possumus, largamente.

E o mesmo se dirá de *institoribus*, que saõ aquelles propostos, que hum mercador poem na sua logea pera venderem, ou o outro na sua tenda, & os agentes, que naõ acquirem pera si, senaõ pera quẽ os poem nas logeas, ou lhes encarregaõ a vẽda de suas fazendas, & chamaõse institores, *ex eo, quod negotio gerendo instent.* l. institor appellamus, ff. de instit. action. & infra tit. quod cum eo.

E o Frade tambem se conta no nosso titulo, de modo que o que lhe for dado, ou doado, ou deixado em testamento, o naõ acquire pera si, senaõ pera o Conuento, & Communidade, porque naõ pôde ter nada proprio. c. cum ad monasterium, in princ. ext. de statu Monach. Auth. ingressi, cum ibi notatis, C. de sacros. Eccles. o que se ha de entender, que procede depois da profissaõ, porque antes della está com o secular o Frade nouiço, & conforme a isto dizem os Doutores, que a doaçaõ que o Clerigo faz á Igreja, & o Frade ao mosteiro, se reuoga pello apartamẽto, que o tal Clerigo faz da Igreja, ex gloss. in cap. quod à te, de Cleric. coniugat. & do Frade (que he o que se pratica) diz o sagrado Concilio Trident. sess. 25. cap. 16. de regularibus, que aos que se apartaõ da Religiaõ antes de professarem, ha de ser restituido tudo aquillo com que entraraõ na Religiaõ. E daqui se collige, que se os taes se forem da Religiaõ depois de professos, ainda que passem a outra mais aperta da, se lhes naõ deue restituir nada do que deraõ á primeira Ordem, em que professaraõ, pello entendimento da dita glossa, que sò trata dos que se apartaõ antes de profcssos: *Et qui de uno dicit, de alio negare videtur.* c. non nè de præsumpt. l. cũ prætor, ff. de iudic.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Titulus decimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo dos testamentos, & sua combinaçaõ.*
2 *Vltima vontade o que comprehende?*
3 *Diffiniçaõ do testamento, & sua intelligencia.*
4 *Etymologia da palaura, Testamento, & a rezaõ porque se introduzio?*
2 *Referemse tres modos de testamentos, de que os antigos vzauaõ pera conhecimento do que hoje se observa.*

Origem

Origem dos testamentos se procede de direito das gentes, ou ciuil?

6

1 Continuaçaõ deste titulo he, que dissemos como se acquiria o dominio das cousas por titulo vniuersal, & particular. Temos dito do particular, vejamos agora deste modo vniuersal dos testamentos, cujo titulo temos concordantes em direito, in ff. & C. eodem. E desta materia tenho tratado em outro liuro latino, em que com toda a miudeza se declara, & della trataraõ ja largamente muitos DD. vt latê Spin. in speculo de testam. Clar. lib. 1 recep. §. testamentũ, Balduin. in tract. de testam. Cou in rubr. eodem titulo, Menchac. de succes. creat. lib. 1. § 1. & os mais que referem, & nas escôlas, & insigne Vniuersidade de Coimbra foi por doctissimos Mestres lida, & explicada, & assi tratarei só de mostrar hũas breues noticias.

2 Saibamos em primeiro lugar, que a vltima vontade tomada geralmente, comprehende o Testamento, Codicillo, & Doação, *causa mortis*, & não se chama vltima vontade, porque se faz no artigo da morte, mas por se confirmar na hora da morte, porque como a vontade dos homens seja varia até o vltimo spirito da vida, então se diz confirmado o testamento quando a vontade não tem ja tempo de variar. l. 4. ff. de adim. leg. O testamento diffine Vlpiano, que he a justa sentença de nossa vontade, daquillo, que cada hum quer que se faça depois de sua morte: *Ideò testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.* l. 1. ff. eodem, & defende muito esta diffinição, & a explica Bart. in d. l. 1. ibi: *Intelligendo dictionem iustam, id est, perfectam, cum heredis, scilicet institutione, sine qua testamentum non valet.* l. hæredes palam, ff eodem. Por isso dizemos *voluntatis nostræ iusta sententia*, porq̃ o fazer testamẽto não he hũa simples vontade sem vso de rezaõ, como hâ nos meninos; mas he hũa vontade racional: *Ideo dicitur mentis, & voluntas pro mente accipitur*, vt l. furiosi, 40. ff. de reg. iur. & he esta declaraçaõ da vontade justa, *& sic iusta sententia*, porque ha de ser perfeita, conforme as leis, & com as solemnidades q̃ referiremos. Testamẽto injusto he o q̃ se faz cõtra a disposiçaõ da lei, & como tal se revoga. E testamẽto justo he aquelle, em q̃ se observaõ todas as solẽnidades. Chamase justo por ser assi feito com direito, & rezão; assi como dissemos, q̃ he guerra justa, a q̃ se faz com boa rezão, justa peleja, & justas estaçoẽs, & tudo o que he bom se chama justo, como tãbem disse Ouuid. 2. Metamorph.

Vt quæ libant curuæ, iusto sine pondere naues.

4 A etymologia do testamento declara o Emperador no principio do nosso titulo, dizendo: *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit.* E com muita rezão, porq̃ o testamento justo he a maior, & melhor significação, & denunciação do entendimẽto, vontade, & animo do Testador. E de sua christandade pois he a hora da vltima vontade do q̃ se ordena pera depois da morte no fim de todos os males, ou principio dos maiores bẽs, iuxta illud *Quiescũt boni mortui, cessant peccare impij.* deixo as cõtrouersias, q̃ sobre a

intelligẽcia das palauras propoſtas ou ue pellas tratar em maior eſcritura, laté Alciat. lib. 4. de verborum ſignif. & in lib. 9. Parergon. cap. 20. & Cou. in rubr. de teſtamentis, lib. 6. latê Vigliusin princip. huius tit. & quiz a lei introduzir eſtes modos de teſtar pera que ſe continuẽ as ſucceſſoẽs, & ſe paguem as boas obras, & amizades, deixandoſe legados, & heranças, porque ſe a ley não confirmara, & introduzira eſta ordem, & diſpoſiçaõ fauorauel, ſeria inutil, pois ſe defere pera depois da morte, tempo, em que ja o Teſtador não tem dominio nos beus, vt obſeruat Faber lib. 14. coniect. c. 20. in principio, notant ſcribentes in l. il. la 32. verb. perdere, ff. de hæred. inſt.

Refere o Emperador tres generos de teſtamẽtos, que coſtumauaõ os antigos, de q̃ tambẽ trata Gellius lib. 15. c. 27. dos quaes vzauaõ de hũ na guerra, & outro na paz, & ſe chamaua *Calatis comicus*, que ſe deduz, *á Calos*, id eſt, *Bonum, & comicus pax*, porque ſe fazia em boa paz, ou tambem *â calatis comitijs*, hoc eſt, *bonis conuentibus*, porque as boas conuençoẽs ſe faziaõ na paz: ou tambem ſe chamaua *á calatis comitijs*, porque hia hũ pregoeiro pella cidade, *populum calante*, id eſt, cõuocando o pouo, & á viſta dos q̃ acudiaõ, declaraua o Teſtador ſua vontade vltima, rogando aos Senadores, q̃ a fizeſſem em tudo obſeruar. O ſegũdo teſtamento, de que os antigos vzauaõ, era na guerra, & ſe chamaua, *procinctum*, porque os ſoldados, q̃ eſtauaõ precinctos, & cingidos pera a guerra com as inſignias militares teſtauaõ aſſi. E coſtumauão os Romanos, q̃ aquelles ſoldados ornados com o eſcudo, capacete, & ſinais bellicos, militares teſtaſſem perante tres, ou quatro teſtemunhas, de palaura, como diremos abaixo no tit. de teſtamento militari: porem eſtes dous modos como antigos ſe apartarão, & os regeitou a meſma antiguidade: porque como no primeiro modo ſuccedia, que muitos andando occupados nas occaſioens dos ajuntamentos, & conuocaçoẽs do pouo ficauaõ deſtituidos do poder de teſtar, porq̃ ſefaziaõ sò duas vezes no anno as taes conuocaçoens. E no ſegundo caſo. ſ. no teſtamento *in procinctu*, sò ſe trataua dos ſoldados, ficando muitos homẽs benemeritos. & outros, que no tempo da conuocaçaõ ſe não podiaõ ajuntar, & as molheres, q̃ não tinhaõ entaõ lugar nos taes ajuntamentos. E introduziraõ outro modo de teſtar, que ſe chamaua. *per æs, & libram*, que ſe fazia com hũa venda fingida, & imaginaria em preſença de cinco teſtemunhas, com pezos, & o ſucceſſor do defuncto cõtado o preço da herança, fingia que a compraua, com eſtas palauras: *Hanc ego familiam, id eſt, hæreditatem, quæ mihi empta eſt hoc ære, æneaq̃ libra, iure Quæritum meæ eſſe aio.* E depois tocando o pezo daua o metal, q̃ ſe pezaua em lugar da herança áquelle, de quem a eſperaua, em lugar do preço. E o Teſtador não lhe entregaua nada ao herdeiro, mas com aquella ſolẽnidade o inſtituia, pera que por ſua morte entraſſe na herança. Porem tudo iſto não eſta em vſo, & ſo as ſolemnidades das teſtemunhas ſe obſeruaõ, & ſe reprouaraõ eſtas vendas, & compras fingidas, & imaginarias. Iex ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligat. E ſobreuieraõ as conſtituiçoens Imperatorias, que introduziraõ outros dous generos de teſtamentos, & tratando dos que hoje ſe vzão, ſaibamos, q̃

ha teſtamento militar, de que diremos abaixo no titulo particular de teſtamento militari. E outro teſtamento nuncupatiuo, que ſe faz de palaura, como veremos abaixo, & outro ſolemne de que tratamos. Da origem do teſtamento ſe procede do direito natural das gentes, ou do direito ciuil, trato largamente no liuro latino; & parece q̃ ſe refere ao direito das gẽtes pella gloſa, l. quoties ff. de hæred. inſt. õde ſe nota q̃ Iſaac inſtituio ſeu filho Iacob por ſeu herdeiro, & aſſi diremos breuemẽte, q̃ quanto às ſolẽnidades he o teſtamẽto de direito ciuil, & quãto à approuação de ſua origem he de direito das gẽtes, vt in d. noſtro cõpendio iuris late diſputauimus.

DE SOLEMNI TESTAMENTO.

§. Sed cum paulatim.

SVMMARIO.

1 *Teſtamento ſolemne qual he?*
2 *Teſtemunhas do teſtamento ſe he neceſſario que ſaibaõ o que eſtá eſcrito nelle?*
3 *Referemſe dez requiſitos, & ſolemnidades neceſſarias pera validade do teſtamento perfeito.*
4 *Se acaſos, em que ſem ſe obſeruarẽ as ditas ſolemnidades val o teſtamento? Referemſe algũs.*
5 *Cinco teſtemunhas, porque ſe requerem no teſtamẽto, baſtando duas, ou tres pera proua de qualquer acto?*

1 O Teſtamento ſoléne he aquelle, em que o Teſtador por eſcrito declara ſua vltima vontade perante teſtemunhas, q̃ ſe aſſinão em teſtemunho da vontade do Teſtador, & confirmaçaõ do eſcrito, & ſedula de teſtamento: & não he neceſſario, que as teſtemunhas ſaibaõ o que eſtá eſcrito no teſtamento, mas baſta que o teſtador lhes diga, que tem alĩ eſcrito ſua vltima vontade, & ſe aſſina, que ſe aſſinem com elle como teſtemunhas. l. hac cõſultiſſima, C. eodem. E eſta opiniaõ ſegue Fabr. in §. poſſunt, infra hoc tit. por duas rezoẽs. Primeira, pera que aquelles, que eſperaõ de herdar o Teſtador, não lhe cobrẽ odio, ſabendo das teſtemunhas, que os desherdaõ. Segunda, pera que os herdeiros ſabendo das teſtemunhas, que o ſaõ, não procurem a morte do Teſtador pera entrarem na herança. E aſſi por euitar eſtes inconuenientes he mais prouauel, que o Teſtador pòde fazer o teſtamento, & aſſinarſe com as teſtemunhas, ſem que ellas ſaibaõ o q̃ ſe contem no teſtamento.

Ord. lib. 4. tit. 80.

Requereſe em primeiro lugar pera valer o teſtamento ſolẽne, q̃ ſe faça *inſcriptis*, & que ſeja o Teſtador peſſoa apta, & naõ prohibida pella lei, & q̃ tenha a acçaõ actiua de o fazer, & não ſeja daquelles q̃ diremos abaixo no tit. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum. E por regra geral ſaibamos que quando ſe litigar ſobre a validade de hum teſtamento, ſe attentaõ duas couſas primeiro que tudo. Primeira, ſe

se o Testador era pessoa naõ prohibida, & se lhe era permitido pella ley o fazer testamento. Segunda, se o fez com a obseruancia de todas as solemnidades em direito requisitas, & necessarias. l. 4. ff. eodem.

Secundò, se requere, que instituа o herdeiro com palauras expressas. l. iubemus in principio, Cod. eodem, porque sem instituiçaõ de herdeiro, não val o testamento, l. proximé, §. Calphurni°, ff. de his quæ in testamento delentur, & deue ser o herdeiro tal pessoa, que o possa se & seja dos escolhidos, & não prohibidos por direito: dos quaes diremos abaixo tit. de hæredibus instituendis.

Tertiô, que a vontade do testador seja reduzida, & declarada *in scriptis*, por escriptura particular feita pello mesmo testador, ou por outrem a seu rogo. dicta l. hac consultissima in princip. & in dicta l. iubemus, iuncta Authẽtica, & non obseruato ordine.

Quartò, que o testador diga ás testemunhas, que naquella escritura se contem sua vltima vontade, & he seu testamento. d. l. hac consultissima.

Cinco testemunhas bastaõ conforme a nossa Ord. d. lib. 4. tit. 80. Vasse. cõs. to. 2. cõsultat. 149. Gam. decis. 69. & dec. 109.

Quintô, que se assinem no testamẽto sete testemunhas. l. hac consultissima, & text. noster in §. sed cũ paulatim.

Sextò, que as testemunhas sejaõ rogadas especialmente pera aquelle acto, & que não se achem presentes a caso. l. hæredes palam, §. in testamentis, ff. eodem.

Septimò, que as testemunhas sejaõ homens liures, & de idade de quatorze annos completos, hoc est, *Puberes tempore conditi testamenti*. dicta l. hac consultissima, como diremos ao diante no §. testes autem.

Octauo se requere, que se assinem as testemunhas cada qual por sua mão. dicta l. singulos, ff. eodem porem se o testamento for feito em lugar donde não haja tantos que saibão escreuer, se assinará hum por todos, fazendo elles as suas cruzes, ou sinais costumados. l. fin. Cod. eodem.

Nono, que as testemunhas estejaõ em presença, & â vista do testador, & o vejaõ. l. si non speciali, Cod. eodem.

Decimo, se requere que se assine o mesmo Testador, se souber escreuer, & outrem tiuer escrito o testamento; porem se elle mesmo o fizer de sua letra, & o approuar, não he necessario, que se assine. l. cum antiquitas in fine, Cod. eodem; porem se não souber escreuer, deue acrescentar âs sete testemunhas mais hũa, & esta oitaua testemunha assinará pello Testador. d. l. hac consultissima.

Estas solemnidades referidas aqui, & as que se contem na dita ley hac cõsultissima, algũas vezes se não obseruão todas em certos casos, & val o testamento menos solemne.

Primò, o testamento feito pello pai entre seus filhos nascidos de legitimo matrimonio, & não entre os naturais sómente, valerá sem tôdas as solemnidades sobreditas. dict. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, cum ibi notatis: porque a fauor dos filhos saõ relaxadas as solemnidades de direito ciuil, & fica o testamento debaixo da disposipaõ do direito das gentes, conforme os Doutores na lei final, Cod, famil. erciſc. & in Auth. quod fine, Cod. eodem. O que procede quando o testamento he imperfeito por rezão da solemnidade publica. v. g. porque não foi sufficiente o numero das testemunhas: porem se for imperfeito por rezaõ da vontade. s.

por

porque o pai com o artigo, & agonia da morte não acabou o testamento. Neste caso ainda que seja feito entre filhos legitimos, não vai, conforme Bartholo na lei si is qui, ff. eodem. Secundò, se não obseruaõ todas as solemnidades referidas, no testamẽto do soldado pello priuilegio que diremos abaixo no titulo de militari testamento.

Tertiô, no testamento dos rusticos, em o qual bastaõ cinco testemunhas, ainda que naõ saibaõ escreuer, l. fin. §. si plurium, C. eodem. Quartô, conforme a mais cõmum opiniaõ, no tempo da peste, em o qual se não podem achar tantas testemunhas, que queiraõ ver o enfermo, val o testamẽto sendo feito com menos testemunhas, conforme Baldo, & Ias. na dita ley fin. Cod. eodẽ, ainda que de rigor de direito se possa dizer o contrario, com tudo os Doutores tem esta opiniaõ. Quintô, o testamento offerecido ao Principe. ou feito *apud acta*, em presença de qualquer juiz, val, ainda que nelle naõ haja o numero de sete testemunhas. l. omnium, C. eodem.

Sextò, ainda que de direito ciuil se requeiraõ sete testemunhas pera ser perfeito o testamẽto, com tudo de direito canonico bastaõ duas testemunhas pera que valha o testamento feito pera causas pias, c. relatum, & c. cum esse sext. eodem: & nestes casos; como a ley introduzio a forma de prouar a vontade, neste actos pôde remitir que se naõ obserue tãta solẽnidade; o que naõ poderá fazer nenhum particular. l. ius publicum 39. ff. de pact. Por isso nos testamentos ordinarios não bastaõ duas, ou tres testemunhas, ainda que com ellas regularmente, se possa prouar outra cousa, ex cap. licet vniuersis de testibus, porque a ley introduzio, que pera proua deste acto se requeriaõ sete testemunhas, & sò a mesma lei póde remittir este numero.

§. *Possunt autem.*

SVMMARIO.

Testemunhas no testamento haõ de assinar por seus proprios nomes. 1

PEra entendimento deste §. notemos, que as testemunhas se deuem todas assinar de seus proprios nomes, com os seus sinais conhecidos, que costumarem fazer. E isto he o que vem a dizer o nosso Emperador, trazendo os aneis, de que os antigos vzauaõ em seus sinais, que era cousa muito graue, de que naõ gozauaõ os escrauos, nem os baixos, como se lê in Capito apud Macrobium 7, *Veteres non ornatus, sed signandi causa annulum secum ferebant: vnde nec plures habere, quam vnum licebat, nec cuiquam nisi libero, quos solos fides deceret, quæ signaculo continetur. Ideo ius annulorum famuli non habebant.*

§. *Testes autem.*

SVMMARIO.

Pessoas que podem ser testemunhas no testamento. 1

Molheres não podem ser testemu- 2

nhas no teſtamento, & porque? E ſe o podem ſer nos contractos, & em algũs teſtamentos, & quaes: & a rezaõ de tudo.

3 *Referemſe as peſſoas, que não podẽ ſer teſtemunhas no teſtamento.*

4 *Filho, & genro não pòde teſtemunhar na cauſa do pai. Refereſe hũa limitaçaõ, entendendo a Ord. lib. 3. tit. 56. §. 1. com hum caſo julgado, em que ſe explicão varias opinioẽs.*

5 *Entendeſe o Texto na l. quoties. 3. C. de naufrag. lib. 12.*

6 *Corroboraſe a intelligencia com expoſiçaõ de varios Doutores.*

DEclara o Emperador neſte §. as peſſoas que podem ſer teſtemunhas nos teſtamentos, & todos aquelles, que podem teſtar, & ſaõ capazes de ſer herdeiros podem ſer teſtemunhas no teſtamento: & por que conforme diſſe, ha algũas peſſoas prohibidas, trataremos dellas neſte §. porque das que não podem ſer teſtemunhas, colligiremos quaes as poſſaõ ſer. E ſaibamos em primeiro lugar, q̃ as molheres não podem ſer teſtemunhas nos teſtamentos. l. qui in teſtamento, §. mulier, ff. eodem, & iſto pella fragilidade, & inconſtancia das molheres, que ſaõ varias, & mudaueis, iuxta illud gloſſæ in cap. forus, ſuper verb. varium, de verborum ſignificat. 1 2

Quid leuiús fumo? flamen: quid flamine? ventus:
Quid vento? mulier: quid muliere? nihil.

Mas porque eſta fragilidade he a meſma em todos os actos, em que podem as molheres teſtemunhar, diremos, q̃ hũa couſa he tratarmos do modo com que ſe proua, & outra da ſolemnidade de prouar: & aſſi conſiderado o modo de prouar qualquer acto, conforme o direito das gentes, *& ſic de nuda probatione*, por rezaõ do ditto direito he a molher teſtemunha idonea nos contratos, no teſtamento do ſoldado, & no que ſe faz entre os filhos, & nos mais actos, em que ſe requere, & baſta a proua de direito das gentes: *cum in ore duorum, vel trium ſtet omne verbum*: mas conſiderada a ſolemnidade de proua q̃ ſe requere de direito ciuil no teſtamento ſolẽne não he a molher teſtemnha idonea, porq̃ ja ſenão trata sò de prouar, ſenão de ſolemnidade, *& ſic de munere ciuili, & officio á fœmina non pertractantãdo.* d. l. 2. de reg. iuris. No crime podem as molheres teſtemunhar, porque ſeus ditos ſe podem aueriguar entre os viuos; nas vltimas vontades regularmente não, porque ja não he ponto de proua, ſomente depende tudo das ſolemnidades requiſitas, & não obſtarà dizer, q̃ tambem o fazer teſtamento he acto, & beneficio de direito ciuil, & com tudo as molheres podem teſtar, logo parece, que podem tambem teſtemunhar, probatur ex l. 5. ff. de teſtam. *cũ teſtes adhiberi poſſint hi, quibus teſtamẽti factio eſt.* text. hìc in princip. com tudo diremos, q̃ hũa couſa he beneficio, & outra officio: o beneficio de teſtar, & poder fazer teſtamento, he de direito ciuil, concedido a todos os que ſaõ cidadões liures, & cabeças de familias, & aſſi podẽ vzar deſte priuilegio os machos

chos, & femeas per text. in l. verbis legis, 120. ff. de verbor. signif. porem a solemnidade, & requisito do testemunho he officio que sô pertence aos homẽs, ex d. l. 2 de reg. iuris. E quãdo o Emperador disse, que todos os que tinhaõ capacidade de herdar, podiaõ testemunhar. (*sic intelligendo verba text. de his, qui ius capiendi ex testamento habent, cùm inhabilis sit, & qui ius condendi habet, adhibeatur*) logo excepcuou a molher, por isso dizemos, que não pòde ser testemunha, ainda q̃ posa testar, & exceptua o *impubes*. I. menor de quatorze annos, que ainda que pòde herdar, não póde ser testemunha & por isso tambem entendemos as palauras do texto na forma sobredita.

E assi desta fraqueza, & mudança não fiou a lei o testemunho das vltimas vontades, senão nos casos de necessidade, porque como a molher he mal necessario, quiz a lei, que nos aperos fossem testemunhas naquelles casos, em que basta a proua de direito das gentes. & assi que pòde a molher ser testemunha no codicillo, gloss. in l. fin. in verbo *quinque testes*, C. de codicillis, Barthol. in l. qui testamento, §. mulier. E tambem póde ser testemunha no testamento do pai, feito entre seus filhos, glossa in Authent. quod sine, C. eodem. E no testamento feito pera causas pias, como diz Iaſ. na d. l. hac consultissima, §. ex imperfecto. Item, no testamento dos soldados, secund. Angel. & DD. in d. §. mulier. E regularmente nas causas crimes não podiaõ, cõforme a direito canonico ser testemunhas, secundúm gloss. in cap. forus, super verb. fæminæ ext. de testibus: porem de direito ciuil bem podem ser testemunhas no crime. l. ex eo, ff. de testibus, & d. §. mulier, pellas rezoẽs referidas.

Secundò notemos, que o hermophrodito, que he aquelle, que he molher, & homem juntamente, se nelle preualecer o sexo femineo, naõ pòde ser testemunha nos testamentos, iuxta l. quæritur, ff. de statu hom. porem tendo mais de homem, que de molher bẽ pòde ser testemunha, de quo gloss. in verbo, sed neque mulier, hoc §.

Tertiò, o menor de quatorze annos, que chamamos em direito, *impubes*, não pòde ser no testamento testemunha, d. l. qui testamento, in princip. 3

Quartò, o escraũo não pòde ser testemunha no testamento, d. l. qui in testamento, §. seruus quoque.

Quintò o furioso não pòde ser testemunha, d. l. qui testamento, §. ne furiosus quidem, se não tiuer dilluci-dos interuallos, como entendem Ang. & outros DD. que sendo examinado, que ao tempo que foi testemunha estaua em seu sizo, bem o pòde ser neste caso do interuallo.

Sextò, o Surdo, & mudo.

Septimò o prodigo, a quem estiuer prohibida a administraçaõ de seus bẽs vt hìc, & l. is cui, ff. eodem.

Octauò, se poem por regra geral, q̃ todo aquelle, que em juizo não pòde ser testemunha, o não pòde tambem ser nos testamentos: & quaes podem testemunhar em juizo, diremos no 3. liuro, tit. 20. de inutilibus stipulation. §. si scriptura, in fine.

Nonò, acerca do nosso texto notemos, que todos aquelles, que não podem ser instituidos por herdeiros, não podem ser testemunhas nos testamentos, como saõ os hereges, & os bannidos, & os mais que diremos no tit. 14. deste liuro infra de hæredibus instituendis,

Titulo decimo

Decimo loco, ſaibamos, que o filho não pôde ſer teſtemunha no teſtamẽto do pai, nem o pai no teſtamento do filho ſe teſtar do peculio caſtrenſe, ou quaſi caſtrenſe, §. in teſtibus, infra eodem, & l. teſtis idoneus, ff. de teſtibus: porque o teſtemunho domeſtico he reprouado aſſi no teſtamẽto, como nos mais actos. l. 2. C. de teſtibus. E pera ſabermos quaes ſejaõ as peſſoas domeſticas, ſe póde ver a declaraçaõ, que dellas faz a gloſſa in §. ſed neq; verb. in ea re, & in c. in literis, ext. de teſtib. que ſaõ aquelles que habitaõ todos em hũa caſa, debaixo de hum poder, como filhos, filhas, criados, eſcrauos, ou ſugeitos ao meſmo dominio, como caſeiros, & foreiros, & os mais que declara a gloſſ. in §. in teſtibus hoc titulo.

Porem o ſobredito tem hũa limitaçaõ, que ſuppoſto que o filho não poſſa ſer teſtemunha nas cauſas do pai & em tudo he reprouado por ſoſpeito o teſtemunho domeſtico, ex text. in l. parentes, C. de teſtibvs, Ord. lib. 3 tit. 56. §. 1. com tudo eſta regra tem a exceiçaõ, que nos enſinará o caſo ſeguinte.

Trazendo Domingos Ferreira Villas boas hũa cauſa ciuel contra Catherina Correa veuua de Ioaõ Cardoſo, fez hũa periçaõ o dito Domingos Ferreira, em que dizia como ſua juſtiça na dita cauſa conſiſtia em os teſtemunhos de Amaro Rõiz de Morgade & de Maria Correa da Cunha ſua molher, genro, & filha da dita veuua Catherina Correa: & de huns ſeus criados, & porque não queriaõ jurar voluntariamente mandou o juiz do ciuel que foſſem citados pera darem ſeus teſtemunhos. Embargaraõ os ditos Amaro Rõiz, & ſua molher, dizendo, q̃ eraõ filha, & genro da d. veuua, & não podiaõ jurar contra ella. Pello que o juiz tornou a mandar que naõ foſſem obrigados. E o dito Domingos Ferreira embargou o deſpacho jurando, & juſtificando como não tinha outras teſtemunhas, & dependia ſua juſtiça dos juramentos dos dd. Amaro Rõiz de Morgade, & ſua molher, & fazendo ſe ſobre o caſo hum largo proceſſo, vltimamente o juiz recebeo os embargos do dito Domingos Ferreira Villas boas, mandando que os ditos Amaro Rõiz, & ſua molher juraſſem o que ſoubeſſem contra a dita ſua ſogra, & mãi. Viſto como nos ſeus juramentos conſiſtia a cauſa na forma do juramento, & proua do embargante. E eſta ſentença ſe confirmou em Rellaçaõ, ſuppoſto que ouue varios pareceres, mas conuieraõ na confirmaçaõ pellas rezoẽs ſeguintes.

Porque ſuppoſto que regularmẽte o filho, & genro não poſſaõ jurar, nem pellos pais, nem contra elles, Ordin. lib. 3. tit. 56. §. 1. toda via eſta regra ſe limita, *Quando veritas aliter haberi non poteſt*. De maneira que a limitaçaõ he, que quando a verdade ſenão póde ſaber de outro modo deuem os filhos, & genros jurar nas cauſas de ſeus pais, & contra elles, como cõclue Farinac. 2. tomo, q. 54. n. 171. Gomes variarum lib. 3. cap. 12. n. 34. ad fin.

E tambem he limitaçaõ da regra, que as taes teſtemunhas podem jurar nas cauſas de factos domeſticos, & couſas occultas de caſa, & de proua difficultoſa, Maſcar. cõc. 1198. n. 28. Farin. q. 54. n. 193. & tambem argumentando com a generalidade do caſo da l. quoties 3. C. de naufrag. lib. 12. ibi: *Ne veritas lateat â liberis naxarũ, &c.* o qual texto entende Barthol. ibi n. 2. que

que procede geralmente, & não sò no caso, de que trata, como nos ensinarà a doctissima tençaõ do excellentissimo Iurisconsulto, & dignissimo Dezembargador o Doutor Antonio de Sousa de Macedo, que averiguou o ponto na forma seguinte, que ponho pera exemplo de todos os casos semelhantes, & em ratificaçaõ do referido.

Non habemus Ordinationem expressè prohibentem filium, & generum testificari in causa patris, & soceri, habemus tamen stilum apud Cabed. 2. part. arest. 9. per argumentum, reciprocum Ordinationis lib. 3. tit. 56. §. 1. & rationem textus in l. quia parentis 16. ff. solut. matrim. & de iure cõmuni sunt textus in l. testis idoneus 9. iuncta glossa, ibi, ff. de testib. & in l. parentes 5. iuncto Barth. n. 4 in fin. C. eodem tit. (quãuis aliqui tenuerunt quoad socerum solum procedere in criminalibus, vt refert glossa 1. in l. 4. ff. illo tit.) Quinimô etiam si haberemus Ordinationem formalem tamen, cùm esset à iure cõmuni desumpta, easdem, quas ius limitationes reciperet, vt docent Gregor. Lop. in l. 9. tit. 13. p. 6. gloss. a mudar, Menochius cons. 100. n. 123. lib. 1, Guter. in repet. §. sui inst. de hæred. qualit. n. 47. & ciuil. lib. 3. q. 29. n. 61. ex nostris, Valascus cons. 38. n. 1. in 1. tom.

Decis. 25

Planè quidquid contra alios, quos ipsa refert, tenuerit glos. vlt. in l. inuiti, ff. de testib. est limitatio regulæ, filios, & à fortiori generum debere testificari, quando veritas aliter non potest haberi, vt est textus formalis (quem ante glossam tenemur sequi ex Ordinat. lib. 3. tit. 64. in princip.) in l. quoties 3. C. de naufrag. lib. 12. ibi, ne veritas lateat, à liberis nautarum, &c.) quẽ

6 *textum non tantum in illo casu, de quo loquitur, sed generaliter intelligit Bart. ibi n. 2. vers. nota, ex hoc principio; & ita intelligendi sunt, Rebuff. in tract. de reprobat. test. n. 379. ac Mascard. concl. 1148. n. 26. vol. 3. docet clarissimè Abb. in c. 1. nº 4. de testib. cogend. facit Gabr. tit. de testibus, concl. 17. n. vlt. & ex professo tenet Gom. var. tom 3. cap. 12. n. 24. ad finem (quin ibi inueniam Emmanuelem Soar. á Rebeira contradicentem) & ex pluribus, quos citat communem dicit: Doctori verò de communi opinione attestanti credendum esse ostendit Antonius Mar. Coras. de commun. opinion. lib. 1. tit. 7. & seqq. in 1. vol. commun. veritatem autem absq; his testibus cognosci nõ*

posse

Titulo decimo

posse affirmant alij, ergo ad iuramentum compelli possunt. Sic confirmato iudice.

E assi conuierão na confirmação da sentença do juiz dos orfaõs, que obrigou a jurar a Amaro Rõiz de Morgade, & sua molher, em hũa causa de sua mãi, & sogra. E a rezão he, que regularmente o filho, & genro não podem ser testemunhas, *ne ij pro, ne que contra parentes*, Ord. lib. 3. tit. 56. §. 1. Toda via esta regra se limita *quando veritas aliter haberi, non potest*, vt ex pluribus concludit Farinac. 2. tom. q. 54. n. 171. Gom. variarum, lib. 3. cap. 12. num. 24. ad finem, como fica dito, & julgarão com o sobredito Doutor os dignissimos Dezembargadores, & DD. Pedro Paulo de Sousa, & Antonio de Sousa de Tauares Rellator, anno de 1648. no dito Cartorio.

Sabido isto, que os filhos não podem ser testemunhas nos testamentos paternos, & a exceição que se faz naquelle caso particular que referi aqui pello pedir assi o Texto, ainda que não fosse de testamentos; com tudo era controuersia de herança. Saibamos em 11. lugar, que o herdeiro instituido no testamento, não póde ser testemunha no mesmo testamento, nem elle, nem seu pai, em cujo poder estiuer, nem seus filhos, nem seu irmaõ do herdeiro instituido, porque todos saõ sospeitos como testemunhas em causa propria, l. omnibus, C. de testib. & §. sed neque, infra hoc nostro titulo, de maneira que o testemunho domestico he reprouado daquelles, que estaõ na mesma casa, & familia. Com esta distinçaõ. s. se o testamento he alheo, pôdẽ o pai, & filho juntamente ser testemunhas, l. ad testium, 22. ff. hoc tit. & se o testamento he proprio, v. g. do do pai, ou do filho familias, soldado, ou letrado, testando dos bens castrenses, ou quasi, entaõ não podem o pai, nem filho, nẽ irmaõs ser testemunhas, porque como os testamentos sossem hũa alheaçaõ, que o Testador fazia de seus bens no herdeiro, não podem os sobreditos testemunhar em causa propria: *Cum heredis lucrum ad patrem, filium, & fratrem eius pertineat, ideo cũ ee repelluntur.* l. qui testamento, §. quæcumque, ff. hoc tit. & he doutrina do §. sed neque hæres.

§. Sed cum aliquis.

SVMMARIO.

Escrauo sendo tido por liure, & tomado por testemunha no testamento se valerá?

SVpposto que acima disse, que a testemunha do testamento deue ser pessoa liure, com tudo se acõtecer, que hum escrauo se passe a hũa terra, & nella seja reputado por liure, sendo que verdadeiramente he escrauo, ou na mesma terra for tido por forro sendo catiuo, & este tal for ser testemunha em hum testamento, nem por isso será nullo o tal testamento, vt textus noster hic refert, & est expressus in l. 1. C. eodem, porque o erro commum, muitas vezes faz, & dà direito, secund. gloss. hìc & DD. in l. Barbarius Philippus, ff. de officio Prætoris, & a fauor das vltimas vontades permite o Emperador, que valha o testamento

mento, *vt suprema morientium vota conseruentur.*

§. Pater.

SVMMARIO.

Pai, & filho se podem ser testemunhas no testamento, & dous irmãos juntamente, & quando:

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
Et fortuna, fides, in testibus ista requires.

E do mesmo modo dous irmaõs de idade capaz, ainda que estejão no patrio poder, podem ser testemunhas no testamento, & duas pessoas de hũa mesma casa, & dous primos podem todos ser testemunhas no testamento do estranho, vt est text. hìc, in l. pater, & filius, ff. de testibus. E ainda que de direito o pai, & filho sejaõ reputados por hũa mesma pessoa, por ficçaõ, vtl. vlt. C. de impub. isto he quádo se trata da vtilidade de ambos, ou correspectiuamente de hum pera outro: & não quando nos casos alheos saõ testemunhas, porque entaõ como não saõ interessados, val o testemunho. l. 9. & 10. ff. de de testib. como tambem dissemos acima n. 6. in fin. & na propria causa regeitasse o testemunho domestico: mas quando pella emancipaçaõ se acaba o patrio poder; entaõ podem ser o pai, & filho testemunhas, vt notant Balduin. & Doctores hìc.

§. Legatarij.

SVMMARIO.

Legatario, ou fideicõmissario se pòde ser testemunha no testamento em que se lhes deixa o legado, ou fideicommisso?

Se se pòde deixar algũa cousa a quẽ escreue o testamento, ou a seu irmaõ?

E se se poderá deixar algũa cousa, a quem notar o testamento.

A Cerca deste §. notemos, que o pai, & o filho podem juntamente ser testemunhas em qualquer testamento, aindaque o filho esteja no patrio poder, com tudo sendo de quatorze annos bem póde ser rogado juntamente com seu pai pera testemunhas de algũ testamento, porque a idade, & condiçaõ da pessoa saõ particulares requisitos do testemunho, iuxta illud

O Legatario, & o fideicommissario singular, & seus filhos de quatorze annos, & seus criados bem podem ser testemunhas no testamento, em que se lhes deixar algũa cousa em legado, ou fideicommisso, vt in nostro text. & in l. qui testamento, in princip. & in l. dictantibus, in fine, Cod. eodem. E supposto que parece isto riguroso, pois se póde dizer, que saõ testemunhas na causa propria contra a lei in omnibus, Cod. de testibus, que acima alleguei: com tudo se responde, que o legatario não se toma por testemunha pera dizer, que aquelle legado lhe foi deixado, senão pera

pera teſtemunhar como o defuncto fez o teſtamento, ſecund. Bart. in d. l. qui teſtamento. E bem podia ſer teſtemunha ſem ſaber que era legatario, porque como diſſe no principio do tit. de ſolemni teſtamento, trazendo a opinião de Fabr. in §. poſſunt, não he neceſſario q̃ as teſtemunhas ſaibão o que ſe contem no teſtamento, & baſta que vejaõ aſſinar nelle o Teſtador, & approualo, & aſſi pòde ſer teſtemunha ſem ſaber que ſe lhe deixa o legado, alem de que admittindo o teſtador por teſtemunha o legatario appro ua ſua peſſoa, & depois não ſe pòde dizer que he inhabil, & indigno do legado, ſecund. Bald. in d. l. qui teſtamento. O q̃ ſe não encõtra com o q̃ diſſemos dos legatarios, no §. ſed neque hæres, porque principalmente ſaõ ſucceſſores da couſa legada, & em conſequencia acquirem direito pera a cobrar, por iſſo tem differença do herdeiro, o qual principalmente ſuccede nos direitos do defuncto, & em conſequencia pello direito acquire os bens, *& ſic intuemur id quod principaliter, nõ quod in conſequentiam venit.* l. 1. ff. de author. tut. & como o herdeiro repreſenta a peſſoa do defuncto, & o legatario não, por iſſo o teſtemunho deſte he admitido, & o do herdeiro não. Vltimamente neſte §. notemos, que ao que eſcreuer o teſtamento, nem ao tabalião ſe pôde deixar nada no meſmo teſtamento, que por elle for eſcrito. l. 4. C. de his qui ſibi in teſtam. aſcrib. E tambem ſe hum irmaõ eſcreuer o teſtamento, não pòde ſer deixado o legado nelle a outro irmaõ, ex deciſ. Gam. 69. n. 2. porque ſe eu fizer o teſtamento de Titio, não poſſo nelle eſcreuer hum legado pera meu irmão: porem ſe eu dictar, & notar o teſtamento, bem me póde o Teſtador deixar hum legado, ou a meu irmaõ. d. l. dictantibus, in princip. C. eodem.

§. *Nihil autem.*

SVMMARIO.

Teſtamento póde ſer eſcrito em papel, ou em pergaminho, & ſempre ſe deue obſeruar, & como? 2

Eſcritos dos antigos em taboas, ou marmores, que ſe fazem? 3

Teſtamento ſe pòde ſer eſcrito em diuerſos papeis.

FInalmente notemos, que o teſtamento deue ſer feito com todas as ſolemnidades referidas na forma que dito he, & da Ord. do liuro 4. tit. 80. in principio, & no §. 1. penul. & final, & pôde o teſtamento ſer eſcrito em papel, ou em pergaminho, ou em outra qualquer couſa, que ſe poſſa ler, & entender, & que della conſte da vontade do Teſtador. l. 1. in principip. ff. de bonorum poſſ. contra tab. pois nos teſtamẽtos, sò ſe atenta á vontade do Teſtador, que he lei, como tenho moſtrado, & ſempre ſe obſeruou, iuxta illud

ſuprema voluntas,
Quod mandat, fieriq; iubet parere neceſſe eſt.

E aſſi que conſtando della, ſe não atenta a eſcritura que pòde ſer em papel, ou em taboa, ou onde quer que for: donde ſe infere, que ſe deue dar credito às eſcrituras, & e ſcritos dos antigos, que ſe acharem em pedras, ou muros, ou columnas, de quo Barthol. in d. l. 1. & in l. monumentorum, C. de relig.

relig. & sumptib. funerum. De maneira que os antigos não escreuiaõ sô em papel, senão tambem em varias cousas, como ferro, taboas, cera, marmores,& em cruas, *Vti Cinna misit amico Aratea.*

Leuis in aridulo malua descripta libello.

Cui consonat illud Ouuidñ in initio tristium ad librum suum.

Nec titulus minio, nec cedro charta notetur
Candida, nec nigra cornua fronte gerat.

E tanta fé faz o que he escrito em papel, como em pergaminho, ou outra qualquer cousa, quando solẽnemẽte; & cõ obseruancia deuida, & costumada, & conueniente a cousa escrita, he feita, nella ou naquella materia, vt in in dicta leg. 1. de bonorum possess. cõtra tabul.

E em conclusaõ saibamos, que pôde o testamento ser escrito em dous, & tres papeis, ou começado em pergaminho, & acabado em papel, & sendo tudo da mesma maõ do notario original, & verdadeiro, he testamẽto perfeito, sendo approuado pello defuncto, vt hic, & l. vnum testamentum, ff. eodem.

Vejamos agora o segundo genero de testamentos, que chamamos nuncupatiuos, porque se fazem de palaura.

DE TESTAMENTO NVNCVPATIVO.

§. Sed hæc quidem.

SVMMARIO.

1 *Testamento nuncupatiuo se faz de palaura, & como?*

2 *Porque se chama nuncupatiuo, & em que se differença do testamẽto solemne, & ainda que se escreua, não deixa de ser testamento nuncupatiuo.*

3 *Propem se o facto de hum caso pera conhecer os requisitos do testamento nuncupatiuo.*

4 *Doente que perdeo a falla, se pòde fazer testamento por sinais?*

5 *E se poderá por perguntas responder á instituiçaõ de herdeiro.*

6 *Resolue se que si, com alguns requisitos que se referem entendendo varias opinioẽs. E mostra se julgado.*

7 *Refere se outro caso, em que se julgou valer hum testamento nuncupatiuo com os requisitos necessarios pera sua validade.*

8 *Quando se nomea a pessoa com indubitauel final, & demonstraçaõ val a instituiçaõ, & fideicommisso?*

9 *Confirma se com graue doutrina,*

assi o referido sobre os requisitos do testamento nuncupatiuo, como a opinião, de que val a instituiçaõ, respondendo à pregunta, quando não he malicicsa, & suspeita. Refere se julgado.

10 *Corroborase, & explicase esta opinião, concordando os dous casos julgados referidos.*

11 *Testamento feito pera causas pias, ainda sendo nuncupatiuo, não requere tanta solemnidade.*

12 *Mostrase que cousa seja causa pia cõ varias exposiçoẽs, & se he o mesmo priuilegio concedido àspessoas miseraueis, & quaes saõ?*

13 *O que se deixa ao parente pobre não como tal, mas por rezão do sangue se se julga ser causa pia?*

14 *Testamento nuncupatiuo ordinariamente se faz no artigo da morte?*

15 *Que cousa seja artigo da morte, & quando se diz, que está nelle o Testador, & a differença que ha entre artigo, ou perigo da morte?*

16 *Artigo da morte quando se diz conforme os Theologos, & Canonistas pera a absoluiçaõ dos peccados?*

17 *Testamento feito de palaura no artigo da morte, conualecendo o Testador fica nullo. Propoemse hũ caso.*

18 *Se val o testamento como nuncupatiuo quando parece que o Testador começon a testar por escrito?*

Refere se julgada hũa, & outra que staõ com exemplar doutrina. 19

Explicase a rezaõ porque val o testamento como nuncupatiuo, ainda que se começasse a escreuer, ou redusisse a escrito. 20

O Segundo genero de testamẽtos se chama paganico, ou nuncupatiuo, o qual se faz *sine scriptis*, de palaura, perante sete testemunhas, especialmente rogadas, ante as quaes declare o Testador sua vontade, nomeando expressamente o herdeiro, l. hæredes palam, ff. eodem, Ordin. lib. 4 tit. 80. §. 3. l. 1. ff. de hæredibus instituend. l. vltima, Cod. de codicill. l. 8. in fine, ff. de bon. possess. secundum tab. dicta l. hac consultissima, § per nuncupationem, l. in testamento, 26. l. iubemus, 29. C. hoc titulo, Negreiros in introduct. vltim. volunt. lib. 3. cap. 1. vbi plures. Chamase este testamento nuncupatiuo, porque nelle se requere a nomeação do herdeiro, & differe este testamento nuncupatiuo do solemne, porque no nuncupatiuo se não requerem todas as solemnidades que saõ necessarias no testamento solemne, nem subscripção, sello, & o mais que dissemos.

A segunda differença he, que no testamento nuncupatiuo reuela, & declara o Testador sua vontade, & he obrigado a fazello expressamente: & no testamento solemne pòde encobrir, & comprehender somente na escri-

escritura, & sedula de testamento.

A terceira he, porque o testamento nuncupatiuo de sua essencia não requere, que se faça em escrito, & he bastante que perante as testemunhas, & tabalião declare sua vontade, a qual ainda que o tabalião a escreua, não he isto de natureza do testamento, se não por accidente, o que não he no solemne, porem o instrumento que se faz pello tabalião, faz fé ainda depois de mortas as testemunhas, vt elt. gloss. in l. 2. in princ. & ibi Bart. & DD. ff. quemadmod. testam. aper. porq̃, como abaixo diremos, não importa q̃ o testamẽto se escreua, pera q̃ por isso deixe de ser nuncupatiuo, & se colhe da d. Ord. q̃ poem 3. casos. O 1. quando se faz pello tabalião com 5. testemunhas, assinado pello testador. O 2. quando o testamento he feito pello Testador, ou por outra pessoa cõ seis testemunhas, assinádo o Testador, ou por elle quẽ escreueo o testamẽto, vt d. Ord. §. 3. ibi, *em este caso*. O 3. he quãdo de palaura faz o Testador o testamẽto, como acima disse nos: & sẽpre he nuncupatiuo, vt infra n. 19. & 20. Resta agora vermos por fim, ou meio desta doutrina, quaes sejão os requisitos dos testamẽtos nuncupatiuos, & recorrerei ao asylo costumado, declarandonos o caso seguinte toda esta materia; & foi o caso que

3 Anna da Sylua moradora em Barbas de porco, termo da villa de Aldea galega da Merceana, a tomou hũ accidente de apoplexia, q̃ lhe tirou a falla, & os sentidos interiores, & exteriores & depois de noue, ou dez dias deste accidente acabou sem ter lugar em todo o dito tempo de se confessar, sem mais que apertar a mão ao confessor, nem pode nunca responder ao medico. Nuno Alures Carneiro em virtude de amizade, & criação, q̃ cõ a defuncta tinha se meteo de portas a dentro, & quiz reduzir a publico, & fazer corrente hũ testamento nuncupatiuo, dizendo que a defuncta por aceno o nomeara por herdeiro, metendose de posse, de fazenda, prata, & ouro, & tudo mais q̃ ficou da defuncta.

Derão libello as irmãs da defuncta contra o dito Nuno Alures Carneiro pedindolhe a herança com os rendimentos, & pera os sonegados juramẽto *in litem*, & precedendo os termos judiciais julgou o juiz do ciuel desta cidade o testamento nũcupatiuo por falso, & supposto, & condẽnou ao Reo restituisse a herança, com tudo o pedido pellas Autoras, & appellando se pera o Senado desta dita sentença, se confirmou pellas doctissimas consideraçoẽs dos excellentissimos Iurisconsultos os DD. Diogo Marchaõ Themudo, Gaspar Rõiz Porto, & Ioão Velho Barreto. na causa de Francisco de Almada Pereira, & os mais herdeiros de Anna da Sylua contra o dito Nuno Alures Carneiro.

Fazendo as consideraçoẽs seguintes, das quaes tirando os principais fundamentos faremos hũas regras neste particular na forma seguinte, & seruirão de exemplo pera os mais casos semelhantes.

A primeira regra he, q̃ se o doẽte perdeo a falla com accidente de apoplexia não val a disposição: *nec quo ad institutionem, nec quo ad legata*, colhida por acenos, sinais, ou mouimentos do mesmo enfermo, porq̃ estando neste estado, *mortuo similis est, & falsus in elogijs præsumitur, si ille neq̃ scribere nec articulate loqui potest*. l. iubemus, C. de testam. donde tiraõ os DD. *quod*

4

Titulo decimo

No teſtamẽto nũcupatiuo feito quãdo o do enteperdeo de todo afala, não baſta, cõforme a melhor opiniã q̃ por acenos moſtre o doente o herdeiro, por que deue declarar ſeu nome expreſſamente, vt hic.

nomen hæredis in teſtamento nuncupatiuo palã debet exprimi, nec ſufficit quod nutu, vel ſignis exprimatur, quando teſtator peritus loquellam amiſit. Por quãto em materia tam ſoſpeitoſa como he a vltima võtade, l. fin. C. fideic. não ſe fiou a lei de acenos, & ſinais, q̃ as teſtemunhas interpetrão como lhes parece, & em tẽpo q̃ o enfermo com a agonia do mal, & cõta q̃ ha de dar a Deos por ſe liurar de importunaçoẽs, faz todos os mouimẽtos q̃ lhe pedẽ, & q̃ aſſi tal teſtamento como eſte ſeja nullo, reſoluẽ Gom. l. 3. Tauri, n. 110. Cou. c. cũ tibi, n. 4. de teſtam. Greg. Lop. l. 6. p. 6. gloſ. 2. tit. 3. n. 162. Matien. l. 1. gloſ. 16. n. 2. tit. 4. lib. 5. recop. & ibi Azeued. n. 162. Mol. tract. 2. diſp. 127. â n. 2. & diſp. 134 n. 8. Aegyd. l. 1. C. ſacroſ. Eccleſ. 3. p. n. 2. col. 2. Coſt. l. gallus, §. & quod ſi tamen, 1. p. n. 21. Soar. alleg. 2. n. 5. & 6. Cald. de nomin. q. 1. n. 28. Mantic. de coniect. lib. 2 tit. 6. n. 2. & 5. vbi loquitur in verbis, *ſic & non* Negreir. in introduct. vltim. volunt. lib. 3. c. 1. n. 10. Theſaur. lib. 2. forenſ. q. 99. n. 27. Laderech. conſ. 39. per totum, Hieron. Laurent. deciſ. 32.

E poſto q̃ ſeja cõtrouerſo ſe hauendo quẽ faça as pregũtas ao enfermo, baſta q̃ elle reſpõda, & cõ iſſo fique ſatisfazẽdo à forma do tex. in d. l. iubemus? naqual queſtão a cõmua affirma, vt per gloſ. d. l. iubemus, quã ſequũtur Gom. Boer. Cou. Clar. Greg. Lop. Azeued. Mol. Mẽchac. Menoc. & Mantic. q̃ refere o D. Diogo Marcham Themudo na ſua doctiſſima tençaõ: cõ tudo eſta opinião admittem com as ſeguintes declaraçoẽs, que decidem o caſo preſente.

5 A primeira he, q̃ o enfermo hade eſtar em eſtado, q̃ poſſa reſpõder às pregũtas articuladamẽte, & não baſta reſponder por acenos; eſta he a mais cõmua opinião dos DD. vt per Theſaur. d. q. 99. n. 23. ibi: *Si articulate reſpõdit teſtator, ſecus ſi non poſſit intelligi, niſi per ſigna*; & q̃ a ſigão todos teſtatur Coud. c cũ tibi, n. 4. & q̃ he cõmua in foro & ſcholis tenet Beccius, conſ. 86. n. 20, & 30. Menoc. lib. 4. præſump. 19. n. 12. Camil. Borel. conſ. 37. n 12, & 15. Per alta rubr. ff. hæred. inſt. n. 80. verſ. iam illud nomini, Cephal. conſ. 546. n. 30. & 42. Gam. dec. 46. n. 4. 5. & 6. Clar. §. teſtam. q. 37. n. 2. Gom. d. l. 3. n. 113. Molin, d. diſp. 127. n. 2. & in hoc omnes cõueniunt, como diz o meſmo Theſaur. d. q. 99. n. 5.

A 2. declaraçaõ he, q̃ he neceſſario cõſtar, q̃ a enferma eſtaua em ſeu perfeito cizo, & entendimẽto, & não tinha o juizo leſo, porq̃ auendo duuida no q̃ eſtà proximo á morte, ſe preſume que eſtà ſem juizo, & q̃ reſpõde por importunação, ſem ſaber o q̃ diz, nẽ faz. Ita Soar. d. alleg 1. â n. 15. Theſaur. d. q. 99 n. 6. & 7. Menoc. conſ. 45. n. 40. lib. 1. Mantic. de coniect. lib. 2. tit. 5. n. 8. ad fin. onde aſſi o traz julgado. Surd. cõſ. 414. n. 65. lib. 3. Pereg. dec. 80. osquaes todos reſoluẽ, q̃ o tal teſtamento feito *ad interrogationẽ* fique nullo, *quia moribundus mortuo ſimilis eſt.*

A 3. declaração, & requiſito he, q̃ cõſte da antecedẽte certa, & declarada vontade de teſtar q̃ a defuncta tiueſſe, ita poſt Crauet. Corneum, & alios tradit Theſaur. d. q. 99. n. 6. verſ. 3. donde infere cũ Socin. ſenior. cõſ. 92. n. 16. lib. 3. q̃ ſe conſtar de cõtraria võtade da teſtadora, não valerà o teſtamento.

O 4. requiſito he, q̃ as pregũtas as faça o tabaliaõ, ou outra peſſoa mãdada chamar pera iſſo pella meſma Teſtadora, & não pello herdeiro, ou peſſoa intereſſada, Soar. d. alleg. 1. n. 30. Mãtic. d. tit.

d.tit.6.n.10. Thesau.d q.99.n.8.vers.5

O 6.requisito he, que se não fação as preguntas por instigaçaõ de parẽte interessado, ou pessoa sospeita, porq entaõ ficará tambẽ o testamento nullo, Mantic.d.tit.6.n.9. Menoch.cons. 45.n.19.lib.1. Borrel.cons.37. n. 19: Thesaur.d.q.99. n.9.& 10.o que procede, ainda que a pessoa sospeita, ou interessada seja religiosa, Menoc.lib.4. præsump.8. n.23.33.38.& 40. Morotius cons.99.ân. 48. Thesaur. d. n.10.

O sexto requisito he, que as pregũtas se não façaõ de cousa determinada, senão indeterminada s. que se prẽgunte ao Testador, quem quer deixar por seu herdeiro, porque se se lhe perguntar, se quer deixar a foaõ determinadamente por seu herdeiro, ja fica sospeito o testamento, ainda q̃ o enfermo diga que si, saluo se antes disso consta que declarou sua vontade ao tabaliaõ, & lhe mandou fazer algũa minuta por onde se fizessem as pregũtas. Ita Thesaur.d.q.99. n.9. 11.15.& 18. Mantic.de coniect.lib.4. tit. 4. n.10. Surd.cons.378. n.19. cons.414.n.58. donde inferem, que se vier o tabaliaõ, ou outra pessoa, & por minuta que o enfermo lhe não mandou fazer, lhe fizer as preguntas, ainda que elle respõda por si, & não, não he valido o testamento: *imo potiùs censetur testatio propinquorum, quam testatoris.* Soar. d. allegat.1.n.2. Thesaur.d.q.97.num.12. Alex. Raudensis decis.45.n.18. & 21.

Septimô tandem, requerem os DD. que as testemunhas deste testamẽto não sejaõ sospeitas. Ita Paris. quem refert, & sequitur Menoc.d. præsump. 8.n.41. vers. octauum.

Decis.26 E a rezaõ de em taes testamentos se requererem tantas circunstãcias, dâ Thesaur. d.q.99.n.4. ibi: *Sed quoniam hic modus testandi, non est sine periculo, quia & notarius, & testis, nec non ipse hæres, alijq; domestici facultatibus, moribundi hominis, & plerumq; semimortui cadaueris insidiantes multa excogitare possunt: ad quæ, vel infirmitate, vel crebris, aut assiduis rogationibus fatigatus testator sæpè contra voluntatem suam respondit, ideò singula considerantur Doctores, multaque requirũt qualitates ad hãc sustinendam interrogationem.*

E assi o considerarãõ os doctissimos Dezembargadores na dita causa, julgando pellas sobreditas rezoẽs, de suspeita que houue contra o testamento nũcupatiuo por nullo; & a herança ás irmaãs da defuncta.

Vejamos agora hum caso, em que val o testamẽto nũcupatiuo, & foy q̃

Na Villa de Campo mayor estando Catherina Nunes doente no artigo da morte da doença, de q̃ falleceo fez seu testamento nuncupatiuo, no qual instituio seus tres irmaõs por herdeiros, & que não tendo filhos passasse a herança aos filhos de Ioaõ Vaz de Andrada da d. Villa, o qual fez reduzir a publico o testamento, & sendo citadas as partes, & precedendo os actos judiciais julgou o juiz o testamento por valido: & esta sentença se confirmou no supremo Senado na ditta causa de Campo mayor de Ioaõ Vaz de Andrade A. appellante, contra Bento Pereira Castello, & Gaspar Vicẽte reos appellados.

E pella explicação delle veremos que ha muita differença neste caso, em que foy valido o testamento nuncupatiuo do outro, em que dissemos, & referimos o caso, em que foi nullo; porque como veremos neste, falou a Testadora por palauras expressas, como tambẽ prouaraõ por muitas

teſtemunhas ; & no outro não fallou, antes ſe prouou ſer tudo fimulaçaõ.

De modo que eſte, de que imos tratando, he o proprio teſtamento nũ cupatiuo; & pera melhor o entẽdermos, vejamos como paſſou o caſo referido, que explicarei com a miudeza q̃ pude alcançar das doctiſſimas tençoẽs dos excellentiſſimos Iuriſconſultos, & digniſſimos Dezembargadores os Doutores Antonio de Souſa de Tauares, & Rodrigo Rõiz de Lemos, & Lourenço da Gama Pereira Rellator na confirmaçaõ da ſentença, anno de 1648. no dito cartorio, em que todos conuieraõ pellos fundamentos, & rezoens ſeguintes.

Eſtando a d. teſtadora doente de doença de que falleceo, mandou chamar ao Prior ſeu irmaõ, o qual lhe perguntou ſe queria diſpor de ſeus bẽs, & ella reſpondeo, que ſi; & declarou, que ſe lhe deuiaõ algũas diuidas, & q̃ Ioaõ Vaz de Andrade pay dos menores appellados, lhe deuia moyo & meyo de trigo, que lhe perdoaua, porque Deos lhe perdoaſſe ſeus peccados. E declarou mais *viua voce*, que deixaua por herdeiros, a ſeus irmaõs de todos ſeus bens. E que morrendo ſem filhos paſſaſſem ſeus bens aos filhos do d. Ioaõ Vaz de Andrade.

Tudo iſto affirmaraõ as teſtemunhas, & conforme a direito, eſte he o proprio teſtamento nuncupatiuo. l. hæredes palam, ff. hæred. inſtit. l. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem. l. iubemus, C. de teſtam.

Não obſtou dizer, que a Teſtadora eſtaua em artigo de morte, & com preſumpçaõ de eſtar falta de entendimento: porque ſe reſponde, que eſtar em perigo de morte não he cauſa pera ſe annullar o teſtamento nuncupatiuo; nem ainda o teſtamẽto *in ſcriptis*, d. l. iubemus, verſ. *ſin autem forſitan, ex morbi acerbitate, &c.* ſaluo quando ſe prouara, *quod neque articulate loqui poterat.* d. l. iubemus, verſ. *ſi enim eſt talis teſtator*, proſequitur Menochius lib. 4. præſumpt. 8. E ainda neſſes termos podia deixar eſte fideicommiſſo aos appellados. *Vel nutu, vel per aliud ſignum.* Gom. l. 3. Tauri, n. 113.

Porem por todas eſtas teſtemunhas ſe prouou, que a Teſtadora eſtaua em ſeu perfeito juizo, com que de todo fica ceſſando o fundamento contrario.

E tambem não obſtou dizer, que a Teſtadora diſſe, que deixaua em fideicommiſſo ſeus bens a *aeſſes meninos*, ſem declarar quaes: porque ſe reſponde, que quaſi todas as teſtemunhas diſſeraõ, que os nomeara expreſſamẽte, & ainda que algũas teſtemunhas, diſſeraõ, que vzou da palaura, *Aquelles meninos*, iſſo baſtaua pera valer o fideicommiſſo, por ſer indubitauel o final, & demonſtraçaõ, com que os nomeaua. l. quoties, §. ſuis nomen, ff. de hæred. inſt. ibi, *Sed indubitabili ſigno eum demonſtrauerit.* Coſt. 1. ſelectar. c. 3. Bart. in l. quidam relegatus, n. 3. verſ. *aut continet perſonam*, ff. de rebus dub. aonde traz o exemplo da l. in tempus, §. 1. ff. hæred. inſt. Menochius lib. 4. præſumpt. 25. à num. 5. Caſtilho controuerſ. lib. 4. cap. 34. num. 10. & ſeq. & os meninos eſtauaõ preſentes como diſſeraõ as meſmas teſtemunhas.

E finalmente não obſtou dizer, que o teſtamento foi feito à inſtancia, & preguntado o P. Vigario: porque ſe reſpondeo, que o teſtamento feito *ad alterius interrogationem*, he valioſo, conforme a gloſſa, verbo, *quemadmodum*, in l. iubemus, §. oportet, C. de teſtam.

testam. Menoch. lib.4. præsump.8.n. 10.& cons.45.n.7.Mantic.de coniect. lib.2. tit.6.n.10. Castilho d. lib.4. c. 27.n.54.

E assi conuieraõ na confirmaçaõ da sentença do juiz,alem do que o excellentissimo Iurisconsulto, & doctissimo Dezembargador o Doutor Antonio de Sousa de Tauares fez a consideraçaõ seguinte.

Per nuncupationem testamentum conditum fuisse dicendũ

9 *est, ad l.hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testamentis,§ fin. inst. eodem tit. Ord.lib.4.tit.80.§ fin. Molin.de iust. disp.126.vers.tertio fieri potest, Ægyd.l.1.2.p.in initio, n.15. C.sacrosanctis Ecclesijs, idq; ad publicum redactum secũdum iuris normam traditam per Doctores in l.publicati, & ibi glossa, C.de testament. Gomes l.3. Tauri, num.46.cum seqq. Valasc.cons. 178. n. 7. 2.p. Negreir. in introduct.ad vlt.voluni.lib.3.cap.1.n.10. Reinoso obseruat. 39.n.20.*

De institutione verô hæredum minime dubitandum est, vt ex testibus, valida enim est, hæredum institutio, quæ ad interrogationem alterius à testatore fit,quamuis testator per verbũ, sic, tantum respondeat,non dum in præsenti, vbi per verba expressa declarationem factam fuisse apparet, compositeq; articulata,quibus testatrix voluntatem suam aperuit iuxta textum in l.1.§.si quis ita interroget, ff.verb. obligat,cum alijs,de quibus Gomes l.3.Tauri, n.109. quem eleganter sequitur Matiẽço l.1.gloss.16.n.6.tit.4.lib.5.& communem dicit Flores var. q.1.n.14. Menoch.cons 45.n.31.Gam.decis.46.n.6.

Neque contrarium dicit Mantica de coniect. vltimæ voluntlib.3.tit.6. n.5.sequutus opinionem Socin.iunioris,quando enim de sana mente testatoris apparet huiusmodi dispositionẽ sufficere concludit, etiam si quis in vltimo mortis articulo constitutus proponatur, sic explicata. l. quoniam indignum, Cod. de testamentis.

Neque etiam refert ad cuius interrogationem testatrix voluntatem suam expreserit,quidquid sine lege sentiat Gama dec.46. n.6. vers.vel quiuis alius, ex eo quod cũ testator est in vltimo mortis articulo resultat vehemens suspicio quod potius ad suggestionem responderit,vt docuit Iulius Clarus §. testamentũ, q.37.n.6. quia pro parte appellantium nihil productum est, & ideo institutio sustinebitur,ex his quæ Pheb.1.parte decis.25.

n.4.

Titulo decimo

n. 4. quare frustra appellans desiderat, quod á placitis recedatur.

Decis. 27 E nesta forma concordaraõ os sobreditos Doutores, confirmando a sentença.

E com o que temos ditto me parece fica explicado o que basta neste tit. & por fim desta parte do testamento nuncupatiuo, que se chama assi, *á nuncupare*, que he claramente nomear o testador o herdeiro perante as testemunhas sobreditas, pois q̃ a nomeaçaõ expressa he o principal requisito, como tem mostrado os casos referidos.

E não pareça que entre estes casos ha differença por se affirmar neste vltimo, que o testamento feiro â pergunta de outrem, he valido, sendo que a
10 principio no primeiro dissemos, que não: mas não ha discordia, antes he necessario entendermos, que o requisito principal he a reposta do testador, conforme a doença, de modo que hum enfermo, que em sua vida tiuer dito, que ha de fazer seu herdeiro a foaõ ou que tiuer feito hũa minuta, em que declare sua vontade, basta que perguntandolhe: deixa a f. por seu herdeiro? responda que si: mas no caso primeiro não houue nada disto, antes esteue a doente noue dias com o accidẽte de apoplexia, sem falla, priuada de todos os sentidos, como jurou o Medico que lhe assistio, ao qual se deue todo o credito, porque cõforme as regras de sua sciencia, entẽde se o enfermo está priuado do vzo dos sentidos, ou não, & por isso se está capaz, ou incapaz de testar. & ad testandũ, statur iudicio medicorum, vt tradunt Gom. 2. var. cap. 9. n. 5. Greg. Lop. l. 16. tit. 8. gloss. 9. p. 5. Menoch. lib. 6. præsumpt. 45. n. 46. Phæb. 1. p. decis. 78. n. 4. Reynos. obcru. 32. n. 16. in specie Thesaur. d. lib. 2. forens. q. 99. n. 29. & que do Testador ter dito de antes que hauia fazer herdeiro a f. se confirme o dizer, que si, somente na hora da morte, o proua o Texto na l. quoties, §. 1. ff. de hæred. inst. vbi Baldus, & DD. dicunt de voluntate constare ex his, quæ ipse testator extra testamentum dixit, & in l. precibus, C. de natural. lib. vbi text. ait, *Voluntates, & desideria morientiũ ex voluntate viuentium colligenda*, late Ludou. de Gozad. in cons. 98. n. 9. & nesta forma se ha de entender a opinião que admite dizerse que val o testamento feito á pregunta de outrem respondendo o Testador que si. O que não houue no caso primeiro, que acima apontei, antes se presumio, que tudo fora feito com simulaçaõ, por serẽ feitas as preguntas por hum Padre, q̃ não foi chamado pera isso, antes por amigo do sobredito appellante se presumio interessado, & rogado por elle. l. fin. C. si quis aliquem testari prohib. Cephal. cons. 546. Raudens. decis. 45 n. 28. Thesaur. d. lib. 2. forens. q. 99. n. 14. vers. sed si notarius, & os mais citados acima no quarto requisito, mormente que as testemunhas foraõ suspeitas tambem, & nestes testamentos nuncupatiuos feitos ao tempo da morte, não sò não podem ser testemunhas as sospeitas, senão nem ainda os legatarios, posto que o contrario seja nos testamentos ordinarios, quanto aos legatarios, ita Valasc. cons. 117. â n. 12. Cabed. 1. p. decis. 169. n. vltim. Pereira decis. 32. á n. 12. Reynos. obseruat. 39. à n. 9. Barbosa ad Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin. n. 2. nem as testemunhas

foraõ

foraõ rogadas pella defuncta, nem o rogo ſe preſume, nẽ ſe prouou, & o teſtamento feito ao tempo da morte, requere pro forma ſerẽ as teſtemunhas chamadas pera aquelle acto, Gama deciſ. 46. n. 7. Maſcard. concl. 1354. á n. 3. E que ſe não preſumão dito rogo docent Maſcard ibi n. 8. Gama deciſ. 110. n. 2, & o ſerem chamadas pello q̃ quer ſer herdeiro, ou por ſeu mandado, he o meſmo que nada, idem Gama dicta deciſ. 46. n. 5. ad finem, Phæb. 2. par. deciſ. 188. num. 15. E o mesmo ſoborno ſe induzio de que quando tratarão de reduzir a publica forma o teſtamento nuncupatiuo, eſtiuerão enſinando as teſtemunhas que juraſſem fizera tal, & tal final a defuncta, & eſta he expreſſa nullidade, pella Ord. lib. 3. tit. 57. in principio, & tit. 75. E muito mais cauiloſo andou o appellante em fazer preguntar as teſtemunhas ſem parte citada, pera que depois quando ſe tornaſſem a preguntar com partes citadas não ouſaſſem a ſe contradizer dizendo verdade, deuendo pera ſe tirar eſtá cauillação ſer primeiro queimados os primeiros teſtemunhos na forma da Ord. lib. 3. tit. 62. §. 2. Cabedo 1. p. areſt. 41. Phæb. 1. p. deciſ. 77. como tambem notou o inſigne Doutor Diogo Marchão Themudo.

Com o que fica claro, que no primeiro caſo foi bem julgado o teſtamẽto por nullo, em rezão das ditas ſuſpeitas, & no ſegundo caſo por bom, por ſe ter obſeruado, com differẽça, a juſtiça, & forma da ley, & aſſi ſique no ſegundo a fazenda aos meninos, a quem a Teſtadora a quiz ſempre deixar, & o declarou com a boca á hora da morte por palauras, a eſſes meninos, como fica dito, & no primeiro ſuccedão as irmaãs da defuncta, como legitimas herdeiras abinteſtato, por ella fallecer ſem aſcendentes, nem deſcendentes, na forma da Ordenação lib. 4. tit. 96. in principio, Gomes l. 8. Tauri, n. 1. Cou. de ſucceſſ. abinteſt. n. 11. Matienc. l. 5. tit. 8. lib. 5. gloſſ. 1. n. 1. Molin. tract. 2. diſp. 164 n. 17

E aſſi que temos viſto os requiſitos, & os caſos, em que val o teſtamento nuncupatiuo, & o que acerca delle hauemos conſiderar, ſaibamos agora que ſuppoſto temos apertado muito a materia, com tudo os meſmos Doutores a ſublimitaõ na cauſa pia, de modo que quando o Teſtador diz de palaura, que deixa ſeus bẽs pera algũa cauſa pia, ainda que o não diga com todas as ſolemnidades ſobreditas, a fauor da cauſa pia, ſe julga ſempre por valido o teſtamẽto; mas pera ſabermos melhor iſto, & entendermos que couſa ſeja cauſa pia, quando tratarmos della, aduirtamos, que cauſa pia he aquella, que he ordenada pera ſeruiço de Deos, & charidade pera com o proximo, ou bem da alma: porque tudo o que he pio ſeruе a Deos, por ſer o dom da piedade pertencente ao culto Diuino: *Ideò pietatis donum colit Deum, & quæ Dei ſunt*, vt docet D. Thomas 2. 2. q. 121 art. 1. ad 3. & por iſſo tudo o que ſe deixa às Igrejas, moſteiros, & lugares pios dedicados ao culto Diuino ſe julga por legado pio, & cauſa pia, vt per DD. in cap. final. de teſtament. tradit. Speculat. in tit. de inſtrument. edit. §. nunc veró aliqua, n. 62. verſ. *& ſcias quod inter relicta*. E que ſeja tambem pio o que ſe deixa ao proximo por cauſa de charidade em quanto ſe ſocorre ao proximo por amor de Deos, o proua o meſmo Angelico Doutor S. Thomas in 3. ſententiar. diſtinct. 34. art. 2. E por iſſo aquillo que ſe deixa a peſ

11

ſoas

soas miseraueis, como saõ pupillos, ve uuas, peregrinos, & pobres, vt per textum in l. vnica, C. quando imper. inter pupill. tradit Afflict. decis. 257. & Franchin. decis. 150. Thesaur. decis. 177. Randens. decision. Pisan. 46. Milanens. decis. Sicil. lib. 2. Viuius decis. 521. que affirmão serem sempre estes cõforme a direito, pessoas miseraueis, ainda que aliás sejão ricos, como tambem pera o priuilegio se chamão miseraueis pessoas os doentes de doẽça continua, vt per Viuium decis. 65. & as donzellas tambem gozão do mesmo priuilegio, vt affirmat Mastrilho decis. Sicil. 127. Giurb. decis. 82. Castilh. decis. 48. idem Viuius decis. 65. o qual na decisaõ 222. diz, que os pobres se contão entre as pessoas miseraueis, & os velhos, vt etiam Francus decis. 608. & as Vniuersidades, iuxta ea, quæ tradit Vrsil. decis. 257. & os Prodigos, Ludouic. decis. Perusin. 1. Franc. decis. 595. & alij, de quibus Nouar. in sua práxi elect. & var. fori, onde diz, que he arbitrario ao juiz julgar cõforme a estes quaes outros se possaõ semelhantemẽte chamar, & julgar por miseraueis pera effeito do priuilegio, de que tratamos, conforme o qual os legados, & bens deixados a estas pessoas miseraueis, sempre se julgão por validos, tanto que consta da vontade do Testador, ainda que na solemnidade requisita pella lei houuesse deffeito, o qual como não for do juizo, ou da vontade, não vicia a causa pia: porẽ he de notar, que estas pessoas sobreditas se chamão miseraueis, & se julga por causa pia aquella porque se lhe deixou algũa cousa, vt tradit vltra citatos Speculat. vbi supra. Mas isto he em quanto as taes pessoas saõ socorridas como proximo por amor de Deos. Porem se põr rezão de parẽtesco, ou amizade lhes for deixado às taes pessoas o legado, ou herança, entaõ se não chama em direito causa pia vt voluit gloss. recepta in l. illud, C. de sacros. Eccles. & ibi Bald. Paul. Castr. & alij citati â Tiraquel. in præfat. tract. de priuileg. piæ causæ, vers. *quod adeo verum est*; & cõtra isto não obsta dizer se, que a piedade pera com os pais, & parentes, cidadões, & amigos da patria se considera igualmente, secundum D. Thom. 2.2.q.80.ar.1. com tudo o direito não quiz que fosse causa pia, senão aquella, que por amor de Deos se ordena a bem do proximo, & não a q̃ procede por causa de amizade, ou parentesco, & as palauras da lei se hão de entender conforme o vso vulgar de fallar, & não preuertendo o sentido, ex capit. ex literis de sponsalibus, l. labeo, ff. de suppellec. legat. l. librorũ, §. quod tamen Cassius, ff. de legat. 3.

Tambem he causa pia tudo aquillo, que se deixa pella alma & pera remedio da saluação, ex Authent. vt cũ de appellat. cognoscitur, §. *si vnum de prædictis*, & ita DD. communiter dicunt: *Quidquid pro anima relinquitur piæ causæ relictum censetur*. Et notat gloss. in l. siquis Titia, ff. de legat. 2. Bart. in l. 1. n. 33. C. de sacros. Eccles. vbi etiam Bald. in lect. n. 3. & Paul. n. 6. Molin. de iustitia, tomo 1. tract. 2. disp. 134. in princip. & col. 523. Aegyd. in d. l. 1. n. 1. 3. p. initij, C. de sacros. Eccles. Panormit. in d. rubric. de testam. col. 3. vers. *sed nunc quæritur*, Bartol. in l. Lucius, ff. de aliment. legat. E da qui procedeo o resumo, que o insigne Doutor Valasco fez na cons. 105. n. 6. & á Ordenação do lib. 1. tit. 62. §. 41. de todos os legados pios, contãdo nelles missas, anniuersarios, respõsos,

con-

confissoẽs, ornamentos, & cousas pera o culto Diuino, curar enfermos, camas a doentes, & a pobres vestillos, & alimentalos, remir catiuos, criar engeitados, & outras obras pias ali referidas. E finalmente saibamos quanto à causa pia, que peravalerem as disposiçoẽs deixadas na forma sobredita com a dita causa, somente se tem respeito á proua da vontade do defuncto, & a que aliàs de direito das gẽtes se requere, cap. cum esses, cap. relatum, 1. de testament. Clar. in §. testamentum, q. 6. in princip. Vaiasc consult. 67. â n. 2. Aegyd. vbi sup. & das causas pias se pòde ver largamente, Tiraquel. in tract. priuileg. piæ causæ.

Vltimamente, porque acima dissemos, que ordinariamente se fazião os testamentos nuncupatiuos no artigo da morte, me parece rezão tratar aqui breuemente algũa cousa acerca delle, & aduirtamos, que, artigo da morte, se chama aquelle momento, & hora q̃ se despede a alma do corpo, ita intelligit Acurs. in gloss. Const. Arcad. & Honor. Imperator. in fine, Cod. com. rer. priuat. & Terent. in Adelph. dixit, *Vide, vt in ipso articulo comprehendit eã.* Com tudo, segundo o nosso modo, & o que aqui deuemos entender he, que artigo da morte chamamos àquelle tempo, em que hum homem està tam perto do fim da vida, que moralmente se não duuida o està esperando a morte proxima, & certa, & prouauelmẽte ineuitauel, & isto ou seja por doença natutal, ou por causa violenta. v. g. por q̃ està pera ir a morrer: & deste modo se differẽça o artigo da morte do perigo della, porq̃ chamamos perigo da morte áquellas cousas onde cõmũmẽte succede morrerem os q̃ com ellas se misturaõ; porem sem prouauel certeza, porque o perigo ou acontece, ou não; porem o artigo da morte he aq̃lle, como disse, em que moralmente està a morte certa, & proxima: & daqui procede o dizermos, que o que està no artigo da morte, està em perigo, & não podemos dizer, que o que està em perigo està em artigo de morte. Ita Couar in cap. alma mater, 1. parte §. 11. n. 8. vers. *quain re distinguere oportet.* E daqui vem dizerem os Doutores Theologos, que os exemplos do artigo da morte, pera absoluiçaõ dos peccados se haõ de considerar moralmente, dizendo que a doença perigosa, da qual os Medicos, conforme sua sciencia, duuidão poder conualecer o doente, antes desconfiaõ de sua vida, como febre aguda, & maligna, de que poucos escapão, vt dicit Nauar. in manual. c. 2. n. 9. ferida mortal, vt Alterde censur. lib. 1. disput. 6. cap. 6. col. 4. vers. *confirmat*, quem sequitur Manicalceatus in comment. ad Bullam cænæ Domini, lib. 3. in §. 2. q. 2. num. 14. in fine: Naufragio prouauel, tempestade repentina no meyo do mar, vt dixit Sanch. lib. 2. oper. moral. cap. 13. num. 1. Nos quaes casos, & artigo, ou perigo da morte pòde qualquer Sacerdote absoluer o enfermo de todas as censuras, & casos reseruados, & de todos os peccados, vt docent Canonistæ, & tenet Suares multis relatis, tom. 4. de iustitia, disp. 63. n. 6. Zambrinus de casibus articul. mortis, prælud. 1. n. 1. Sanches dicto libro 2. cap. 13. n. 1. probat etiam sacrosanct. Concil. Trident. sess. 14. cap. 7. Sot. in 4. dist. 18. quæst. 4. art. 4. col. 4. vers. *quæritur autem*, & Melchior Can. in 5. parte, de pœnitent. fol 144. ac Valent. in 4. tom. disp. 7. quæst. 10. punct. 2. col. 6. Marc. Anton. Cuccus in instit. maiori. lib. 5. tit.

14

15

16

tit. 4. de sacrament. pœnitent. n. 221 que todos dizem estar propriamente em artigo da morte aquelle, que por juizo, & parecer dos Medicos está proximo a morrer, & que de nenhum modo humano se lhe póde euitar, & que verosimilmente esteja tam proximo, que se não possa occorrer ao Prelado a pedir absoluição. Donde inferem, q̃ conualescendo o doente, & viuendo por merce de Deos, deue confessar o peccado, & pedir dispensaçaõ ao Prelado; donde tambem no nosso caso, & ley diz o Emperador, & os DD. que supposto que o testamento nuncupatiuo feito no artigo, & perigo da morte valha, com tudo se o doente conualescer, he nullo, como nos mostrará o caso seguinte decidido, & ventilado no
17 Senado em hũa causa de Euora de Manoel Fernandes, & Manoel Pires, Autores appellados, contra Luis Gomes Reo appellante, & foy o caso que sendo fallecida Domingas Iorge, fizeraõ Manoel Fernandes, & Manoel Pires petição dizendo, que a dita defuncta fizera testamento de palaura, em q̃ os instituia por herdeiros, dispõdo de seus legados, & requerendo se reduzisse a publico, & justificasse com testemunhas, & preguntando se por despacho do juiz, julgou em final o testamẽto por bom, & vindose com embargos à sentença, os regeitou, & appellãdose pera esta Corte, foy reuogada a sentença por dous fundamentos.

O primeiro, porque constou, que a defuncta fizera testamento *in scriptis*, & assi não podia ter effeito sem cõcorrerem os requisitos da Ord. lib. 4. tit. 80. O segundo he, que não pôde ter effeito o testamento nuncupatiuo por quanto depois de feito viueo mais de dous annos, conualecendo da doença, nos quaes termos não val o testamento nuncupatiuo, senão na hora da morte, & não se depois disso viuer o Testador.

E quanto ao primeiro confessaraõ os herdeiros pertendentes, que a defuncta ordenou testamento *in scriptis*, & essa foi sua tençaõ, & quando ella se restringio a fazer testamento por escrito, senão val como tal, não póde valer como nuncupatiuo: *quidquid in eo interueniant omnia requisita nuncupatiui, ne aliter valeat contra intentionẽ testatricis*, & contra a regra da l. non omnis, ff. si cert. petatur, & l. 3. ff. de act. *idq; certissimi iuris est*, arg. textus in l. contractus, iuncta glossa, verbo *in scriptis*, Cod. de fide instrument. notat Bartol. ibi in principio, & communiter omnes, vt per Valasc. de iure emphyt. quæst. 7. n. 5. pello que se considerou que a defuncta ordenou seu testamento por escrito, & como no testamento não concorrẽ os requisitos da Ord. allegada dicto tit. 80. não póde ter lugar. 18

E vindo ao segundo ponto, se os appellados quizerão sustentar, que he testamento nuncupatiuo, porque a vltima vontade val do melhor modo, q̃ póde valer, & que a defuncta se não restringio a testamento *in scriptis*, & assi que sempre tem lugar o testamento nuncupatiuo, Mantic. de coniect. lib. 1 tit. 7. n. 6. ad finem, Menchac. succes. creat. §. 40. n. 16. Com tudo neste testamento nuncupatiuo, ainda que se queira considerar a regra do Texto in l. 3. ff. de militari testamento, ibi: *Nec credendus est*, pera o que se nota, *quod vnusquisq; credit in mente testamentum facere, vt valeat meliori modo, quo potest*; donde commummente se infere que se alguem fizer testamento por escrito, & por algum defeito for tal,

tal, que não possa valer, como *inscriptis*, valha como nuncupatiuo, Paulus in l. hac consultiſſima, §. per nuncupationem, C. de testam. & communiter recipitur ex Iulio Claro, §. testamentũ quæst. 4. n. 2.

Com tudo o testamento nuncupatiuo não concorre nelle o que a Ord. dicto tit. 80. §. 4. dispoem, que se possa fazer testamento nuncupatiuo ao tempo de sua morte, & como se proue que a defuncta depois do testamento viueo dous annos, & andou saã, não póde valer como nuncupatiuo; pello que o juiz não julgou bem, como aduertio o Illustrissimo Doutor Martim Affonso de Mello, discidindo o ponto na forma sobredita.

De duabus dubitatur in hoc processu. Primùm, vtrùm va-
leat testamentum, vt nuncupatiuum quando testator in scriptis
testari voluit, & se restrinxit ad testamentum in scriptis.

Secundùm, vtrùm supposito quod valeat, vt nuncupatiuum,
ex testatricis famitate, nullum reddatur in forma Ordinationis,
libro 4. tit. 80. §. fin. quo ad primam quæstionem certius dico
in præsenti controuersia, in terminis huius processus testatricẽ
noluisse se restringere ad testandum in scriptis cum totam suam
voluntatem coram testibus expresserit, quo casu quamuis de
ea faciat scripturam manu propria, vel alterius, si non valet te-
stamentum, vt in scriptis, valebit vt nuncupatiuum, & poterũt
pro eo testes examinari, quamuis testator, vel testes non subscrip
serint, vel quælibet alia desit solemnitas, cum testamentum sit
actus, qui potest fieri in scriptis, & sine scriptis, & non censea-
tur in dubio testatorem eligisse modum testandi, per quem
iudicium eius impugnetur, & subuertatur. Paulus de Castro in
l. hac consultissima, §. per nuncupationem, & in l. hæredes pa-
lam, in principio, ff. de testament. Cou. in cap. relatum, in pri-
mo, num. 11. vers. tertia conclusio, & vers. 9. Cancer. 1. varia-
rum, cap. 4. numer. 9. Reynos. obseruation. 8. á numero 18.
Pereira decision. 41. num. 7. Gama decis. 81. num. 4. & alij
quamplurimi. Cum igitur testatrix non expressisset se velle in
scriptis testari, nec tabellionem vocare præcepit, immò non se-
creto, sed palam disposueret, testamentum nuncupatiuum feci-
se censetur ex supra citatis, quos refert, & sequitur Gabriel
Pereira decis. 51. n. 8.

Titulo decimo

Quoad secundum, supposita probatione, ex qua constat testatricem post illam infirmitatem, qua oppressa testamentum fecit, sanitatem recuperare, & considerata dispositione Ordinationis lib. 4. tit. 80. §. final. vers porem, dicerem testamentum nuncupatiuum esse nullum, ex quo fundamento sententiam reuocarem, &c.

No que conuicraõ todos os dignissimos adjuntos, & Dezẽbargadores os Doutores Iorge da Sylua Mascarenhas, & Antonio de Sousa de Macedo, Rellator na sentença seguinte.

SENTENÇA.

Decis. 28

ACordaõ os do Dezembargo, &c. Não he bem julgado pello juiz embarer por prouados o penultimo, & vltimo artigo dos embargos, reuogando sua sentença, vistos os autos, & como ainda que o testamento fosse nuncupatiuo, com tudo ficou sem effeito, & nullo, tanto que a Testadora conualeceo da doença, em que o fez. Iulgaõ os dittos artigos por prouados, & declaraõ, que a defuncta falleceo sem testamento, & assi pertence sua herança aos appellantes como herdeiros abintestato, & paguem os appellados as custas dos autos, Lisboa 24. de Iulho de 1649. Sousa de Macedo. Silua. Melio.

Escriuaõ meu pai Leonardo da Costa Leal, no ditto Cartorio.

Do que tudo deuemos colligir, q̃ pella conualecẽça da doẽça ficou nullo o te-
20 stamento nuncupatiuo, & não por ser *in scriptis*; porque ainda que elle se faça ordinariamente *viua voce*, & por palaura, com tudo ainda que se escreua, não deixarà de ser testamento nuncupatiuo: o mesmo se proua com o costume, a que chamamos direito naõ escrito, porque naõ se requere mais que o vso, & consentimento, sem ser necessaria escritura, §. ex non scripto, & se se escreuer, naõ deixarà por isso de ser costume, teste Bartholo in l. 2. in principio, ff. de vulgar. substit. & in leg. de quibus, 1. & 2. lect. num. 8, ff de legibus. E por isso dizemos, que o testamento ha de valer no melhor modo que ser possa, & assim quando hum Testador declara no testamento palauras porque se entende, que quiz testar *in scriptis*, se o testamento tiuer formalidade de nuncupatiuo, nesse modo ha de valer. Barthol. l. vltim ff. iure

fi. iure codic. Gama decis. 62. num. 25. Menoch. lib. 4. præsumpt. 2. num. 16. E isto procede ainda no caso, q̃ o Testador declara algũas palauras, pellas quaes quiz mostrar testana *in scriptis*, Menoch. d. lib. 4. d. præsumpt. 2. n. 16. Boer. decis. 240. n. 6. cuius verba sunt hæc: *Vbicumq; quis incepit facere testamentum in scriptis, etiam inter extraneos, & apparet ipsum voluisse se applicare ad illam in scriptis testandi viam, in qua licet non omnes adhibuerit solemnitates iuris, nihilominus tale testamentum sustineri potest, in vim nuncupatiui testamenti, si interuenerunt solemnitates ad vltimam voluntatem nuncupatiuam requisitas.* l. si miles distinauerat, ff. de testament. milit. l. 1. vbi Bartol. & Doctores, ff. iure Codic. & latius in nostro iuris compendio pertractamus.

DE TESTAMENTO MILITARI.

Titulus vndecimus.

SVMMARIO.

1 *Continuase este titulo com os antecedentes.*

2 *Clerigos saõ soldados da Igreja militante, & se podem testar sem as solemnidades de direito ciuil?*

3 *De q̃ soldados se trata neste titulo?*

4 *Rezão porque se permitte aos soldados testarem sem as solemnidades de direito ciuil, & os priuilegios que lhes saõ concedidos.*

5 *Soldados deste tempo se gozaõ do mesmo priuilegio pera testar?*

6 *Diuidemse tres casos pera saber quãdo poderà valer o testamento do soldado.*

7 *Surdo, & mudo se pode testar, sendo soldado?*

8 *Soldado se pòde morrer em parte cõ testamento, & por parte abinte-*

stato, & a rezão, & porque he o contrario nos q̃ não saõ soldados?

9 *Soldados auxiliares, & os que seruẽ à sua custa se gozão do mesmo priuilegio?*

10 *Testamento do soldado pôde ser escrito em qualquer materia, ou declarado de palaura, chamando duas testemunhas, & a rezão por que?*

11 Téquitratamos dos testamentos solemne, & nuncupatiuo; segue se agora dizermos algũa cousa dos testamentos, que fazem os soldados, porq̃ com estes priuilegios se declaraa exceiçaõ das regras, q̃ no tit. antecedẽte diſemos no testamento solemne, o qual como mais antigo precedeo a este, de que tratamos, & concorda cõ outros; in ff. & Cod. de testam. Petr. Bell. in tract. de re militar. & infra relati. Consonat Ord. lib. 4. tit. 83. §. 3.

Titulo vndecimo

E pera entendimento delle ſaibamos, que a palaura, *Milicia*, he geral, porq̃ os Aduogados tambem ſe chamaõ ſoldados, l. aduocati, Cod. de aduocat. diuerſ. iudic. & os Clerigos tambem
2 ſe diz ſerem ſoldados da Igreja, vt eſt gloſſ. in capit. Clericus. Donde os Clerigos podem teſtar ſem as ſolemnidades de direito commum, vt per Barboſam ad Ordinat. libr. 4. tit. 80. Valaſc. conſult. 74. á num. 13. Marta de iuriſdict. 4. par. caſ. 28. Thom. Vaz allegat. 30. & como ſe ha de entender eſta opiniaõ, & ſe ſe pratica no noſſo Reyno, veremos no tit. de bonorum poſſeſſ. Porem deſtes ſoldados naõ
3 falla o noſſo titulo ſenaõ dos ſoldados guerreiros, de milicia armada, & guerra viua, ou ſejaõ de pê, ou de cauallo, & aſſi o verdadeiro ſoldado he o q̃ cinge a eſpadã, prometendo naõ a largar ſenaõ por morte, nem recuſar o defender com ella a patria, & Republica, eſcreuendoſe, & aliſtandoſe pera iſſo no numero dos ſoldados, q̃ ſe dizem militantes, *à multitudiné*, ou numero de mil homẽs, dos quaes ſe escolhia hum o mais valente, & esforçado pera preſidir aos mais: & aſſi o obſerua a gloſ. in l. penult. ff. ex quibus cauſ. maior. com eſta diffiniçaõ.

Miles is dicitur, qui in militari matricula auctoritate Principis ſcriptus, & publico ſigno vocatus, enſeq̃ cinctus à ſignis nõ recedere iurauit. E a meſma ſegue Manoel da Coſta na l. gallus, §. & quid ſi tantum, parte 1. n. 62.

E por eſte grande perigo, & defen
4 ſaõ continua, & notoria demõſtraçaõ do amor da patria, ſaõ dignos os ſoldados de grande eſtima, & o direito ciuil como zeloſo de todos os bẽs, naõ paſſou, nẽ ſe eſqueceo da obrigaçaõ tam juſta, cõcedẽdo muitos priuilegios aos ſoldados. Primò, pera os teſtamentos, de q̃ tratamos. 2. pera naõ ſerẽ atormentados. l. milites, C. de quæſtionib. 3. pera q̃ ſendo os ſoldados condẽnados por diuida naõ pudeſſẽ ſer preſos conforme Iaſ. na dita lei milites. in princ. porq̃ ſendo ſoldados ſabẽ mais das armas, que das letras. l. fin. §. arma, Cod. de iure deliberand. & ſe excuſaõ com a ignorancia de direito, vt notatur in l. 1. Cod. de iuris, & facti ignorantia. 4. porque os ſoldados cõdemnados por diuida naõ eraõ obrigados a pagar mais que o que podiaõ. l. miles, in principio, ff. de re iudicata. Porem os ſoldados do noſſo tempo naõ tem tantos priuilegios neſta forma (ſupoſto que merecem muitos pello que obraõ) & ſe obſerua com elles a diſpoſiçaõ do direito commum. Bald. in l. penultima, ff. ex quibus cauſis maior, & Barthol. in l. filius familias, §. veterani, ff. de procurat.

E quanto aos teſtamentos temos a opiniaõ de Ioann. Fabr. in d. l. milit. que os ſoldados do noſſo tempo mi- 5
litantes em guerra juſta, contra os Turcos, & inimigos da patria, gozaõ do priuilegio de poderem fazer teſtamento na forma do noſſo titulo. Conſonat Ordinat. ſupra dicta, & probatur ex his, quæ Gama deciſ. 265. Pello que explicaremos com duas diſtinçoens. Primeira, ſe o ſoldado fez o teſtamento na guerra, & no arrayal. Segunda, ſe o fez em caſa, & fora da guerra; & eſte he o primeiro genero deſte priuilegio que toca ao modo de teſtar. O ſegundo genero he, que toca às peſſoas, porque muitos, que de direito ciuil não podem fazer teſtamentos, os fazem ſendo ſoldados, §. illis, hoc titulo, & ſic conſonat Iuuenal Satyra 16.

Solu

Solis præterea testandi militibus ius.
Vino patre datur: nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census.

Tratando do modo de testar, & da primeira distinçaõ sabamos, que quando o soldado faz o testamento na guerra, & arrayal tem privilegio de não observar as solemnidades requisitas nos mais testamentos, & o pòde fazer por escrito, ou de palavra, tanto que conste da vontade lhe valido o testamento militar, ainda que não haja tantas testemunhas, como se requere no solemne; porem deuese tambem distinguir neste caso, que se o soldado fizer testamento no conflicto da peleja, & cõbate, & no vltimo, & extremo perigo da vida entam lhe he licito o fazer o testamento, como quizer, & puder. l. 1. §. faciant, ff. eodem, & nenhũa solẽnidade se requere, porque póde escreuer no escudo, ou em outra parte sua vontade, ou tomando duas testemunhas pòde escreuer no chaõ sua disposiçaõ, e võtade, & valera. l. milites, C. eodẽ, de maneira q̃ pera entendermos este tit. & sabermos o q̃ hoje se observa, he necessario aduertir antes de começar a explicar os §§. que se hade distinguir, como temos dito. Primò, se o soldado testar no conflicto da peleja no arrayal, de qualquer modo que testar valerá o testamento, tanto q̃ se prouar por duas testemunhas, ainda que não sejaõ rogadas, vt d. l. milites. Secundò, ou fez o soldado o testamento no arrayal estando em campanha sem pelejarem, mas formado o cãpo, ou alojandose, entam val o testamento, chamando o Testador duas testemunhas rogadas pera aquelle acto, no qual posto que sejaõ remitidas as mais solemnidades, assi de subscripçaõ de sete testemunhas, como acerca da pessoa, pois póde testar, ainda q̃ seja surdo, & mudo, aduertindo, que as solemnidades que saõ remitidas aos soldados, saõ as que se requerem de direito ciuil, mas não lhe he remitida a inhabilidade de direito natural, porque se o soldado for menor de quatorze annos, *& sic impubes, aut simili naturali impedimento impeditus*, não pòde testar, ainda que seja soldado. l. final. Cod. eodem; por isso diremos que o surdo, & mudo pode testar, entendese se for surdo, ou mudo accidẽtalmente, por enfermidade, & não de nascimento: & se dissermos que tambem o mudo sem ser soldado pòde testar, distinguiremos, o mudo que naõ he soldado pôde testar, se souber escreuer. l. discreti, Cod. qui testamẽta facere possunt: & sendo soldado pòde testar, ou saiba escreuer, ou não, vt infra dicemus: como acerca da pessoa do herdeiro, pois os que conforme a direito saõ incapazes de serem herdeiros, o podem ser dos soldados, como abaixo diremos; como acerca da substancia do testamento, & dispositiçaõ, pois pòde o soldado morrer em parte testado, & por parte abintestato: com tudo naõ lhe saõ remitidas, nem se deuem excusar as solemnidades de direito das gentes, conforme o qual deue constar da disposiçaõ por duas testemunhas: *Cum in ore duorum, vel trium stet omne verbum*,

& ad euitandas frandes, quæ committi poßunt. facit l. diuus Trajanus, ff.de militari testamento, por esta mesma rezão dizemos, que pôde o soldado morrer em parte testado, & em parte sem testamento, vt in d.l. milites, & in l.ius nostrum, ff.de reg.iuris, o que não pôde proceder em quem naõ he soldado: porque no testamento paganico daquelle, que naõ he soldado cõsideramos a herança, conforme a direito ciuil, como pessoa fingida, representando ao defuncto, vt in l.nihil aliud, ff. de verborum signif. & como estas qualidades sejaõ contrarias no que morre testado, & abintestato; porq̃ hũa pessoa como indiuidua não se pòde representar por partes, por isto naõ pòde aquelle, que naõ he soldado morrer por parte testado, & em parte sem testamento. Porem no soldado como consideramos a herança, conforme a direito das gentes, como patrimonio do defuncto, naõ ha repugnancia, pera q̃ o soldado morra em parte com testamento, deixando a alguem hũa parte de seu patrimonio, ficando no mais ab intestato, & sem testamento; pois neste do soldado sò se considera o direito das gentes, no qual se attenta ao patrimonio do Testador, & se naõ finge a representaçaõ da pessoa do defuncto, que foy introduzida pello direito ciuil. Bart. & DD. in rubr. ff.de acquirend. hæredit. com o que fica entendido o segundo caso. s. quando o soldado faz testamento no arrayal com a proua que se requere de direito das gentes. Terceiro, ou o Testador he soldado, mas faz testamento em sua casa fora do arrayal; & neste caso he obrigado a guardar todas as solemnidades requisitas de direito ciuil no testamẽto, tradit gloss. in d.l. milites, & Clar. in §. testamentum, *cessante enim causa priuilegij, cessat quoque ipsum priuilegiũ* vt notant Doctores hìc, & infra dicemus in §. actionum de actionib. & in nostro iuris compendio. E posto que foi controuerso se gozauaõ dos mesmos priuilegios referidos os soldados que seruiaõ à sua cõsta na guerra, por que antigamente se chamauaõ hũs legitimos, outros ordinarios, outros estacionarios, vt optimè enumerat Ioann. Corras. in l.precibus, num. 10. Cod. de impuber. & alijs, com tudo diremos, que gozão do mesmo priuilegio, pois milita nelles a mesma rezaõ da introducçaõ a fauor dos que dão a vida pella patria, & por ser priuilegio fauorauel se dçue entender com extensaõ, vt late tradunt scribẽtes per glos. in l.scrinarios, C.hoc nostro tit. Paris. cons. 32.n. 25.lib.2. Clar. quæst. 15. n. 5. Michael Graff.q.3.in fine, Vasques de succeſſ.creat. §.23.n.1. & por isso quando dizemos, que o paganico pòde testar *iure militari*, se entende que he *per accidens*, a caso. v. g. sendo soldado auxiliar. & achando se a caso no arrayal, goza do priuilegio. l. vlt. C. hoc nostro titulo.

9

Com o que fica tambem entendido o §. plane deste nosso titulo, porq̃ nelle quiz o Emperador declarar, que o testamento do soldado pôde ser escrito em qualquer materia ainda no seu capacete com seu sangue, nas suas armas, na sua bainha, ou no chão, constando daquella vontade vltima por duas testemunhas, vt in d.l. milites, ou pòde declarar verbalmente, a quem quer deixar seus bens, rogando pera isso duas testemunhas. o qual rogo não he de solemnidade de direito ciuil, como dissemos no testamento solemne, mas ha se de entender, que deuem ser

10

ser conuocadas as testemunhas pera a proua, que se requere de direito das gentes, a qual não he remitida aos soldados, & se entendem as palauras do Texto, ibi, *conuocatis*, narratiuamẽte, & não como dispositiuas, porque não funda nisso o legislador sua tençaõ l. licet 19. Cod. de pact. & assi a manifestação da vontade do Testador não se requere pro forma, mas de necessidade, porque a vontade sem se manifestar não se conhece, & como das palauras enunciatiuas, nem das de jactancia se induz disposição. l. verba, C. de testamentis, Montalu. in l. 5. tit. 6 *de las herencias*, lib. 3. fori, glos. *heredero*, l. 31. ff. qui testamenta facere possunt, nẽ das palauras recomẽdatorias nem ditas por zombaria, por isso chamando o soldado as testemunhas tira toda a sospeita, & se vẽ que quiz fazer testamento, *cum ex certa vocatione testium militem testari voluisse aptime innotescat*. l. diuus, 25. ff. hoc titulo, *quæ conuocatio non pro solemnitate, sed ad naturalem probationem faciendam, admittenda est.*

§. Sed hactenus cum finalibus.

SVMMARIO.

Testamento do soldado se valerá hũ
1 *anno depois de tornar da guerra, & se val a instituiçaõ condicional no dito testamento?*

Soldado *que antes tiuer feito testa-*
2 *mento menos solemne, se confirma pella seguinte milicia, & priuilegio?*

Se he concedido o mesmo priuilegio
3 *aos Doutores, & Aduogados, q̃ saõ comparados aos soldados, & a rezão de differença?*

COmo temos dito nos paragraphos antecedentes, que o priuilegio concedido aos soldados pera testar na guerra, cessa quando fizerem em casa testamento, porque cessa a rezão da introducçaõ, diz agora o Emperador neste §. presente, & nos seguintes confirma, que acabada a occasiaõ de guerra, tornando pera casa o soldado, val o testamento feito na guerra hum anno em quanto o Testador viue. §. *Valet testamentum intra annum post missionem*. De modo que auerigua com esta regra hũa questão, que posta em termos se póde considerar. v.g. fez Pedro soldado, indo pera a guerra, a Paulo seu herdeiro, se for Doutor, ou tiuer tal dignidade; acabada a occasiaõ da guerra tornou Pedro pera casa, & dentro de hum anno morreo; passado o anno foy Paulo doctorado, ou teve a dignidade que o Testador poz por condição. Pergunta se, se pertence a herança a Paulo, ou não? & parecia que não, porque o testamẽto militar não val passando hum anno depois que o Testador tornou pera casa, & foi desobrigado da guerra: *& sic testamentum vltra annum á missione nõ porrigitur*. Com tudo responde o contrario o Emperador neste §. & diz, q̃ pertence a herança a Paulo, porque quando dissemos, que o testamento não val passado o anno depois de vindo o Testador da guerra; isto se entẽde se o Testador viuer depois do anno: porem como morrendo se confirme pella morte o testamento val pera sempre, vt in l. quod dicitur 39. ff. hoc

titulo, & não obsta contra isto o que diz o Texto na l. quod constitutũ 22. & in l. qui testamenta 27. ff. hoc titulo, com o que se proua, que o testamento militar, & o priuilegio se acaba, & extingue pella desobrigaçaõ. s. quando o soldado he desobrigado da guerra: porque se responde, que huns saõ desobrigados por causa justa, & honesta, & outros com infamia, & por causas torpes. No primeiro caso perseuera o priuilegio intra annum. No segundo se extingue, l. 2. §. ignominiæ, ff. de his, qui notantur in fam. l. milites 13. §. missionum de re militar.

§ E finalmente diz o Emperador, q̃ se o soldado quando antes de partir pera a guerra tiuer feito testamento, sem obseruar as solemnidades se o cõfirma pella milicia subsequente? Resolue, que se não confirma, se o Testador quando começou a exercitar a milicia, & pelejar, não confirmar o dito testamento, acrescentandolhe álgũa cousa, resignandoo, & approuando o deduzido nelle. §. sed & siquis, hoc titulo, & l. tribunus, 21. §. 1, ff. eodem: *quia resignatio pro noua voluntate accipiẽda est.* E acrescenta que se não reuoga o testamento militar pella emancipaçaõ, nem pella arrogaçaõ, de que tratamos acima nos titulos 10. & 11. do primeiro liuro: & a rezaõ he porq̃ o testamento militar não está sugeito às obseruaçoẽs de direito ciuil, por isso regulandose conforme ao direito das gẽtes não se reuoga pellos sobreditos modos de direito ciuil. E por conclusaõ no §. sciendum, aduerte o nosso Iustiniano, que o sobredito procede nos soldados, & não naquelles, que ainda que por artes liberais se lhes concede o testarem de peculio, como o filho familias que ainda que pòde testar dos bens castrenses, & quasi, se entẽde que ha de obseruar no testamento as solemnidades de direito ciuil; & posto que os DD. & Aduogados, q̃ tem peculio quasi castrense sejaõ comparados aos soldados, vt in d.l. aduocati, C. de aduocat. diuers. iudicior. & naõ deuaõ ser preferidos os soldados aos DD. com tudo como estes priuilegios referidos se concedem por rezaõ de ignorancia de direito aos soldados, que como occupados nas armas não se podem applicar a saber as solemnidades de direito ciuil, esta consideraçaõ não se podia fazer no letrado, em quem he descredito ignorar o direito, q̃ deue saber, vt in l. 2. ff. de origin. iur. & assi nos priuilegios militares, preferem os soldados, como nos actos ciuis os doctos vt in nostro compendio dicemus latè.

QVIBVS NON EST PERMISSVM facere testamentum.

Titulus duodecimus.

SVMMARIO.

Concordancia deste titulo com os sobreditos.

Referemse cinco regras pera conhecimen-

cimento das pessoas, que não podem fazer testamento.

Infirmidades corporais, porque rezão impedem fazer testamento, & quaes? 3

Filhos familias não podem testar, & porque? 4

E se poderão testar pera causas pias? 5

1 Dissemos atégora, que os testamentos se fazião pellos modos que referimos nos titulos precedentes, a que se segue este, em q̃ com boa ordẽ declarao Emperador os que não podem fazer testamento, conforme o conselho do Iurisconsulto na l. 4. ff. de testam. que diz, que pera a validade do testamento se ha de ver primeiro se aquelle que o fez tinha poder pera isso, ou se era prohibido por direito? & depois disto se o fez com as solemnidades requisitas: concorda este tit. com outros in ff. de testam. & qui testamẽta facere poss. & in Cod. qui testam. fac. poss. Consonat. Ord. lib. 4. tit. 81. §. 1. 2. & 4. As pessoas prohibidas reduz Bartol. na dita lei 4. ff. eodem, a

2 cinco regras. Prima, he prohibido a hum homem o fazer testamento pello deffeito do poder, & jurisdiçaõ. v. g. aos filhos familias, escravos, & áquelles que se daõ em refens aos inimigos, a q̃ o direito chama, & o latim, *obsides*, & aos frades. Secunda, he prohibido o testar pello deffeito do entendimento v g. aos furiosos, & os menores de 14. annos, & aos mentecaptos, & prodigos. Tercia, por deffeito dos sentidos. v. g. aos cegos, mudos, & surdos. E posto que estes deffeitos do corpo parecia que naõ podiaõ impedir o fazer testamento, pois pera este acto sò se requere a saude, & perfeiçaõ do entendimento, & naõ a do corpo, ex l. 2. ff hoc titulo; com tudo como seja certo, que naõ percebe nada o entendimento, sem que primeiro se conceba no sentido: *Cùm nihil in intellectu quin prius in sensu*. Por isso dizemos, q̃ quando a enfermidade corporal dos sentidos está naquella parte, em que he nociua ao entendimento, impede o testar o que naõ impedira se fora em outra parte a enfermidade. vt l. 3. C. eodem, & l. manus, ff. eodem titulo. Quarta, por rezaõ da penna. v. g. os condemnados á morte ciuel, ou natural. Quinta, por rezaõ da duuida. v. g. duuidando o estado do Testador, dos quaes diremos algũa cousa breuemente com esta ordem, & com a que se comprehende nestes versos. 3

Prodigus, & cæcus, mutus, surdus, furiosus,
Morte damnatus, & carmine mente q̃ captus,
Impubes, & dubius, obses, & Religiosus,
Cui non est seruus existens cum patre natus,
Cuiq̃ interdictum, dico quod octo bis isti,
Qui modo tanguntur testari iure vetantur.

4 Vejamos, pois, que em primeiro lugar naõ podẽ testar os filhos familias, que tiuerem seu pai viuo, & estiuerẽm em seu poder, ainda q̃ sejaõ de cem annos estan-

estando no pátrio poder, nem testar podem, nem fazer codicillos, l. diui, §. codicillos is demum, ff. de iure codicill. de modo que nem consentindo o pai podem fazer testamento. l. qui in potestate, ff. eodem: *quia vltima voluntas debet procedere ex mera voluntate testantis, nec debet ex aliene arbitrio pendere.* l. illa institutio, ff. de hæred. instituend. E ampliase isto de modo que o filho familias não pôde testar não sò dos bens profecticios, mas tambem nem dos aduenticios pòde fazer testamento, porque ainda que nelles tenha a propriedade, como o vsufructu seja do pay não pòde testar. l. nemo, & l. fin. C. codē, & sò a fauor da causa pia pòde o filho familias testar dos bens aduenticios, ainda q̄ de rigor de direito seja o contrario, com tudo pera causas pias val o testamento do filho familias, com consentimento do pai. Doctores in l. senium, Cod. hoc titulo, per textum in cap. licet, de sepulturis, in 6. latè Tiraq. in tractat. de priuileg. piæ causæ, priuileg. 78. E tãbem se limita a dita regra de modo q̄ pôde o filho familias fazer testamẽto, & dispor dos bens, & peculio castrense, & quasi castrense (que ja dissemos o que era) vt in d. l. fin. C. eodem, por que nestes bens, que o filho acquire na guerra, ou nas letras, ou officio, como dissemos, se reputa por pai de familias, & pòde testar de modo que do peculio castrense, sempre he obrigado a dispor, conforme o direito commum que referimos.

§. *Præterea.*

SVMMARIO.

Moços menores de quatorze annos, & moças de menos de doze não podem testar, & a rezão.

E sendo maior desta idade se poderá fazer testamento, & como? 2

Furiosos, & mentecaptos não podẽ fazer testamento. 3

E se o furioso tiuer interuallos se poderá testar? 4

Furor se proua de varios modos, & como? 5

EM segundo lugar he prohibido o fazer testamento aos *impubes* (que saõ os machos antes de quatorze annos, & as femeas de doze, ainda que naõ tenhaõ pai, ou sejaõ soldados. l. fin. C. de test. milit. nem com authoridade do Tutor: porque como dissemos, a vltima vontade naõ deue depender do animo alheo, nem do arbitrio de outrem: nem que seja, *proximus pubertati* (que he perto dos quatorze, como dissemos) porq̄ aquella idade deue ser completa. l. qua ætate, ff. de testamentis: nem pera causas pias pôde fazer testamento o *impubes*, como concluem os Doutores na lei si frater, C. eodem; o que não he no filho familias, que tem a idade perfeita de quatorze annos pera testar, q̄ com beneplacito do pai póde fazer testamento dos bens aduenticios, em q̄ o pai tiuer, ou naõ o vsufructu, pera causas pias, & assi o concluem os DD. (q̄ *ad pias causas permittente patre*, pòde testar) na lei seniũ, C. eodem, per text. in d. c. licet de sepulturis, in 6. & esta he a mais verdadeira opiniaõ, ainda q̄ de rigor de direito não falta quem diga o contrario, como disputa o D. Iasõ na dita lei senium, & Tiraq. vbi sup.

O adulto, que chamamos ao moço, que

que passa de quatorze annos, pòde fazer testamento. d. l. si frater, ainda q̃ tenha curador, que lho contradiga, secundúm Doctores ibi, per text. & glos. in l. Aurelio, §. Caius, ff. de lib. legat. porem se o tal moço for induzido cõ dolo pera instituir outro herdeiro, so. cõrrerseha aos que podiaõ succeder abintestato pella acçaõ de dolo, secundum Bald. Alex. & Ias. in d. l. si frater, C. eodem.

Em terceiro lugar saõ prohibidos
3 os furiosos, & mentecaptos, que não podem fazer testamento, l. si aduersa, ff. eodem, & l. furiosum. C. eodem, porque pera a perfeiçaõ do testamento não se requere a saude do corpo, se não a do entendimento: nem val o testamento do furioso pera causas pias, secund. Barth. in l prima, C. de sacros. Eccles. nem o testamento feito pello
4 furioso val., ainda que morra em seu juizo; porem se o tal furioso tiuer interuallos na doudice. v.g. que lhe não dè senão pellas luas, & o mais tempo esteja em perfeito juizo, & bastante pera dispor, neste caso, o que tem estes dilucidos interuallos, pòde testar, no tempo em que estiuer com juizo de rezaõ, vt in d, l. furiosum: ou tambem se hum homem fizer testamento estando em seu juizo, & depois lhe sobreuier o furor, naõ annulla este accidente o testamento feito com juizo. E não importa dizer, que no Testamento se ha de considerar o tempo da feitura, da morte, & da adiçaõ da herança; porq̃ como o furor, saude, boa fé, & outras cousas semelhantes sejaõ de facto, l. bonæ fidei, ff. de acquirend. rerum domin. não prejudicaõ ao que he de direito, l. patre furioso, ff. de his, qui sũt sui, vel alieni iuris. Do mesmo modo, he no matrimonio, porque o furor, & doudice impede o matrimonio antes de se fazer, pera que se não celebre, porem depois de contrahido o não desfaz, nem dirime, l. oratione, ff. de ritu nupt. Vltimamente acerca deste §. vejamos como se proua, que hũ homem he doudo, & furioso? & se póde ver na glossa in l. si cum dotem, §. si maritus, ff. soluto matrimonio. & ibi Doctores, & textus in l. ob quæ vitia, ff. de ædilitio edicto, vbi dicitur: *Furiosus est qui per vicos more insanorum laquitur, vel derridendo vadit. Item, qui proiicit lapides, & aliquid malifacit assistẽtibus*, secund. gloss. in d. §. si maritus. & das palauras se julga tambem, & em suma do que differem os Medicos como peritos na arte, l. septimo mense, ff. de statu hom. de quo vide Ang. hic, & Ias. in d. l. furiosum, & o veremos largamente ao diante no tit. de Codicillis, onde mostraremos tambem a questaõ, se o que tinha interuallos fizer testamento, se se presume que estaua com juizo? & resolueremos com varias opinioẽs.

§. Item prodigus.

SVMMARIO.

Prodigo não póde testar depois que lhe for prohibida a administraçaõ de seus bens. 1

EM quarto lugar, o prodigo não pòde fazer testamento desde q̃ 1
lhe for prohibida a adminiſtraçaõ de seus bens: porem antes da prohibiçaõ val, como diz o Iurisconsulto na l. is enim, ff. eodem. E qual seja o prodigo ensina a glossa, hìc, in verbo,

Prodigus

Prodigus, que he o que não tem modo, nem gouerno no dispender, & he dissipador de seus bens, vt colligitur ex Vipian. in l. 1. ff. de curat. furios. Ord. lib. 4. tit. 103. § 6. vbi gloss. Donel. lib. 3. cap. 18. vers. inprimis, Strob. sententiar. cap. de prodigalitate, Mendonça de pactis. cap. 4. n. 49. & no tit. de obligat. o explicaremos largamẽte mostrando a rezão porque se obrigam antes da prohibiçaõ, & depois não: & como esta prohibiçaõ ha de ser por sentença, & naõ *ipso iure*, por isso se lhes prohibe o testarem depois de declarados por pròdigos, porque como dissipaõ seus bens sem ordem, naõ dem a fazenda a estranhos, deixando os parentes, que deuem succeder ab intestato, como mais largamente diremos em seu lugar.

§. Item surdus.

SVMMARIO.

1 *Surdo, & mudo não pode fazer testamento, & porque?*

QVinto, & sexto he prohibido o fazer testamento ao surdo, & mudo por defeito do sentido, conforme Bart. na lei 4. ff. eodẽ, o que se deue distinguir deste modo. Se hum homem he surdo, & mudo de nascimento, & por natureza, naõ pòde testar, porque se reputa por morto para as vltimas vontades, ou he somente surdo, & entaõ pôde testar indistinctamente; ou seja surdo por natureza, ou por accidente, ou saiba escreuer, ou não, l. discretis, §. fin. ff. eodem, donde se podem ver estas distincçoẽs.

§. Cæcus autem

SVMMARIO.

Cego não póde fazer testamentõ. 1
Referem-se todas as pessoas a que he 2
prohibido de direito fazerem testamento.

SEptimo, he prohibido ao cego o testar; porem conforme a disposiçaõ da lei hac consultissima. C. eodem, bem pòde fazer testamento, guardando a ordem da dita lei, conforme a qual se requere. Primô, que o cego declare perante hum tabaliaõ, & sete testemunhas, que quer fazer testamento, & naõ hauendo tabaliaõ, perante oito testemunhas. E perante todas deue declarar *in voce*, sua vontade, porque o cego naõ pòde testar por escrito. Secundò, que institua o herdeiro no principio. Tertiò, que o tabaliaõ, ou a outaua testemunha faça hum resumo de toda a vontade do Testador por escrito em o qual se assinará o Tabaliaõ, ou a outaua testemunha, cõ as mais, tudo na forma da dita lei hac cõsultissima, a qual conforme os Doutores naõ procede no testamẽto do pai cego, q̃ dispuzer de seus bẽs entre os filhos onde bastaõ duas testemunhas *absq; solemnitate*. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, & ibi gloss. & DD. & Iason, C. de testam. porque neste caso cessa o temor de engano, que se pertẽde euitar entre os estranhos. E tambem não procede no testamento do cego feito pera causas pias, onde se attende ao direito das gentes, & canoni-

co

cõ, conforme o qual bastaõ tres testemunhas, iuxta illud: *In ore duorum, vel trium stat omne verbum.* cap. cũ esses, extra. de testib. de quo Alêx. & Ias. in d.l. hac consultissima, Negreiros in introductione ad vltim. voluntat. cap. 7. lib. 3.

§. final.

SVMMARIO.

Resumemse todas as pessoas a que he prohibido de direito fazerem testamento.

I

O Ctauo, he prohibido o testar ao catiuo pellos inimigos verdadeiros, de quibus Bart. in l. hostes sunt, ff. de captiu. & postlimin. reuersis; & não pellos ladroẽs, porq̃ os q̃ saõ catiuos pellos ladroẽs, saõ liures, & não ficaõ escrauos, como os tomados pellos inimigos verdadeiros. Dõde se duuida se os prisioneiros nas guerras dos Christaõs podẽ fazer testamẽto, ou não? E regularmente se cõclue q̃ naõ. Porem val o testamẽto, q̃ tiuerẽ feito antes de ser prisioneiros, ou cõforme a lei Cornelia, se morrerẽ catiuos dos inimigos, a qual finge que elles morrẽ na hora, em que os catiuaraõ. l. in omnibus, ff. de captiu. & postlim. reuers. & l. Cornelia. ff. de testamen. ou pello direito do postliminio, quando o catiuo torna á patria, que a lei finge, que não passou dos confins della.

Nono, os que saõ dados em refensaos inimigos, como duuidosos de seu estado, não podem testar, se o Principe lho não permittir por expresso beneficio. l. obsides, iuncta gloss. ff. eodem.

Decimo, os que duuidaõ de seu estado não podem fazer testamento, que não se sabe se saõ catiuos, ou forros. l. de statu, ff. eodem, vbi glossa ostendit, *quis dubius, quis ignorans, quis errans, & quis nescius,* & in l. eius. §. 1. ff. de testament. & infr. tit. de obligat.

Vndecimo, os escrauos não podem fazer testamento, porque estaõ sugeitos a seus senhores. l. filiusfamilias, ff. eodem.

Duodecimo, os herejes, & seus sequazes, Authent. credentes, Cod. de hæreticis.

Decimoterceio, os traydores, & os que commettem o crime de lesa magestade. l. final. Cod. ad leg. Iul. maiest. & infr. tit. de publicis iudicijs.

Decimoquarto, os Frades naõ podem testar. Authentica ingressi, C. de sacrosanct. Eccles. porem se hũ homẽ viuuo, & que tiuer filhos se meter frade, deue testar, antes da profissaõ, & deixar a legitima a seus filhos, reseruãdo ao mosteiro o que por elle lhe compete; & se morrer abintestato, seus filhos receberaõ as suas legitimas competentes, & o mais ficará ao Conuento. Doctores post textum in Authent. si qua mulier, C. de sacrosanct. Eccles. & saibamos, que chamamos a hum homẽ entrado na Religiaõ depois que professa, antes não, ita Felin. in cap. cum deputati, de iud. in principio: & por isso diremos, que se o frade que professou morrer abintestato, & houuer sido casado antes, & deixado filhos no seculo, leuaraõ os filhos as suas legitimas competentes, & a Religiaõ succederá nos mais bẽs, de quo vide DD. post textum in Authent. si qua mulier.

Decimoquinto, o condẽnado à morte ciuil, ou natural, não póde fazer testamẽto, porq̃ fica escrauo da pẽna, & sugeito

geito a ella, & assi não pòde testar, em tanto, que o testamento feito por elle he nullo. l. eius qui, §. 1. ff. codē, & l. si quis filio. §. irritū, ff. de iniusto rupto, irritoque, facto testamento; porem se elle fez o testamento antes da senten. ça pendēte a accusaçaõ, & morrer ao tempo q̄ se tira a deuaça, antes de contra elle se dar sentença, val o testamento, vt per DD. in l. si quis post, ff. eodem como tambē se se der sentença contrà elle, & appellar della, & no tēpo da appellaçaõ pendente fizer testamento, valerá. d. l. qui á latronibus, §. 1. ff. eod.

Decimosexto, o vsurario manifesto & onzeneiro publico não póde testar. Peguer. dec. 31. não fazendo primeiro composiçaõ com as partes, porque fazendoa, & dando cauçaõ, pòde testar. cap. quamquam de vsur. in 6.

DE EXHAEREDATIONE liberorum.

Titulus decimus tertius.

SVMMARIO.

1 *Continuase este titulo com os antecedentes, & sua combinaçaõ: & como o pai deue instituir, ou desherdar seus filhos?*

2 *Desherdaçaõ he de dous modos, tacita, & expressa. Explicase hũa, & outra com a rezão de differença.*

3 *Desherdaçaõ expressa qual he? & seis cousas essenciais que nella se requerem.*

4 *Causas da desherdaçaõ quātas saõ? Referēse quatorze, pellas quaes pode o pai desherdar o filho.*

5 *Filha pòde ser desherdada fazendose de mao viuer, & se procederà o mesmo, casandose sem licença de seu pai, & atè q̄ idade se entēde?*

6 *Se poderà o filho, ou filha ser desherdado por outras causas semelhantes, ou mais graues q̄ as referidas*

7 *Filho que fizer testamento dos bens acquiridos pellas armas, ou pellas letras. s. castrenses, ou quasi, se poderà desherdar o pai?*

8 *Resoluese que si, por outo causas, as quaes se referem.*

9 *Porque rezão se dão menos causas ao filho pera poder desherdar o pai, do que ao pai pera desherdar o filho?*

10 *Se fica o testamento nullo por se não deixar a herança aos irmaõs, & em que caso podem estes querelar do testamento de seu irmaõ?*

A Tèqui tratou o Emperador da ordem, com que se hauião de fazer os testamentos, & daquelles, que os podiaõ fazer, & como dissemos, que pera valer o testamento, não sò se requeria, que aquelle que o fizer tenha poder pera isso, & guarde a regra das solemnidades referidas, mas tambem que tendo filhos, o Testador ou 1

os

os deue instituir por herdeiros, ou desherdallos expressamente, com justa causa, se segue este titulo, que concorda com outros em direito in ff. de liberis. & posthum. instituend. & in C. de haberor. præterit. Supposto isto saibamos, quẽ o desherdar he o mesmo que priuar a alguẽ da herança, & tirar lhe o direito da successaõ, a qual como está subordinada ao patrio poder, deue ser feita, ou tirada pello pai.

Ord. lib. 4. tit. 88. §. 10. 11. 12.

2 E a desherdaçaõ he de dous modos, a saber, tacita, & expressa: da tacita direi no §. final. Donde se nota, que hũa cousa he desherdar, que he expressamente dizer: desherdo a meu filho, por tal causa. Outra he, que chamamos preterir quando o pai faz testamento, & não faz mençaõ do filho, nem instituindoo, nem desherdandoo como pello discurso da explicação veremos. E tratando da expressa primeiro, saibamos que he desherdaçaõ expressa, quando o pai, ou auò paterno, desherda expressamente seus filhos, ou netos; & pera isto saõ necessarias seis cousas. Prima, q̃ se nomee a pessoa desherdada. Donde se collige, que a desherdaçaõ feita, nomeando o desherdado, vai, ou seja declarãdolhe o nome, ou sobrenome, por demõstraçaõ da pessoa. l. si nominatim, 34. ff. de condit. & demonstrat. & infra §. siquidem ita nomine, de legat. quando o Testador diz: desherdo meu filho. Se tiuer hũ sò, val a desherdaçaõ, & tendo mais, não. l. 2. ff. eodem. Secunda, que seja a desherdaçaõ pura, & não condicional. Tertia, que haja, & se declare legitima causa, & justa de desherdaçaõ. Quarta, que o desherdado seja priuado de toda a herança, & não de parte della, porque como a desherdaçaõ seja odiosa, se deue restringir, por isso não val a desherdaçaõ por parte, nem de cousa certa. Quinta, que seja aceita a herança pello herdeiro nomeado. l. filium. §. sed cum exhæredatio ff. de bonorum poss. contra tabul as. Sexta, & vltima cousa necessaria he, q̃ a causa da desherdaçaõ se declare expressamente. Vejamos agora as causas porque os filhos podem ser desherdados, & conforme o nosso Emperador saõ quatorze, que se referem na Authu vt cum de appellat. cognoscitur, §. aliud quoque, das quaes trataremos neste titulo com o melhor modo que possiuel for ao limitado de meu talẽto, & pera melhor entendimento de tudo referirei os seguintes versos, em que se comprehendem as ditas quatorze causas de desherdaçaõ, & conforme a elles a explicarei.

Bis septem ex causis exhæres filius esto,
Si patrem feriat, vel maledicat ei:
Carcere detrusum si negligat: aut furiosum.
Crimmis accuset, vel paret insidias.
Si dederit dammum graue: si nec ab hoste redemit.
Testari vè veret, se societ vè malis;
Si mimos sequitur, vitiet vè cubile paternum,
Non orthodoxus: filia si meretrix.

Consonat Ord. supra allegata.

Antes disto he de notar, q̃ antigamẽte como refere o Emperador no principio deste §. não era necessario desherdar as filhas, nem os netos, de modo q̃

o pai que tinha dous filhos, & hũa filha instituindo os filhos. não fazendo mẽçaõ da filha, não se rõpia o testamẽto, mas accrescia aos herdeiros instituidos a filha preterida, & leuaua igual porçaõ; porẽ hoje está isto emẽdado, vt infra, §. sed hæc quidem.

E conforme a isto saibamos, que a primeira causa de desherdação he, se o filho puzer maõs violentas em seu pai. Segunda, se lhe fizer algũa injuria graue, & deshonesta. Terceira, se accusar o pai de crime algum, excepto o de lesa magestade. Quarta se andar em companhias de homens maos, & peruersos, & com elles se fizer semelhante. Quinta, se com peçonha, ou de outro qualquer modo matar, ou procurar dar morte ao pai. Sexta, se fizer adulterio ao pai, tendo ajuntamento com sua madrasta, ou se o tiuer com a mancceba do pai. Septima, se for defamador de seu pai, de sorte que dahi lhe resulte dispendio, ou damno graue. Octaua, se estando o pai preso, o desprezar, & não quizer ser seu fiador, & liuralo. Nona, Se prohibir ao pai que faça testamento, & não lho quizer deixar fazer. Decima, se contra vontade de seu pai acompanhar com baixos, & se fizer com elles da mesma profissaõ humilde, não o sendo seu pai tambem, porque hum homem fidalgo pòde desherdar seu filho, se contra sua vontade exercitar ministerios vis, ou seruir officios, em que degenere de sua nobreza; porem o homem pião não pôde desherdar o filho segnindo elle officio semelhante ao de seu pai, & da mesma condição. Vndecima, se a filha não quizer casar, & se fizer mâ molher. E a filha tambem pòde ser desherdada, se casar contra vontade de seu pai, não tendo vinte & cinco annos de idade, ex Ordinatione lib. 4. tit. 88. §. 1. que procede ainda nas filhas naturais, & indiuideas, que não tiuerem a sobredita idade, inxta tradita per Barbosam in l. 1. p. 4 numer. 42. ff. soluto matrimonio, Aegyd. de priuileg. honest art. 7. numero 9. Vimarens. ad Ordinationem dicto §. 1. num. 2. ad & Ordination. eodem libro 4. tit. 92. in principio, n. 24. Porem depois dos vinte & cinco annos, se o pai a naõ casar, pôde ella buscar marido, & he obrigado o pai a dotala, ainda que case com quem a não merecesse. Riccius 1. parte collect. 160. Mastrilh. decis. 163. num. 1. nem o pai a pòde desherdar. l. sed & si post, C. de inofficioso testamento.

Duodecima, se o filho desprezar o pai, & o não quizer curar estando furioso. Decimatercia, se o filho não quizer resgatar o pai estando catiuo, porque neste caso, ainda que o pai o tenha instituido por herdeiro, se elle não remir o pai, & morrer catiuo, por esta ingratidaõ será o filho priuado da herança, que se applicará â Igreja pera resgate dos mais catiuos, o que foi introduzido pera castigo da ingratidaõ, que em tudo deue ser abominauel. & priuar os ingratos de todos os bens: *Ingratitudo, enim, tollit debitum naturæ*, & S. Bernardo diz: *Ingratitudo est, ventus vrens siccans fontem misericordiæ, rorem pietatis, & fructum gratiæ.* A decimaquarta, & vltima causa porque o filho pòde ser desherdado he, se se fizer hereje, como mais largamente se contem na dita Authentica, vt cum de appellatione cognoscitur.

Perguntão agora os Doutores, se hum pai pòde desherdar seu filho por

§

por outra cauſa mais graue que algũa das quatorze ſobreditas. v. g. ſe diſſer o pai no teſtamento: *Desherdo meu filho porque foi traydor à patria* (em o qual caſo o podia o pai matar. l. minime, ff. de relig. & ſumpt. fun.) & eſte caſo he disputado entre os Doutores, & reſoluem, que a tal desherdaçaõ val, & que ſe pôde fazer com cauſa ſemelhante, & mais graue, como teſtemunha Iaſ. in Authent. non licet, Cod. de liber. præter. & traz em proua o texto in cap. 1. §. ſed quia natura nouas, quæ fuerit prima cauſa benefic. a. mitt. in vſibus feudorum, quẽ ibi Balmaltus notat, & diz que tambem na materia penal, *& ſic odioſa*, he licito o extender ſe a pẽna quando a cauſa he ſemelhante, ou mais graue que aquella, q̃ ſe declarou expreſſamente na lei, por ſe ficar comprehendendo nella, de quo latius Iaſ. in dicta Authentica non licet. E eſta meſma opiniaõ. ſ. que ſe pôde desherdar o filho por cauſa ſemelhante, ou mais graue que as ſobreditas quatorze, tem Coſta in §. quid ſi tantum, part. 3. á num. 174. cum multis ſequentibus, quẽ laudat, & ſequitur Pin. in 2. part. rubricæ, Cod. de bonis matern. num. 27. Molina de primog. lib. 1. cap. 9. num. 33. Clarus in §. teſtamentum, quæſt. 41. num. 2, Garc. de expenſis, cap. 20. num. 2. que todos reſpondem, & entendem a Ord. lib. 4. tit. 88. â principio. Contra o que o meſmo Doutor Iaſ. aponta tres remedios, com que o filho he ſocorrido na desherdaçaõ pera ella não ter lugar. Et primo, ſe o filho em vida do pai, ou antes da feitura do teſtamento ſe emmendar de ſua vida, & com penitencia da cauſa ſe congraçar com o pai, não pòde ſer desherdado por aquella cauſa de ingratidaõ, pois ſe arrepen deo de a ter cõmettido, ſecund. Alex. in l. 1. ff. ſoluto matrim. Secundo, por concerto, quando o pai perdoa o erro cõmettido contra ſi, não pôde depois desherdar o filho pella cauſa, que lhe tem perdoado, ſecundùm Iaſ. in d. Authent. non licet n. 3. Tertio, quãdo o pai com juſta cauſa desherdou o filho, & depois ſe reconciliou com elle, porque *eo ipſo* ſe julga por perdoada a cauſa da desherdaçaõ, ſecundum. Barth. in l. 3. §. non ſolum, in fine, ff. de aliment. legat.

Mas ja vejo, que ſe duuida, & ſe pello contrario, o filho, ou neto que teſtar do peculio caſtrenſe, ou quaſi caſtrenſe (porque do aduenticio, nem profecticio, q̃ ja diſſe de todos quaes eraõ, não pôde o filho teſtar, ainda q̃ o pai lho permita) & não lhe ficarem deſcendentes, ſe deue inſtituir a ſeus pais por ſeus herdeiros? E respondo, que ſim; & do meſmo modo deue inſtituir o pai, ou desherdalo expreſſamente, §. iuſtum autem perſpeximus, in Authent. vt cum de appellat. cognoſcitur, onde ſe referem outo cauſas, pellas quaes os pais podem ſer desherdados no teſtamento dos filhos. Prima, ſe o pai accuſar ao filho de crime capital, excepto o de *læſa maieſtatis diuinæ, & humanæ*. Secunda, ſe o pai tiuer ajuntamento illicito com ſua nora, ou com a manceba do filho. Tertia ſe o pai procurar a morte do filho. Quarta, ſe o pai prohibir ao filho que faça teſtamento do peculio caſtrenſe, ou quaſi. Quinta, ſe o pai cõ peçonha, ou de outro qualquer modo quizer matar ſua molher, mãi de ſeu filho, ou pello contrario ella quizer matar o marido, neſte caſo pòde o filho desherdar a qualquer delles que procurar cõmetter tal treiçao, & crime. Sexta, ſe o

pai desprezàr o filho, & o naõ quizer curar na enfermidade, ou furor. Septima, se nãoquizer remir o filho catiuo.
9 Octaua, se o pai se fizer hereje, d. §. iustum. E se quizermos saber, porque saõ menos as causas, porque o filho pòde desherdar o pai, do que as que referimos, porque o filho pòde ser desherdado? A rezão natural responde, porque onde ha mais amor, costuma càir maior aggrauo, & assi q̃ a quẽ mais ama, se faz maior injuria, & por isso se lhe daõ mais causas pera castigar: pois o amor sobe, mas não desce, & nenhũa affeiçaõ vence a dos pais, pois elles deuẽ amar mais seus filhos; do que a si mesmos, secund. glossam in l. isti quidem, ff. de eo, quod metus causa, & por isso como o pai ama mais tẽ mais causas pera desherdar o filho, q̃ lhe foi ingrato, & o filho como tẽ menos amor, he menor o aggrauo, que o pai lhe faz, & assi tem menos causas pera o desherdar.

E do sobredito se collige quaes sejaõ aquelles que podem ser desherdados, & podem desherdar, & porq̃ causas se faz a desherdaçaõ entre os ascẽdentes, & descendentes; porque nos collaterais não he necessaria a instituiçaõ, nem desherdaçaõ: porque a preteriçaõ dos irmaõs não annulla o testamento, pois a elles lhes não compete
10 a queixa *de inofficioso testamento*, senão em hũ caso, quando o irmaõ instituir por herdeiro algum indigno, & torpe, & desherdar seu irmaõ, §. soror, infra de inoffic. testam. & ainda neste caso que o irmaõ institue hũa pessoa torpe v.g. hũa mà molher, ou pessoa infame *de iure*, ou *facto*, &c. se daõ tres causas, porque o irmaõ pòde ser desherdado, as quaes causas se referem no §. ingratitudinem, in Auth. de nuptijs, & saõ as seguintes. Prima, se procurar a morte de seu irmaõ. Secunda, se o accusar de algum crime. Tertia, se procurar destruir a fazenda de seu irmaõ. E vltimamente notemos, que o herdeiro deue prouar a causa da ingratidaõ. Authent. vt cum de appellatione cognoscitur, §. siue igitur omnes, collatione 8. & desta materia tenho tratado largamente em maior escritura.

§. Posthumi.

SVMMARIO.

Filhos, que nascem depois da morte do pai, ou da feitura do testamẽto se chamaõ posthumos, & porque? 1

E se podem os taes filhos ser desherdados, ou não? 2

Se pello nascimento do posthumo se rompe o testamento do pai. 3

E se procede o mesmo morrendo o posthumo logo em nascendo, ou sendo mouido, ou monstro, & naõ creatura? 4

Pello nascimento do posthumo se reuoga o testamento do pai quanto á instituiçaõ de herdeiro, & se valeraõ os legados deixados nelle? Propoemse hum caso. 5

Referemse as rezões que ha pera valerem os legados deixados no testamento que se reuoga pello nascimento do posthumo, explicãdo a Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. & declarando a distincçaõ. 6

Legado deixado a hũa moça pera casar 7

far se extingue casando em vida do Testador? E se val sabendo elle do casamento, & naõ mudando de vontade?

8 *Mostra se julgado, que valem os legados deixados no testamento roto pella pretericaõ do posthumo, quando o Testador teue noticia delle, & naõ reuogou.*

1 A Cerca deste §. notemos, que naõ sò os filhos nascidos, mas tambem os que estaõ no ventre da mãi ao tempo da morte do pai, & nascem depois della, aos quaes chama o direito, *Posthumos, quasi nati post humationem patris.* l. 3. §. posthumos ff. de iniusto rupt. & deuem ser instituidos, ou desherdados, por quãto como o Emperador tem dito da desherdaçaõ dos filhos nascidos, trata agora
2 dos que estaõ por nascer: & posto que diz, que podem ser desherdados, fallãdo conforme a ampliſſima faculdade, que se considerauа de direito, no patrio poder, vt notat Paulus in l. suis 11. ff. de liber. & posthum. ibi: *Nec obstat quod liceat eos exheredare, quos & occidere licebat*, assi como ao pai era permitido poder matar o filho, *cũ haberet potestatẽ vitæ, & necis*, & este rigor foi limitado, como dissemos no primeiro liuro, §. vltim. sup. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris. Do mesmo modo hoje não podem ser desherdados os filhos, q̃ não saõ nacidos, porque não podem ser ingratos. l. si quis in suos, §. fin. C. de inoffic testam. nem o menino a quem falta o juizo de rezaõ, pòde ser ingrato, não sendo ja proximo á idade de quatorze annos, & tẽdo malicia pera commeter a causa da ingratidaõ. & depois disto saibamos que os posthumos se chamaõ aquelles, q̃ nascem depois da morte do pai, como dissemos, & latè Mench. de suc. creat. §. 2. n. 5.. Secundò, os que nascem em vida do pai, mas depois do testamento feito. d. l. 3. §. posthumos, ff. de iniusto, rupto, irritoque facto testam. Tertiò, o filho, que nasce ao auò da molher de seu filho em vida do mesmo auò. do qual direi no §. seguinte. & conforme a isto saibamos, que q̃ando o filho posthumo he preterido, & esquecido no testamento do pai se rompe tal testamento pello nascimento do posthumo, ou seja macho, ou femea, por rezaõ da l. maximum vitium, C. de liber. præterit. o que procede, se os taes filhos posthumos nascerem viuos, & em forma humana, & não procede se nascerem mortos, ou mõstros, ou prodigios, que não tenhaõ semelhãça humana. l. 3. C. de hæred. inst. por que o mouido, & o filho abortiuo naõ rompe o testamento. l. 2. C. de posthum. hæred. inst. E ainda que nesta forma o abortiuo naõ rompa o testamento por seu nascimento, com tudo se o posthumo nascer viuo, supposto que depois de nascido morra nas maõs da parteira, rompesse o testamẽto. l. quod dicitur, ff. de liberis, & posthum. & d. l. 3. ff. de posthum. hæred. inst. E não obsta o texto na l. posthum°. 12. ff. de iniusto rupt. por quanto ainda q̃ nelle se diz, & de sua deci saõ se proue que o testamento em que se naõ fez mençaõ do posthumo, & foi preterido, nascẽdo em vida do Testador, val; com tudo, nelle trata Vlpiano do posthumo que foi preterido, & nasceo em vida do Testador, & morreo; porque neste caso, ainda que de direito o testamento ficasse nullo, com tudo por equida-

de do Pretor, valerà se forem deixados por herdeiros nelle os que aliás hauião succeder abintestato, porque como a principio valia o testamento, ainda que o nascimento do filho o annullasse, como elle morreo ja se não fazia prejuizo a ninguem, succedendo os q̃ hauião leuar os bens abintestato, que de outra sorte se rompe o testamẽto. E sendo roto, & annullado pello nascimento do posthumo se reuoga a instituição do herdeiro, & os legados ficão em seu vigor, com as limitaçoens

5 que nos ensinarà o caso seguinte, que se ventilou no Senado da casa da Suplicaçaõ desta Corte, na causa da appelaçaõ de Antonio de Mattos Borges, como Tutor de sua enteada Antonia posthuma preterida, contra Ioaõ Baptista como Tutor de seu filho Christouaõ Correa legatario, & posto o caso nos termos, em que passou saõ os seguintes.

Sendo casado Antonio Correa cõ Ioanna Soares de Mena fizeraõ ambos seu testamento de maõ commum, no qual se instituiraõ por herdeiros vniuersais na forma seguinte.

E declaramos, que até o presente não temos filhos de nosso legitimo matrimonio, pello que em caso que morramos sem elles, & ao tempo de nossos fallecimentos não haja herdeiros forçados, nesse caso nos fazemos, & instituimos hum do outro, & outro do outro por herdeiros vniuersais, pera qualquer que viuo ficar hauer todos nossos bens, &c.

E a molher fez o mesmo, instituindo tambem o marido, no caso que não houuesse filhos. Com o que se proua, que logo cuidaraõ *de liberis futuris*.

E continuou o marido dizendo.

E eu Antonio Correa de minha terça tirarocem mil reis, os quaes deixo a meu sobrinho Christouaõ Correa pello hauer criado, & lhe ter muito amor.

Fezse este testamento em 5. de Mayo de 1645. & na approuaçaõ delle se poz clausula codicillar pera valer como codicillo, ou como em direito pudesse ser; & morreo o Testador em 4. de Agosto de 1646.

Morrendo pois, deixou a dita sua molher prenhe, tendo bastante tempo de saber que o ficaua, & fazendose partilhas da fazenda com a dita sua molher, diuidio o juiz os bens, fazendo mençaõ de como ficaua prenhe, entre a veuua, & o posthumo, com declaraçaõ, que da ametade da fazenda do defuncto se abatessem os cem mil reis do legado deixado ao dito Christouaõ. & no pagamento da veuua se lhe deu fazenda com obrigação de pagar o dito legado.

Casou segunda vez a dita Ioanna Soares com Antonio de Mattos Borges, & elle como tutor de sua enteada Antonia (que he a posthuma) deu libello, propondo que o testamento do dito Antonio Correa se rompera pello nascimento da dita posthuma, & ficara nullo, quanto á instituiçaõ de herdeiro, & quanto aos legados, & isto contra Ioaõ Baptista pai do dito Christouaõ, pera effeito de lhe não pagar o legado.

Contrariado o dito libello, & passados os termos judiciais, julgou o juiz o testamento por nullo, assi na instituiçaõ, como nos legados; & appellãdose da sentença pera o Senado se reuogou, & emendou, na forma que della veremos, pellos fundamentos seguintes.

Primeiramente não se duuida da regra, que quando o testamento se annulla por causa de pretericaõ, ou desherda 6

herdaçaõ sò se rompem as instituiçoens, ficando porem os legados validos, & tudo o mais que nelles se dispoem, pella noua disposiçaõ do texto in Authent. ex causa, C. lib. præterito que seguio a nossa Ordenaçaõ lib. 4. tit. 82. §. 1. mas querião os Autores, que esta causa fosse o caso do §. vltimo da dita Ordenaçaõ, onde se dispoẽ que se o pai, ou mãi ao tempo do testamento não tinhaõ filho legitimo, & depois lhe sobreueio, ou o tinha, & naõ era disso sabedor, & he viuo ao tẽpo da morte do pai, ou mãi, assi o testamento, como os legados nelle conthe udos saõ de nenhum vigor.

E assi nesta distincçaõ da Ordenaçaõ do liuro 4. tit. 82. se poem dous casos, hum no § 1. & outro no §. final, fazendo differença em hum, & outro da sciencia, ou ignorancia dos filhos ja nascidos, & preteridos, ou desherdados, dispõdo que valem os legados no caso, em que o pai, ou mãi sabia do filho, & que no outro caso da ignorancia, nem a instituiçaõ, nem os legados ficaõ valendo.

E pondo os Doutores em termos a questaõ fazem a distincçaõ, entre quando o Testador preterio o posthumo, *ignoranter*, ou *scienter*, sabendo. que o tinha, ou naõ, & dizem que quãdo o preterio, & se esqueceo delle, sabendo que o tinha, procede a regrada Authentica ex causa, & que conforme a ella valem os legados; porem quando o preterio *ignoranter*, sem saber que o tinha, naõ valem os legados *ex coniecturata mente defuncti*, que se cuidara, que tinha filho não deixara os legados, argumentando do texto in l. si cum in vtero, C. de testamento militis, *vbi habetur, quod præteritio facta à milite de filio, quem sciebat habere, non reddit testamentum nullũ, sed habet vim exheredationis: præteritio tamen facta de filio, quem ignorabat, reddit testamẽtum nullũ, & omnia in eo contenta irritantur*, ita post Bart. & Bald. Clar. tradit Gomes l. 22. Tauri, n. 3. Tiraq. in l. si vnquam, verbo donatione largitus à nu n. 263. Clarus in § testamentum quæst. 52. á n. 4.

E assi das palauras, que referi, se mostra que o Testador pera instituir sua molher por herdeira, considerou a falta, ou existencia dos filhos, querendo que entaõ valesse a instituiçaõ quãdo os não houuesse, & mostrando que não queria, que valesse, se os tiuesse, porem o legado sempre o deixou em todo o caso. E sendo o legatario tam parente do Testador, & consequentemente pessoa conjuncta, & nos casos, em que o defeito da sciencia vicia a disposiçaõ, não a vicia quando o legatario he pessoa conjũcta: *quia siue sciat, siue ignoret*, sempre se presume, q̃ quiz deixar o legado, ou saiba do posthumo ou naõ. l. cũ alienam, C. de legatis, ita a. l. Quint. Mucius, ff. de auro, & arg. legato. Riciard. in §. non solum, à n. 45. instit de legatis. Mantic. de cõiect. lib. 9. tit. 10. á n. 4. Menoch. lib. 4. præsumpt, 116. n. 15. Aegyd. in l. 1. par. 5. §. 3. à n. 2. C. de sacros. Eccles. como tambem he commum opiniaõ.

Do mesmo modo se o Testador deixar no testamento hum legado a hũa moça pera casar, se ella se casar em vida do Testador, se extingue o legado; porem se o Testador souber do casamento, & não mudar de vontade tendo tempo pera o fazer, se julga, q̃ quiz permanecer na vontade, & morrer com ella, & assi se deue o legado à moça, como que se não fora casada. Mantic. de coniect. vltim. volũt. lib. 12. tit. 1.

tit. 1. n. 13. & gloss. in l. Athleræ, §. dat remissionem, ff. de excusat. tutor. quã refert Bartol. post Din. in d. l. Lucius 1. n. 4.

Porem deixadas mais prouas, com todas se conclue, q̃ resoluem os DD. & he resoluçaõ commũa, que sempre se conseruaõ os legados quando depois de prenhe a molher, sobreueio noticia ao Testador da prenhidaõ, & viueo tanto tempo, que o teue bastante pera mudar o testamento, & o não mudou: porq̃ entaõ dizem os DD. que ainda que se rompa o testamento pello nascimento do posthumo, sempre se deuem os legados em todo o caso. E esta he a cõmũ opiniaõ, vt testatur Decius cons. 490. n. 7. & 8. cum pluribus Gabr. cõm. uniũ, lib. 6. tit. de clausulis, concl. 8. n. 15. & assi se julgou na dita causa, & nesta forma o discidiraõ, & cõuieraõ em todas as tẽçoẽs os excellentissimos Iurisconsultos, & dignissimos Dezembargadores os DD. Lourẽço da Gama Pereira, Ioaõ Carneiro de Morais, & Antonio Pereira de Sousa, Rellator na sentença seguinte dada na dita causa, no anno q̃ della constará.

7. vitco tanto tempo, que o teue bastante pera mudar o testamento, & o não mudou: porq̃ entaõ dizem os DD. que ainda que se rompa o testamento pello nascimento do posthumo, sempre

Decis. 29

ACordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado he pello juiz em hauer por nullo o testamento, de que se trata, quanto á instituição de herdeiro, mas em o hauer tambẽ por nullo, quanto aos legados, não foi por elle bem julgado, reuogando nesta parte sua sentença, cumprase o confirmado por algũs de seus fundamentos, & pello mais dos autos, os quaes vistos & como o Testador teue noticia, & foi sabedor da barriga da molher antes de fallecer, & em tempo que pudera mudar a vontade, & fazer outro testamento, por onde foi visto querer morrer como dito que tinha feito, & não reuogou, nem mudou, o qual se deue sustentar quanto aos legados, sem embargo de se achar nelle a filha posthuma preterida; & como dispondo o mesmo Testador da terça de seus bens, no caso que por sua morte lhe ficassem filhos, foi visto em esse caso reuogar a instituiçaõ da molher, q̃ tinha feito, & instituir no restãte de seus bẽs a seus filhos q̃ por sua morte lhe ficassem. De maneira q̃, ou seja nulla a dita instituiçaõ pella pretericaõ, ou reuogada pella instituiçaõ tacita, sempre os legados se deuem pagar dentro dos limites da terça, em quanto não prejudicarem á legitima da Autora: & como pellas partilhas conste não ficar ella prejudicada na legitima pello pagamẽto dos ditos legados, absoluem aos Reos do pedido pellos AA. aos quaes condemnaõ nas custas dos autos. Lisboa 13. de Iulho de 1649. Pereira. Gama. Carneiro.

Escriuaõ Leonardo da Costa Leal, meu pai, no dito Cartorio.

§. Posto

§. *Posthumorum.*

SVMMARIO.

Concordancias deste §. mostrase de que posthumos se trata nelle, & como reuoga o neto o testamento do auó?

Disposiçoẽs das leis Vellea, & Aquilia, como emendaraõ o disposto nas succeçoẽs dos posthumos?

FOi o §. presente tirado do texto na l. posthumorum. 13. ff. de iniusto, rupto, irritoque facto testamento. Consonat l. Gallus, 29. §. etiam, ff. de liber. & posthum. E pera o entendermos he de notar, que se trata nelle, não propriamente dos que chamamós posthumos, que nascem depois da morte, ou da feitura do testamento de seu pai; mas declara o Emperador agora a exposiçaõ de huns q̃ chamamos, quasi posthumos, porque nascem antes do testamento. v.g. hum homem tinha a hum filho em seu poder, o qual precedia a todos por estar mais proximo ao pai, & não lhe preceder outrem; este filho tinha sua mãi, a qual estaua prenhe, & de sua molher tambẽ tinha o sobredito hum filho legitimo: morreo o dito homem; & instituio o dito seu filho somente por herdeiro, este tal testamento *à principio*, era valido, porque na verdade o filho precedia, & estaua mais proximo no grao; porem por duas rezoẽs se poderá rõper. Prima, pello nascimento do posthumo se a mãi parir, & pella preterição do posthumo, como acima dissemos. Secundó, se em vida do mesmo homem morreo o dito seu filho, cujo filho entam subindo ao grao de seu pai, ainda que verdadeiramente não nasce, pois ja em vida do auo era nascido, renasce por ficção de direito, subindo ao grao de seu pai, & por isso como quasi posthumo (*iure, & fuitate, nõ ver., quia natus ante testamentum, & in vita aui*) rompia o testamento do auò. E destes quasi posthumos trata o §. presente, como o mesmo texto declara, fazendo menção da disposiçaõ da lei Velleya, que trata dos mesmos quasi posthumos, ordenando, na forma, q̃ propuzemos o caso, que os quasi posthumos deuião ser instituidos, ou desherdados, & deuia o auò fazer menção dos netos, pera que não succedesse q̃ morto o filho, & subindo os taes netos ao grao de seu pai, rompessem o testamento do auò, como que se verdadeiramente foraõ posthumos. Esta disposiçaõ de Iulio Velleyo, que fez a dita lei Velleya, & foi tambem Author do Senatusconsulto Velleiano, de que hauemos tratar no tit. de fideiussoribꝰ foi feita depois que Gallo Aquillio introduzio que os posthumos pudessẽ ser instituidos de direito ciuil, (ou fazendo disso lei, ou interpetrando as das doze taboas, como algũs expositores querem) Doctores in d. l. Gallus ff. de liber. & posthum. porque como o Pretor tinha concedido o remedio *de ventre in possessionem bonorum mittendo, & secundum tabulas* quiz Gallo Aquillio, que ficasse isto de direito ciuil, & Iulio Velleio ampliou, porque como sò procedia no caso da instituiçaõ do neto do filho fallecido, succedia, que se em vida de auò nascesse o neto faltara a disposição de Aquilio, & se imputara ao auò, porque não mudara o testamento, por isso Velleio acres-

accreſcentou, que procedeſſe o neſ mo, ainda que em vida do auò naſceſ ſe o neto. d.l. Gallus, §. nunc de lege. E eſta era a primeira cabeça da dita lei Velleia. Na ſegunda ſe continha a diſpoſiçaõ referida acerca de ſerem inſtituidos, ou desherdados os netos, q̃ o teſtador tinha de ſeus filhos, pera q̃ não ſuccedeſſe reuogarem como poſthumos o teſtamento do auò. O que tudo procedia de direito antigo, que hoje eſtá emendado, na forma, que ao diante referiremos, & dos modos por que ſe ſuccede, & como, em todos os bens, trataremos no tit. de bonorum poſſeſſ. largamẽte, onde moſtramos as ſucceſſoẽs dos deſcendentes, aſcendẽtes, & collaterais.

§. Emancipatorum, cum ſeq.

SVMMARIO.

Filhos emancipados ſe deuem ſer inſtituidos, ou desherdados?

Em os filhos adoptiuos ſe procede o meſmo? Entendeſe com diſtincçoens.

NEſtes dous §. §. diremos breuemente, algũa noticia, porque do que hoje ſe obſerua disputamos, & referimos abaixo no tit. de bonorum poſſeſſ. No primeiro, que foi tirado, & concorda com os textos in §. emancipati, infra, de hæredit. quæ abinteſt. deſer. & l. 1. ff. de bonorum poſſ. contra tab. reſolue o Emperador, que não ſe fazendo no teſtamento menção dos filhos emancipados, & preterindoos, nẽm por iſſo ſe rompe o teſtamento, porque ſaõ como herdeiros eſtranhos, que tem o direito da ſuidade (que hé o primeiro requiſito pera a inſtituiçaõ, como veremos no tit. de hæreditatib. que abinteſt.) diminuido pella emancipaçaõ; porem de direito Pretorio ſe daua remedio a eſtes, aſſi esquecidos no teſtamento do pai, pera que com a equidade Pretoria foſſem admittidos á herã ça paterna, *per bonorum poſſeſſionem contra tabulas*, de qua infra in tit. de bonorum poſſeſſ. E a cauſa deſta equidade Pretoria ſe fundaua na rezão natural, porque como a emancipaçaõ foſſe de direito ciuil, não tiraua a rezaõ do ſangue, nem a filiaçaõ. l. iura ſanguinis, ff. de reg. iur. E aſſi como não podia o Pretor fazer herdeiros, vt §. quos autẽ, de bonor. poſſeſſ. admittiaos â herança paterna, pello dito remedio; por iſſo meſmo diz o texto, que o Pretor conſideraua a differẽça na desherdaçaõ dos filhos, & das filhas; porque aquelles deuiaõ ſer expreſſamente desherdados, & eſtas baſtaua que entre os mais, hoc eſt, *inter extraneos*, os priuaſſe da herança; porque como no Pretor não he nouo imitar o direito ciuil, & ſeguilo, vt l. Seio 14. ff. de teſtib. accommodouſe com o que o meſmo direito tinha conſiderado entre os filhos, & filhas, ſocorrẽdoos porem com o dito remedio.

No ſegundo §. que concorda cõ o §. in plurimis, ſup. de adopt. & l. 1. §. liberos, ff. ſi tabul. teſtam. null. extar, trata o Emperador dos filhos adoptiuos, porque como naõ ſó pello matrimonio ſe geraõ os filhos ſugeitos ao patrio poder, mas tambem pella adopçaõ, como diſſemos no 1. liuro, tit. de adoptionibus, conuem que eſtes taes filhos adoptiuos ſejaõ tambem inſtituidos, ou desherdados. O que ſe ha de enten-

entẽder com estas distincçoẽs. 1. ou a adopçaõ dura ainda, ou està acabada, & dissoluta, pella emancipaçaõ, se a adopçaõ durar, se ha de distinguir tã bem, ou tratamos de filhos arrogados, ou de filhos adoptiuos (como dissemos no dito tit. de adoption.) se saõ arrogados, deuem ser instituidos, ou desherdados, como dissemos dos filhos legitimos: & se forẽm adoptiuos, subdistingue se; ou estaõ em poder do adoptante, porque foi feita a adopçaõ por ascendente, & pessoa conjuncta, & entaõ deuẽ ser instituidos, ou desherdados com causa; ou não estaõ em poder do adoptante, porq̃ he estranho, & este, os não deue instituir, nẽ desherdar, senão seu pai natural, como diremos no tit. de bonorum possess.

§. Sed hæc quidem.

SVMMARIO.

Referemse as emendas de direito ciuil nos casos referidos.

POrque atègora referimos muitas couſas, q̃ de direito antigo se obseruauaõ, resumẽse neste §. as emendas, de q̃ auemos tratar em seu lugar. Et 1. quanto à differẽça, q̃ antigamente se fazia na instituiçaõ, & desherdaçaõ dos filhos, & das filhas, está tirada esta differença, & igualmẽte deuem os filhos, & filhas ser instituidos, ou desherdados, com causa, como veremos no tit. de bonorum possess. 2. acerca dos posthumos hauia differença entre a pretericaõ do nascido, ou do q̃ hauia de nascer, vt sup. §. posthum. & hoje se obserua, o que referimos na decisaõ antecedente, & diremos, no dito titulo de bonorum possess. 3. se tirou a differença entre os filhos emancipados, & os que estaõ no patrio poder, porque huns, & outros succedem igualmente ao pai, vt infra, de successione filiorum legitimorum, & naturalium simul, d. tit. de bonorum possess. onde veremos tambẽ o que se obserua com os adoptiuos.

§. Sed & si, cum §. Mater.

SVMMARIO.

Soldado, que não fez menção dos filhos se se julga que os desherdou? Distinguese entre quando sabia, que os tinha, ou não. 1

E se obra o mesmo o silencio, & pretericaõ da mãi, & de auó materno? 2

NEstes dous §§. trata o Empẽrador, no 1. da pretericaõ, q̃ o soldado faz em seu testamẽto, que fez no conflicto, & occasiaõ de guerra, não fazendo nelle mẽçaõ dos filhos, que sabia tinha, se julga esta pretericaõ por desherdaçaõ: porque como o testamento, & vontade do soldado, val de qualquer modo que for declarada, por isso preterindo os filhos, se julga que os desherda, sabẽdo que os tinha, porem como quem ignora não consente, se julgará q̃ não sabendo o soldado dos filhos, he certo que os não quiz desherdar, como mostra tirarlhes a herança, quando sabẽdo que os tem, não fez delles mẽçaõ. O que tambem era de direito antigo, & hoje atè no testamento do soldado se reqͤre a instituiçaõ, ou desherdaçaõ

expressa ; vt Authent. vt cum de appellat. cognosc. §. aliud, & seq.

No segundo §. que foi tirado, & concorda com a lei 4. §. 2. ff. de bonorum possess. contra tab. l. nulla, 33. C. de suis. & legit. hæred. diz o Emperador, que o silencio da mãi, & auó materno, preterindo, & não fazendo menção de seus filhos no testamento, se julga por desherdação: porque nem a mai, nem o auò materno, tem no filho o direito da suidade, & deste procede a prerogatiua da instituição, ou à expressa desherdação: *Igitur qui suus non est, dominus non est, ergo si silẽtio praeteritus sit, non iniuriatur.* Porem de direito nouo das Authenticas está isto emendado, de modo que, sendo o filho preterido, & não se fazendo delle menção no testamento da mãi, fica nullo de direito ciuil, & se lhe dá o remedio *per bonorum possessionem contra tabulas* vt in d. Authentic. vt cum de appellat. cognosc. §. illud quoque cap. & infra, tit. de bonorum possess. prosequitur Menchac. dicta lege quoniam in prioribus, n. 357. refert, & sequitur cum alijs Merlin. de legitima, lib. 3. tit. 2. q. 1. n. 13.

DE HAEREDIBVS INSTITUENDIS.

Titulus decimus quartus.

SVMMARIO.

Continuação deste titulo, com os antecedentes: mostrase quem pòde ser instituido por herdeiro.

AQui tratou o Emperador, como se hauiaõ de fazer os testamẽtos; & porq̃ não pòde auer nenhũ, sem instituição de herdeiro, pera ser justo, & valer, segue o Emperador a ordem, declarando neste titulo como se haõ de fazer os herdeiros, & he certo, que todas as pessoas podem ser instituidas assi liures, como escrauos, não sendo por direito prohibidos: concordaõ com este titulo outros, in ff. & C. de hæred. inst. Herdeiro, quer dizer senhor de todos os bens do defuncto; porque pella adiçaõ; & aceitação da herança passa ao herdeiro toda a acçaõ, actiua, & passiua do defuncto *Quia hæreditas est, successio in vniuersũ ius, quod defunctus habuit tẽpore mortis.* l. hæreditas, ff. de reg. iur. E porq̃ desta materia tenho tratado, com o q̃ serue no especulatiuo, em outro liuro latino, & das particularidades, q̃ della se inferẽ, no tit. de act. darei agora sò hũa breue noticia da doutrina do Emperador.

Em primeiro lugar pode ser instituido por herdeiro o escrauo proprio, de modo q̃ sendo instituido herdeiro, naõ he necessario declarar q̃ o deixa forro; porq̃ tanto q̃ o senhor faz seu herdeiro o escrauo, logo o deixa, & fica liure, ou elle o declare, ou não; & se o escrauo o for, até a morte do senhor, deixandoo por herdeiro, & liure juntamẽte, fica herdeiro necessario: porem

rem

rem se de antes for ja liure pella manumissaõ, enraõ he herdeiro voluntario, & está a seu arbitrio o aceitar a herança, vt hic, in nostro §. Seruus.

§. *Seruus autem.*

SVMMARIO.

1 *Escrauo proprio póde ser instituido por herdeiro, & fica liure.*

2 *Escrauo alheo como se pòde instituir?*

3 *E escrauo cõmum de dous senhores?*

4 *Referemse todas as pessoas incapazes, que não podem ser instituidas por herdeiros.*

5 *Molher que casaua segunda vez no anno primeiro de viuua, a que chamauaõ luctuoso, era incapáz de ser instituida por herdeira. Referemse algũas authoridades, & a emenda do direito canonico.*

1 ACerca deste §. notemos, que o escrauo proprio instituido por herdeiro na forma sobredita, recebe a liberdade por si mesmo, & fica herdeiro necessario, que ha de aceitar a herança, ou por força, ou por vontade, vt infra, de hæred. qualit. & se for libertado pello senhor antes de sua morte, he herdeiro voluntario, como fica dito. E sendo instituido herdeiro por seu senhor, se elle o vem der depois, nem alcança a liberdade, nem a herança, antes de mandado, & licença do nouo senhor, deue pedir a herança, & aceitala, a qual se acquire ao nouo senhor pello dito escrauo, vt in nostro textu. & infra de obligat.

2 Secundó, notemos, que o escrauo alheo acquire a herança pera seu senhor, como dissemos: mas isto se deue entender, se o senhor for capaz da herança, aliás he nulla a instituiçaõ. l. non minus, ff. eodem: porque aquelles que por si mesmos não podem ser instituidos por herdeiros, menos o podem ser por terceiro. l. neque per se, Cod. eodem. E pòde o escrauo alheo ser instituido por herdeiro, ainda depois da morte de seu senhor, & neste caso acquire pera a herança jacente do senhor, & se ajunta hũa a outra: *Quia hereditas nondum adita, personam defuncti representat*, vt in nostro §. seruus etiam alienus.

3 Tertio, tambem o escrauo commum, scilicet, hum escrauo de dous, ou tres senhores, que cada qual tem nelle seu quinhaõ, pòde ser instituido por herdeiro pello estranho, & acquire pera os senhores igualmente com iguais porçoens; & finalmente saibamos, que todos os que não saõ prohibidos pella lei, podem ser instituidos por herdeiros, ou sejaõ liures, ou escrauos, proprios, ou alheos, pais de familias, & filhos familias, mudos, surdos, furiosos, prodigos, soldados, clerigos, seculares, fisco, Igreja, ou o Principe, & não somente pòde o Testador instituir hum herdeiro, senão tambem muitos se quizer, vt hic, §. vnum; tiraõse porem desta regra as pessoas seguintes, que não podem ser instituidos por herdeiros.

4 E primeiramente não podem ser instituidos por herdeiros os degradados pera sempre, que isso quer dizer em direito, *Deportati*, á differença dos degradados por tempo limitado, que se chamaõ, *Relegati*, de maneira que os degradados por toda a vida, nem os bannidos, que saõ tambem excluidos da cidade pera sempre. de

que antigamente se dizia, *Bannitus, est proscriptus de ciuitate*, porq̃ estaõ em perpetuo desterro, & separados do trato de todos, & assi estes perpetuamente desterrados, não podem ser herdeiros. l. 1. C. eodem.

Secundo, os condẽnados à morte. l. fin. §. in metallum, ff. de his, quæ pro non scriptis habentur.

Tertio, o collegio illicito não pode ser instituido por herdeiro, & saibamos primeiramente, que collegio he hũa congregação de pessoas da mesma profissaõ, & assi como ha collegios de estudantes, ha tambem collegios de officiais, que saõ os seus ajuntamentos, de maneira que tres pessoas fazem hũ collegio, & duas hũa congregação; & dez hum pouo, & vinte & cinco hũa multidão: & cinco ouelhas, ou carneiros, &c. hum rebanho, vt notat Bernard. de elect. cap. 1. in gloss. Supposto isto, saibamos em segundo lugar, que neuhum collegio he licito se não o que he permittido pello Principe, & approuado. l. 3. ff. de colleg. & corp. l. 1. ff. quod cuiusque vniu. l. 2. ff. de extraord. crim. & assi que collegio illicito he aquelle, que não he especialmente approuado, & permittido. l. fin. §. in summa, & l. Collegium: Cod. de hæred. instit. & a estes collegios illicitos não se pode deixar herança algũa. d. l. Collegium, C. eodẽ.

Quarto, os filhos nascidos de parentes, que chamamos incestuosos, & de ajuntamento illicito, & reprouado, não podem ser instituidos herdeiros por seus pais; mas por hum estranho bem podem, como nota Plat. in §. legari, infra, de legatis. & de bonor. possess.

Quinto, os apostatas não podem ser herdeiros instituidos; & saibamos, que apostatas saõ aquelles, que temerariamente se apartão de nossa sancta Fè Catholica, & tambem os Frades, & Religiosos professos, que fogem da Religiaõ que tem professado, & tornão ao seculo sem absoluiçaõ, & estes não podem ser herdeiros. l. hi qui in sanctam, C. de apostatis.

Sexto, os hereges não podem ser herdeiros. l. Manichæos. C. de hæreticis.

Septimo, o escrauo, que se achar cõmeteo adulterio com sua senhora, & accusado por tal crime, perde todo o direito, & não pòde ser herdeiro instituido, §. est ramẽ casus, supra, eodẽ.

Octauo, não podia antigamente ser herdeira a molher, que casaua segunda vez no anno luctuoso, que chamauaõ àquelle primeiro depois da morte do marido, porque na verdade, he abominauel pressa, & indicio de pouco amor, & que os antigos aborrecião muito, iuxta dictum Seruij, ad illud 4. Aeneid.

Huic vni forsan, poteram succumbere culpæ.

Et Seruius: *Bene, culpæ potius, quam amori, propter antiquum ritum, quo expellebantur á sacerdotio. Item, fortunã muliebrem, non coronabant, bis nuptæ.*

E este anno luctuoso era muito obseruado entre os antigos, como testemunha Ouuidio lib. 3. Fast.

Assuetos igitur numeros seruauit in anno,
Hoc luget spatio, fœmina mœsta virum.

Pello que os Romanos coroauaõ as viuuas, pas não casauaõ segunda vez, tendo pera si, que a experiencia de muitos maridos era final certo de pouca temperança, & modestia, vt refert Valerius, libro 2. cap. 1. & entre os louuores, que Cornelio tacito escreueo dos Germanos foi a castidade, & principalmente os louua de modestos, em se contentarẽ sò com hũa molher. Hinc Dido apud Virgilium 4. Aencid.

Sed mihi, vel tellus, optem prius ima dehiscat
Vel pater omnipotens adigat me fulmine ad vmbras,
Pallentes vmbras Erebi, noctemq; profundam,
Ante pudor quam te violem, aut tua iura resoluam.
Ille meos primus, qui me sibi iunxit amores
Abstulit, ille habeat secum, seruetq; sepulchro

Porem hoje não se obscrua isto, porque melhor he casar segunda vez, & viuer em graça, do que estar em risco na consciencia, & assi de direito canonico, ex capite penultim. & finali extra, de secundis nuptijs, pode se a viuua casar quando quizer, & pôde tambem ser instituida por herdeira, sem que obste o referido.

Nono, naõ pôde ser instituido herdeiro hũa pessoa incerta; porque o herdeiro deue mostrarse, & ser declarado, & naõ incerto, & duuidoso, de modo que se não possa conhecer. l. quoties. in princip. iuncto §. si quis nomen, ff. eodem. O que não procede quando saõ instituidos por herdeiros os pobres, porque entam a fauor da causa pia, val a instituiçaõ, l. id quod pauperibus. & l. nulli, Cod. de Episcop. & Cleric.

§. *Hæreditas.*

SVMMARIO.

Herança se se pôde diuidir em algũas partes? Refere se como, & em quantas.

O Emperador neste §. declara os nomes das partes da herança, porque no precedente disse, que o Testador podia deixar muitos herdeiros. Assi que ensina, que a herança toda, se chama nas leis, *Asse*, de modo que quando se diz herdeiro instituido *ex Asse*, he herdeiro vniuersal de todos os beus do defuncto. E a diuisaõ legal de toda a herança he em doze onças, ou partes. l. seruum meum, §. fin. ff. eodem, como largamente digo abaixo no terceiro liuro, tit. 10. de bonorum possess. quando trato da successaõ dos descendentes, ascendẽtes, & collaterais, q̃ me pareceo mais conueniẽte guardar a explicaçaõ dos nomes pera aquellas successoens, & na dos filhos naturais, onde se diz o que o pai pòde herdar do filho natural, & a mãi, como se pòde ver.

Supposto isto, notemos que ainda que a lei chame á herança, *As*, & a diuida em doze partes, naõ tira isto que o Testador a possa diuidir em 24. se lhe parecer, & assi quando o Testador faz diuisaõ da herança em 24. partes, chama a lei à diuisaõ de 24. *Dupondium*, §. si plures hoc tit. Exemplo.

Titulo decimo quarto.

Morreo hũm homem, & tinha de ſeu doze mil cruzados, & cõforme a diuiſaõ legal, ſe diuide eſta herança em 12. partes, ou onças, & vem em cada hũa mil cruzados. E ſe eſta herança ſe dobrar em vinte & quatro onças, vem ſomente em cada hũa duzentos mil reis. E tambem ſe póde diuidir em trinta & ſeis partes, & lhe chama entam a ley, *Tripondium*; porem ſe ſe diuidir em menos de doze partes, a lei a reduz a doze.

Secundo, notemos, que ſe o Teſtador inſtituir hum, ou muitos herdeiros em certa parte, ſcilicet, em tres partes de ſua heráça, ſem dar coherdeiros pera as mais partes, neſte caſo receberá o herdeiro toda a herança. Exẽplo. Morreo Titio, & inſtituio a Sempronio por herdeiro da terça parte de ſeus bens, & não lhe deu coherdeiro pera as mais partes dos bens hereditarios. Neſte caſo ſuccederá Sempronio não sò na terça parte, mas em toda a heráça, & bẽs do defuncto, excluindo os que podiaõ ſucceder abinteſtato. E a rezaõ he, porque nenhum homẽ, que não he ſoldado actual, póde morrer teſtado em parte, & em parte abinteſtado, vt text. hic, & in l. ius noſtrũ, ff. de reg. iuris, & deſta materia trataremos ao diante no tit. de bonorum poſſeſſ. & no de action. largamente.

§. *Si plures.*

SVMMARIO.

¶ *Propoemſe tres caſos pera conhecer como ſe ha de ſucceder ao defuncto, quando não diuidio a herança, ou quando a diuidio não nomeando partes a todos?*

NEſte §. fazem os DD. varias concluſoẽs pera ſe entender, & primò, he cõueniẽte ſaber que não he neceſſaria ſempre a diuiſaõ da herança, mas ſomente quando o Teſtador fez muitos herdeiros, & não quer que todos ſuccedaõ igualmẽte, o que ſe entende, quando não declarou as partes, em que queria ſuccedeſſem, porq̃ dizendo ſimpleſmente: fulanos ſejaõ meus herdeiros: ſem accreſcentar: hum em tanto, & outro em tanto, ſe julga que ſuccedãoigualmẽte, vt hic, & l. quoties, §. hæredes, ff. eodem. ¶ 1

Secundo, quãdo a herança he diuidida ẽ muitas partes, & nomeadas hũas em huns dos herdeiros, & achandoſe hum, ou dous que naõ tenhaõ as ſuas partes nomeadas, leuaraõ o que reſtar da herança, diuidindoa em doze partes. v. g. inſtituio hum homem tres herdeiros, & a dous nomeou logo as porçoẽs, deixandolhe a hum ſeis partes, & a outro tres, ſem fallar no outro; neſte caſo, o terceiro, que não tẽ porçaõ nomeada leuará as tres partes q̃ faltaõ pera complemento de doze, em que ſe diuidia a herança, vt eſt textus hic, & in l. item quod Sabinus, in principio, ff. eodem. Com tudo ſe todo o numero for completo ſe diuide a herança em duas ametades, & hũa ſe dà aos que tiuerem porçoẽs nomeadas, & a outra, leuaraõ os coherdeiros a que não foi aſſinada porçaõ: & iſto ſe o Teſtador naõ differ depois de ter repartido as doze partes; & no mais ſeja herdeiro Pedro, porque entaõ como não reſta nada, não leua o tal Pedro nada, vt per gloſſ. in d. l. item quod Sabinus, §. 1. in verbo, dimidiam partem, & verſ. aliter. E aſſi pello contrario, ſe vagar algũa parte da herança, accreſ

accresce aos herdeiros instituidos cõforme suas porçoẽs. v.g. craõ tres herdeiros, hum não quiz a sua parte, ou por outra causa vagou, distribuese entaõ entre os dous que ficaõ, & accrescelhes conforme suas porçoẽs, & do meſmo modo, se falta algũa parte depois da instituiçaõ, se diminue das porçoẽs dos instituidos, & assi como tem o proueito quando accresce, tem a perda quando se diminue, & falta, vt declarat glossa hìc in verbo, videamus.

Tertio, quando o Testador institue muitos herdeiros em certas porçoẽs, que excedem, & passaõ as doze partes, em que a herança se diuide, & hum destes foi nomeado herdeiro sẽ declaraçaõ do que hauia herdar, então se parte a herança, *in Dupondium*, scilicet, em vinte & quatro partes, como disse aci ma no §. Hæreditas. Exempio. Instituio Francisco quatro herdeiros, a saber, Manoel, Ioaõ, Pedro, & Paulo; a Manoel deixou seis partes de seus bens, a Ioaõ quatro, & a Pedro quatro, sem declarar quanto deixaua a Paulo: neste caso achamos a herança partida em quatorze partes, & assi julgaremos que a quiz o Testador diuidir em 24. & leuarà Paulo, a quem naõ estaua nomeado nada, 10. partes que faltaõ pera complemento de 24. a que chamamos, *Dupondium*, vt per DD. ex l. quæsitum, ff. eodem. & infra in §. actionũ de act.

§. *Hæres pure.*

SVMMARIO.

1 *Herdeiro se pòde ser instituido debaixo de condiçaõ?*

2 *E se poderà ser instituido pera dia certo, ou pera certo tempo?*

NEste §. ensina o Emperador os modos, cõ q̃ se institue o herdeiro, & resolue que, ou puramente se deixa hum homem por herdeiro, ou debaixo de condiçaõ, porq̃ se esta se naõ cumprir, vai a herança aos herdeiros abinteſtato; & se se purificar, fingese que de principio foi herdeiro. l. hæres quandoque, 54. ff. de acquirend. hæredit. & não obstara dizer, que a instituiçaõ he acto legitimo, que não recebe condiçaõ. l. actus, ff. de reg. iur. porque hauemos distinguir a qualidade, da preparaçaõ della, de modo que, a qualidade he acto, que he a aceitaçaõ da herança, & esta naõ pòde ser condicional: porem na preparaçaõ della, qual he a instituiçaõ, bem se pôde pòr condiçaõ, a qual se reduz ao tempo da instituiçaõ, & não fica o Testador morrẽdo em parte testado, & em parte abinteſtato, com o que se mostra tambem, que a instituiçaõ de sí de certo tempo, ou pera certo tempo; naõ val: porem pera tempo incerto. v.g. se for capaz em tal tempo, val a instituiçaõ, porque feita pera tempo incerto, tem força de condiçaõ. l. dies, 74. ff. de condit. & demonstrat. porẽ pera dia certo, nem pera certo tempo não se pôde instituir o herdeiro: nem pòde hum homem dizer: Pedro serà meu herdeiro dous annos depois que eu morrer: porque entaõ ficaua morrendo testado em parte, & em parte abinteſtato, o que naõ pòde ser, ex lege ius nostrum, ff. de reg. iuris. E menos pera certo tempo, porque naõ pode hum homem dizer: Deixo a Pedro por meu herdeiro por tantos annos; porque aquelle que hũa vez he herdeiro não o pòde mais deixar de o ser. l. & si

Titulo decimo quarto

fine. §. sed quod, in fin. ff. de minorib. & l. ei qui soluendo, ff. de hæred. inst. & por isso se hum homem for instituido por certo tempo, sem embargo disso não se fará caso da tal clausula, & será julgada a instituiçaõ por pura, a fauor das vltimas vontades, pera que o Testador não fique sem herdeiro. l. hæreditas ex die, ff. eodẽ. Pera incerto dia; porem, se póde instituir hũ herdeiro que ao tempo da instituiçaõ for incapaz da herança, pera que a aceite quando for capaz. l. in tempus, ff. eodem: *quia incertus dies, conditionem pauit in vltimis voluntatibus.* vt sup,

§. *Impoßibilis conditio.*

SVMMARIO.

Debaixo de que condiçaõ pòde ser o herdeiro instituido? E quaes sejaõ as possiueis, & impossiueis, & como se admittem, ou não?

O Entendimento deste §. depẽde da explicaçaõ do titul. de verborum obligationibus, 16 do 3. liuro seguinte, §. sub conditione, onde com o fauor de Deos, hey de explicar as qualidades das condiçoens, porque como dissemos no §. Hæres, que a instituiçaõ do herdeiro, ou era pura, ou condicional, ensina aqui o Emperador, que a condição debaixo de q̃ for instituido o herdeiro, ha de ser honesta, & possiuel, & não contra as leis, & bons costumes, & assi he necessario saber que a condiçaõ pòde ser impossiuel de quatro modos. Porque o primeiro he, que pòde ser impossiuel por natureza. v. g. faço meu herdeiro a Pedro, se tocar o Ceo com o dedo; isto naturalmente he impossiuel. Secundo, he impossiuel de direito, v. g. façouos meu herdeiro, se matares a Francisco, isto he contra a lei, & bons costumes. Tertio, ou he impossiuel. *de facto.* v. g. se me deres hum monte de ouro; isto não se pòde fazer. Quarto, he impossiuel pella perplexidade das palauras. v. g. *si Titius hæres erit, Caius hæres esto.* E estas condiçoẽs impossiueis, postas nos cõtratos os viciáõ, & annullaõ, de modo que não valem, porque o que promette debaixo de condiçaõ impossiuel, se julga que não teue animo de se obrigar, §. si impossibilis, infra, de inut. stipulat. Porem não viciaõ as taes condiçoens as vltimas vontades, antes, a fauor dellas se julgaõ por não postas, nem lembradas no testamento: porque as vltimas vontades saõ mais fauorecidas que os contratos. l. in testamentis, ff. de reg. iur. porem, isto procede nas primeiras duas especies, de modo que se o Testador disser: Deixo a Titio por meu herdeiro, com condiçaõ, que chegue com hum dedo ao Ceo; neste caso a fauor da vltima vontade se julga a tal condiçaõ, impossiuel por por natureza, por nulla, & como se não fora posta, se dà a herança a Titio: & do mesmo modo se lhe puzer condiçaõ impossiuel de direito: porem as outras duas especies de impossibilidade por facto, ou perplexidade, viciaõ a instituiçaõ, não constando por outra via, que sem embargo dellas quiz o Testador deixar ao mesmo a herãça. ou euidentemente por presumpçoẽs legais. v. g. pello ter ditto de antes, ou amar muito ao herdeiro, &c. per text. & DD. in l. cum hæredes, §. 1. ff. de statu liber. & l. Titius, ff. de condi-

dit-

dit. inſt. E a rezão diſto he, porque as difficuldades ſaõ mais que as impoſſibilidades, & por iſſo vicião: *Et etiam quia difficultas præſtationis, non impedit obligationem.* l. continuus, §. illud, ff. de verborum obligat. latè Menchaca de ſucceſſ. creat. §. 10. n. 108. & infr. tit. de verborum obligat. §. ſub conditione.

§. Si plures.

SVMMARIO.

1 *Herdeiro inſtituido debaixo de cõdiçaõ, ſe a deue cumprir, ou não?*

A Cerca deſte §. notemos, que o herdeiro inſtituido debaixo de condiçaõ honeſta, & poſſiuel, a deue cumprir ao pè da letra ſem falta. l. Mæuius, ff. de condit. & demonſtrat. porque não a purificando, & cumprindo em forma eſpecifica he excluido da herança. l. conditioni, C. de inſtit. & ſubſtitut. & eſtãdo cõjunctiuamẽte poſtas muitas condiçoẽs, baſta juntamẽte cumprir todas, cada hũa por ſi; porem, ſe diſjunctiuamente forem poſtas, baſta cumprir hũa. text. hic, & in l. ſi hęredi, ff. de cõdit. inſt. & conforme a iſto, ſe hũ Teſtador deixar inſtituidos muitos herdeiros, & a cada qual puzer ſua condição, ſerà herdeiro aquelle, cuja condição ſe cumprir primeiro, ainda que as dos outros ſe não purifiquem, nem cumpraõ: & aſſi nas condiçoẽs ſeparadamente poſtas, ſe cumpre aquella que primeiro ſucceder. Id intelligit Bart. & DD. in l. ſi quis ita ſtipulatus, 129. ff. de verborum obligat. l. ſi is qui, 13. §. cum ita, ff. de reb. dub. Alciat. l. ſæpe 53. ff. de verborum ſignificat. & videbimus infra, in titulo de verbor. obligat.

§. Ij quos, finalis.

SVMMARIO.

Herdeiros podem ſer inſtituidos, não ſò os que o Teſtador conhece, mas ainda os de que não tiner conhecimento.

VLtimamẽte, diz o Emperador aqui, que o Teſtador pòde inſtituir por ſeus herdeiros atè os eſtranhos, que nunca vio, nem conheceo, mais que sò por noticias. Aſſi ſe haõ de entender as palauras do texto, ibi: *Extraneum etiam, & penitus ignotum*, que tratão daquelles, q̃ não vimos, nem tratamos, mas que por noticias, & fama conhecemos por ſerem inſignes nas letras, ou nas armàs, ou em outra ſciencia, ainda que ſejaõ eſtranhos, ſem ter o Teſtador com elles parenteſco. l. 1. §. nec apud, C. hoc tit. & póde inſtituir os eſtranhos peregrinantes, de que tenha noticias, ou ſejaõ ſeus parentes, ou não na forma, que neſte titulo tenho referido: *Quia voluntas teſtatoris, magis, quam ipſius ignorantia expectanda eſt.* ex l. 11. Cod. hoc noſtro titulo.

DE

Titulo decimo quinto.

DE SVBSTITVTIONE VVLGARI

Titulus decimus quintus.

SVMMARIO.

1 *Continuase este titulo das substituições, com os antecedentes.*

2 *Que cousa seja substituiçaõ? Diuidese em directa, & obliqua: mostrase qual he hũa, & outra.*

3 *Effeitos da substituiçaõ vulgar.*

4 *Morgado se se induz pellas substituições, & vocaçoẽs dos parentes? Propoemse hum caso.*

5 *Encargos de missas com substituições, & vocaçoẽs, se induzem morgado, & quando?*

6 *Respondese às opinioẽs contrarias, & se entendem varias resoluçoẽs de Doutores.*

7 *Vocaçaõ do parente mais chegado, se he presumptiua de instituiçaõ do morgado?*

8 *Refere se julgado o referido com o q̃ se observa.*

9 *Modos com que se acaba a substituiçaõ vulgar.*

1 Continuase com os sobreditos de modo, q̃ temos dito dos graos, & dos herdeiros, que se podem deixar no testamento; & porque, podem ser tantos quantos o Testador quizer, com justa causa se segue o presente titulo da substituiçaõ, que he o mesmo que segũda instituiçaõ de herdeiro, que se faz depois da primeira. v.g. se o Testador disser: Instituo, & deixo a Tirio por meu herdeiro, & se elle o não quizer ser, substituo a Sempronio pera que o seja; & assi fica sendo Titio o herdeiro, & Sempronio o substituto: & esta substituiçaõ, he como segunda instituiçaõ, porque se o primeiro não quizer, ja está substituido quem aceite a herãça. E não póde hauer substituiçaõ sẽ instituiçaõ de herdeiro; porque os substitutos saõ segundos herdeiros. A substituiçaõ hũa he directa, & outra obliqua. A directa he aquella, pella qual o substituto immediatamente; & sem ajuda de outrem aceita, & entra na posse da herança, pella força das palauras do Testador, que diz: v.g. Titio seja meu herdeiro, & se o não for, substituo a Sempronio: o qual, de tal modo fica substituto, que *immediate* não podendo, ou não querendo Titio, entra o substituto na posse da herança. A substituiçaõ obliqua he a que necessita de ajuda de outrem; porque o substituto aceita a herança por maõ de outrem, & por terceiro, & esta se chama fideicommissaria. v.g. se disser o Testador: Deixo por meu herdeiro

2 Esta he a materia das substituiçoens, que os DD. encomendaõ pella difficuldade, subtileza, & vtilidade, vt per Cuiac. & DD. in l. 1. & per totũ titulum, ff. eodem. Consonat Ordin. lib. 4. tit. 87. latê Fusar. in tract. de substitut. & videbimus in tit. de action.

deiro a Titio, & rogo, & encomendo, & fio delle, que reſtitua a herança a Sẽpronio; neſte caſo, ainda que Sempronio ſeja ſubſtituido a Titio, com tudo he neceſſario, que Titio aceite primeiro a herança, pera que Sẽpronio ſubſtituto pello fideicommiſſo receba a herança da mão de Titio, conforme largamente diremos abaixo no tit. de fideicommiſſis, &c. Agora vamos tratando da directa, que he aque nos pertence, & ſaibamos que ſe diuide em cinco partes, ou contem ſeis eſpecies. ſ. ſubſtituiçaõ vulgar, pupillar, exemplar, breuiloqua, & compendioſa, das quaes tratarei, com o limitado, q̃ meu juizo pôde comprehender, & o eſtudo corroborar, da excellente doutrina de meus amantiſſimos Meſtres, & melhor explicaçaõ do titulo, & dittos dos Expoſitores.

Em primeiro lugar hauemos de ſaber Primo, que couſa ſeja ſubſtituiçaõ vulgar. Secundo, com que palauras ſe faça. Tertio, quaes ſejaõ ſeus effeitos. Quarto, quando ſe acaba, & extingue.

Primo, ſubſtituiçaõ vulgar, he a ſegunda inſtituiçaõ de herdeiro em lugar do primeiro, que não aceita, aqual ſe póde fazer por qualquer peſſoa capaz, & que ſe faz com palauras certas, & vulgares, & claras, & commũmente vzadas, & daqui vem, chamarſe ſubſtituiçaõ vulgar, porque commummente ſe diz: Se Titio não for herdeiro, ſerâ Sẽpronio, eſta he de dous modos, expreſſa, & tacita. A expreſſa ſe faz cõ palauras claras, como diſſemos: Se Titio não for, ſeja Sempronio. A tacita he a que ſe faz tacitamente por palauras affirmatiuas: *& negatio non reſultat expreſſe; ſed inclusiue, & tacite ſubauditur.* v.g. inſtituindo dous herdeiros, id eſt, Titio, & Sempronio inſtituo meus herdeiros, & ambos ſubſtituo: ou tambem: Titio, & Sempronio viuẽdo ambos, ſejaõ meus herdeiros; neſte caſo, ſe hum, & outro viuer, ambos ſaõ herdeiros; porem ſe hum morrer, ou não quizer, ou não puder ſer herdeiro, entaõ o ſerá hum sò. l. Titius, & Seius, ff. de hæredib. inſtit. Porem iſto ſe ha de entender, que ſuccederá o ſubſtituto naquella parte, que lhe couber, & não na do outro coherdeiro, o qual tanto que aceitou a herança, acquirio aqnella parte pera ſi, & ſeus herdeiros, & a elles ſe lhes deue por ſua morte: de ſorte q̃ as palauras, *& os ſubſtituo adinuicem*, não ſe entende dellas, que ſe morrer hum dos coherdeiros, lhe ſuccederâ o outro; ſe não na parte que reſtar do patrimonio do defuncto: por q̃ a natureza da ſubſtituiçaõ vulgar, he acabarſe pella adiçaõ, & aceitaçaõ da herança, l. poſt aditam, C. de impuber. & alijs ſubſt.

Segueſe ſaber com que palauras ſe faça? & ha de ſer dizer, que de dous modos. Primo, com palauras geraes, como ſe diſſer o Teſtador: Titio, & Sempronio ſejaõ meus herdeiros, & os ſubſtituo *adinuicem*, id eſt, que não podendo, ou não querendo ſer hum herdeiro, o ſeja outro por virtude da ſubſtituiçaõ. Secundo, *verbis ſpecialibus*, por palauras claras eſpeciais. v.g. ſe Titio não for meu herdeiro, ſejao Sempronio.

Em quarto lugar ſaibamos, que os effeitos da ſubſtituiçaõ vulgar, refere Barthol. in l. 1. in principio, ff. hoc tit. & diz, que ſaõ cinco. O primeiro he; que por virtude deſta ſubſtituiçaõ ſe admitte o ſubſtituto á herança, & alcança quanto alcançara ſe inſtituido fora, não querẽdo o herdeiro, ou não poden-

podendo aceitar a herança, pois a substituiçaõ he o segundo modo de instituiçaõ. O segundo effeito he, que o testamento toma forças da substituiçaõ, quando as perde na instituiçaõ. O terceiro he, que ao substituto vem tanta parte da herança do Testador, quanta viera ao herdeiro instituido, & não se succede a elle, senão ao Testador. O quarto he, que a substituiçaõ vulgar cõtem em si a tacita, & a pupillar. l. iam hoc iure, ff. eodem, v. g. quando o Testador institue por seu herdeiro hũ seu filho de doze annos, que chamamos *impubes*, & lhe substitue outra pessoa: esta he vulgar expressa: se o filho depois for herdeiro, se extingue a instituiçaõ vulgar: mas isto não obstante, se morreo na idade pupillar depois de aceitar a herança, *nihilominus*, o substituto pella tacita substituiçaõ vulgar, *vel saltem, præsumpta pupillari, succedet*. Porque na substituiçaõ pupillar, não se trata se a herança foi aceita: mas somẽte se o filho morreo na idade pupillar, vt infra dicemus. O quinto, & vltimo he, que a substituiçaõ vulgar faz do herdeiro necessario, voluntario: porq̃ o filho *de iure ciuili*, he herdeiro necessario do pai, ainda que *de iure Prætorio*, tenha o beneficio de se poder abster da herança, com tudo se o pai differ: Meu filho seja meu herdeiro, & se o não for, substituo a Sempronio: neste caso ja o filho *de iure ciuili, & Prætorio* he herdeiro voluntario: & as substituiçoẽs, que não saõ puras na vocaçaõ dos parentes à successaõ, induzẽ morgado.

E pera melhor entendimento disto referiramos hum exemplo, & foy, que Catherina Lopes molher de Saluador Gonçalues da cidade de Eluas disse as palauras seguintes: *E o que remanecer de minha terça se ponha em hũ eliual, que nòs temos na cidade de Eluas com encargo de hũa missa cada hũ anno pera todo sempre, & o gozará meu marido Saluador Gonçalues, em quanto viuer, & por sua morte o gozarâ Beatris minha sobrinha filha de Ioãna Lopes, se for viua, & depois da morte de meu marido, & não sendo viua virà a Maria, filha de Lourenço Affonso, & dahi por diante virá a humparente mais chegado.* Por morte da testadora ficou gozãdo os bens da terça o dito seu marido, & depois, por seu falecimento, ficaraõ a Beatris chamada pella testadora, q̃ casou com Fernaõ Gomes Aluane, & tiueraõ hũa filha que casou com Diogo Nobre, que teue hum filho chamado Diogo, em nome do qual pedia o dito Diogo Nobre os bens da terça da testadora a Fernaõ Gomes marido da dita Beatriz.

Fernaõ Gomes chamou por Autores a Francisco Alures, & sua molher, sua filha, & genro: aos quaes tinha dotado os bens da dita terça, & precedẽdo varios actos judiciais o juiz deu sentença, em que condemnou o R. Francisco Alures, & sua molher nos bens da terça da defuncta com os fructos da lide contestada em diante, & a respeito dos fructos precedentes, lhe deixou direito reseruado contra Fernaõ Gomes. E appellando se desta sentença, se confirmou pellas doutrinas seguintes.

Porque o fundamento foi dizer o pai do A q̃ os bens da contenda eraõ seus, & lhe pertenciaõ, porque a testadora fez delles morgado, & o dito seu filho era neto da dita Beatriz Alures nomeada no testamẽto nesta terça; & que pello encargo de missas era morgado, & por chamar depois de substitui

ſtituiçoẽs o parẽte mais chegado. E das palauras referidas, ibi: *E não ſendo viua, virà a Maria filha de Lourenço Affonſo*; ſe tira ſer eſta ſubſtituição vulgar; & que ſeja eſta ſua formalida de, proua Gomes in 1. tomo variarum, cap. 3. à numer. 1. maximè num. 33. Molina de iuſtitia, & iure, tract. 2. de æquitate, diſp. 183. per totã, maximè num. 7. & 8. Ord. lib. 4. tit. 87. §. 1.

Mas pella proua do facto do proceſſo, & de direito, fez a Teſtadora morgado dos bens da terça, por quanto poz o encargo de miſſas, & fez os graos de ſubſtituiçoens de parentes de ſua geração, & em vltimo lugar diſſe, que dahi por diante vieſſe ſua fazenda a hum parente mais chegado.

Eſtas palauras, de direito induzem morgado, & fideicommiſſo perpetuo conforme o conſelho de Ancarran. 27. que procede quando alem do encargo de miſſas concorre a vocação de outros graos, & ſubſtituiçoens, com que ſe moſtra, que a Teſtadora quiz eſtender ſua vontade, & ſubſtituição aos parentes de ſua familia, vt poſt Ançarran. tradunt Aym. conſ. 161. num. 9. Riminal. conſ. 23. n. 51. lib. 1. Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 19. Per. de Lara, de anniuerſarijs, lib. 1. cap. 4. num. 39. in medio, verſiculo, quare dic.

O que ſe confirma, porque todas as vezes que o Teſtador deixou ſua fazenda aos de ſua geração, por palauras, que denotão tracto ſucceſſiuo, he viſto inſtituir morgado. Molina de primogen. lib. 1. cap. 3. num. 23. Per. de Lara dicto cap. 4. num. 4. ibi: *Et quoties teſtator relinquit bona, propriæ agnationi, & familiæ per verba tractum ſucceſſiuum denotantia, cenſetur maiorat̃ inſtituere.* Caſtilh. controuerſ. lib. 4. cap. 9. nu n. 80. ibi: *Vsanimiter agnouerint, quod ſi præter onus anniuerſorij, aliæ adſint coniecturæ, maioratus perpetui inſtitutio induci debeat.* Et latè proſequitur Flores de Mena, variarum, libro 1. cap. 17. numer. 33. vbi videndus, & num. 34. Gama dec. 224. n. 9. & ſin.

E que neſtes termos quizeſſe a Teſtadora inſtituir morgado, por fazer muitos graos de ſubſtituiçoens, tradunt Gama deciſ. 224. num. 9. & n. 12. & ibi Flores, in initio. Menochius conſ. 117. à num. 9. & conſ. 229. num. 12. & conſ. 1107. num. 23. & lib. 4. præſumpt. 69. num. 13. Surdus, conſ. 448. à principio; Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. n. 6.

Nem obſtão os Doutores da contraria opinião, porque não fallão nos termos, em que o Teſtador fez muitos graos de ſubſtituiçoens, como ſe póde ver no conſ. 82. de Valaſco, & dos que refere Lara dicto capit. 4. à princip. poſto 40. D. Aluaro Vas dicto conſ. 82. num. 11. & Felician. referido por Caſtilh. dicto num. 80. & outros, tem por opiniaõ, que ainda no caſo, em que o Teſtador não fez muitos graos de ſubſtituiçoens, *Sed ſimpliciter appoſito onere miſſarum*, chamou o parente mais chegado, *cenſetur maiorat̃ inſtituiſſe*. Cõ tudo os noſſos termos ſaõ muito mais claros, porque a Teſtadora poz na ſua terça os encargos de miſſas, & fez muitos graos de ſubſtituiçoens entre ſeus parentes, & em vltimo lugar chamou ao parente mais chegado, por palauras que denotaõ tracto ſucceſſiuo, ibi: *E dahi por diãte virà a hũ parente mais chegado.*

E notemos mais que a Teſtadora chamou a hum parente mais chegado

& esta palaura, *Ahum*, he argumento de se induzir morgado, & fideicommisso perpetuo, como se proua do texto in l. peto. §. fratre, ff. legat. 2. E a palaura, *Hum*, significa vniaõ, que he propria pera a conseruação do sugeito, assi como a palaura, *Dous*, muitos, & outras de pluralidade saõ proprias pera a destruição do sugeito, porque induzem diuisaõ, com que o sugeito não fica conseruado, vt tradunt Molina de primog. lib. 1. cap. 10 num. 5. Pet. de Lara dicto lib. 1. cap. 4. num. 8. ibi: *Vnitas, enim, est ad conseruationem subiecti, dualitas ad destructionem.* Do que inferimos, que chamando a Testadora, *hum*, quiz que seus bens andassem vnidos em morgado, & que se não diuidissem.

Pello que sendo os bens de morgado, indubitauelmente pertenciaõ ao filho do Autor, por representar a pessoa de sua mãi Izabel Gomes, filha de Beatriz Alures primeira chamada, & vltima possuidora. E assi se julgou, & confirmou a sentença do juiz de fora da cidade de Eluas na causa da mesma Cidade, entre partes Diogo Nobre, como administrador de seu filho Diogo, contra Fernão Gomes, Reo appellante, de que forão juizes os doctissimos, & diguissimos Dezembargadores os Doutores Affonso Borelho, Ioão Velho Barreto, & Luis Gomes do Basto, que como taõ insigne Doutor considerou os dous pontos referidos na forma seguinte, q̃ cõfirma a mais doutrina que aponto.

Ex duplici coniectura reperta in institutione, de qua agitur, satis mihi liquet de voluntate testatricis, circa institutionem maioratus, vt in terminis Molina de primog. lib. 1. cap. 5. n. 42. communem dicit Flores ad Gam. decis. 3. ac 30. Molin. de iustitia, & iure, tomo 3. disp. 590. vers. nona. Quod iudicis relinquitur arbitrio, vt ex Clar. lib. 3. receptarum sentent. §. testamentum, quæst. 79. in fine, tenet Molina dicto cap. 5. num. fin. alter Molina dicta disp. 590. num fin. vers. ex his; & alij. Quapropter iudicem cum præcedentibus dominis confirmo. Iuuat consuetudo, quæ apud nos viget intelligendi per prædictas coniecturas inductum esse maioratum, cui consuetudini multum deferendum esse in hac materia, tenet Molina dicta disput. 590. vers. nona, Azeuedo lib. 5. tit. 7. in principio, à num. 3. Cabedo decis. 96. 1. part. num. 2. Ex his, & alijs à sapientissimis dominis præcedentibus adductis, quorum doctrinæ adhæreo iudicem confirmo.

Decis. 30

E assi todos conuieraõ nà confirmação da dita sentença na forma referida, anno de 1648. no dito Cartorio.

Em quinto lugar aduirtamos os modos

modos com que ſe acaba a ſubſtituição vulgar: & ſaibamos que expira, & tem fim com a aceitação da herança; & tanto que o herdeiro inſtituido adir, & aceitar a herança, ſe acabão as ſubſtituiçoẽs. l. poſt aditam. C. de impub. & al. ſubſt. & a rezão he, porq̃ a ſubſtituiçaõ he condicional: (ſe Titio não aceitar a herança, ſeja herdeiro Sempronio) & aſſi tanto que Titio aceita, falta a condição, & extingueſe a ſubſtituiçaõ. E ainda que forão inſtituidos, & feitos quatro, ou mais graos de ſubſtituiçoẽs, todos acabão pella aceitação do primeiro herdeiro. l. ſi mater, §. final. ff. eodem.

§ *Et plures, cum ſeq.*

SVMMARIO.

Subſtituiçaõ, de que modos ſe pòde fazer? E ſe ſe podem dar muitos ſubſtitutos a hum herdeiro, & ſerẽ hũs a outros ſubſtituidos?

NOtemos acerca deſte §. quẽ a ſubſtituição ſe pòde fazer de varios modos: porq̃ a hum herdeiro pòde auer muitos ſubſtitutos v.g. ſe Titio não for herdeiro, Caio, & Sempronio o ſeraõ. E pello contrario, hũ pòde ſer ſubſtituido a muitos. v.g. ſe Caio, & Sempronio não forem herdeiros, Titio o ſeja. E tambem podem muitos ſer inſtituidos, & *adinuicem* ſubſtituidos hũs a outros. v.g. Titio, & Sẽpronio inſtituo por meus herdeiros, & os ſubſtituo *adinuicem*, & eſta ſubſtituiçaõ he reciproca, como diremos.

Sed ſi inſtitutio.

SVMMARIO.

Hauendo muitos ſubſtitutos, q̃ partes hão de leuar da herãça? Propoemſe o caſo do §.

ERa entendimento deſte §. notemos a propoſiçaõ do caſo. v.g. o Teſtador inſtituio por ſeus herdeiros a Titio, & Sempronio, & a Sempronio ſubſtituio Titio coherdeiro, & depois a Titio ſubſtituio Sticho. Perguntaſe, que parte ha de leuar eſte Sticho ſubſtituto? E reſpondeſe, ſe os herdeiros ambos inſtituidos, Titio, & Sempronio, adirem, & aceitarem a herança, não compete nada ao ſubſtituto Sticho: porque pella adição, & acceitaçaõ da herança ficou extincta a ſubſtituiçaõ vulgar, como diſſemos, & do meſmo modo, ſe Titio pella ſua parte sò aceitar, & adir a herança: porem ſe Sempronio sò aceitar a herança, & Titio repudiar a ſua parte, entaõ o ſubſtituto Sticho ſe admitte, & leua a parte que cabia a Titio, a quem foi ſubſtituido: mas ſe nem Titio, nẽ Sempronio aceitarem a herança, entaõ Sticho leua ambas as partes, pello direito da ſubſtituição; & não importa, que Titio morra antes, ou depois de Sẽpronio; l. ſi Titius, & ibi Bart. ff. eodem.

§. *final.*

SVMMARIO.

Refereſe o caſo deſte §.

Titulo decimoquinto

TAmbem pera fim deſte titulo hauemos propor o caſo deſte §. & he: Se hum Teſtador com erro, & por intelligencia falſa, inſtituir por ſeu herdeiro hum escrauo, que cuidaua que era liure, & a eſte eſcrauo ſubſtituir Sempronio liure. Morto o Teſtador, o eſcrauo por mãdado de ſeu ſenhor aceita a herança. Perguntaſe, ſe ſe deue algũa couſa ao ſubſtituto? E parece q̃ pella aceitação da herança expirou a ſubſtituiçaõ vulgar, & não ſe deue nada a Sempronio: porem o contrario díz o Emperador neſte §. & conclue, que neſte caſo o inſtituido, & o ſubſtituto ſuccedem igualmente ao defuncto; & iſto pello erro da condiçaõ do herdeiro, que ſe o Teſtador ſoubera q̃ era escrauo, o naõ inſtituira. Porem ſe Sempronio fora coherdeiro com o eſcrauo juntamente, entaõ ſe partiria a herança pello meyo, & a metade leuaria o ſenhor do escrauo inſtituido, & o coherdeiro & ſubſtituto; & outra metade só o ſubſtituto. l. ſi paterfamilias, & l. & hoc Tiberius, ff. de hæredibus inſtituend. *Et ſic, Sempronius feret drodantem, id eſt, nouem vncias; ſeruus verò, vel eius dominus quadrantem, ideſt, tres vncias.* E porque trato eſta materia do erro da condiçaõ, ou da peſſoa ſe vicia, ou não a inſtituiçaõ no tit. de legatis, abaxo, §. ſi quidẽ in nomine, deixo algũas rezoẽs de duuidar, que là ſe podem ver.

DE PVPILLARI SVBSTITUTIONE.

Titulus decimus ſextus.

SVMMARIO.

1 *Subſtituiçaõ pupillar qual he? E como ſe continua com a antecedẽte, & como ſe differençaõ?*
2 *Porque foi introduzida eſta ſubſtituniçaõ?*
3 *Explicaſe qual he a expreſſa, & qual a tacita?*
4 *Requiſitos neceſſarios pera eſta inſtituiçaõ.*
5 *Effeitos da ſubſtituiçaõ pupillar quaes ſaõ?*
6 *Modos porque ſe extingue a ſubſtituiçaõ pupillar.*

ESta he a ſegunda especie das ſubſtituiçoẽs, & ſe chama pupillar, *à pupillo*, aſſi como a outra ſe díz vulgar, *à vulgo*. E eſta materia trata Bart. in l. 2. ff eodem. Gom. 1. tom. var. cap. 5. & vem a ſer ſubſtituição pupillar, quãdo hum pai inſtitue por ſeus herdeiros a ſeus filhos, q̃ tem em ſeu poder, & eſtaõ na idade pupillar, ſcilicet, *impuberes*, menores de 14. annos; & a eſtes filhos ſubſtitue hũ herdeiro, & limita a ſubſtituiçaõ deſte modo. v. g. diz o Teſtador: Titio meu filho, menor de quatorze annos ſeja meu herdeiro, & ſe o não for, & morrer na idade pupillar, entaõ o ſerâ Caio. l. 2. ff. codẽ, & diffe-

& differe eſta ſubſtituiçaõ da vulgar, porque a vulgar ſe extingue com a adição, & aceitação da herança; porem eſta pupillar não ſe extingue ſenão cõ o complemento da idade, porque ainda que o filho *impubes* aceite a herança, não tem lugar a ſubſtituição, ſenão ſe o tal filho morrer na idade pupillar, como largamente veremos pello diſcurſo da explicação, & facit Valaſc. conſ. 54. Menchac. de ſucceſſ. creat. §. 10. n. 403. Amaya lib. 2. obſeruat. cap. 2. n. 13. & 14.

2 Eſta ſubſtituiçaõ foi introduzida com o coſtume do pouo Romano, como diz o Emperador neſte noſſo texto, depois do Iuriſconſulto na l. 2. ff. eodem, porque como o pupillo não pòde fazer teſtamento pera ſi meſmo pello deffeito daidade (como diſſemos acima no tit. quibus non eſt permiſsũ facere teſtamentum) faça o pai teſtamento pello filho. E como hoje eſteja eſcrita, & poſta por lei, ſe entende que he de direito eſcrito. dict. l. 2. cũ ibi notatis in princip. No que tambẽ ſe differença eſta ſubſtituiçaõ da vulgar, porque eſta procedeo da lei das doze taboas, & a de que tratamos ſe introduzio com o coſtume. E porque a vulgar reſpeita o caſo, em que ſe não aceita a herança, & a pupillar o caſo da morte do ſubſtituido na idade menor de 14. annos, & pella vulgar ſuccede o ſubſtituto ao Teſtador; & pella pupillar ao pupillo.

3 Tertio, notemos, que eſta ſubſtituiçaõ he de dous modos. ſ. tacita, & expreſſa. Expreſſa he a que ſe faz com palauras gerais, & especiais. v. g. quando o Teſtador diſſer: Se meu filho não for meu herdeiro, ou o for, & fallecer na idade pupillar, entaõ ſerà Titio herdeiro. A tacita ſe diz, & chama aquella q̃ ſe contem na vulgar, por expreſſa interpetraçaõ da lei, & preſumpçaõ da mente do Teſtador, & de ſua vontade. v. g. quâdo o pai inſtituio ſeu filho pupillo por ſeu herdeiro, & lhe ſubſtituio Sẽpronio, eſta ſubſtituição he vulgar expreſſa. E qualquer pòde aſſi ſer ſubſtituido; porẽ ſe o filho morrer na idade pupillar de 14. annos, tendo aceito a herança, neſte caſo ſe admitirá o ſubſtituto, pella tacita pupillar, & não pella vulgar, q̃ ſe extinguio cõ a aceitaçaõ da herança. d. l. 1. §. ſed ſi quis, ff. eodem.

Quarto, temos que aduertir os requiſitos, que ſaõ neceſſarios pera eſta ſubſtituiçaõ, & a gloſſa na l. 2. in principio, ff. eodem, conta cinco, aos quaes Bartholo, ibi, accreſcẽta tres: & primò ſe requere, que aquelle que aſſi he ſubſtituido ſeja do numero dos filhos. dicta l. 1. ſcilicet, que ſeja filho legitimo, ou natural, ou adoptiuo. Item ſe entende iſto, não ſò dos filhos do primeiro grao, mas tãbem dos netos, & mais deſcendentes, vt in dicta lege 2. de modo que atè os poſthumos ſe incluem. dicta l. 2. verſ. poſthumi: pella qual neſte particular, faz a lei, qui in vtero eſt, ff. de ſtatu homin. onde ſe nota, & diz, que o filho q̃ eſtá no ventre da mãi, ſe reputa por naſcido, quando ſe trata de ſeu commodo. Secundo, ſe requere, que aquelle, a quem ſe ſubſtitue ſeja *impubes*, ideſt, ſendo macho, menor de quatorze annos, & ſe for femea de doze. l. qua ætate, ff. de teſtamentis. Tertio, que eſteja em poder do Teſtador, q̃ ſubſtituc. dicta l. 2. donde ſe nota, que a mãi não pòde vzar com ſeus filhos deſta ſubſtituiçaõ pupillar, porque os não tem em ſeu poder, como conclue Bartholo na dita ley 2. Quar

to, se requere, que aquelle, que he substituido, se faça liure, & de seu direito, & não vá a poder de outrem. dicta l. 2. vers. nepotibus: donde se hum neto fosse substituido, não valeria a tal substituiçaõ: porque por morte do auò ha de cair em poder de seu pai. Quinto, que o *impubes*, scilicet, o moço de quatorze annos, ou moça de doze, estejaõ em poder de seu pai, em quanto elle viuer, & que antes da morte do substituente não deixe de estar debaixo de seu dominio. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. eodem. Sexto, se requere, que o pai escreua, & nomee primeiro o seu herdeiro no testamento, & depois faça as substituiçoẽs. d. l. 2. & quando o pai não fez testamẽto solemne, com tudo val a substituiçaõ. O que procede sendo substituidos os filhos, & não os estranhos, per text. in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. Septimo, que o *impubes*, seja substituido, ou desherdado, d. l. 2. vers. nepotibus, 8. se requere q̃ seja aceita a herança paterna, porque o substituto não pode succeder ao pupillo, se repudiar a herança, de quo latiús Bart. in d. l. 2.

Quinto, notemos os effeitos da
5 substituiçaõ pupillar, & saibamos. Primo, que a substituiçaõ pupillar contẽ a tacita vulgar. v. g. se o Testador instituir por herdeiro seu filho, & substituir a Sempronio, se o filho mòrrer na idade pupillar, tendo aceitado a herança; este substituto tambẽ succede, quãdo o moço *impubes* morrer na idade pupillar, antes de adir, & aceitar a herança. l. iam hoc iure, ff. eodem: & isto pella vulgar tacita. O segundo effeito he, que pella substituiçaõ pupillar, se succede ao pupillo *impubes*, que morre na idade pupillar, em todos seus bẽs, ou sejaõ herdados do pai, ou da mãi, ou dos parentes, ou por qualquer outro modo. l. sed si plures, §. ad substitutos, ff. eodem. O terceiro he, que a substituiçaõ pupillar expressa, exclue a mãi, & todos os mais ascendentes por linha materna, que nenhum succede ao filho. Donde, se o pai instituir por herdeiro a seu filho *impubes*, & lhe substituir Sempronio, se o filho morrer na idade pupillar, Sempronio substituto lhe succede, excluindo a mãi l. Lucius, in fine. ff. eodem. E dizem algũs Doutores, que isto parecia cousa riguroſa, mas conuem, que supposta a disposiçaõ do direito, o substituto succede ao defuncto pupillo, & exclue a mãi. Porem se a mãi for pobre, deue o substituto darlhe alimentos, secund. DD. & Zas. in tract. substit.

Vltimamente notemos, que a sub 6
stituiçaõ pupillar se extingue. Primo, *pubertate*. s. tanto que o moço faz quatorze annos, & a moça doze, porque tanto que chegaõ a esta idade, não lhe succede o substituto, porque ja o moço daquella idade pòde fazer testamẽto, & instituir seu herdeiro. §. masculo hoc tit. & l. in pupillari, ff. eodem. Secundo, se se declarou mais tempo na substituição, não importa, porque sempre se acaba aos quatorze annos completos nos machos, & aos doze nas femeas. d. l. in pupillari, ff. hoc nostro tit. l precibus, C. de impub. & alijs subst. Porem se foi declarado menos tẽpo, chegado elle, expira a substituiçaõ. l. si ita quis, ff. eodẽ. Tertio, se acaba esta substituiçaõ. quando o substituto não he capaz da herança. l. si is qui hæres, ff. eodem. Quarto, quando o pai he degradado, se acaba a substituiçaõ, porq̃ se annulla o Testamento paterno. l. si quis filio, §. irritum, ff. de iniusto rupto, &

to, irrit.q;fact. teſtament. Quinto, ſe acaba eſtà ſubſtituiçaõ quando o primeiro teſtamento em que foi feita a ſubſtituiçaõ, ſe rompe pello ſegundo teſtamento, & mudança da vontade do Teſtador. l. ſi quis eum, §. fin. ff. eodem. Sexto, ſe extingue eſta ſubſtituiçaõ quando ſe não purificar, & faltar a condiçaõ impoſta nella. l. qui liberis iuncta gloſſ. ibi. ff. eodem.

DE EXEMPLARI SVBSTITVTIONE.

SVMMARIO.

1 *Que couſa ſeja ſubſtituiçaõ exemplar, & porque ſe chamà aſsi?*
2 *Quem poderà fazer eſta ſubſtituiçaõ?*
3 *E ſe a poderà fazer a molher, que caſar ſegunda vez?*
4 *Molher que caſaua duas vezes era abominada dos antigos.*
5 *Com que palauras ſe faz a ſubſtituiçaõ exemplar.*
6 *Peſſoas, a quem de direito ſe deue eſta ſubſtituiçaõ.*
7 *Requiſitos pera ella valer.*
8 *Referemſe os effeitos deſta ſubſtituiçaõ.*
9 *Modos com que ſe extingue.*

1 A Materia deſta ſubſtituiçaõ exemplar enſina Barth. na l. ex facto, ff. eodem, donde ſe pòde ver largamente; porem de ſuas flores, & da explicaçaõ, direi aqui o que conuem.

8 Primeiramente ſaibamos, que ſubſtituiçaõ exemplar he a que os païs fazem a ſeus filhos, os quaes eſtaõ doudos, ou com tal infirmidade, & deffeito, que não podem teſtar. Chamaſe ſubſtituiçaõ exemplar à imitaçaõ, & exemplo da ſubſtituiçaõ pupillar, que foi introduzida com hũa muito humana, & boa conſideraçaõ, pois he juſto, que aſſi como os païs ſubſtituem herdeiros a ſeus filhos meninos, & *impubes* na idade pupillar; aſſi tambem tendo filhos furioſos, ou com infirmidade impedidos pera teſtar, rezão he, q̃ lhes poſſa tambem dar ſubſtitutos; aqui pello deffeito do juizo, & opreſſaõ do mal. E na pupillar, pella falta da idade. & tenros annos. d. l. ex facto, & §. qua ratione, hoc tit. & ibi Ang. & neſta conformidade conuem; differençaſe porem, na origem, porque a ſubſtituiçaõ pupillar foi introduzida cõ o coſtume: & a exemplar por conſtituiçaõ certa. l. humanitatis, 9. C. de impub. & alijs ſubſt. differem tambem nas peſſoas, que ſubſtituem, porque a pupillar pòde ſer feita pello pai & não pella mãi. E a exemplar ſe pòde fazer por ambos, porque como nella ſe attẽde à rezão da humanidade, & natural. mente juſta, eſta ſe acha no pai, & na mãi, o que não he na ſubſtituiçaõ pupillar, onde ſe conſidera o direito da familia q̃ sò tem o pai; como tambem nas peſſoas a que ſe ſubſtituem. differem, porq̃ na pupillar pôde qualquer ſer ſubſtituido, porque como naquella idade não pòde o ſubſtituido ter filhos, não tem herdeiros neceſſarios; porem neſta ſubſtituiçaõ exemplar, como pôde o filho ter deſcendentes, eſtes deuem ſer ſubſtituidos, ou os irmaõs, vt infrà.

Titulo decimo ſexto

Secundo, notemos, que podem
2 fazer eſtas ſubſtituiçoẽs exemplares. Primò, o pai, & a mãi, & não ſe conſidera nellas, ſe eſtão os filhos em poder do pai, ou não, como he na ſubſtituição pupillar. d.l.humanitatis, Cod. de impuber. & alijs ſubſtit. porem requere ſe, pera a mãi poder fazer eſta ſub-
3 ſtituição exemplar, que ſeja molher honeſta, & que não caſe ſegunda vez, ſecund. Bart. in d. l. ex facto. E aſſi a viuua bem póde ſubſtituir a ſeus filhos do primeiro matrimonio; porem ſe caſar ſegunda vez, não; que tal era antigamente o modo, com que as leis aborrecião o pouco amor, & imprudẽcia, com que as molheres caſaõ ſegunda vez, ſem conſeruarem o eſtado taõ graue de viuuas, & taõ honeſto, & o
4 trocão por liuiandade natural, como bem conſiderou Plutarcho, quando diſſe: *Felices primæ nuptiæ; ſecundæ fugiendæ.* Cauſa apud Homerum Odiſſeæ.

Noſtri fœminei, quæ mens in pectore ſexus;
Creſcere vult eius, cui quæque eſt nupta, penates:
Nec ſobolis cura eſt illi, nec cura ſepulti,
Cui virgo quondam fuerat ſociata, mariti.

E cõ muita rezão as leis tiraraõ eſte, & outros priuilegios ás que caſaõ ſegunda vez; porque como lhe eſquecẽ os maridos mortos, com mais facilidade lhe aborrecem os filhos, que delles tiueraõ.

5 As palauras, com que ſe faz eſta ſubſtituição ſaõ notorias, ſcilicet, quãdo o pai inſtitue por ſeu herdeiro ſeu filho doudo, & furioſo; & ſe morrer com o furor, ſubſtitue a Sempronio. E eſta ſubſtituiçaõ ſe faz ao filho mayor de quatorze annos, & entaõ he exemplar; & ſe ſe fizer a hũ menor da dita idade, que padeça furor, ſeràa ſubſtituiçaõ pupillar: *Habet, enim, potius ratio naturæ, quam accidentis; & remedium ordinarium eſt præſtantius extraordinario.* l. in cauſæ, 17. ff. de minor.

6 Tertio, aduirtamos, que ha certas peſſoas em direito, que podem ſer ſubſtituidas, de modo que quando o pai inſtitue por ſeu herdeiro ſeu filho furioſo, ſe eſte filho tiuer filhos, elles haõ de ſer os ſubſtitutos; & ſe tiuer irmaõs, deuem tambem ſer ſubſtitutos em falta dos deſcendentes. E não hauendo filhos, nem irmaõs do furioſo, entaõ póde o pai ſubſtituir quem quizer. d.l.humanitatis.

Quarto, ſaibamos, que ſe requere pera eſta ſubſtituiçaõ. Primo, q̃ aquelle, a quem ſe ſubſtitue ſeja, ou filho natural, & legitimo juntamente, ou legitimo ſomente, & não natural sò, porq̃ eſte não lhe ſubſtitue, ſenão a mãi. Secundo, que não haja de cair em poder de ſeu pai depois da morte do auò ſubſtituente. Tertio, que ſendo furioſo morra com o furor. Quarto, que o pai faça ſeu teſtamento á maneira que diſſemos na pupillar, de quo Bart. in d. l. ex facto.

8 Os effeitos deſta ſubſtituiçaõ ſaõ poucos, & aſſi ſe aduirta, que a ſubſtituição exemplar contem em ſi a tacita vulgar. v.g. quando o Teſtador diz: Inſtituo por meu herdeiro meu filho furioso, & ſe morrer no furor lhe ſubſtituo Titio. Se neſte caſo o filho morrer

rer no furor, & não herdar a ſeu pai, q̃ he a tacita vulgar, *nihilominus*, ſempre o herdeiro ſubſtituto toma os
5 bens, & ſe fica com a herança.

Vltimamente ſaibamos, que ſe acaba a ſubſtituiçaõ exemplar. Primo, quando ceſſa o furor, ou doença. d. l. humanitatis: porem ſe o furor ceſſar, ou a doença por pouco tempo, & logo tornar a repetir, pergunta-ſe, ſe dura a ſubſtituição exemplar? E diz Bartolo na dita lei ex facto, n. 40. que né por iſto expira, & ſe acaba a ſubſtituiçaõ exemplar, o que outros DD. & Zaſ. entendem, que procede, quando em breue tempo torna a repetirſe o mal, alias não, por aquella l. furioſum, C. qui teſtamenta facere poſſunt, que diz, que os doudos que tem dillucidos interuallos podem teſtar. Tertio, ſe acaba eſta ſubſtituiçaõ, ſe naſcerem filhos áquelle, a quem ſe ſubſtitue *exemplariter*, d. l. ex facto: & tambem ſe acaba do meſmo modo que diſſemos acima no 4. & 5. modo, com que ſe acaba a pupillar. Paſſemos à reciproca.

DE RECIPROCA SVBSTITVTIONE.

SVMMARIO.

1 *Explicaſe a ſubſtituiçaõ reciproca, & a rezão de ſua introducçaõ, & continuaçaõ com as referidas.*

2 *Effeitos da ſubſtituição reciproca.*

3 *Morgado inſtituido debaixo de condiçaõ, ſe faltando ella, ficão os bens liures ao ſubſtituto? Propoemſe hum caſo.*

4 *Bens deixados a hum em ſua vida, não lhe dando ſubſtituto, fica ſenhor de toda a herança.*

5 *Grauamen ſe conſidera nas peſſoas poſtas na condição.*

6 *Palauras do Teſtador ſe deuem attẽder ſempre. Entendeſe a opiniaõ de Boerio deciſ. 38. n. 34.*

7 *Vontade do Teſtador ſe obſerua nas vltimas diſpoſiçoẽs.*

8 *Inſtituiçaõ condicional expira, não ſe purificando a condiçaõ.*

9 *Nas couſas claras não tem lugar as conjecturas, mormente quando ſe recorre às palauras do Teſtador.*

10 *Refereſe julgado o caſo ſobredito.*

DEſta ſubſtituiçaõ trata Bart. in l. Lucius, ff. eodem; & aſſi ſe chama reciproca; & alguns DD. lhe chamão breuiloqua, quando com hũas meſmas palauras ſe comprehendem, & inſtituem huns de hũa, & outra parte. & ſe ſubſtituem *vltro, citroq́*. l. hoc iure, ff. eodem.

Chamaſe tambem reflexa, ou repetida, porque de hum torna ſobre outro, & propriamente não he eſpecie diſtincta das mais, ſenão hum accreſcẽtamento, & reſumo, que comprehẽde em ſi as mais ſubſtituiçoens, aſſi como quando ſe trata, *de peculio contra patrem*. O peculio não he o nome da acção, mas he a qualidade pera ella, aſſi o modo, com que ſe induz a ſubſtituição reciproca he outro ſeparado dos mais: porem quanto á materia *circa quam verſatur*, he o meſmo, & ſe faz

faz com estas palauras, v.g. se o Testador disser: Pedro, & Paulo sejão meus herdeiros, & os substituo hum a outro. Esta substituiçaõ reciproca se colhe claramente das palauras; porem se disser: Instituo a Pedro, & Paulo por meus herdeiros, & qual delles viuer o será; ou tambem: Faço meus herdeiros a Pedro, & Paulo, & os substituo *ad inuicem*. Do mesmo modo se entende ser substituiçaõ reciproca, tanto que torna de hum sobre outro, ou seja feita com hũas, ou outras palauras das referidas, de quo vide Bartol. in l. ex facto, & Ang. in §. si plures, ff. eodem.

Os effeitos desta substituiçaõ saõ. Primo, que a substituiçaõ breuiloqua contem muitas vezes duas vulgares, assi como quando saõ dous estranhos instituidos, & substituidos *adinuicem*: no qual caso tem lugar a substituiçaõ, quando hũ delles não aceita a herança. Secundo, algũas vezes contem duas pupillares, quando a dous filhos *impubes*, desherdados, se substituem *adinuicem*; porque então não se podem incluir substituiçoens vulgares, porq̃ he certo, que não podem ser herdeiros, sendo desherdados. E por isso se contem duas *pupillares*. Tertio, contem esta substituiçaõ, hũas vezes duas fideicommissarias, quando o pai no codicillo substitue *adinuicem*, os filhos *impubes* instituidos: porque a herança não se póde dar direitamẽte no codicillo, mas sò no testamento: & por isso estas palauras directas, se fazem neste caso obliquas, & se reduzem a disposição a fideicommisso, vt notatur per Bartol. post text. in l. Scæuola, ff. ad Senatusconsult. Trebell. Quarto, algũas vezes contem duas pupillares, & duas vulgares, quando se faz a dous filhos *impubes*, que estão no patrio poder: porque a pupillar expressa contẽ a tacita vulgar, v.g. se disser o pai: Instituo meus herdeiros a meus filhos *impubes* (de treze annos) & se morrerem antes, ou depois de entrarẽ a herãça, na idade pupillar, os substituo *adinuicem*. Isto saõ duas substituiçoẽs pupillares expressas, & duas vulgares tacitas, videlicet, naquellas palauras: (Se antes de entrarẽ na herança morrerem na idade pupillar) de quo latiús vide Bart. in d. l. Lucius, Fusar. in tract. de substit. tit. de substit. reciproca, quæst. 256.

E pera que com mais clareza vejamos o sobredito, recorramos ao espelho da decisaõ, & seja o caso seguinte, em que veremos muita parte do q̃ tenho ditto, ampliado com magistral doctrina.

Morgado instituido com varias substituiçoẽs, debaixo de condiçaõ, se faltando ella ficaõ os bens liures ao substituto?

COstança Rodrigues, & Cathẽrina Rodrigues, ambas irmãs, & moradoras na Villa de Moura, fizeraõ de maõ com mum, em hũa carta mesma, seus testamentos, instituindo se nelles, hũa a outra, pera que a q̃ viua ficasse, succedesse em toda a sua fazenda à que falecesse, com instituição reciproca de hũa a outra. E ordenaraõ, que por morte de ambas ficasse toda a sua fazenda, assi de hũa, como de outra a seus irmaõs, Diogo Lopes, & Lopo Rõiz, sendo no tal tempo viuos; & não o sendo, ficaria a cada hũ delles, que viuo fosse; & que sendo ambos viuos, a possuiriaõ ambos em sua vida, & que por morte de hum ficaria ao ou-

ao outro. E que ſe ao tempo, que ambas as inſtituidoras falleceſſem, nenhũ de ſeus irmaõs, que tinhão inſtituido por herdeiros, foſſe viuo, ficaria toda a ſua fazenda em capella, com as obrigaçoẽs, que logo declararaõ, a ſua ſobrinha Maria Lopes, que conſtaua do ſeu teſtamento.

Morreo Coſtança Rõiz, ficoulhe ſuccedendo ſua irmaã Catherina Rodrigues, a qual depois de ſeu irmão Lopo Rõiz a hauer ſuſtentado muitos annos, em ſaude, & doenças, lhe fez doação oneroſa, & remuneratoria de toda a fazenda que poſſuia, em que entrou, em virtude deſta doação, que lhe foi feita liure, & ſem encargo algum, ou vinculo de morgado: tomou o dito Lopo Rõiz poſſe de toda a dita fazenda, pello dito inſtrumento, & por liure a poſſuhio muitos annos.

Fez eſte donatario Lopo Rõiz irmaõ das inſtituidoras, & ſegundo nomeado em ſeus teſtamentos, o teſtamento com que falleceo, em que inſtituio por ſeu herdeiro, em todos os ſeus bens liures à Ioão Solteiro aluarinho ſeu ſobrinho; & porque neſtes entra hum oliual, q̃ foi das teſtadoras. Bento de Almeida filho de Maria Lopes, a quem as inſtituidoras deixauão ſua fazenda em Capella, em caſo que ſeus irmaõs foſſem mortos ao tempo dos ſeus fallecimentos das ditas inſtituidoras, veyo demandando ao Autor Ioaõ Solteiro filho do primeiro inſtituido, & ſua mãi Ines Alures Pereira que lhe largaſſem o dito oliual, dizendo ſer de Capella, & q̃ elle Autor era o chamado a ella. O juiz, ouuidas as partes, ſentenciou por de capella, & morgado a ametade do oliual pertencente a Coſtança Rõiz primeira inſtituidora, em rezão das diuerſas vocaçoẽs que fez em ſeu teſtamento, julgando, que por ellas fora viſta inſtituir morgado; condenando ao Reo, q̃ largaſſe a dita ametade do oliual ao A. que julgou por verdadeiro ſucceſſor da dita capella; conſeruando ao R. na ametade pertencente a Catherina Rõiz; porque pella doação que fez a ſeu irmão Lopo Rõiz, foi viſto apartarſe do teſtamento que tinha feito.

Eſta ſentença do juiz foi injuſta, em quanto condemnou, & julgou ametade do oliual demandado por de capella; ſendo que o não he.

Fizerão as Teſtadoras Coſtança Rõiz, & Catherina Rõiz ſeus teſtamẽtos, em que reciprocamente ſe inſtituião hũa a outra, na parte que a cada hum tocaua. Neſta primeira inſtituição não hauerá quem diga, que quizerão deixar hũa a outra os bens vinculados, pois o teſtamẽto o não declara. A meſma rezão ha nas ſubſtituiçoens de ſeus irmaõs, porque puramente os inſtituirão ſem condição algũa, ou vinculo, como ſe ve da dita inſtituição, pura, ſem encargo algum; porque ſuppoſto que diſſe, que ſendo ambos viuos, poſſuẽo a dita fazẽda, & por morte de hum fique a outro; eſte modo de ſucceder dado pellas Teſtadoras, não induz morgado, não pondo prohibição de alheação a ſeus irmãos, vt eleganter Azeuedo conſ. 18. â n. 30. & videre eſt da dita inſtituição pera a ſeus irmãos, ou o que viuo ſe achaſſe a tẽpo de ſeus fallecimentos, ſem lhes dar ſubſtituto, ou por grauamen, ou vinculo de morgado, como conſta da meſma inſtituição.

Fez fundamento o R. em que as Teſtadoras mandarão, que ſendo os dous irmaõs viuos ao tempo de ſeus fallecimentos, que ambos poſſuiſſem a dita

a dita fazẽda em sua vida, da qual palaura, *em sua vida*, entẽdeo induzirse morgado; mas foi engano, porque de mais de accrescentar logo, que de hum ficaria a outro, sem fazerem mẽção da tal palaura: conforme a direito, todas as vezes que se instituе hum herdeiro, não lhe dando substituto, ainda que se diga ser instituido em sua vida somente, fica o herdeiro nomeado senhor dos ditos bens pera poder dispor delles como lhe parecer: *Quia defectus substitutionis facit rem non esse inalienabilem, sed de patrimonio instituit.* Ex Socino Iuniori conſ. 118. n. 27. volum. 1. quem citat Azeuedo conſ. 15. n. 31. in fine, & est text. in l. post aditam, C. de impub. & alijs substit.

Quanto mais que pera se entender instituido morgado, ainda que ao primeiro nomeado se lhe deixassem os bens em sua vida, & se lhe nomeasse substituto, que lhe houuesse de succeder, nem por isso se entendia ser instituido morgado, faltandolhe os requisitos necessarios pera sua fundação, que são a perpetuidade na geração, & a prohibição de alheação, & o andar em hum sò possuidor, vt DD. communiter, Gama decis. 224. n. 10. Phæb. 2. p. decis. 120. n. 9. & 10.

E ainda que se conuencera, que somente quizerão deixar sua fazenda a seus irmaõs em sua vida, & não fazendo outra nomeação, como não fizeraõ, somente ficaua lugar âquella celebre questão, *Virùm positi in conditione censeantur gravati?* in qua communiorem dicit Ias. in l. Centurio, n. 56. ff. de vulgari, quod non censentur gravati. E assi conforme esta commum opinião, na pessoa de Lopo Rodrigues irmaõ das instituidoras, que sóchegou a possuir seus bens, pello outro irmão Diogo Lopes, não alcançar a morte das sobreditas, expirou a substituição. E assi conforme as regras de direito, ficou lugar, ou aos herdeiros abintestato do substituto, ou a elle dispor dos ditos bens, como lhe parecesse; o que fez, deixandoos a seu sobrinho pello testamento, vt inculcat Azeuedo conſ. 118. n. 40. & Decius ab eo allegatus conſ. 218. n. 6. & conſ. 422. n. 1.

E pois consta do testamento claramente, que as instituidoras instituirão, ou substituirão a seus irmaõs, depois de acabadas as instituiçoens, de hũa a outra, sem encargo, ou vinculo algum, que rezaõ fica de duuidar, que a dita substituiçaõ de seus irmãos foi pura, & não condicional? & pellas palauras expressas dos Testadores se deue julgar. Bald. in cap. 1. n. 6. de constitutionib. *nec licet diuinare*, quia, vt inquit Molina de primog. lib. 1. cap. 4. n. 6. & 28. *In diuinandis, & coniecturandis voluntatibus defunctorum, plerumq; erratur.* E assi se conuence do mesmo testamento, & instituição, que da mesma maneira quizeraõ as Testadoras instituir a seus irmaõs, do que se instituirão a si proprias por instituição reciproca, sem porem encargo, ou vinculo algum, como em effeito não puzeraõ.

Differaõ as Testadoras, que se ao tempo q̃ ambas falecessem não fosse viuo nenhum dos seus irmaõs, ficaria sua fazenda em capella, ou morgado a Maria Lopes sua sobrinha, que he o mesmo que dizer, que lhe deixaõ sua fazenda, no caso, em que seus irmaõs instituidos sejão mortos ao tempo de seus fallecimentos.

Este caso nos proprios termos, em que estamos, traz resoluto Boerio, decis. 38. num. 34. vbi dicit: *Assi*

tutum ſub conditione, ſi alterius mors præceſſerit, tunc, & eo caſu cenſeri ſubſtitutum per ſubſtitutionem fideicommiſſariam, & non admitti, caſu non aduenien-te, & ponit caſum in quadam inſtitutione, ſic facta: ſi Petrus, & Ioannes deceſſerint, tunc eo caſu ſubſtituo, vel volo) & tunc dicit; diſpoſitionem Teſtatoris non verificari, nec habere locum, niſi cõditionis forma ſpecifica impleta, ex l. ſi heredi plures, ff. de condit. inſtit. & l. Mauius, & l. qui heredi plures, ff. de condit. & demonſtrat. quia illa verba, ſi hæreserit, vel eſſet, non debent alterare compendioſam, quin conditio mortis ſemper attendatur. Hæc Boerius, quo nil clariús, aut dillucidiùs ad noſtrum caſum.

E aſſi ſe julgou na cauſa de Moura de Bento de Almeida, contra Ioaõ Solteiro aluarinho, de que foraõ juizes os doctiſſimos Dezembargadores, os Doutores Antonio Pereira de Souſa, Ioaõ Rodrigues Fontoura, & Hieronymo da Sylua de Azeuedo. Relator na ſentença ſeguinte, decidindo, antes della, o caſo na doctiſſima conſideraçaõ que ſe ſegue.

Enigma iſtud nominat Imperator in l. fin. Cod. de leg. ſummus Pontifex in cap. veneratio, de veneratione Reliq. ſanct. non tanti faciendum erat, meo videri, vt exiſtimauit primus dominus, qui docte, & lato calamo rem explicauit: nam, conſiderata teſtantium voluntate, quæ ſupremum in vltimis diſpoſitionibus obtinet imperium, ex l. in conditionibus, ff. de condit. & demonſtrat. Authent. de nupt. §. diſponat. colat. 4. conſtat, quod maioratus, ſeu capellæ creatio, ſolum effectum erat obtinenda, caſu quo defunctis ambabus teſtatricibus nullus frater apud vivos extiteret, patet, ibi: E ſe ao tempo que ambas fallecerem, nenhum de noſſos irmaõs nomeados forem vivos, &c. Ex quo duo colligũtur. Primum eſt, quod dictæ capellæ creatio conditionalis fuit, ibi: E ſe ao tempo, iuxta l. 2. ibi, Si nauis, ex Aſia venerit. l. 4. §. ſi ita ſcriptum, ff. de condition. & demonſt. ex vulgatis. Secundum eſt, quod dicta conditio actum habuit ſuſpenſum. l. ſi ita ſtipulatus. 14. ff. de verbor. ibi, non ante poteſt, quam tempus præterierit. l. ſatis ſcriptum, ff. quando dies, ibi, nec pertinet ad nos antequam dies veniat. Gabr. deciſ. 60. n. 13. Gratian. forenſ. cap. 514. n. 18. Surd. deciſ. 27. n. 5. Larr. 1. p. deciſ. 38. n. 3. & per conſequens deficiente dicta conditione, (quia tempore quo teſtatrices vitam fugerunt frater Lupus extabat) huiusmodi capellæ conſtitutio euanuit. l. litigatoris, §. fin. ff. de recept. arbit. ibi, ne ſit ineficax ſentẽtia conditione deficiente, l. 3. ff de bon. libert. ibi, aut enim impleta eſt: & purè inſtitutus eſt. Aut nõ eſt: & nec hæres

institutus est, Surd. cons. 381. n. 1. Guter. de iuram. confirmat. 1. p. c. 17. n. 7. Suar. cons. 69. n. 24. Valasc. consult. 184. n. 20. refert, & sequitur Larr. d. dec. 99. n. 4. verb. plures, quæ cum ita sint, non fore recurrendum ad coniecturas, ego facilè crederem, cum vulgaris iuris sit dispositio, quod in claris ad interpetrationem non est recursus, l. vlt. C. si minor se maiorem dixerit, l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3. Menoch. de præsumpt. q. 11. Surd. cons. 523. n. 18. Gratian. forens. cap. 657. n. 35. præcipuè cũ de mandato testatoris, & voluntate constet, ad quod est recurrendum, l. Gallus, §. quidam reste, ff. de liber. & posthum. ibi, vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. Molin. de primog. lib. 1, cap. 4. n. 7. verba autem testatricis magis clara, quam ambigua apparent, &c.

9

SENTENÇA.

10

Decis. 31

ACordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado he pello juiz em absoluer ao R. da ametade do oliual, pedido pello A. mas em julgar q̃lhe largasse a outra ametade, cõfundamento de que fora vnido à capella, que lhe pertencia, como successor de Maria Lopes Pereira chamada à d. capella pellas Testadoras Catherina, & Costança Rõiz, não foi por elle bem julgado, reuogando nesta parte sua sentença, cumpra se o confirmado, por alguns de seus fundamentos, & o mais dos autos, os quaes vistos, & como delles cõsta, q̃ as ditas Testadoras não vincularaõ seus bens senão debaixo de condiçaõ, jé ao tempo de suas mortes não ficasse viuo algum de seus irmaõs, chamados no testamento: a qual condiçaõ faltou, por quanto ao tempo que falleceo a vltima Testadora, estaua viuo seu irmaõ Lopo, que era hũ dos chamados, & conforme a direito, pella falta da dita condiçaõ ficouão tendo lugar a instituição da dita capella, & ficando os ditos bẽs liures ao dito Lopo Rõiz, pella vocaçaõ das ditas Testadoras, podia delles liuremente dispor, como fez em sua vltima vontade, declaraõ não auer no oliual da contenda vinculo algum de morgado, ou capella; & absoluem ao Reo do pedido pello A. ao qual condẽnão nas custas dos autos. Lisboa 22. de Março de 1651.

Doctor Azeuedo. Fontoura. Pereira.

Em o

Em o que concordarão os doctiſſimos Dezembargadores os DD. Antonio Pereira de Souſa, Ioaõ Rodrigues Frontcura, & Hieronymo da Syluade Azcuedo, no d. anno. Eſcriuaõ Leonardo da Coſta Leal, meu pai, no dito cartorio. Paſſemos à ſubſtituiçaõ cõpendioſa, que pello ſer, direi brevemẽte della.

DE COMPENDIOSA SVBSTITVTIONE.

SVMMARIO.

1 *Moſtraſe qual he a ſubſtituiçaõ compendioſa, & o que comprehende.*

2 *Porque ſe chama compendioſa, & como ſe faz?*

3 *Effeitos deſta ſubſtituiçaõ.*

4 *Caſos em que ſe faz eſta ſubſtituiçaõ, & por quem, & com que palauras?*

1 A Subſtituiçaõ compẽdioſa he aquella, que ſe fez pera remediar a variedade dos tempos, ou pera euitar dillaçoẽs, de modo q̃ debaixo da palaura, *Compendio*, ſe cõprehendem varias ſubſtituiçoẽs. v. g. ſe o Teſtador diſſer: Inſtituo meu filho por meu herdeiro, & quando morrer lhe ſubſtituo Sempronio. Eſta ſubſtituiçaõ contem muitas, porque contem a pupillar, ſe o filho morrer na idade pupillar: & a vulgar ſe morrer ja depois dos quatorze annos: & a exemplar ſe morrer em furor. E a directa, & fideicommiſſaria: & eſta materia trata largamente Bartholo na l. Centurio, ff. eodem. Chamaſe ſubſtituiçaõ compendioſa, *à compendio*,

2 ou pella cõpendioſa breuidade de ſuas palauras. Differe eſta ſubſtituiçaõ da breuiloqua, porque ella tem lugar entre muitas peſſoas, quando muitos ſaõ ſubſtituidos *adinuicem*. Porem a compendioſa ſe faz a hum ſomente, ou cõ palauras directas, obliquas, cõmuas, ou precarias. Pera o que ſaibamos. Primò, que as palauras directas ſaõ as q̃ de ſua natureza daõ tanta força de direito, que recebe o ſubſtituto a herança por ſi, ſem ſer da maõ de terceiro, nem por ajuda de outrem. v.g. quãdo o Teſtador diz: Se Titio naõ aceitar a minha herança, & naõ for meu herdeiro, ſejao Sempronio. Item, faço o meu herdeiro, ou receba, & tome meus bens, ou ſeja ſenhor delles, &c. As palauras obliquas, ou precarias ſaõ aquellas, que naõ tem tanta força, mas recebe o ſubſtituto a herança por maõ de outrem, & por terceira peſſoa, vçrbi gratia, ſendo a diſpoſiçaõ: Mando, ordeno, peço, que reſtituais a herança a Sempronio. Item, quero, que ſe dê, que ſe torne, que ſe diuida, &c. E as palauras commuas ſaõ as que ſe podem adaptar, ou accommodar a hũa, & outra ſignificaçaõ, ſcilicet, directa, ou obliqua, como ſaõ as palauras, alcance, diſtraſe, deuoluaſe, tenha, pertença, &c. como declara Bartholo na dita ley Centurio. Fuſar. de ſubſtit. hoc noſtro tit. q. 229. & ſeqq.

Suppoſto iſto, reſta ſabermos em ſegundo lugar os effeitos deſta ſubſtituiçaõ, & notemos, que pera iſſo ſe diſtingue entre eſtas palauras, & as peſſoas por quem he feita a ſubſtituiçaõ: porque ou ſe conſidera feita no

3

testamento do soldado, ou do que o não he, nem viue no estado mili-
4 tar, a que chamamos, *Testamentum paganicum*, vt dictum est.

E saibamos primò, que quando o homem, que não he soldado faz substituição com palauras directas, deste modo: Em qualquer tempo que meu filho menor de quatorze annos fallecer, seja meu herdeiro Titio. Neste caso val a substituiçaõ, se o filho morrer na idade pupillar: porque se julga, que quiz o pai fazer o testamento do menor *impubes*: porem se o filho morrer depois dos quatorze annos de idade, extingue se a substituiçaõ. l. in pupillari, ff. eodem; porem se a tal substituiçaõ for feita ao menor com palauras directas, não val *à principio*, mas fica em fideicommissaria, conforme explicão os Doutores na lei verbis ciuilibus, ff. eodem. E se se faz com palauras commuas, na idade pupillar, tem força de substituiçaõ pupillar. E sendo depois desta idade, fica em fideicommisso, como se nota na lei Scæuola, ff. ad Senatus consult. Trebell. E quando se faz cõ palauras obliquas, não ha duuida que tem força de substituiçaõ fideicommissaria, de modo que nem exclue a mãy, nem o substituto alcança os bẽs do filho, senão os do pay Testador, & substituente. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. eodem, & Bartholus in d. l. Centurio.

O segundo caso da nossa distinção he, quando esta substituiçaõ he feita por homem soldado a seu filho *impubes*, scilicet, menor de quatorze annos, com palauras directas. verbi gratia: Em qualquer tempo que meu filho *impubes*, & menor de quatorze annos fallecer, serâ meu herdeiro Titio. Neste caso se o filho morrer na idade pupillar, val a substituiçaõ pupillar directa: de modo que o substituto recebe todos os bens assi do pay, como do filho. l. sed si plures, § ad substitutos, & dicta l. Centurio, ff. eodem. Porem se o filho morrer depois da idade pupillar, scilicet, de mais de quatorze annos, val a substituiçaõ directa, por direito militar, & não commum; mas em este caso toma o substituto os bens do pay somente, com os fructos que houuer ao tempo de sua morte: mas não recebe os bens do filho, que morrer depois da idade pupillar dos quatorze annos, vt notatur in dicta leg. Centurio. E quando esta substituiçaõ se faz por palauras obliquas, ou precarias, val como fideicommisso; de modo, que o legitimo herdeiro que succede abintestato, se fica com a quarta parte dos bens hereditarios (a que chamamos, quarta Trebellianica, de que direi abaixo no titulo penultimo deste 2. liuro) & restitue ao substituto o restante da herança. l. cohæredi, §. cum filiæ, vers. quod si hæredem, ff. eodẽ.

Vltimamente notemos, que se esta substituiçaõ se fizer por palauras commuas, sempre val de direito, como directa, não estando a mãy do substituido em meyo: porque estando de por meyo, obliqua se a substituiçaõ, & val como fideicommisso, de modo que o substituto recebe a herança da maõ da mãy do substituido, vt notatur in l. precibus, Cod. de impub. & al. subst.

Supposto isto, breuemente se entende o nosso titulo, pois nelle propoem o Emperador a substituiçaõ pupillar, & declara que comprehende dous casos. Primò, se o filho menor de

de quatorze annos morrer, tendo acei ta a herança. Secundo, ou não a tendo, aceitado. De modo q̃ no primeiro ſuccede o ſubſtituto ao pai, & ao filho; & no ſegundo ſuccede ſomente ao pai: & aſſi diſſemos delia, & de ſeus effeitos, & declaramos a ſubſtituiçaõ exemplar, que ſe faz ao filho furioſo, à maneira, & exemplo di pũpillar, tudo na forma que fica dito, & como explicaremos no tit. de actionib. in act. de petitione hæreditatis, onde cõ notaueis exemplos repito tudo o q̃ aqui digo de vltimas vontades, explicando muitos textos, & referindo notaueis deciſoẽs.

QVIBVS MODIS TESTAMENTA infirmentur.

Titulus decimus ſeptimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deſte titulo, com os antecedentes, & ſua concordancia com o direito commum, & do Reyno.*

2 *Vontades dos homẽs atè o vltimo fim da vida ſaõ inconſtantes, por iſſo com a morte ſe confirma o teſtamento.*

3 *Corroboraſe o referido com autoridades do direito Diuino.*

4 *Pella morte de Chriſto S. N. foi cõfirmado na Cruz o teſtamento nouo da lei da graça, & como ſe mudaraõ algũas couſas do teſtamento velho.*

5 *Herança do Reyno do Ceo, & da gloria ſó ſe deue procurar.*

6 *Bens da terra como inconſtantes, & ſonhados deſaparecem. Confirmaſe com varias allegaçoẽs.*

7 *Teſtamentos hũs ſaõ juſtos, outros injuſtos. Refereſe quaes ſejaõ hũs, & outros?*

8 *Teſtamento ſe rompe de dous modos, ou por cenſura de direito, ou por ſentença do juiz.*

1 Iſſemos nos titulos precedentes os requiſitos neceſſarios pera a perfeiçaõ, & validade dos teſtamentos. Segueſe agora eſte titulo em o qual, & em outro ſemelhante, in ff. de iniuſto rupto, irritoq; facto teſtaméto, enſina o Emperador os modos porque ſe reuogaõ os teſtamentos validos, & perfeitos. Conſonat etiam Ord. lib. 4. tit. 82. §. 5. vt infra videbimus, explicat Conan. lib. 9. cap. 7. n. 9. 10. & ſeq;

porque as vontades dos homẽs saõ va
2 rias, & atè a morte saõ deambulato-
rias, & inconstantes, ex reg. deducta ex
l. 3. §. fin. cum l. seq. ff. de adimend.
legat. *vbi, deambulatoria est voluntas*
nostra, vsq; ad supremum vitæ spiritum.
ad idem est text. in l. cum sic status. §.
pœnitentiam, cum §. seq. ff. de donat.
inter vir. & vxor. quod etiam confir
mari potest ex l. 1. C. de sacros. Eccles.
vbi, nihil est quod magis hominibus debe
atur, quam vt suprema voluntatis liber
sit stilus, & licitum, quod iterum non
reddit ad arbitrium. E por isso o testa
mento atê a morte do Testador não
he firme, mas está em suspenso, cap. cũ
Marta, de celebrat. miss. *Cum in mor*
tuis ratum sit testamentum, quod dum
viuit testator non valet.

O que tudo se confirma grande-
8 mente com o que diz o glorioso Apo
D. Paul. ad Hebr. 9. stolo S. Paulo: *Vbi, enim, testamentum*
est, mors necesse est intercedat testatoris;
testamentum, enim, in mortuis confirma-
tum est: alioquin nondum valet, dum
viuit qui testatus est. Por isso com a
morte de Christo Senhor nosso na
4 Cruz foi confirmado o nouo testamẽ
to da lei da graça, mudando o herdei-
ro, que de antes era o pouo Iudaico,
Isai. 19. segundo o que tinha dito Isaias: *Ha-*
reditas mea Israel. E dando a herança
aos fieis Christaõs, que de sua copio-
sissima redempção se soubessem apro
ueitar, dando poder aos sagrados Apo
stolos, q̃ prégassem sua sagrada lei, &
se fizessem filhos, & herdeiros da bem
auenturança, os que a aceitassem, &
obseruassem como verdadeiros: ideò
Paul. ad Rom. 8. Paul. ad Rom. 8. *Quod si filij, & hære-*
des. Mudou tambem o Sacerdocio, q̃
era segundo a ordẽ de Aram, & he ago
ra segũdo a de Melchisedech: mudou
os Sacramentos, succedendo em lugar
da Circuncisaõ, o Baptismo: em lugar
dos pães da Proposiçaõ, o Sanctissimo
Sacramento da Eucharistia, & mudou
o sacrificio, em lugar de bezerros, &
vacas, o incruento sacrificio da missa,
deixando sò os mandamentos do De
calogo, porque erão da lei natural, & *Lact. lib. 4.*
a graça não destroe a natureza, mas *de diuin.*
aperfeiçoaa. Ideò Lactantius lib. 4. *inst. c. 20.*
diuin. inst. ait: *Idcircò Moyses, & idem* *cui cõsonat*
ipsi Prophetæ legẽ, quæ Iudæis data erat *D. aug. lib.*
testamentum vocant, quia nisi testator *vno de spi*
mortuus fuerit, nec confirmari testamen- *ritu, & li-*
tum potest, nec sciri quod in eo scriptum *tera, c. 19.*
sit, quia clausum, & obsignatum est. Ita & *& 20. &*
nisi Christus mortem suscipisset, aperiri *lib. 21. de ci*
testamentum, id est, reuelari, & intelligi *uit. Dei, c.*
mysterium Dei non potuisset; verùm scri- *15.*
ptura omnis in duo testamenta diuisa est: *A vinda de*
illud quod aduentum Domini, Passionẽ- *Christo S.*
que antecessit, id est, lex, & Prophetia, ve- *N. & tudo*
tus dicitur. Ea verò quæ post resurre- *o q̃ na ter-*
ctionem eius scripta sunt, nouum nomina- *ra lhe suc-*
tur. Iudæi veteri vtuntur, nos nouo. *cedeo está á*
Sed tamen diuisa non sunt, quia nouum *propheti-*
veteris adimpletio est, & in vtroq; idem *zado no te*
testator Christus, qui pro nobis mortem *stamẽto ve*
suscepit, nos hæredes æterni regni fecit, *lho, vt Isai*
abdicato, & exhæredato populo Iudæorũ: *50. & 58.*
sicuti Hieremias Propheta testatur; & *Ps. 21 &*
probatur ex illo Iosue, cap. 7. Peccauit *68. Hier. 11*
populus, & transgressus est testamentum *Iob. 16.*
meum. Pello que desherdou aos in- *Et in Euãg.*
gratos Iudeos, & deixou os legados, à *Luc. 24.*
Igreja seu sanctissimo corpo, a sua san- *Pet. apost.*
ctissima Mãi o discipulo, aos algozes a *1. Act. 10.*
tunica, & ao bom ladraõ o Reyno do *etiã Iulius in.*
Ceo. *Mart. &*
Philosop.
in collo-
quio cũ Tri
phone, Eu-
seb. Cesar.
in demonst.
Euangel.
Prosper.
Aquitan. in
oper. de di
uin. prædi-
ctionib.

Supposto isto, bem confirmada fica
a doutrina do nosso Emperador nisto,
& no mais que temos dito das vltimas
vontades, & tambem deuemos daqui
colligir destas propoſiçoẽs de heran-
ças differentes. s. a da gloria, & a dos
bens

bens da terra. E que deuemos tratar
5 da primeira, pois he tam superior, & nos pertence ja por testamento tam valido, perfeito,& confirmado com o precioſiſſimo sangue de tam Diuino Testador; que nas heranças mundanas tudo saõ inconstancias, & sonhos,
6 que não tem firmeza, iuxta illud. Psal. *Dormierunt somnum suum, & nihil inuenerũt omnes viri diuitiarum in manibus suis.* Porque do mesmo modo, q̃ cada hum faz assento nos bens terrestes, elles repentinamente lhe desaparecem. Psal. 75.

—— Venient triſtiſsima nubila, curaq̃
Grata voles dona ſumere vitæ, fluent.

Assi o entendeo o Poeta, quando tratando da inconstancia dos homens, pintou hum, com a cabeça pera o chão, & os pês pera o ar, andando pella terra com a letra: *Humanæ res inuersæ,*

Humani caſus, nec inepto ſchemate pingam,
Quo ſtatuit geſtu noſtra ruina genus.
Ambulat inuerſe pediceps mens proxima terræ,
Inuerſis reptans arbitra iudicijs.
Dextra ſiniſtrorſum, dextrorſum læua reuerſa,
Omne opus erratum dant manum ab æquinoca.
Hæc duo naturæ contuſit ſtemmata caſus,
Vulnere præcipuo dextra, caputq̃ dolent.

O mesmo se confirma com o que diz o Emperador na Authent. de nupt. §. nuptijs, ibi: *Nihil ſub ſole adeo firmum eſt, quod non poſſit rumpi.*

Supposto isto notemos, que ha
7 huns testamentos, que saõ injustos, & outros justos. Injustos saõ aquelles testamentos, que não foraõ feitos legitimamente, conforme a direito, & q̃ *à principio*, não valẽ, & saõ nullos. v.g. porq̃ o Testador não tinha poder pera fazer testamento. & era daquelles no meados no tit. quibus non est permiſsũ facere testamentũ, ou porque não obseruou as solemnidades referidas no tit. de testamentis ordinandis, ou porque instituio algum herdeiro incapaz, dos declarados no tit. de hæredibus instituendis: ou não instituio aquelle, que deuia ser seu herdeiro, ou deserdou sem causa, como apontamos no tit. de exhæredatione liberorũ. E testamentos justos saõ aquelles, em q̃ se obseruaõ todas as solemnidades, & não tem nenhum deffeito dos sobreditos, porque dos que saõ imperfeitos podemos colligir quaes saõ os justos, & perfeitos.

Sabida esta doutrina notemos, q̃ o testamento perfeito se reuoga, & rompe algũas vezes, de dous modos, ou por cẽsura da lei, do qual trata este tit., ou por sentença do juiz, como explicaremos no seguinte. Vejamos primeiro da disposiçaõ da lei.

Et primò, se rompe o testamento

§ pello nascimẽto do posthumo, quando o Testador habil fez seu testamento,dispondo como deuia, entre os filhos que tinha;& depois de sua morte, ou da feitura do testamento, lhe nasceo hum filho,de que o Testador naõ fez mençaõ, nem cuidou que o tinha. Neste caso se rompe o testamento pello nascimento deste filho. l. 1. in fine, & l.3.in princip.& l. certum, ff. eodẽ; porem se este posthumo morrer logo em nascendo,ou em vida do Testador não se rompe o testamento, quanto ao effeito. l.posthumus,in 1.respon. so, ff.eodem.

Secundo, se rompe o testamento pello nascimento legal do filho perfilhado,porarrogaçaõ,ou adopçaõ:quãdo hum homem depois de ter feito seu testamento, toma em arrogaçaõ hum pai de familias,ou homem de seu direito, & liure; ou em adopçaõ hum filho familias sugeito a seu pai natural, porque neste caso se rompe o testamento,como se nascera hum filho de legitimo matrimonio, pois nasce hum de legitima ficçaõ da lei vt hic., & d.l. 1. *Natura,enim,agnascitur nobis suus,si nascitur,ciuiliter si per nos adoptatur: & hæc non agnatio,sed quasi agnatio sui hæredis.* l.certũ, ff. de iniusto rupto, &c. mas isto conforme a glosa do nosso texto super verb.constitutionem, procede quando o adoptante he ascendẽte do adoptado, que passa a seu poder, & dominio (como dissemos no tit. de adopt,) porem se o adoptado for estranho, naõ se rompe pella adopçaõ o testamento do adoptante: porque supposto que o' adoptado por estranho lhe succeda abintestato, nem por isso o adoptante he obrigado ao instituir por herdeiro. l.cum in adoptiuis, §. sed ne articulum, C. de adopt. Secundo, se limita,quando o Testador toma em arrogaçaõ aquelle,que tinha instituido por herdeiro. l. si qui hæredes, ff.eodem,& gloss. text.in verb.rumpitur. Equando nestes casos se rompe o testamento, fica injusto,& roto,&quãdo o Testador muda de estado, entaõ se chama irrito. Do que se collige, que por tres modos se reuoga o testamento. Primo,por censura do direito,*ipso iure*,como mostraremos neste tit. Secundo, por sentença do juiz, de que trataremos no tit. seguinte. Tertio, de direito Pretorio,vt in tit. de bonorum possess.

§. *Posteriore.*

SVMMARIO.

Testamento solemne se rompe por outro segundo feito com toda a solemnidade.

Requisitos necessarios pera proceder o sobredito. 2

Limita se em muitos casos,que sẽão rompe o primeiro testamento pello segundo,ainda que seja solemne. 3

NEste §. se declara que o testamento solemne se rompe por outro segundo solemne tambem,vt hic,& l.2. ff. eodem; porque como dissemos,q̃ a vontade do homẽ he deambulatoria atê o vltimo espirito da vida. l. 4. ff. de adimend. legat. & assi a vltima he a que se antepoem a todas, por isso se o Testador (ainda que tenha feito testamento) à hora de sua morte differ, q̃ reuoga todos os testamen- 1

stamentos, que tem feito por aquelle vltimo que faz, & só quer que valha, valerá, annullando os mais, & em tanto que pello segundo testamento se reuoga o primeiro, ainda que pello segũdo se naõ aceite actualmente a herança, tanto que por elle se póde aceitar; ou porque o herdeiro instituido não quiz aceitar a herança, ou porque soi reo, ou faltou a condiçaõ d baixo de que foi instituido, sem embargo de tudo, não se attenta se a herança foi aceita, se não se era o testamento valido pera por elle se poder aceitar, & sendoo, se rompe o primeiro, & succedesse ao defuncto abintestato, vt est text. hic, do que se collige, que pera o segũdo testamento fazer romper o primeiro se requere. Primò, que o segũdo seja solemne, & tal, que por elle se possa adir, & aceitar a herança: porque sendo nullo, naõ póde reuogar o primeiro perfeito, pella regra de direito, que diz: *Non præstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectum.* cap. non præstat de reg. iur. in 6. Tusch. tom. 5. litera N, concl. 66. Cald. Pereira de potest. elig. 1. p. cap. 13. n. 5. Sanch. de matrim. l. b. 8. disp. 22. n. 21. porq̃ ha alguns casos, que ao diante referiremos no §. ex eo autem, em que o segundo testamento não reuoga o primeiro. Vamos continuando agora cõ a nossa regra, de que o testamento solemne se rompe por outro segundo, feito tambem com todas as solemnidades. Porem esta regra tem suas limitaçoẽs, & a primeira he, que se o segũdo testamento tiuer algũa imperfeiçaõ, ou deffeito, naõ reuogará o primeiro solemne, vt laté explicat Viuius. in decis. 13. & Guido Pap. in decis. 200. A segunda limitaçaõ he, se no primeiro testamento for posta clausula derogatoria se não reuogará pello segundo, se nelle se não fizer expressa mençaõ da clausula posta no primeiro testamento, vt per Fabrum, decis. 9. hoc tit. A terceira limitaçaõ he, quãdo o primeiro foi feito entre os filhos se naõ reuoga pello segundo, se nelle se naõ fizer mençaõ do primeiro, & de suas clausulas, vt dicit Auth. hoc inter liberos, C. hoc tit. A quarta limitaçaõ he, que se o primeiro testamento for jurado, & feito com juramento de o não reuogar, se não reuoga pello segundo. Fabr. decis. 11. hoc tit. A quinta limitaçaõ he, que se o segundo testamento foi feito em fauor da pessoa, em cujo odio foi inserta, & posta no primeiro a clausula derogatoria, naõ val, nem derroga o primeiro, vt latè idem Fabr. in decis. 13. hoc tit.

§. Sed, & siquis.

SVMMARIO.

Primeiro testamento com herdeiro vniuersal perfeito, se se rõpe por outro segundo, em que se institue hum herdeiro em cousa certa? 1

Propoemse o facto deste §. & se explica em duas questoẽs, entendendo o texto; & outros concordantes. 2

TEmos aqui hũa ampliação da regra, que diz, que o primeiro testamento solemne, em que estaua instituido hum herdeiro vniuersal, se rompe pello segundo, em q̃ se institue hum herdeiro particular de cousa certa, §. posteriore, sup. & l. si quis 1

Titulo decimoseptimo

quis priore, ff. ad Senatusconsult. Trebell. E a rezaõ he, porque aquelle que he instituido por herdeiro em cousa certa, se se lhe não dà coherdeiro pera a mais fazenda, se julga por herdeiro vniuersal. l. 1. §. si ex fundo, ff. de hæredib. instituend. E sendo hum homem instituido em cousa certa. v. g. em hũas casas, & no mesmo testamento se achar outro instituido na mais fazenda, se julgará por legatario o herdeiro das casas, ou da cousa certa qualquer que for. l. quoties, C. de hæred. instit. E ainda que o Testador diga no segundo testamento solemne, q̃ quer que valha o primeiro, *nihilominus*, tanto que fez segũdo, se annulla o primeiro, porque o Testador com suas palauras, não pòde fazer, que a disposiçaõ da lei não tenha lugar no seu testamẽto. l. nemo, ff. de legatis. 1. De sorte q̃ tinha Titio feito hum testamento, fez segundo, & se differ: Seja meu herdeiro Sempronio de hũ campo, ou quinta, & quero que o primeiro testamẽto que fiz valha. Neste caso nascem duas questoẽs. Primeira, se o segundo testamento, em que Titio està instituido ẽm hũa cousa certa, vale? E responde o Emperador, que si, & que rompe o primeiro: *quia institutus in re certa nullo dato coherede, in tota hereditate institutus cẽseetur*. d. l. 1. §. si ex fundo, ff. de hæredib. inst. & naõ obsta a d. l. quoties, 13. C. eodem tit, porque nella foi hum instituido em hũa cousa certa, & deu-se-lhe coherdeiro vniuersal, & por isso ficou sendo legatario. A segunda que taõ he, se se obseruarà a vontade do Testador, que manda valer o primeiro testamento? E responde o Emperador que o segundo val, *iure directo*; & pera que naõ sejaõ dous testamentos, valerá o primeiro, como fideicommisso, Por quanto esta declaraçaõ da vontade faz que os herdeiros instituidos no segundo testamento, fiquem grauados por fideicommisso, & obrigados a restituir a herança ao instituido no primeiro testamento, de modo que fiqué ao herdeiro do segundo, as cousas em que expressamente for nomeado; & se ellas não bastarem, se suprirà com o mais, pera supplemento da quarta falcidia (de que trato abaixo no tit. de fideicommissar. hæreditatibus, & ad Senatus consult. Trebell. & tit. de lege falcidia) & como se lhe perfizer, restituira o mais aos herdeiros instituidos no primeiro testamento. E assi se rompe (neste caso da declaraçaõ) o primeiro testamento, quanto ao valor de direito de testamento pera naõ valer como tal, & fica valendo por direito de fideicommisso, vt text. hic, & in l. si quis priore sup. allegata, cum ibi notatis.

§. *Alio autem modo.*

SVMMARIO.

Modos, com que se reuoga o testamẽto solemne. 1

Differenças, que ha em direito, entre quando se rompe o testamẽto, quando se reuoga, ou quando fica irrito. 2

Pella mudança de estado do Testador, como fica nullo, & irrito o testamento. 3

Propoemse tres casos, com que se explica o referido. 4

Resumemse os casos, em que fica irrito, & nullo o testamento. 5

Até

ATéqui dissemos como se rompiaõ os testamentos solẽnes, & feitos, conforme os requisitos de direito. Agora ensina o Emperador como se reuogaõ: & ainda q̃ pareça ser o mesmo reuogarse, do q̃ romperse o testamento, & pello contrario: com tudo, porque he rezão entenderem se as coulas, conforme sua propria significaçaó, & em duuida se interpetraõ as palauras conforme o q̃ querẽ dizer, vt in l. 1. §. 1. in fin ta glos. verb. domini, ff. de supell. legat. hauemos saber, que testamento injusto, & nullo se chama propriamente aquelle que *à principio*, não val pella omissaõ das solẽnidades requisitas; & roto se diz ser aquelle testamento, que *á principio* he valido, & solemne, & depois de feito he nullo, ficando o Testador no mesmo ser, como acima dissemos. E irrito chamamos ao testamento, q̃ *â principio* val, mas depois não tem força, nem vigor de direito, pella mudança de estado do Testador. E pello caso contingente que lhe succede, se reuoga do modo que aqui diremos neste §. & he, que se faz nullo, & irrito o testamento pella mudança de estado do Testador, quando elle depois da feitura do testamento padece algũa das mudanças de estado, que expliquei no 1. liuro sup. tit. 16. de capitis diminut. §. pella *maxima*, quando perde a cidade, & liberdade, sendo condemnado por sentença a morte natural. & *media* quando retendo a liberdade, perde a cidade, por condemnaçaõ â morte ciuel de degredo. l. eius qui, §. 1. ff. de testamentis, & l. si quis filio, §. irritũ, ff. eodem. E quando padece a *minima* mudança de estado, tambem o testamento feito antes della he nullo, text. hic, iuncto §. seq. in verb. adoptionem. E acerca disto consideraõ os D D. aqui tres casos, que saõ muito pera saber, & referir. Nam primo, porq̃ pella emancipação se não reuoga o testamento do filhofamilias feito dos bens castrenses, ou quasi, antes da emancipaçaõ. d. l si quis filio, §. fin. ff. eodem, & l. 1. §. sed si filiusfamilias, ff. de bonorum possession. secundum tabulas: o qual texto ainda que falla dos soldados, com tudo diz Viglio, & outros neste §. q̃ procede igualmẽte em todos, porq̃ o filhofamilias nos bẽs castrẽses, & quasi, he reputado por pai de familias, como varias vezes allegamos, & no tit. quibus non est permissũ facere testamentũ, o dissemos. Secundo, quando o filho familias testar dos bẽs castrenses, ou quasi, sendo depois adoptado, ou por ascendente, ou por estranho, nũca se reuoga o testamẽto: porq̃ sempre tem faculdade legal pera testar dos bẽs castrenses; & quasi, porq̃ não se pòde dizer, q̃ o filho mudou de estado, quando ja de antes nestes bens he reputado por pai de familias. Tertio se muda o estado pella arrogaçaõ, quãdo hũ homẽ pai de familias, ou de seu direito se dà em arrogaçaõ a outrem, & passa a seu poder, & assi se reuoga por ella o testamento feito antes da arrogaçaõ, vt notatur in l. conficiuntur, §. si post factũ, ff. de iure codicill. & in l. qui ex liberis, §. testamento cum §. seq. ff. de bonorũ posses. secund. tabulas. E alem destes ha outros varios casos, em os quaes se reuoga, & julga por irrito o testamento, os quaes refere a glossa hoc §. in verb diminutus. s. quãdo o filho, ou outro qualquer herdeiro instituido não liurar ao pai, ou testador q̃ estiuer catiuo em poder de inimigos; porque neste caso, em que ingratamente não procura a liberdade, dequẽ lhe

lhe fez bem, ſe lhe tira a herança, & ſe applica á Igreja, de que o Teſtador era affecto, ou freguez, ou ſe dá pera redẽpçaõ dos catiuos, ficando os legados em ſeu vigor, o que procede ſendo o inſtituido mayor de 18. annos, porq̃ tendo menos idade, ſe lhe dá perdaõ a ella. Authent. ſi captiui, Cod. de Epiſcop. & Cleric. & o mesmo ſe dirá ſe o Teſtador for louco, & furioſo, & o inſtituido não quizer curar delle; porq̃ entaõ não ſerá herdeiro, & ſe dará a herança aos que aſſiſtirem, & curarem o Teſtador. §. ſi quis de prædictis, in Authen. vt cum de appellat. cognoſcitur.

§. *Non tamen.*

SVMMARIO.

Teſtamento irrito, & nullo pella mudança de eſtado, ſe reconualece de direito Pretorio, & quãdo?

Aquelle que recuperou o eſtado mudado, ſe deue ratificar de nouo ou não o teſtamento? Diſtingue-ſe entre a mudança voluntaria, & inuoluntaria.

Quando hum homem mudado de eſtado he reſtituido pello Principe, ſe reconualece o teſtamento de direito ciuil, ou Pretorio?

ENſina agora o Emperador neſte §. que o teſtamento irrito, & nullo pella mudança de eſtado, a que chamamos, *Capitis diminutio*, reconualece, & toma nouas forças de validade por direito Pretorio, a ſaber, quando o Teſtador ao tempo da morte recuperar o eſtado, que de antes tinha; mas deue cõfirmar o teſtamento no codicillo, perante cinco teſtemunhas, & declarar que quer morrer com aquella vontade, & teſtamẽto que tinha feito: & iſto procede quãdo a mudança de eſtado he voluntaria. ſ. ſe hum homem ſe deu em arrogaçaõ a outro, & ſe fez ſeu filho, eſte tal mudou do eſtado de ſeu direito pera o de ſugeito, por ſua vontade; & ſe tiuer feito teſtamento, fica nullo; mas ſe elle tornar a ſeu primeiro eſtado, reconualece o teſtamento, mas ha de ſer declarãdo depois que quer que valha: & pòde entaõ o herdeiro pedir a poſſe dos bens *per bonorum poſſeſſionẽ, ſecundum tabulas*, por direito Pretorio, introduzida. l. qui ex liberis. §. teſtamẽto, ff. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas. Porem ſe a mudança de eſtado naõ for voluntaria, antes forçada, porque o Teſtador he degradado, & perde a liberdade por algũa das mudãças acima referidas, & no tit. de capitis diminutione. ſ. *maxima*, ou *media*, neſte caſo fica nullo o teſtamento, de direito; mas ſe o Principe reſtituir a ſeu primeiro eſtado aquelle degradado, torna a renaſcer o teſtamento, & fica valido, *ipſo iure*, ſem ſer neceſſaria declaraçaõ algũa do Teſtador. E arezaõ he, porque quem muda de eſtado contra ſua vontade, naõ muda a vonta de que tinha. E claro eſtâ, q̃ hũ homẽ, a quẽ fazem ir degradado, antes toma ra eſtar em ſeu eſtado, & com o ſeu teſtamento, & aſſi nunca muda de vontade. arg. l. fideicommiſſa, §. ſi rem, ff. de legat. 3. mas quem por ſua vontade ſendo liure, ſe vai ſugeitar à perfilhaçaõ, & poder do outro, parece que muda de vontade, & por iſſo he bem, que declare

2

declare depois de liure outra vez, q̃ quer morrer cõ ella, mas o q̃ por força for degradado, he certo q̃ não muda de parecer, & assi a mesma lei, q̃ o condẽnou, sendo restituido, lhe dá forças ao seu testamento q̃ tiuer feito pera q̃ querẽdo morrer com elle, fique firme, & valioso, sem ser necessaria declaraçaõ algũa. text. in l. siquis filio, §. quatenus, ibi: *Ergo & si quis dãnatus capite, in integrum indulgentia Principis fit restitutus, testamentum eius reconualescet,* ad quod gloss. ibi allegat. l. 4. §. si deportatus, ff. de bon. libert. l. fin. C. de sent. pass. Bart. in d. l. quatenus, n. 2. post Alberic. & Paul. de Cast. Bald. cons. 113. in princip. quidã nobilis, vol. 2. Lofred. cons. 8. n. 23. Sfort. Odd. de reiudic. in integr. q. 95. ar. 2. n. 15. E a questaõ he, se conualesce o testamẽto de direito ciuil, ou Pretorio? A resoluçaõ do põto he sem controuersia; porque se distingue, ou o Principe simplesmẽte em forma graciosa, & de merce restitue ao degradado, & entaõ recõualasce o testamento de direito ciuil. DD. vbi sup. & l. vlt. C. de gen. abol. ou somente perdoada a pena do degredo, & entaõ he necessario ajuda do Pretor, & declaraçaõ por sentença pera reconualescer o testamento. E amplia se isto, q̃ procede ainda sendo o tal cõdẽnado restituido a seu estado depois de morto, & fica valendo o testamẽto que em vida tinha feito, antes de ser cõdẽnado. Lofred. d. cons. 8. n. 23. allegãs text. in l. iubemus, 1. vers. sedetiã circa mortuos, C. de præprof. sacr. cubic. lib. 12. *Vbi si seruus ingressus fuerit cubiculum Principis, efficitur ingenuus, & extẽdit hoc Imperator ad eos, qui tunc erant mortui, vt ingenui intelligantur, & valeant ipsorum testamenta,* vt expresse ibi dicit glos. & Angel. & DD. E o mesmo procede naquelle homẽ, q̃ for catiuo pellos inimigos, o qual como muda de estado forçosamẽte, & não por sua vontade, tornando do catiueiro, *ipso iure*, tambẽ sem necessidade de declaraçaõ algũa, fica valioso o testamento, q̃ tinha feito antes de ser catiuo, pella ficçaõ do postliminio, q̃ o direito introduzio (& ja se explicou no 1. lib.) como tambẽ pella outra ficção da lei Cornelia, ainda q̃ morra no catiueiro, val o testamẽto, porq̃ a d. l. finge q̃ aquelle homẽ morreo tanto q̃ o catiuaraõ, & que nunca perdeo a liberdade. l. lex Cornelia, ff. de vulgar. d. l. si quis filio, §. penult. ff. eodẽ.

§. *Ex eo autem.*

SVMMARIO.

Testamento primeiro val ẽm quanto o Testador o não reuoga. 1

E se se reuogará só pello arrependimento do Testador? 2

Testamento segũdo não reuoga o primeiro, se nelle não concorrem todas as solẽnidades requisitas. 3

Limitase esta regra em varios casos, que se referem. 4

Se tendo o Testador feito dous testamentos, pôde no codicillo declarar que valha o 1. & o 2. não? 5

E se se pôde tirar a clausula derogatoria no codicillo? 6

Testador póde fazer mudar testamentos, & reuogalos, & declarallos atè morte, & como? 7

Testamento primeiro pera se reuogar, requerese que no segũdo aja todas as solemnidades requisitas, mas isto procede quãdo se trata de reuogar, & como? 8

Tt Te-

Titulo decimo ſeptimo

7 *Teſtamento podeſe declarar no codicillo, & tirarſe a clauſula derogatoria nelle.*

8 *Marido não pôde doar ſeus bẽs ſem conſentimento da molher.*

9 *Diſpoſiçaõ valida não ſe reuoga por outra imperfeita.*

10 *Confirmaſe o referido com graue doutrina; reſpondeſe á duuida, de q̃ a herança não ſe pôde dar, nem tirar directamente no codicillo, entẽdemſe varios textos.*

11 *Clauſula derogatoria faz, q̃ a ſeguinte diſpoſiçaõ do teſtamento não valha ſem menção da d. clauſula.*

12 *Clauſula derogatoria he neceſſario q̃ o Teſtador a declare, aliàs ſe preſume, que quem eſcreueo o teſtamento a poz de ſua cabeça, mormente quando o Teſtador era idiota, & na ſeguinte diſpoſição fez menção da peſſoa, que eſcreueo a primeira.*

13 *Teſtamento não fica nullo, ainda q̃ ſe proue q̃ o herdeiro inſtituido, cõ mimos, & caricias feitas ao Teſtador procuraſſe a inſtituiçaõ.*

14 *Corroboraſe com graues allegoçoẽs a meſma doutrina; entendeſe o texto na l hæredes palam, §. 1. ff. de teſt. & varias opiniões de DD.*

15 *Entendeſe o texto na l. ex liberis, §. teſtamento, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.*

16 *Molher que caſou ſendo de mais de 50. annos, não cõmunica ſeus bẽs ao marido; & ſe o poderá inſtituir por herdeiro: Entẽdeſe a Ord. lib. 4, tit. 105. & outras opiniões.*

DIſſemos atéqui da variedade da võtade dos homẽs, q̃ he varia, & deãbulatoria atẽ a morte: & conforme os DD. tẽ os teſtamẽtos em ſi hũa condiçaõ tacita. ſ. ſaõ validos em quãto o Teſtador não muda de võtade, & faz outro teſtamento, vt probatur ex tex. in d. §. poſteriore, hoc tit. & in l. ſancim°, C. de teſtam. expreſſe dicit Dec. in conſ. 475. in cauſa, quæ Mantuæ n. 2. vbi ad hoc refert Angel. in conſ. 159. Corrad. col. 2. verſ. teſtamentũ, Cardin. Paul. Pariſ. conſ. 34. ad reſolutionẽ, n. 56. lib. 2. de modo q̃ mudádo de vontade, ſe reuoga o 1. teſtamẽto pello 2. Mas parece cruel eſta doutrina, por ſer occaſionada a q̃ os teſtadores facilmẽte ſe deixẽ vencer de meiguices, & depois de terẽ feito hum herdeiro, mudẽ de parecer por qualquer cauſa; mas o direito como em tudo ſegue a boa rezão, pera modificar eſte argumẽto, poz aqui duas concluſoẽs principais. A 1. he, q̃ o teſtamẽto primeiro ſe não reuoga sò pello arrependimẽto do Teſtador, em tanto q̃ ſe elle diſſer perante 7. teſtemunhas ſimplesmẽte: *O meu teſtamento não quero q̃ valha*, nẽ por iſſo ſerá nullo, não correndo o curſo de 10. annos, porq̃ entaõ da cõtraria vontade, & do curſo de tanto tẽpo accedẽte, & perſeuerãte ſe julga por nullo o teſtamento, aliás não. tex. in l. ſancimus, C. de teſtam. & o meſmo ſe entẽde ſe o Teſtador diſſer: *Não quero q̃ valha o meu teſtamẽto, porq̃ quero morrer ſem elle, abinteſtato.* Neſte caſo tambem por aquelle accrecentamento de querer morrer abinteſtato, ſe julgão os legitimos herdeiros por chamados â herança, & ſe reuoga o teſtamẽto, cõforme Bart. in l. ſi

l. si iure, ff. de legat. 3. Assi q̃ desta primeira cõclusaõ auemos tirar regra certa, de q̃ o arrependimẽto do Testador simplesmẽte não reuoga o testaméto, mas he necessaria noua solẽnidade, & instituiçaõ de herdeiro. A 2. cõclusaõ he, q̃ o testamẽto segũdo imperfeito, não reuoga o primeiro perfeito cõ todos os requisitos da lei: de modo, que nẽ por euidencia de cõtraria vontade se reuoga o primeiro. s. se hũ homẽ tiuer feito seu testamẽto solẽne, & depois, mudando de parecer, começar a fazer outro testamẽto, instituindo outro herdeiro, & fazẽdo nouas disposiçoẽs, se morrer neste tẽpo sem approuar o tal testaméto q̃ hia fazẽdo, nem por isso, ainda q̃ conste da mudança da vontade pella inouaçaõ do segũdo testaméto, se reuoga o primeiro perfeito; porq̃ o testamento nullo, a q̃ faltão as solemnidades de direito, não desfaz o primeiro, em q̃ se obseruarão todos os requisitos, vt text. hic dicẽs, *quod tabulæ priores iustæ non reddantur irritæ per sequẽtes tabulas, nisi & illæ sint iure ordinatæ, & perfectæ.* E tambẽ não obstarà o poder se argumẽtar cõtra aquellas palauras acima, dizendo, q̃ o mesmo he dizer o Testador, não quero q̃ valha o meu testamento, do q̃ entẽder se disso, q̃ quer morrer abintestato, & q̃ chama os herdeiros legitimos, sem ser necessario o accrescentamento, q̃ acima apontei: porq̃ sem embargo de tudo respondo, que a sobredita doutrina he verdadeira, & q̃ por aquellas palauras simples se não reuoga o testamento, nẽ dellas se collige querer o Testador morrer sem testamento, se elle expressamẽte o não declarar, porq̃ cõforme a direito se não presume, q̃ ninguẽ quer morrer sem testamẽto. l. pactũ, C. de pact. & l. licet inter priuatos, C. eodẽ tit, facit dictũ, Bart. in l. gerit, col. 4. ff. acqu. hæred. Alciat. in tract. de presump. reg. 3 præsump. 36. n. 5. & probatur per l. 3. ff. de testa. milit. pello q̃ auemos seguir o sobredito, & obseruar a regra, de q̃ o testaméto solemne se não pôde reuogar senão por outro solẽne tambẽ, & perfeito: *Quia quæ solẽniter ligata sunt, solẽniter debẽt dissolui*, secũd. DD. & Plat. hic. Tiraõ se porẽ desta regra algũs casos q̃ refere a glos. magna hic. s. 1. quãdo o testamẽto primeiro he valioso por direito militar, porq̃ este se reuoga pello segũdo, ainda q̃ não seja solẽne. l. eius, § militia missus, ff. de testam. militis. 2. quando o primeiro testamento he valioso por direito cõmũ, se reuoga pello 2. testamẽto militar, ainda q̃ não seja perfeito por direito cõmũ. Cõ tudo por priuilegio dos soldados (q̃ expliquei no 2. liuro tit. de militari testam) hũ reuoga o outro, como acima disse, & outro militar reuoga o solẽne por direito cõmũ, vt hic probatur per l. eius, §. militia, & l. 2. ff. de iniusto rupt. irritoq; fact. test. 3. quando no segũdo testamẽto não solẽne, forẽ instituidos os legitimos herdeiros, q̃ vẽ por direito abintestato. l. hac consultissima, §. si quis autẽ, C. de testam. 4. se o testador no segũdo testaméto imperfeito declarar, q̃ o herdeiro q̃ tinha instituido, he indigno da heraça por offẽsa q̃ lhe fez; porq̃ neste caso, prouada a causa, se reuoga o primeiro testaméto, & a heraça vai ao fisco. l. hæreditas, C. de his quib. vt indig nis. 5. quando no 2. testamento for posta clausula codicillar. s. (se não valer como testamẽto, valha o mo codicillo) vt Fabr. & Ang. hic, & Cin. in l. nostrã, C. de testamen. 6. quando o Testador, não só com a palaura reuoga o primeiro testamento, & declara a mudança da vontade, mas se vai por di-

ante, & rasga o primeiro testamento, ou o risca, quando elle faz isto, se julga conforme a melhor opinião, que a herança se defere abintestato, & toca aos legitimos herdeiros, vt d. l. nostram, C. de testam. & ibi DD. & præcipué Iason. *Maior, enim, est favor venientiũ abintestato, quib⁹ magis debita est successio, quã fisco.* mas isto procede, se o testamento estiuer em poder do Testador, & elle mesmo o rasgar, & rõper; mas se estiuer em poder de outrẽ q̃ o rasgue, tem a presumpçaõ de direito contra si, vt notant communiter scribentes ad d. l. nostram. 7. he o caso da l. sancimus, C. de testam. conforme a qual dizẽ os DD. q̃ o testamento se reuoga pella mudança da vontade, declarada, perante testemunhas, cõ lapso, & curso de dez annos depois da tal declaraçaõ, como acima disse; porquãto a declaraçaõ sem o curso do tẽpo, não reuoga o primeiro testamẽto, nẽ o tẽpo sô, sem declaraçaõ o annulla: porq̃ se hũ homẽ pobre fizer hũ testamento, & nelle instituir hũ herdeiro pobre tambẽ, & depois deste testamento viuer 10. ou 20. annos, & enriquecer, morrẽdo com aquelle testamento, sẽ o reuogar, vẽ toda a herãça, & riqueza ao herdeiro instituido, sem q̃ os legitimos herdeiros, q̃ ouueraõ succeder ab intestato possaõ dizer, que o Testador não teue animo de deixar tanto ao herdeiro. Paul. & Alex. in d. l. sancimus, & Ias. n. 1. facit text. in l. Lucius 2. §. fin. ff. de legat. 2. *quia solũ tempus non potest esse causa inducendi, vel tollendi.* l. obligationũ ferè, §. placet, & §. tẽpus ff de oblig. & act. Vejamos agora a 8. limitaçaõ, q̃ ensinará o caso seguinte, ventilado no feito de Beja de Antonio Dias Crasto Appellãte, cõtra Maria Gonçalues viuua de Balthezar Rõiz appellada. E foi a questaõ.

Se tendo o Testador feito dous testamentos, pòde declarar no codicillo. q̃ valha o primeiro, & senão faça caso do segundo? & se se pòde tirar a clausula derogatoria no codicillo?

4

BAlthezar Rõiz, & a appellada Maria Gõçalues fizeraõ seu testamẽto reciproco, de mão cõmũ, em q̃ se instituirão hũ a outro, depois variou o marido na võtade, & fez nouo testamẽto a fauor do appellante Antonio Dias seu meio irmão, declarãdo, & mandãdo, q̃ este segũdo se cũprisse, & nenhũ q̃ mais fizesse, saluo achãdo se nelle toda a oraçaõ do Credo em latim, sem syllogismo, nẽ barbarismo; & não contẽte o appellãte cõ esta disposiçaõ testamẽtaria, & cõ auer nella clausula derogatoria special, obrigou ao Testador q̃ lhe fizesse doação de todos seus bẽs direitos, & acçoẽs, cõ reserua dos vsufructos em sua vida, como fez, & por ella lhe deu, cedeo, & trespassou todo seu direito, & a posse por clausula de cõstituto. Feitas estas duas disposiçoẽs, ambas por contrato, & testamẽto adoeceo o d. Balthezar Rõiz, & ordenou hũ codicillo por descargo de sua consciẽcia, reuogando nelle hũ legado, q̃ tinha feito, mandou q̃ em tudo o mais se cũprisse o testamento q̃ elle fez de mão cõmũ, & com esta disposiçaõ falleceo. Morto o Testador tratou o appellãte de auer entrega dos bẽs q̃ pertenciaõ á sua ametade, & fez notificar à appellada, q̃ fizesse inuentario, & lhe desse partilhas, como herdeiro, & donatario dos bẽs do Testador, & fez petiçaõ ao juiz. Embargou a appellada o procedimẽto do notificaçaõ, & lhe receberaõ os embargos, & em final os julgou o juiz por prouados,

&

& houue a doaçaõ por nulla, & sem effeito o segundo testamento, & por valido o primeiro, q̃ fizera de mão cõmũ, & desobrigou à appellada de dar partilha, & fazer inuentario, & a sentẽça se confirmou *ex sequentibus*.

Certo he, q̃ o Testador pòde fazer muitos testamẽtos, reuogalos, & declaralos, não só quando saõ feitos simplesmente sem instituiçaõ reciproca, mas tambem quando saõ feitos de maõ commum, & marido & molher se instituem hum a outro, & cada qual o pòde reuogar por sua parte, & sempre o vltimo testamento prevalece, & por elle se regula a successaõ, porq̃ a vltima vontade he deambulatoria atê a morte: *& nemo potest sibi legẽ imponere, à qua ei recedere non liceat, & ideo prius testamentũ per vltimũ reuocatur*. l. si quis, in princip. ff. de legat. 3. §. posteriore hoc tit. quib. mod. testam. infirmentur, vbi omnes, & passim notatur in varijs, & vulgaribus iuris locis.

Segundo este principio, parecia corrente o direito, & pretẽsaõ do appellãte, porq̃ o d. Balthezar Rõiz, depois do primeiro testamẽto q̃ fez cõ a appellada sua molher, fez segũdo, & nelle reuogou o primeiro, & todos os mais q̃ fizesse, não sendo nelles expressa a clausula special derogatoria, de q̃ vzou, & pella qual, *sibi abdicauit contrariã volũtatem vlterius disponendi*; & estando reuogado o d. primeiro testamẽto não podia a appellada, por elle succeder a seu marido.

Porem o contrario se cõsidera neste ponto, & com muito fundamento julgou o juiz o contrario porq̃ a reuogação do primeiro testamento pello segũdo não podia ter, nẽ tinha effeito em vida do Testador, & depois de sua morte, *& sic ab vltimo punctu*, ficou tẽ do, & recebendo toda sua validade, & perfeiçaõ. l. 1. ff. de testam. l si tibi homo, §. cũ seruus, ff. de legat. 1. exornãt, Mantic. de coniect. lib. 1. tit. 3. n. 8. & 9. Menoc. cons. 106. n. 5. & cons. 326. n. 5. *& ex tunc censetur factum testamentum* ad text. in l si cognatus, ff. de reb. dub. Menoch. cons. 97. n. 20. & 21.

Planẽ o Testador fez codicillo, & persistindo na primeira vontade, quiz que essa fosse a vltima, & final disposiçaõ, mãdado q̃ se guardasse, & cũprisse em todo o primeiro testamẽto, excepto o legado das casas, & por esta expressaõ assi disposta, & declarada, ficou dãdo força, & vigor ao d. testamento, & querẽdo, q̃ esse fosse, o q̃ se guardasse, & cũprisse, & tirando ao segundo testamẽto o effeito, q̃ aliàs podia ter por ser o vltimo, & não querẽdo q̃ valesse, nem por elle ouuesse o appellante os bẽs, q̃ lhe deixaua, & licita, & validamẽte podia fazer, ordenar, & mãdar, ex illa ratione, de qua in cap. cum Martha de celebr. miss. *& quia vltima morientis voluntas semper est attendenda, & obseruanda tanquã lex, & quia vltima derogat priori*. l. pacta nouissima, C. de pactis, cum vulgaribus.

E não se nega, q̃ o testamento feito com todas as solẽnidades não se reuoga senão por outro igualmẽte solẽne, de modo q̃ a solẽnidade requisita pera se fazer, he do mesmo modo necessaria pera se reuogar. l hæredes palam, §. 1 ff. de testam. l. 2. ff. de iniusto rupto, irritoq; facto testamẽto, glos. penult. in l. cũ proponebatur, ff. de leg. 2. Pichar. in tit. infr. de adẽpt. legat. n. 62. Mãtic. de coniect. lib. 2. tit. fin. n. 20. & lib. 12. tit. 5. n. 13. Surd. dec. 128. n. 4. & porq̃ isto procede quãdo se trata de reuogar o primeiro testamento, entaõ deue o segundo ser feito com as mesmas solẽnidades,

nidades, q̃ interuirão no primeiro, ex ratione l. nihil tam naturale, ff. de reg. iur. vbi latè Decius, & omnes.

Porem neste caso não tratamos de reuogaçaõ de segũdo testamẽto, mas he a questaõ acerca do primeiro q̃ o defuncto mãdou q̃ se cumprisse em tudo, & isto licita, & validamente podia fazer
7 no codicillo, & vltima vontade, sem ser necessario, que concorresse a mesma solemnidade pera este effeito, por não ser noua disposiçaõ derogatoria, senão declaração, de qual dos testamentos queria que valesse, & esta se podia manifestar no codicillo, bem assi como nelle se podia reuogar a clausula especial derogatoria: como aduerte Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 4 n. 9. Surdus cons. 356. n. 2. porque a declaração não he noua disposição: *Sed tantùm denotat voluntatem declarantis, & dispositum explicat.* l. hæredes palam, §. si quid post, ff. de testam. l. adeo, §. cum quis, ff. de acquir. rerum dominio, Fontanel. dec. 172. n. 7. Nigr. lib. 2. cap. 210 Larrea dec. 39. n. 6.

Do que se collige, que como o Testador fizesse codicillo, & vltima vontade solemnemente, & nelle mandasse que se cumprisse o primeiro testamẽto, essa vontade se deuia guardar, & seguir, & por bem della julgar se a successaõ á appellada, que nelle foi instituida, & se não podia julgar ao appellãte, porque o Testador não quiz que a successaõ de seus bens, se deferisse pello dito testamẽto, senão pello primeiro, & esta vontade, & disposiçaõ por ser a vltima, & perfeita, era preciso que se seguisse, & cumprisse, & se executasse o primeiro testamento, & sendo, como foi, instituida nelle a appellada lhe pertencião os bens do defuncto seu marido, & o appellante não tinha direito pera os pretender, & obrigar a que fizesse inuentario, & lhe désse partilha, & justamente foi absoluta.

Não teue o juiz respeito á doaçaõ, que o defuncto fez ao appellante de todos seus bẽs, depois de lhos hauer deixado no dito segundo testamẽto, & he irrefragauel o fundamento, q̃ o juiz tomou, & seguio neste particular, porque a dita doaçaõ foi de todos os bens que o defuncto tinha direitos, & acçoẽs com reserua somente dos vsufructos, & o marido não pode alhear os bens de raiz, sem consentimẽto da molher, & alheandoos *de facto*, he a alheaçaõ nulla de direito ex Ord. lib. 4. tit. 48. a qual indistinctamente procede em toda a alheaçaõ, & acto trãslatorio de dominio. l. 1. C. de fund. dotal. Pinel. l. 1. de bon. mat. p. 3. n. 18. 19. & 20. alijs relatis, Giurb. ad stat. Mess. c. 14. glossa 4. p. 1. n. 1. *Ac proinde prohibita alienatione, censetur etiam prohibita donatio, & cui prohibetur, alienare, prohibetur etiam donare.* Giurba vbi proximè, & sendo nulla a dita doação, por não consentir nella a appellada, não resultaua direito a fauor do appellante pera pretender por seu respeito os bens do dito defuncto, regula non præstat de regulis iuris in 6. pera hauer de ficar reuogado o primeiro testamento.

Porque a dispoficaõ valida não se tira, nem reuoga pella segunda nulla, & que tem deffeito de direito. Mascard. conclus. 1282. n. 32. Surd. cons. 373. n. 13. Gratian. lib. 3. Forens. cap. 558. n. 29. Franch. decis. 552. Gama decis. 209. n. 1. & quando ainda a dita doaçaõ fosse valiosa, não bastaua pera o dito testamento ser reuogado, prout aduertit Surd. cons. 356. n. 4. onde diz que *per actum inter vivos factum non po-*

test

testi reuocari testamentum solemniter factum cum legitimo numero testium.

E como a dita doação fosse nulla sem consentimento da appellada molher do doador, & elle no dito codicillo mandasse cumprir em tudo o testamento, em que lhe tinha deixado seus bens, & feito herdeira delles, não podia obrar direito a fauor do appellãte, pera lhe pertencerẽ os mesmos bens: *quasi facta esset cum facultate reuocandi.*

E por elles fundamentos se confirmou a sentença na forma referida, que basta pera entendimento dos curiosos; mas vejo, que os mais prouectos me condemnaraõ, se lhes occultar as flores mais principais; & quando em casos menos consideraueis me valho da authoridade, & confirmação das rençoẽs, rezão serâ, que viuão em eterna memoria as de tam singulares Doutores, como neste caso concorreraõ, das quaes foi a primeira a do insigne Mestre o Doutor Ioaõ Carneiro de Morais.

De vtrinq; testamenti validitate, tam prioris, quám posterioris dubitari non licet, cùm sub legis forma peracta inueniantur, de nullitate donationis factæ post primum testamentum, similiter hæsitandum est, siue enim inter viuos fit, vt eius nomenclatura ostendit, siue causa mortis vtrinq; infirma est: si inter viuos quia defecit vxoris consensus, si causa mortis quia reuocabilis: iuxta vulgaria; quare nec in ea immoratur doctus patronus, nec nobis conuenit immorari. Sola est contentio: an sufficiens fuerit declaratio facta in codicillis ad reuocandum secundùm elogium, & vt primo patiùs standum sit? & multis omissis, quæ hinc in iure allegari possunt, non vulgaria ad huius dubij solutionem; tamen breuitati consulens, ac rei scopum attingere peroptans, visa facti serie, declarationi in codicillis factæ standum esse certiùs duco, vt ex ea priùs testamentum vires accipiat, ac indubiè præ-
10 *feratur. Enim verò, quamuis nec in codicillis testamentum vires assumere soleat, ex vulgari clausula, l. quod per manus ff. ire codicillorum, nec nuda voluntate absq; ijsdem solemnitatibus testamentaria dispositio tolli nequeat, §. ex eo autem inst. quib. mod. testament. infirmentur, l. sancimus, C. de testam. cum singulibus, tamen vtrumq; testamentum efficax proponitur, & non adeo infirmatur secundùm testamentum, quin firmum priûs demonstretur sub recenti voluntate declaratoria, quæ priori iam inesse producto obseruantiã præstat, quod in iure inciuile non est, singularis textus in l. qui ex liberis, 11. §. testamentum, ff. bonorum poss. secundûm tabulas, l. 1. §. si hæres, ff. si tabulæ testamenti*

stamenti nullæ extabunt, l. nostram, C. de testamentis, & vbiq; scribentes, optimè Fab. lib. 18. coniectur. cap. 18. per totum, Surd. cons. 129. n. 28. vbi duo testes sufficere ait, inuentq; Pubard. in §. ex eo, n. 11. in fi, quib. mod. test. infirmentur, Menchac. succession. creat. §. 17. à n. 88. sicut aliás in codicillis clausula derogatoria tolli valet, Mantic. de tacitis, lib. 12. tit. 8. n. 25. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsump. 166. n. 52. & sic in simili iudicatum vidi in Senatu locaneo à grauissimis Senatoribus.

Neq; quoad præsens factum, est in consideratione, quod in secundo testamento imposita fuerit clausula in futurum derogatoria, ita vt posterior voluntas irrita esset non transcripta in ea symbolum fidei, quo casu nisi sit clausulæ satisfactum, inanis est postrema dispositio, ex quotidiana sententia, de qua Mantica de tacitis, lib. 2. tit. 8. n. 7. Gama decis. 109. n. 3. Ciriacus controuers. 360. n. 11. vbi ait, postremam voluntatem sine clausulæ

II *mentione, esse tanquam cimbalum tinniens dum sine mente sonum: nam supposita doctrina tunc locum habet quando ex solo tenore scripturæ, sine aliquo facto, postrema voluntas exitum habere conatur, tunc æquum est, vt obseruetur, l. nihil tam naturale, ff. de reg. iuris: non verò quando volumas facto demõstratur. Cùm enim clausula derogatoria solum inducat coniecturã firmæ voluntatis, necessariò vincitur á voluntate ad actum reducta, notat optimè ad intentum Pereira decis. 82. n. 1. ad finem: at verô in hac facti hypothesi, testatq; secundum elogium in manu appellantis reliquit, vt infra dicetur, primum fuit amplexus ac manu propria notario tradidit, ibi, Duas folhas de papel. Hoc autem, voluntatis coniecturalis prioritatem, ex clausula subortã omnimodò fugat, iuuantque Menoch. d. præsumpt. 166. n. 59.*

Secundo, quod cum hæc clausula in futurum derogatoria, quodammodô supponatur ea vtentem non esse sanæ mentis, vt bene notat Alexand. citatus â Mantica, d. lib. 12. tit. 8. n. 2. multifariam ex cõiecturis in contrarium redditur inefficax, pro vt inter alia, quo ad intentum, vna est, quando in posteriori voluã-

12 *tate nominatur specificé persona notarij, aut scriptoris testamẽti, quod sufficit, licet defficiat specialis mẽtio clausulæ, Mantic. vbi proximê n. 11. infinitis Ciriacus d. controuers. 360. n. 16. Alia, quando testator clausula vsus idiota sit, & incapax clausulam intel-*

intelligendi, seu scribendi, tunc enim ex hæredum sugillatione, coactia, non sponte facta videtur. Mantic. sup. n. 15. Ciriac. sup. n. 37. vers. bene. Altera, quando institutus in posteriori iudicio sit magis dilectus testatori, tunc enim prævalet affectio, invalidatur clausula, ex ratione textus in l. in testamento. ff. fideicõm. libert. in specie Menoch. d. præsumpt. 166. n. 42. Ciriacus sup. n. 24. Mantic. sup. n. 26. Altera deniq; quando in testamento clausulato doli præsumptionem invenitur, in postrema autem voluntate syncerita requiritur, vt tenet Menoch. & alij sup. citati.

Quæ omnia sic in iure probata, facto fideliter adæquantur, nam, Testator in codicillis nomen scriptoris, ac tabellionis nominauit, ibi: O qual lhe fizera o P. Belchior de Aragão: imò legati in eo elogio relicti consobrinæ mentionem habuit, tum vt illud adimeret, ac in appellantẽ tranferret, tum vt illo excepto testamentum firmaret, satis ex hac enixa voluntate primi testamenti firmitatem manifestans. Deinde Testator erat homo literarum ignarus, quasi nec legere, aut scribere sciens, vt ex testibus, & fatetur appellans. Clausula autem insolita, ac ipsi ferè impossibilis: qualiter cum symbolum fidei, absque syllocismo, aut barbarismo latinam linguam ignorans scribere poterit? quæ omnia denotant, testamentum, & manu clerici scriptum, & eius lingua notatum fuisse, vt sic misero seni testandi libertatem dolosè auferret.

Tandem in primo testamento, coniugalis concordia commune elogium condidit, vxor à marito dilecta proponitur, vt ex testibus, maritus vxori obstritus: dum ipse pauper cum illa diuite nuptias contraxit, ex testibus, vnde & si eum fæmineis blanditijs, ac deliniamentis alliceret, ad prioris voluntatis confirmationem in codicillis faciendam tamen, nec legis rigorem offendit, quia huiusmodi blanditijs non improbat Ord. in 4. tit. 84. §. 4. nec hæreditatem ambire visa fuit, imò potiùs suorum bonorum institutionẽ: quo ad fundamẽtũ in secundo testamento nominũ ad intentũ deficit causa dilectionis, quando ipse diues proponitur, & liberis carens, ac senex, ex quibus satis elicitur fortior voluntatis, ac affectionis præsumptio erga vxorem, ac clausula derogatoria contemnenda est, circa sup. dicta.

Denique considerandum est, quod codicilli, & si à sana mente facti

facti sint, tamen mentis sanitas probatissimè est in actis: ser acti inueniuntur coram octo testibus, vxorem praesentem non habuit; approbationem & si non signauerit, tamen signare tentauit, sed quia non potuit, alium rogauit, quæ omnia eum xam voluntatem manifestant, fraudis suspitionem remouent. E contrario autem primum testamentum, à clerico consanguineo scriptum proponitur, sub clausulis ad eius libitum interiectis, secreto conditum, & sub arcano commendatum tempore confectionis, imo, & mortis tempore aliquandiù occultatum, & intempestinè ab appellante exhibitum, nec mirum, nam qui malé agit, odit lucem, & quãuis appellans testatorem dici lucem, tunc non distraxisse dicat, vt exinde mentis cæcitatem reduguat, tamen somniauit, seu excecauit in luce, nam oculorum acies in senibus, ac moribundis incerta esse solet, eo autem tempore tertiùs indicium, ac seuerior est dispositio, dum contrarium non ostenditur, vt in processu.

Hæc latiori cálamo, quàm vellem dicta sunt, sed cum fauor postremæ, ac non reddituræ voluntatis assistat, vt eam firmam ostendamus, odiosa extensio dici non potest. Sicq; primo testamento primatum tribuerem indice confirmato.

E desta doctissima allegaçaõ se póde colligir, que a declaraçaõ da vontade se pòde fazer no codicillo, & que nelle se pòde tirar a clausula derogatoria. Secundo, do mesmo modo pera a clausula derogatoria valer he necessario, que o Testador a declare por sua boca expressamente, aliàs he nulla, & se presume, que apos o tabalião, ou escriuão do testamento de sua cabeça, ex textu in l. si quis in principio testamenti, ibi, *sciens*, ff. de legat. 3. sentit Salicet. in l. sancimus, n. 6. in fine, C. de testam. & Alexand. in cons. 134. n. 3. vers. & pro hoc facit, vol. 1. & se o Testador era idiota (como este) & que não sabia ler, nem escreuer, he cousa muito prouauel, que o que escreueo o testamento poz a clausula derogatoria de sua cabeça, & assi não val. Paris. cons. 10. n. 18. vol. 3. Barbat. cons. 72. vol. 3 Couar. in rub. de testam. 2. part. n. 19. vers. decimo tertio, Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 3. tit. 14. n. 5. & lib. 12. tit. 8. n. 15. Nem he impedimẽto que induza nullidade, o prouarse q̃ o herdeiro procurou, amimando o Testador, que o instituisse, porque he licito a qualquer procurar seu melhoramento & assi não será nullo o testamẽto, ainda que se proue que o herdeiro instituído procurou com caricias, & persuadio com afagos, & mimolas palauras o instituidor, pera que o fizesse seu herdeiro, vt constat ex l. fin. C. si quis aliq. test. prohib. & in l. fin. ff. eodem tit. Decius cons. 489. n. 7. Palat. Rub. in repetit. rubr. de donat. inter virum, & vxorem, §. 81. n. 11. Paris. cons. 67. vers. quærella, n. 47. cũ seqq.

lib.

lib.3.& conforme a isto diz Bald.in l. ciuili.col.fin.vers.sed nunquid omnes, que aquelle,que procura ser instituido herdeiro, nem por isso cõmette dolo, ex traditis in l.quidquid,C.arbitr.tu. tel. quilibet enim ius suum procurat, vt in lege pupillus,ff.de his qui in fraudem credit.cum alijs.

E a este parecer se seguio outro contrario,& hauendo variedade,se re sumio o ponto, com a doutrina do in signe Mestre commum o doctissimo Doutor Francisco Velasco de Gouuea,com cuja authoridade ficará mais illustrada a opinião de taõ singulares Mestres.

Inter duas superiores doctissimas deliberationes sapientissimorum patrum prima magis placet, quæ iudicem confirmat, & primo testamento primatum tribuit: etenim cum testator in vltimo codicillo cum priori testamento se mori velle declarauerit;
14 *voluntas quæ in primo defecerat,per confectionem secundi, & posterioris testamenti (per quod prius infirmatur, §. posteriore Trebell. l si iure,ff.legat.3.cum similibus)recenti,& vltimo iudicio codicilli redijsse intelligitur,vt eleganter dixit Papinian. á primo domino citatus,in l.qui ex liberis,§.testamento,ff.de bonor.possess.secundûm tabulas,explicat eleganter Menchac.de succes.sionum creat.tom.1.lib.2.§.15.n.110.cum seqq. Quamuis, enim,nec in codicillis hæreditas dari, vel adimi valeat. l. 2. §. vlt. l.quod per manus,10.ff. de iure codicillorum,neq; testamentum ritè factum reuocari valeat nuda voluntate, §. ex eo autem iolum,inst.quib,mod.testamenta infirmentur. d.§. testamento, vers.nec putauerit,& si quid post factum testamentum mutare placuerit omnia ex integro facienda esse,doceat,Vlpian.in l.hæredes palam,21.§.1.ff.de testamentis, quia tamen primum illud testamentum semel ritè factum, in factum reddi non potuit per secundum,sed tantum viribus euacuatum ex mutatione voluntatis, in secũdo huiusmodi vires facilè reddi,& recuperare reddente voluntate possunt: & hoc est,quod intendit, & vult dicere text.in d.§.testamento,in illis verbis,ibi. Voluntas, quæ defecerat,iudicio recenti,redijsse intelligitur; sicq; conciliatur cum d. l.hæredes palam, §. 1. ibi: Omnia ex integro facienda sunt; vt optimè notat Menchac. d.§.15,n.108. cum seq. & quemadmodum si quis secundas tabulas cancellauerit,priores, quæ per secundas reuocatæ erant,reuiuiscunt,& validæ manent, vt acutè arguit Papinian,in d.§. testamento,vers.non secus, prosequitur*

Menchac.

Titulo decimo septimo

Menchac. d. §. 15. n. 107. cum seqq. ita declarante testatore, vel in codicillo, vt hic, vel aliter, se velle cum prioribus decedere, priores, vires accipiunt ex vltima, & recenti voluntate, hæres scriptus in secundis exceptione submouebitur. De viribus clausulæ derogatoriæ, in secundo testamẽto appositæ nõ curo; sicut enim illo cancellato, vt primum valeat; clausula etiam euacuata videtur, prout ampliat Menchaca d. §. 15. n. 112. ita similiter euacuatur ex voluntate in codicillo declarata, vt primum testamentum sustineatur, ex quibus, & alijs á primo domino perpensis cũ eodem indice approbo.

E a este parecer se accommodou o excellentissimo Iurisconsulto o Doutor Lourenço da Gama Pereira, dizendo em sua doctissima tençaõ, que este caso fora ja julgado na mesma forma no Senado, em semelhante processo, & assi o affirmou o primeiro juiz o Doutor Ioaõ Carneiro de Morais, a quẽ seguiraõ os Doutores referidos na cõfirmaçaõ da sentẽça, año de 1652 em 18. de Iunho, Escriuão Antonio Rõiz da Costa, na d. causa de Beja de Antonio Dias Crasto A. appellate cõtra Maria Gonçalues viuua de Balthezar Rõiz appellada.

Esta sentença da Rolaçaõ foi em-
15 bargada com graues allegaçoẽs, das quaes as principais foraõ duas. Prima, que o texto na l. ex liberis, §. testamẽto, ff. de bonor. possess. secund. tabul. diz somente, que pella vltima declaraçao do Testador torna a cobrar forças o testamento, que pella arrogação do mesmo Testador tinha vacillado, mas que não diz, que pella vltima declaraçaõ se podia reuogar o testamẽto solemne, & tambem o texto na l. 1. §. hæres, ff. si tabulæ testament. null. procedia em outros termos, conuem a saber, quando a vontade do Testador foi solemne, ou porque se rõpeo o testamento, ou por qualquer outro acto solemne mostrar o Testador, que não quer que valha o testamento, nos termos da lei nostram, C. de testam. & que ainda esta procedia na cancellaçaõ, ou rotura do testamento feita pello Testador *ex consulto*, que tudo eraõ termos differentes, & assi se não podia reuogar o primeiro testamẽto, tendo clausula derogatoria.

Porem não se admittio esta allegaçaõ, porque alem da soluçaõ larga q̃ a ella se dá, com a doutissima tençaõ do insigne Mestre o Doutor Ioaõ Carneiro de Morais, se accrescentou em reposta, que pella vontade do Testador expressa feita no codicillo, ficou tendo noua força o primeiro testamẽto, porque o deffeito da vontade se supre mais facilmente, que o deffeito da forma, & isto se proua pellos textos allegados na tençaõ, & alem delles o resolue Menchaca de success. creat. lib. 2. §. 15. n. 108. cum seqq. quanto mais, que a clausula especial derogatoria se pòde tirar no codicillo. Surd. cons. 356. n. 23. Mantic. de coniect. lib. 6 tit. 4. n. 9.

A segunda allegação de nullidade era, que a embargada era maior de 50. annos ao tempo que casou com o defunto

functo, & tinha filhos do primeiro matrimonio, & que nestes termos se não communicaraõ os bẽs, & se não podia instituir hum a outro, mais que na terça. Ord. 4. tit. 105. Guilhelm. Benedç. in cap. Raimunc. verbo, *& vxorem*, o 1. n. 4. & procede a Ord. assi por acto *inter vivos*, como por testamento, ou disposição vltima. ibi, *em sua vida, nem ao tempo de sua morte.*

Porem este fundamento facilmẽte se venceo, com os mais, pella rezão seguinte; porque ainda que a embargada passasse da dita idade de cincoẽta annos, isso não era impedimento pera o marido a não poder instituir por sua herdeira, porque regulandose a causa, & successaõ pella Ordenaçaõ lib. 5. tit. 105. que prohibe á quinquagenaria, que casou segũda vez, o alhear & communicar seus bens, se ao tempo do casamento tinha filhos, & descendentes, assi como a pena da Ordenação tem somente lugar neste caso, & não no outro. Phæb. decis. 93. n. 7. Da mesma maneira, se o marido não tiuer filhos, nem descendentes, poderá alhear os bens, que tiuer, & dispor delles a fauor de sua molher, porque a defesa da Ordenação, & que prohibe a communicaçaõ, & alheação de bẽs, somente tem lugar no caso que a molher tem filhos, & descendentes, donde assi como a embargada no caso que fosse quinquagenaria, podia dispor dos bens, se não tiuesse filhos, nẽ descendentes, ao tempo do segundo matrimonio, & instituir nelles o marido por herdeiro, do mesmo modo semelhantemente elle não tẽdo filhos, nem descendentes, a podia instituir a ella, *planè*, elle não tinha filhos, nem outros descendentes ao tempo que casou, & assi lhe era permitido dispor de seus bens, & deixalos a sua molher.

E assi o considerou o insigne Mestre o illustrissimo Doutor Martim Affonso de Mello, confirmando o sobredito na forma seguinte,

Neque priores, neque posteriores articulos reciperem, ex eo, quia priores nil aduersus sententiam concludunt, quia scilicet excepta, quando matrimonium cum marito contraxit, fuisset quinquagenaria, & descendentes haberet, in quibus terminis marito relinquere non posit, quocunq; titulo, nisi tertiam bonorum partem, ex Ordinat. libro 4. tit. 105. tamen maritus, qui filios, & descendentes non habebat, vxori omnia bona sua relinquere poterat: neque contrarium affirmant Gama decis. 320. & Cabedo decis. 114. num. 3. & 17. & decis. 15. num. 3. ab excipientis patrono citati; sed tamen quod bona inter ipsos coniuges non communicantur, circa formam Ordinationis lib. 4. tit. 46. quod est maximè diuersum, & nullum est inconueniens, quod vxor quinquagenaria filios, aut descendentes habens, marito tertiam

tantũmodò partem ſuorum bonorũ relinquere valeat, & quod maritus filios, aut deſcendentes non habẽs omnia bona ſua eidem vxori relinquere, in eodem teſtamento cõmunicantur á viro, & vxore condito, cum vnicum tantum teſtamentum nõ ſit, ſed duo diuerſa, vt bene pinxit excipientis patronus, & ſic ceſſat inconueniens in articulis poſitis, aliás verô articulos, qui eandem materiam doctiſſimè reſolutam, & non tantũ in hac cauſa, ſed in alia ſimili deciſam, iterum proponunt, non admitterem ex iuribus elegantèr conſideratis, quibus accedit textus in l. poſthumus, 12. §. ſi paganus, ff. de iniuſto rupto.

E neſta opinião rejeitando os embargos, & approuando a ſentença acima referida, pera paſſar pella chácellaria, & ſe dar à execuçáõ, conuieraõ os ſobreditos digniſſimos Dezembargadores, a cuja opinião accreſceo a doutiſſima tençáõ ſobredita do Illuſtriſſimo Iurisconſulto o Doutor Martim Afonſo de Mello, Reitator da dita ſobreſentença, mes, & anno, vt ſup. no dito Cartorio.

Decil. 32

§. final.

SVMMARIO.

1 *O Emperador, nem o fiſco não deuẽ aceitar a herança que lhe for deixada por vexar a algũa peſſoa.*

2 *E ſe poderaõ aceitar a herança que ſelhes deixar em hũ teſtamento feito ſem ſolemnidades.*

3 *O Princepe ainda que faz leis, & he ſenhor, acredita ſe muito com as obſeruar, pera eſpelho, & exemplo dos vaſſallos.*

4 *Poder depende da juſtiça, & como com o pretexto de poderoſo ſenão deuem fazer injuſtiças.*

5 *Se ſe deue obedecer aos ſuperiores nas couſas illicitas?*

6 *Merce ſempre ſe julga feita ſempre juizo de terceiro.*

7 *Clemencia reſplandece muito em hũ Princepe.*

1 A Cerca deſte §. notemos, que ſe o Teſtador trouxer algũa demanda graue ſobre fazenda, & inſtituir por ſeu herdeiro o Emperador, pera que o contrario fique vexado com parte tam poderoſa, não val a tal inſtituição, ainda que o teſtamento tenha todas as ſolemnidades requiſitas. E o meſmo ſe diz do fiſco por ſer couſa clara, que o Teſtador cõ animo de vexar o contrario, quer inſtituir por herdeiro o fiſco, & antepolo a ſeus parentes, ſecund. Fabr. hic. Porem daqui ſe collige tambem, que ſe o Teſtador não tiuer parentes chegados, entaõ vaõ os beas ao fiſco, como vacantes l. vacantia, Cod. de bonis vacantibus, lib. 10. porq̃ neſte caſo

caso fica o Emperador de posse dos bens, ainda que das causas litigiosas não póde ser herdeiro instituido. l. hoc edicto, §. sed hæredem, ff. de alien. iud. mutan. causa facta. Em segundo lugar notemos, que o Emperador não póde aceitar a herança deixada em testamento, que não for solemne. *Licet enim legibus solutus sit, tamen legibus se alligatum profiteur*, vt hic, & l. digna vox, Cod. de legibus, & dicta l. ex imperfecto, Cod. de testamentis. E ainda que o Principe possa fazer as leis que quizer, com tudo sempre se ajusta ás de boa rezão, & amor dos vassallos pera com isso grangear as vontades, & os coraçoens: conforme a isto disse o Poeta, que o Principe era amado, em quanto amaua, & assim fingio hum espelho, ao qual se estaua vendo hum Key, com esta letra, & exposição.

2

3

Rex plebis, vt speculum benignus dicitur;
Sic Regis vt speculum popellum credito.
Non prospicit Regi, nisi is præuiderit.
Nec te aspicit speculum, nisi aspiciat prior.

E posto que o Rey seja legislador, que faz as leys, & pera si póde pòr as que quizer; com tudo não ha mayor ornato da pessoa Real, que o exemplo, porque â vista de hum Principe recto, & que faz justiça, & com seus costumes ensina a obseruancia de seus preceitos, sendo elle o primeiro que os guarda, não ha nunca desacerto: & ja o direito Diuino o louuou, quando do S. Basilio, ponderando as palauras do Ecclesiast. 10. *Secundùm iudicem populi, sic, & ministri eius: & qualis rector est ciuitatis, tales & habitantes in ea.* Disse assim o Sancto: *Vt plurimum subiectus populus se solet conformare eorum moribus, qui potentia præualent; ita vt quales aliquando fuerint, qui præstant vitæ ducatum, talis necesse sit, qui in vitam ducitur.* E daqui vem tambem os grandes louuores, que Actio Sincer. deu a Federico Rey, pella obseruancia, que tinha das leys, que elle cumpria primeiro pera exemplo de todos.

Edicto nuper cùm tu Rex magne caueres
Audaci ne quis stringeret arma manu:
Deposuisse tuum, vel primus diceris ensem,
Et monstrasse palam primus inerme latus.
Publica nimirum res, tunc sibi constat, & æquum
Imperium, cum Rex quod iubet ipse facit.

Consonat Amaya lib. 1. obseru. cap.
4 1. n. 98. & seq. vbi plura. E fallando nos termos juridicos, conforme os Doutores no cap. quisquis, 11. quæst. 3. de quo Mant. decis. 279. o poder depende da justiça, & assim com o pretexto de poderoso não pôde o Rey fazer cousas injustas, porque como Deos seja o que lhe concedeo o poder, sendo justissimo, tudo o que for feito contra justiça, he peccado contra Deos, & por isso se diz, que o poder consiste naquillo, que legitimamẽte se pode fazer. Gratian. decis. 13. Thesaur. decis. 15. ideò Aristol. 5. politic. cap. 10. inquit: *Nec aliud iustum dicere solemus, nisi quod ex lege est, quod verò est contra legem, id violentum.* Sequitur Ambrosin. decis. 23. Daqui procede a regra do capit.
5 Iulianus, & cap. qui resistit, 11. quæst. 8. pella qual não somos obrigados a obedecer aos superiores nas cousas contrarias aos preceitos Diuinos, porque Deos nosso Senhor quando dá o poder, o não concede pera cousas illicitas. l. 1. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris. l. si procurator, ff. de condict. indebit. cap. 1. de iure iurando, in 6. Monter. decis. Aragon. 8. E assim todos os actos de poder absoluto, quando saõ sem causa justa, saõ indecentes, Cabed. decision. 12. parte 1. Amat. decis. 8. Thesaur. decis. 91. Gail. obseruat. 56. *Quia plenitudo potestatis non extenditur ad aliquod iniquum.* Curtus cons. 73. col. 29. in fine, Fulgos. cons. 61. col. penultima, Ias. in l. Barbarius, 7. ff. de officio Prætor. Inoc. & ibi Panormitan. in cap. innotuit, & in cap. illa quotidiana, 2. not. de election. E por isso quando se faz algũa merce, sempre se julga, que he sem prejuizo de terceiro, & quando os subditos saõ prejudicados com ella, vsa o Rey por outra via de sua grandeza. Petr. Rauen. in Alphabeto iuris, verb. priuilegium, columna 2. & fica com isto não só sendo liberal, com mayor Realeza, mas clemente com benignidade, que só em sugeitos Diuinos, & em Reys dados pello Ceo, & com seu braço, & bençaõ, confirmados resplandece, pois he certo, que a clemencia he indicio de bem auenturança, vt ait Claudian. 4. consul. Honor. 6

Sis pius in primis, nam cum vincamur ab omni
Munere, sola Deos æquat clementia nobis.

DE INOFFICIOSO TESTAmento.

Titulus decimus octauus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo.*

2 *Rezão porque se introduzio esta queixa contra o testamento do pai, & como he em fauor do filho sem offensa do respeito paterno.*

3 *Concordase o titulo presente com o direito cõmum, & do Reyno.*

4 *Contra quem, & em que casos se dá esta queixa.*

5 *Legitima he deuida aos filhos liure, & sem grauamen.*

6 *E se se lhe pòde pòr algum, aceitãdo o filho? Propoemse hum caso.*

7 *Explicase a l. quoniam in prioribus, C. hoc tit. com tres limitaçoẽs.*

8 *Mostrase concorrerem de facto no caso proposto.*

9 *Propostas duas cousas incõpatiueis, na eleiçaõ dehũa se renũcia a outra.*

10 *Grauamen posto na legitima, se se cõ pẽsa cõ o legado derxado ao filho?*

11 *Restituiçaõ compete ao herdeiro no caso q̃ podia cõpetir ao defũcto, & se cõpetirá ao filho emãcipado?*

12 *E se se dà contra o cumprimento do que manda o Testador?*

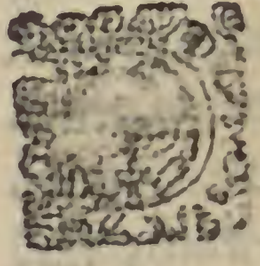
13 *E nos contratos não se dà sem o menor restituir aquillo de que se aproueitou.*

14 *E por ella sô se rescindem os actos, em que o menor foi leso ao tempo da celebraçaõ do contrato.*

15 *Iuramento in litem não tem lugar on de não ha dolo.*

16 *Confirmase tudo o referido com graue doutrina.*

17 *Quando a causa de desherdaçaõ he legitima, & prouada, cessa a queixa.*



Issemos no titulo precedente dos modos porque *ipso iure*, & por censura de direito se reuogauão os testamentos, explica agora o Emperador o modo, com que, não por disposiçaõ simplesmente da lei, mas por sentença dada, implorando o officio, & authoridade do juiz se annulla o testamento, mediante a queixa, que chamamos, *de inofficioso testamento*, esta foi introduzida, & recebida como costume do pouo Romano, precedendo a disputa dos sabios, & prudentes pera sua licita introducçaõ, vt latè Donell. libro 19. comment. cap. 4. Amaya lib. 3. obseruat. cap. 6. n. 4. porque como a herança he por direito natural deuida aos filhos, pella iniquidade que se lhes faz, tirandolha injustamente, acode o officio do Pretor com este remedio aos filhos desherdados sem justa causa, pera accusarẽ o testamento

Titulo decimo octauo

ſtamento do pai de inofficioſo, como feito contra o officio, & diuida paterna, que he ajuntar pera enriquecer os filhos, & deixalos herdados, & cõ bẽs. E ainda que no teſtamento inofficioſo ſe obſeruem todas as ſolemnidades requiſitas: cõ tudo póde ſer impugnado pellos filhos, pella crueldade, que nelle ſe conſidera, em o pai priuar o filho da herança ſem cauſa, pello que acudindo o Pretor com o remedio, nẽ deſtituio delle aos filhos, nem offẽdeo a reuerencia deuida aos pais: porq̃ pello remedio que explicamos, reuoga o teſtamento como injuſto. l. Papinianus 8. §. ſi quis irritum, & §. vltim. ff. hoc tit. reduzindo a herança *ad cauſam inteſtati*, pera ſe ſuccéder como ſe não houuera teſtamento. Mas como ſe trata de aueriguar hũa crueldade feita pello pai, & eſta deua mais encubrirſe, que manifeſtarſe, vai o remedio cõrado, & palliado com a diſculpa, attribuindo à falta de juizo, & quaſi loucura, & furor iſto que conſideramos iniquidade; porque como os filhos deuão aos pais obſequios, & reſpeito, ſe diz, que quaſi por defeito do juizo deſherdou o pai ſem cauſa ao filho, & por iſſo ſe annulla o teſtamento, & ſe ſuccede como abinteſtato, vt text. hic *Quaſi non ſanæ mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent.* E aſſi ſe attribue quaſi a hum furor eſta crueldade, ou (como querem outros) que perſuadidos da madraſta (*quæ tamquam nocens arcus, contra filios mariti agit*) comete o pai eſta tyrania, que pella queixa ſe remedea, ſem ſe dar acçaõ de dolo, por ſer contra o reſpeito deuido aos pais, antes palliaſe a queixa com a rezaõ de ſer a iniquidade procedida de hum quaſi furor, porq̃ ſe conſideraſſemos o pai verdadeiramente furioſo, ficaua o teſtamento nullo, *ipſo iure*, sẽ ſer neceſſaria a queixa, vt ſup. §. furioſus. tit. quib. non eſt permiſſ. facere teſtamentum, & por iſſo diſſemos, quaſi furioſo. *Cùm, enim, teſtamentum, iure ciuili, ex cauſa exhæredationis impugnari non poſſet.* ex l. verbis, 120. ff. de verborum ſignific. *Ideo quod rigore iuris non potuit, ſub colore inſaniæ admittitur, quæ ius teſtamenti infringit.*

Deſta introducçaõ naſciaõ algũas duuidas que por breuidade deixei aſſi quanto á queixa, que hũas vezes tem em direito eſte nome, & outras vezes ſe chama acçaõ: como quanto à miudeza de ſua origem, porque no tit. de actionibus, in actione de petitione hæreditatis, moſtro todas as rezoens deſta queixa, que de ſeu effeito teue (por opiniaõ de muitos) nome de petiçaõ de herança, vt per Cujac. in paratlit. ad noſtrum tit. & latè videbimus in d. tit. de act. Seguindo agora a ordem do Emperador, que ſem aueriguar a ſubſtancia da queixa, trata de ſeu fim, moſtrando como por ella ſe reuoga o teſtamento, na forma declarada neſte titulo, que concorda com outros, in ff. & C. de inofficioſo teſtamento. Conſonat Ordin. Regia lib. 4. tit. 82. vbi gloſſator; explicat Conan. lib. 9. cap. 3. Menchac. de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 10. n. 172. Senator Homem in tract. de numer. qninar. cap. 20. per totum, & alij, ſuo loco referendi.

Dâ ſe eſta queixa contra o herdeiro inſtituido pello pai no teſtamento inofficioſo, pera que ſe reuogue a adiçaõ da herança, & ſe reduza à ſucceſſaõ abinteſtato, pera ſuccéder o filho deſherdado injuſtamente, como que ſe naõ houuera teſtamento, & he eſta queixa preparatoria da petiçaõ da herança, aſſi como a acçaõ *ad exhibendũ*, he

he preparatoria da reuendicaçaõ. l. ad rem mobilem, ff. de procurat. Por isso se pergunta, se tem lugar a queixa todas as vezes que o filho he preterido, & esquecido no testamẽto, ou expressamente desherdado? E respondem cõ distincçaõ de dous casos, DD. in l. nã & his, ff. eodem, & Bart. in l. 1. ff. de testamentis. Primô, ou o pai não fez testamento. Secundo, ou o fez, & com elle falleceo. No primeiro caso, quando o pai morreo abintestato, não he necessaria a queixa, porque succede o filho, como legitimo herdeiro, & se continua nelle o dominio dos bens do pai, os quaes se forem possuidos por outrem, entaõ intentara o filho a acçaõ de petitione hæreditatis, & não a queixa: *Quia non datur contra titulo possidentem.* in § actionum, de action. latê videbimus.

No segundo caso. s. quando o pai fez testamento se ha de considerar, se o pai deixou a legitima ao filho, bem pòde dispor dos mais bens. l. cũ quæritur, C. eodem; & se o pai fez testamento, preterindo, & não fazendo mẽçaõ do filho, entaõ he o testamento injusto, & nullo, como ja dissemos no tit. de exhæredatione liberorum. E se desherdou o filho sem causa, ou com causa, não legitima, nem das quatorze referidas sup. d. tit. de exhæred. tambem o testamento he nullo, *ipso iure.* Auth. nõ licet, C. de liber. præter. Ou desherdou o filho cõ causa legitima, se o herdeiro a prouar, exclue o filho. Ou foi inserta a causa, aqual o filho não commeteo, ou se a commetteo, naõ aprouou o herdeiro, val o testamento *á principio*, mas por esta queixa se reuoga; porque o filho se não presume ingrato, & lhe he deuida a herança paterna, & legitima liure, & sem encargos. l. quoniã in priorib⁹, C. hoc tit. cujas limitaçoens nos ensina o caso seguinte.

Se pòde o pai pòr grauamen na legitima do filho, & como se julgarà a aceitaçaõ delle?

DOna Catherina de Castro mãi do appellado, no testamento, com que falleceo, deixou a terça de seus bens a seu filho Roque de Mello, com a clausula, & condiçaõ seguinte, ibi.

Tomo a minha terça na herdade do Peixoto, & nomeo por herdeiro della a meu filho Roque de Melio, em sua vida, & por sua morte torne â casa, & morgado, & em caso que a terça monte menos do que val a herdade, mãdo que o herdeiro Roque de Mello dè de sua legitima a seus irmaõs o que tiuer de mais a mais a dita herdade sobre a terça, pera que fique sempre inteira a hum sò herdeiro, & se não parta, nem diuida em nenhum modo; & em caso que o dito Roque de Mello herdeiro da dita terça não esteja por esta condiçaõ, & permitrir, que a herdade se parta, pello mesmo caso perderà o direito, & desde logo a leuarà o herdeiro, do morgado.

Fallecida a dita Dona Catherina se fizeraõ partilhas entre seus quatro filhos, a saber o appellado Pedro de Mello, & o doctissimo Dezembargador o D. Martim Affõso de Mello, Iorge de Mello, & Roque de Mello, diãte do juiz dos orfaõs da Villa de Serpa, por auer menores, & nellas se adjudicaraõ as legitimas ambas de pai, & mãi cõ a terça ao dito Roque de Mello na herdade do Peixoto, na forma que pello dito testamento, & clausula hauia de-

terminado a dita D. Catherina de Castro.

Emancipouse o dito Roque de Mello, por ser mayor de vinte annos, por hũa prouisaõ, & com effeito lhe foraõ entregues seus bens, pella sentẽça do Prouedor da Comarca, aceitando expressamente a dita condição, sem a contradizer nunca até o tempo de sua morte, em que se passaraõ perto de cinco annos.

Neste tempo se casou o dito Roque de Mello, com sua prima D. Angela de Castro, & fallecendo em breues dias, fez seu solemne testamento, & nelle instituio a dita sua molher por sua herdeira, & accrescentou a clausula seguinte.

Declaro na duuida, que ha acerca da fazenda de minhas legitimas, & da terça que me deixou minha mãi, que Deos tem, se ha de ir, ou não, a meu irmaõ Pedro de Mello, que tudo o q̃ he meu liquido, deixo ádita minha molher; & no duuidoso peço ao dito meu irmaõ se queira compor com a d. minha molher, dandolhe da dita fazenda dote pera poder ser freira, & quarenta mil reis de tença em cada hum anno, sendo freira por sua vida, como o que entendo se auerá ella por contente: & peço a ambos se queirão conformar nisto, em que grandemente me faraõ a vontade.

Morto o dito Roque de Mello, entrou o appellado seu irmaõ legitimo successor, & possuidor da casa, & morgado de seu pai na posse da dita herda de do Peixoto, como vinculada ao mesmo morgado, pello testamẽto de sua mãi D. Catherina de Castro, o que a appellante não cõtradisse, antes mostrando por então, que queria fazer a vontade ao dito seu marido, se recolheo no Conuẽto do castello da Villa de Moura pera entrar no nouiciado. Parecendolhe ao appellado, que proseguiria com o intento adiante, lhe mandou (por amor do dito seu irmaõ, & dar estado a hũa parenta tam chegada, & não por obrigaçaõ) fazer offerta dos ditos quarenta mil reis, & dote pera professar.

Não conseruou a appellante o estado, antes mudando de conselho, tratou de demandar ao appellado seu primo por libello, & casando com o Autor Estevaõ Soares de Mello, correo a causa seus termos, & pronunciou o juiz de fora a sentença, absoluendo o Reo das legitimas pedidas, consignadas na dita herdade do Peixoto, & condemnou tambem em outras mais cousas que se lhe pediraõ, & á Autora condemnou por reconuenção em trinta mil reis, quatro moios, & trinta & sete alqueires de trigo, & outras miudezas que se declaraõ, de q̃ veyo o appellado á corte, & se confirmou a sentença pellos fundamentos seguintes.

O primeiro, & vnico principio desta demanda, da parte da Autora, consistio em que a dita D. Catherina, não podia pòr grauamen algum nas legitimas do defuncto seu filho, conforme a regra da d. lei quoniam in prioribus, Cod. de inoffic. testam. & isto he o em que se proseguio na instancia da appellaçaõ.

Porem a regra deste texto limitaõ os DD. em primeiro lugar quando o filho não contradisse o grauamen: *Et tacuit in eius vita.* E destes termos resoluem, *quod non potest eius hæres conqueri de dicto grauamine*, tradunt Molina de primog. lib. 2. cap. 3. n. 36. Gutierres in l. nemo potest, n. 144. ff. de legat.

leg. 1. cum alijs, Cancer. 3.p. cap. 2. à n.203. E assi quando se calou o filho em sua vida, sem contradizer o grauamẽ, não pòde seu herdeiro queixarse.

À segunda limitaçaõ que tem esta regra he, quando o filho, *aliquid accepit vltra legitimam.* Mieres. de maio. iur. 1. par. q. 55. n. 3. Mastrilho dec. 181. n.8 addition. ad Molin lib. 2. c. 3. n.7. vers. 2. cõclusio Nigr. 2. tom. controuers. 534. n. 5. Gabriel Pereira de cis. 48. n. 10. in specie. Fusar. de subst: q. 296. n. 58. que resolue a duuida cõ as formais palauras, ibi:

Limitatur primò hic casus, vt non procedat, quando prælegatum est factum filio, adiecta conditione expressa, quod si filius vult prælegatũ, nõ deducat aliquã legitimam, & filius acceptauit prælegatũ. allegat Cornelium, Ruin. Bertaz, Menoch. Mantic. Peregrin. & outros muitos.

A terceira limitaçaõ deste Texto he, quando o filho consentio expressamente no grauamen, que se impoz, ita Gutier. de iuram. cap. 19. n. 3. Vallsc. de partition. cap. 16. n. 34. Barb. in l. si cum dotem, n. 22. ff. soluto matr.

A rezão consiste, porque quando ao filho se lhe graua a legitima, & se lhe deixa algum legado, ou parte da herança, com condiçaõ de por elle aceitar o tal grauamen, aceitando o legado, he visto em consequencia necessaria aceitar o encargo, com que foi deixado. Ita prosequitur Merlin. de legitim. q. 10. n. 16. Peregrin. de fideicommiss. art. 36. n. 62. Gratian. forens. cap. 603. n. 3. & 5. Assi como tambẽ aquelle que por obrigaçaõ elege algũa pessoa pera hauer de succeder em praso, ou capella, he certo, que lhe não pôde pôr grauamen algum. Cald. Pereira de potest. eligendi, 3. p. cap. 16. n 20. & cap. 17. n. 6. Gama dec. 196. n.3. Valasc. consult. 27. n. 8. ex ratione Text. in l. vnum ex famil. §. si de falcidia, ff. de legat. 2. Cõ tudo se o grauado consentio no grauamen, está precisamente obrigado a comprilo, Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. n. 32. Cald. d. cap. 16. n. 23. Gabriel Pereira dec. 26. n. 5. E quando, alem da nomeçaõ que se lhe fez, se lhe deixou algũa cousa líure, he ponto mais sem duuida, *quod tenetur grauamini parere.* arguit Cald. d. cap. 17. n. 21. Gomes 1. tomo, c. 12. n. 54. Soar. ind. l. quoniam in prioribus limitat. 7. ad finem, C. hoc nostro tit.

Todas estas tres limitaçoẽs da d. l. quoniam in prioribus concorrerão no caso presente, quanto à primeira: porque *est inconfesso*, que o defuncto em sua vida não contradisse nunca a dita condiçaõ. & grauamen, com que a dita D. Catherina sua mãi lhe deixou o legado de sua terça, & se lhe expressamente da clausula de seu testamento, onde somente no liquido, & em que não houuer duuidas, institue a dita sua molher por herdeira, & pera o duuidoso, pede ao R. seu irmaõ queira accommodar a dita sua molher no mosteiro, dandolhe tença, & dote pera professar, do que tudo bem se infere hauer aceitado, & obedecido inteiramente à dita condiçaõ, & grauamen. 8

A segunda limitaçaõ se verificou tambem expressamente, porque alem das legitimas leuou a terça inteira, que importou dous contos duzentos & oitenta & noue mil, & nouecentos & setẽta & sete reis, como pareceo da certidáo do inuentario, junta pella mesma A. & as legitimas ambas importaraõ hum conto setecentos, & de zoito mil, & vinte & cinco reis; como tambem consta da mesma certidaõ, & assi se conuence de errado o q̃ sobre

este

esse particular allegarão *pro contraria parte*, dizendo, que a dita terça importara somente dous mil, & quinhentos cruzados, & ainda quando importara muito menos, bastaua aceitar o defuncto pera a disposição ficar valiosa, como temos mostrado.

A terceira limitação tambem se achou expressamẽte por direito em fauor do R. por quanto não se duuida, q̃ o dito Roque de Mello aceitasse o legado da terça, & esta accitação he o mesmo que renunciação expressa da legitima, & aceitação indubitauel da condiçaõ, & encargo, com que o tal legado se lhe deixou, por quanto em termos de direito, quando se propoem duas cousas incompatiueis, na eleição de algũa dellas, o que aceita hũa, he visto expressamente renunciar a outra. l. quod in hæredẽ, §. eligere, ff. de tributoria. Surd. de aliment. tit. 5. q. 3. n. 40. Phæb. decis. 212. n. 22.

Ao que se accrescenta, que nos nossos termos, nem esta renunciação expressa era necessaria, por quanto o grauamen na legitima ficaua valioso por imputação do legado, que se deixou, no que se considera cõpensaçaõ de lucro cõ o mesmo grauamen, quasi comprando a defuncta com os bens do dito legado (que erão seus preciquos, & podia deixar a qualquer estranho) a renunciação da legitima do dito seu filho Roque de Mello, pera com com isto acrescentar sua casa, & fazer o morgado mais rendozo, secundum Barthol. communiter receptus in l. in quartam, n. 10. ff. ad l. falcid. Surd. de aliment. tit. 9. q. 34. n. 17. Gratian. forens. cap. 983. à n. 8. & assi fica o ponto indubitauel descidido por cõmua opinião dos Doutores, por qualquer das limitaçoẽs referidas, quanto mais concorrendo todas tres.

Impugnouse isto com dizer, que supposta a dita lei, quoniam in prioribus, o grauamen posto pella dita Dona Catherina nas legitimas foi nullo, pera o q̃ se allegarão Menoch. & Gomes, sup Porem vistos os taes Doutores, tratão differentemente, porque fallão quando o pai deixa seus bens ao filho, & por fideicommisso vniuersal o grauamen a que por sua morte os restitua a outrem: & entaõ resoluem que neste fideicommisso vniuersal se não contem a legitima do filho, assi porque o mesmo pai não fez menção della, nẽ menos lhe poz condiçaõ algũa, em cujos termos *non præsumitur sensisse de dicta legitima*, vt prosequitur Merlin. de legitima, lib. 3. tit. 2. q. 9. n. 6. como por isto não ter q̃ ver com a questão presente, onde ha grauamen expresso, & com legado, com que o dito grauamen se compensa, & sobre tudo o cõsentimento do filho sem contradição:

Proseguiose *ex aduerso*, improrando o remedio da restituição em fauor da A. herdeira do dito seu marido, pella regra da lei non solum, ff. de in integrum restit. porem respondese facilmente, que esta restituiçaõ compete ao herdeiro somente naquelle caso, em que pudera competir ao defuncto, se fora viuo, ex resolutis per Cald. in l. si curatorem, verb. minoribus, n. 53. C. de in integrum restit.

Planẽ o defuncto Roque de Mello foi emancipado por prouisaõ de sua Magẽstade, como ja disse, em 19. de Iunho de 640 & falleceo em 27. de Setembro de 645. & assi depois de passado o quadriẽnio, não lhe cõpetia ja o beneficio da restituiçaõ. Ord. lib. 1. tit. 87. §. 28. ibi. *Ser à dahi em diante em todo o caso omuido por maior de 25. annos.*

nos, & lib. 3. tit. 42. §. 2. ibi, *Não ser á restituido.* l. 2. C. de his, qui veniam ætatis, iudicatum testatur Fontanel. de pactis, 1. p. clausula 3. gloss. 3. n. 60. Molin. de iustitia, tomo 2. disp. 224. n. 25.

E que o quadriennio corresse logo do tempo da emancipaçaõ, he rezão euidente, porque como logo desde entaõ he o menor hauido por maior, *Ex iuris dispositionibus citatis, optimo iure* lhe corre desde logo o dito tempo: neque contrarium dicũt Aegydius. Phæb. & Senator Homem de Almeida, que de falso se allegaraõ em cõtrario.

Quando ainda estiuermos no termo do quadriennio, não he este o caso em que o menor póde vzar da restituiçaõ, por quanto he resolução de direito, *quod non restituitur aduersus nõ impletum præceptum testatoris.* Mieres 12 de maiorat. 2. part. quæst. 4. illat. 8. à n. 64. Cald. in l. si curatorem, verbo, *vel aduersarij dolo*, à n. 69. Larrea decis. Granatens. 39. p. 2. n. 13. Fusarius de subst. q. 585. à n. 1.

E seria grande absurdo o considerarse estar o menor comendo o legado por tantos annos, & no cabo delles pedir o herdeiro restituiçaõ, ex capite minoritatis cũ aliena iactura, em cujos termos lhe não compete tãbem a dita restituiçaõ, *quia dicitur in dolo*, ex text. in l. si quis mancipẽs, §. fin. ff de inst. l. 3. §. pupillus, l. si pupil- 13 lus, in principio, ff. de negot. gest. & he a rezão porque ainda nos contratos, em que por direito lhe compete a restituiçaõ, não póde ser ouuido sem primeiro restituir o que comeo, & de q̃ se aproueitou. l. si â te, C. de pact. inter emptorem, Gratian. forens. cap. 555. n. 24. & cap. 720. num. 26. & cap. 770. n. 1. Cald. verbo, *per quod pristinũ ius*, n. 4. Giurb. decis. 103, & todas as vezes que consta de dolo, *nunquam restituitur*, tradit Fontan. decis. 103. n. 3.

Do que resulta não hauer, nem competir no caso presente a chamada restituiçaõ, porque o defuncto a não tinha, nem podia vzar della, se viuo fora, & assi a A. não pôde vzar de maior direito, ex l. cum patronus, 28. ff. de legat. 2, Surd. cons. 580. n. 9. cum alijs. Gratian. cap. 893. n. 11.

Vltimamente se aduerte, que por virtude da restituição sò se rescindẽ os actos em que o menor foi leso ao tẽ- 14
po que se celebraraõ, & não os actos indiferentes, que podião ser lucrosos, ou prejudiciais, ainda que depois acõtecesse serem damnosos. l. verum, 11. §. sciendũ, ff. minoribus, vbi omnes. l. de fideicõmisso, 11. C. de transact. multis, Cald. in d. l. 3. verb. *aduersarij dolo*, n. 12. C. in integ. Gab. Per. decis. 48. n. 12. Surd. decis. 278. n. 9. Sfort. de restit. q. 85. ex n. 26. & nós nossos termos, o acto da aceitaçaõ da terça, era de muito maior valor, que o grauamẽ da legitima, & pudera o grauado, por ser moço ao tempo da aceitaçaõ, viuer muitos annos, & lograla, & depois tendo filhos, transmitirlha nos termos da l. cum auus, ff. de condit. & demõst.

E este he o principal de todos os fundamentos da confirmaçaõ da sentença acerca do grauamen; & quanto ao que propuz *â principio*, acerca da condemnaçaõ, que o juiz fez ao R. de que pagasse ao A. o trigo, vinho, & azeite que ficou em seu poder, mandando se liquidasse por juramento *in litem*, nesta parte se reformou a sentença, mandandose dar juramento suppletorio, porque o juramento *in litem*, não tem lugar, *nisi pendente dolo*, ad ça quæ Menoch. 15

noch, de arbit. & Farinac. in fragmē-tis criminalium, lib. 6. p. 2. nouissimè Camuncul. decis. 30. n. 28.

Como tudo se collige, & confirma com a doutrina da deliberaçaõ seguinte do insigne Doutor Pedro Paulo de Sousa, que aponto pera verificar, & authorizar os apontamentos sobreditos, & resoluçoẽs propostas.

16 *Quanquam vera sit regula, parentes non posse grauare filios in legitima, nec aliquod onus in ea imponere, vulgata l. quemā in prioribus, Cod. inoffic. testam. Auth. vt cum, de appellat, cognoscitur, §. aliud quoq;, collat. 9. Merl. de legit. lib. 3. tit. 2. q. 1. à n. 1. Certum tamen est, quod quādo pater filiū honorat, puta relinquendo illi tertiam suā, & illa legitimāexcedit, tunc potest grauare, vt legitimam restituat, vel vinculet maioratui, notatur in l. ab eo, C. de fideicōmiss. Pelaes. de maiorat. 1. p. q. 72 n. 2. Mol. lib. 2. cap. 3. n. 7. Cyriac. forens 1. cap. 148. n. 23. præsertim cum filius taliter grauatus oneri sibi impositio assensum præbet, tacitè, vel expressè, nempè adeundo, ex Pelaes. vbi proximè, q. 2. n. 1118. per rationem, text. in l. si cui, 92. ff. de condit. & demonstr. l. Imperator, §. si centum vers. enim verò, ff. de legat. 2 Acceptatio namq; emolumenti operatur, vt ad onus iniunctum obligetur acceptans. l. decem, l. si debitor, §. 1. ff. de fideicōmiss. libert. Decian. respons. 26. n. 107. lib. 1. qui enim aliquid acceptat, cum sua causa, & onere acceptare tenetur, l. si duo, ff. de acquirend. hæred. Gama decis. 262. n. 2. Pelaes. 1. p. quæst. 55. num. 63.*

Planè testatrix in præsenti melierauit filium Rochum in tertia, quæ iuxta calculationē inuentarij ascēdit ad 2286$967. & legitimæ ipsius, vt plurimum, ascenderunt ad 1718$025. vt patet: ex quo computo tertia matris excedit legitimas in quantitate 571$942. & vlteriùs æstimatio hæreditamenti absorbit, & superauit tertiam, & legitimas, & Rochus mansit debitor fratrum in quantitate 492$. quod illis restituere tenebatur. Vnde fit quod mater euidenter filium meliorauit, & supra modum eius patrimonium auxit, & consequenter iustè potuit eū grauare in legitimis, eo modo quo fecit in suo testamento.

Et quanuis ipse Rochus non explicaret assensum præstitum dicto grauamini per scripturam publicam, satis est quod de facto acceptauit hæreditamentum, & illius fructus, & redditus

collegit,

collerit, dum vixit , quin alia expressio consensus esset necessaria. l. cum quid , ff. si certum petatur , Molin. de ritu nuptiarum, lib. 3. quæst. 80. num. 30. & facto aliquid facere plus est, quam verbis explicare Marescot. 2. var. cap. 33. num. 22. Farinac. decis. 532. num. 7. part. 1.

Neque obstat , quod Reus tempore additionis erat minor 25. annorum , quia beneficium restitutionis implorare nequit ; cum non esset læsus, imo faceret actum vtilissimum , habens se tanquam diligens , & prudens paterfamilias; erat nãq; iuuenis, & nisi parca fila scinderet, per octoginta annos poterat vti frui prædicto hæreditamento , & suum patrimonium augere, vnde succedit doctrina Castri decis. 48. n. 11. Surdus decis. 278. num. 9.

Ex quibus iudicem confirmarem simpliciter, dum Reũ absoluit â legitimis petitis in libello.

Confirmarem etiam dum Reum condemnat in expensis factis in arando vulgo, no alqueive, & in tritico, vino, & oleo, extantibus in domibus hæreditamenti; liquidandis tamen quo ad quantitatem per declarationem testis actoris, vt cessent lites inter illustres, & cognatos: non tamen admittendum censeo iuramentum in litem, (pro vt fecit iudex) quia tale iuramentum non habet locum, nisi vbi reperitur probatus dolus. l. videamus, §. iurare, ff. in litem iurando, Ansaldus de iurisdictione, 2. parte, tit. 10. cap. 8. n. 1. & Reum nullum dolum cõmisisse puto ; sed vt plurimum ad liquidationem , admitterem iuramentum suppletorium, dũmodo tamen in illo non excedat Actor quantitatem tritici, olei, & vini , quam expressit illius testis. Denique confirmo iudicem in pronuntiatione super reconuentionem, &c.

Titulo decimo octauo

E assi conuieraõ na confirmaçaõ da sentença, na forma della, os excellentissimos Iurisconsultos os Doutores Antonio de Sousa de Macedo, Pedro Paulo de Sousa, Luis Delgado de Abreu, Rodrigo Rodrigues de Lemos, & Antonio de Sousa de Tauares, Rellator, que todos conuieraõ no principal, quanto à imposiçaõ do grauamen, na forma que referi, sem nenhum Doutor se afastar da dita opinião, somente na declaração do juramento, controuerterão, na forma referida. No dito Cartorio de Antonio Rodrigues da Costa.

Decis. 33

Em segundo lugar saibamos, que não compete esta queixa aos filhos desherdados pellos pays, com expressa, & legitima causa de desherdação, & ingratidão; porque sendo ella prouauel, & que o herdeiro a tenha mostrado por verdadeira, fica valioso o testamento, & desherdação, & em consequencia não póde ser impugnado, pois he certo que o pay pòde desherdar seu filho, quando concorre algũa das quatorze causas, que apontei acima no titulo de exhæredatione liberorum, ou outra semelhante, ou mais graue, na forma no dito tit. 14. declarada.

17

§. Non autem liberis.

SVMMARIO.

1 *Referemse as pessoas a quem compete esta queixa, & se competirà aos ascendentes, descendentes, & collateraes, & como?*

NEste §. declara o Emperador aquelles, a quem compete esta queixa, & remedio de direito contra o testamento inofficioso. E porq̃ como dissemos, ha tres ordens de succeſſaõ abintestato, conuem a saber, a dos descendentes, ascendentes, & collaterais, como veremos no titulo de bonorum possessionibus. Sendo o testamento nullo succedem estes como herdeiros legitimos, com os requisitos que direi no primeiro titulo do terceiro liuro seguinte a este. Por isso notemos, que a estes tres generos de pessoas compete esta queixa na forma seguinte. 1

Primeiramente compete aos descendentes, filhos, & filhas, netos, & bisnetos, & os mais *in infinitum*, per textum in l. liberorum, ff. de verborum significat. o que procede sendo os taes descendentes habeis pera a succeſſaõ abintestato, scilicet, que lhes não preceda ninguem. E tambem neste ponto distinguiremos. Se tratamos de filhos naturais, & legitimos juntamente, sem duuida lhes compete esta queixa, assi contra o testamento do pay, como da mãy, no caso em que hoje tem lugar, na forma sobredita. E se tratarmos de filhos naturais somente, saibamos que estes não podé intentar esta queixa, nem valerse deste remedio de direito, porq̃ succedẽ por vòtade do pay, & não por neceſſidade

da

daley, como os legitimos, & naturais juntamente; porem os filhos naturais, & ainda os eſpurios, tambem podem impugnar o teſtamento da mãy, & queixarſe delle como inofficioſo. l. ſi ſuſpecta, §. de inofficioſo, ff. eodem. E tratando de filhos legitimos ſomente, que ſão os adoptados, ou perfilhados, diſtinguiremos. Se forem filhos adoptados por eſtranho, não podem impugnar o teſtamento do pay, como inofficioſo: porque ainda que lhe ſuccedão abinteſtato, comtudo não he obrigado o adoptante a deixarlhe nada no teſtamento contra ſua vontade. l. cum in adoptivis, §. ſed ne articulum, Cod. de adoption. porem ſe os filhos forem adoptados por aſcendente, a cujo poder paſſão logo, então lhes compete a queixa, de que tratamos, contra o teſtamento do avó paterno, ou materno. §. tam autem naturales, infra eodem. E ſendo arrogados, não lhes compete eſta queixa, por quanto ſão ſocorridos com a conſtituiçaõ, q̃ chamamos, *Dioi Pij*, da qual trata o Texto na ley Papinianus, §. ſi quis impubes, ff. eodem, & por ella alcançaõ os arrogados (que ſaõ os mayores de vinte & cinco annos, & pays de familias, que ſe fazem filhos de outrem, pella perfilhaçaõ, na forma ſobredita no titulo de adoptionibus) a quarta parte dos bẽs do pay que toma em arrogaçaõ, como dito he.

Segundo, compete eſta queixa aos aſcendentes, & aos pays tambem *in infinitum*, per textum, in l. 4. §. parentes, ff. de in ius vocando; porque ſuppoſto que o voto paterno ſeja enriquecer os filhos, & elles não deuem enthezourar pera o pay, vt in capite cum Apoſtolus, de cenſibus: comtudo he muito juſto darſe eſta queixa aos pays, porque tambem he ingratidaõ o desherdallos. E pera melhor entendimento ſaibamos, que neſte caſo ſe diſtingue entre os pays, deſte modo. Se o pay for naturalſomente, não pòde queixarſe do teſtamento do filho natural, & a mãy pòde, argumentando com a dita ley, ſi ſuſpecta, §. de inofficioſo, ff. eodem. E ſe tratarmos de pays legitimos, & naturaes juntamente, ſempre ſe ha de obſervar a diſtincçaõ que diſſemos acima: pois he certo, que competem aos filhos os meſmos remedios, que tambem ſe dão aos pays: & tambem em hum caſo ſe dà eſta queixa aos pays, & he, quando o filho desherdar o pay com algũa das outo cauſas referidas no titulo de exhæredation. liberor. a qual cauſa não for juſta, nem provada pello herdeiro: & neſte caſo tambem ſe diſtingue, ſe o filho eſtá em poder do pay, não val o teſtamento, não ſendo feito de peculio caſtrenſe, ou quaſi caſtrenſe, de que ja tratei. E em caſo que não deixe ao pay a porçaõ da legitima deuida, lhe compete eſta queixa: o que procede ſendo desherdado por filho que viuer na paz *extra militiam*, *vt paganicus*. Porem ſe for desherdado por filhofamilias ſoldado, naõ tem lugar a queixa. l. de inofficioſo, Cod. eodem. & gloſſa hic, ſuper verb. liberorum: ou ſaõ filhos emancipados, & eſtes, ou façaõ teſtamento de bens adventicios, ou caſtrenſes, ſempre tem lugar eſta queixa, no caſo em que coſtuma competir. l. nam & ſic parentibus, ff. eodem, & naõ obſta a ley 1. §. patrem autem, ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſ. com que ſe prova, que ao pay compete o remedio

de bonorum poſſeſſ. contra tabulas; porque procede quando o pay emancipou o filho, *contracta fiducia*, vt in tit. de fiduciaria tutel. & entaõ podia intentar hum remedio, como patrono, & outro como pay, ex Vigl. Cujac. & Pichard. hoc §.

Tertio, compete aos collaterais mais proximos, como irmaõs, & irmãas, & não aos ſobrinhos, nem aos mais, que ſe não podem queixar dos teſtamentos de ſeus tios, & parentes. l. fratris, Cod. eodem, & pera competir aos irmaõs eſte remedio, ſe requerem duas couſas copulatiuamente. Primeira, que o que propuzer a queixa, ſeja irmaõ inteiro do defuncto Teſtador, ao menos que ſeja filho do meſmo pay, & que não ſeja vreri-no, que chamamos ao filho da meſma mãy, mas de outro pay. l. fratres, C. eodem. Segunda, ſe requere, que o irmão inſtitua algũa peſſoa torpe, como ſaõ os vſurarios, infames, *de iure*, por ſentença, ou *de facto*, por ſua má vida, & proceder, como malfeitores, bebados, & outros ſemelhãtes, de q̃ trata Iaſ. na d. l. fratres, o qual D. Iaſ. neſta meſma l. fratres diz, que ſe requere tãbem, que ſejaõ os irmaõs naſcidos de legitimo matrimonio, de ſorte q̃ o legitimado por prouiſaõ Real não pode impugnar o teſtamento do irmaõ, vt latiùs in §. actionum.

conſonat Ord. lib. 4. tit. 90. §. 1

§. Tam autem.

SVMMARIO.

1 *Filhos, a quem compete a queixa, ſe entende dos naturais, & legitimos juntamente.*

2 *Emenda acerca do que eſtaua diſpoſto ſobre os poſthumos.*

A Cerca deſte §. aduirtamos, q̃ quando ſe faz menção dos filhos naturais ſe deue emẽder dos legitimos, & naturais juntamente, porque aos naturais ſomente não cõpete eſte remedio, como tenho dito. E o que aqui ſe trata dos poſthumos, naõ tem hoje lugar, porque por ſeus naſcimentos ſe rompe o teſtamento, & não podem ſer desherdados, porq̃ ſaõ incapazes de commetterem ingratidaõ, como diſſe acima no tit. de exhæredat. liber. 1

Em ſegundo lugar, neſte §. notemos, que a queixa de inofficioſo teſtamento he hum remedio ſubſidiario, que compete, quando por outra rezaõ, & via de direito, ſe não pòde alcançar a legitima: *Nam vbi aliud remedium datur, ceſſat quærella.* explicat Mẽchac. de ſucceſſ. creat. §. 8. n. 38. Couar. in cap. Rainuntius, de teſtamentis, n. 14. cum ſeqq. 2

§. Hæc ita, & final.

SVMMARIO,

Filho quando ſe lhe deixa menos da legitima pede o ſuprimento, & ceſſa a queixa. 1

Legitima como ſe conſidera de dous modos. 2

Caſos em que a queixa não tem lugar. 3

Tutor quando pòde pedir o legado ſem lhe prejudicar pera a queixa, em nome de ſeu pupillo, & ſe podem repreſentar duas peſſoas? 4

Refereſe

Refere se o que de direito nouo se ob-
§ *serua, & está emendado do so-*
bredito.

ADuirtamos vltimamente, que quando ao filho se deixa menos do que lhe cabia de legitima, póde tratar do suprimento della, & naõ desta queixa, porque hoje de direito nouo, naõ basta que se deixe ao filho a legitima por titulo de doaçaõ, senão por instituiçaõ, que he titulo mais honroso, que a doação, & legado, Authentic. nouissima, Cod. eodem: porque a legitima he hũa porçaõ competente, que o pay deue deixar a seus filhos conforme os bens que possuir. Esta legitima se considera cõforme a successaõ q̃ ou he ex testamento, ou abintestato. A legitima que se deue quando o pay não faz testamẽto, & morre abintesta to, não tem medida certa, porque he a porçaõ hereditaria, que responde à herança: *Ideo ea est portio hæreditatis, quam quis abintestato accepturus erat, quæ iustis hæreditatis nomen habet*, vt infra de legitim. agnat. succes. Porem a legitima deuida *ex testamento*, tem certo modo que o pay deue seguir.

De maneira que se tiuer quatro mil cruzados, & tiuer quatro filhos, ou tres, deuelhes o pay de legitima a terça parte: & se forem cinco filhos, ou mais, lhes deue a metade de seus bens, que se diuidirá entre elles, porque pella noua constituiçaõ do Emperador Iustiniano, he a legitima, *triẽs, vel semis*, conforme o numero dos filhos, o que se proua com a dita Authẽtica nouissima, & ibi Doctores, & gloss. hic, supr. verb. pro virili portione, refere os seguintes versos.

Quatuor, aut infra, dant natis iura trientem,
Pluribus, aut supra dant natis iura semissem.

Explicat eleganter, & limitat Gomes in 1 tomo variar. cap. 9. num. 23. & o que se observa veremos no tit. de bonorum possess.

§ Finalmente saibamos, que a queixa sobredita cessa, & naõ tem lugar em algũs casos. Primo, quando compete outro remedio pera o filho alcançar a legitima, vt in dicto §. tam autem. Secundo, quando o filho tem a sua legitima por titulo de instituiçaõ. Tertio, quando tem menos que a legitima, porque então pede o suprimẽto della. l. omnimodò, ff. eodem. Quarto, quando o filho repudiar a herança paterna. l. si quis filium, in fine, Cod. eodem. Quinto, pello discurso do tempo, porque se o herdeiro escluido, & nomeado, aceitar, & adir a herança, & o filho se callar por espaço de cinco annos, naõ pôde queixar se do testamento do pay. l. si quis filium, in fine, Cod. eodem. Sexto, se aquelle, a quem compete a queixa, teue noticia do testamento, & vontade do Testador, & a approuou, conhecendo o legado que lhe era deixado *directẽ, vel indirectẽ*, scilicet, ou a elle, ou a seu filho, ou escrauo. l. nihil interest, ff. eodem. Septimo, dando ajuda, & patrocinio aos legatarios approua o testamento do pay, & cessa a queixa. l. fin. ff. eodem: porem isto limita se deste modo. Se o filho desherdado for Tutor de outrem, & em nome de seu pupillo pedir o legado deixado

ao pupillo, não lhe prejudica isto, nem fica representando duas pessoas, porque quando se respeita à pessoa, em rezão do officio, então fazendo dous officios, ou muitos, representa varias pessoas. l. 3. ff. de adopt, l. 7. in fin. ff. de senat. O que não he quando se tem respeito â pessoa, respeitandose â mesma pessoa: *Tũc enim vnus, duorum vicem non sustinet.* l. 9. in fine, ff. de pact. & assi o Tutor quando pede em nome do pupillo, não lhe prejudica, nem com a petiçaõ, que faz como Tutor, approua o testamẽto do pai, porq̃ fallou em rezaõ do officio, como Tutor do pupillo, & póde depois em seu nome intentar a queixa, como he caso expresso no §. si tutor. E não obsta a l. fin. & a d. l. nihil interest, porque estas leis procedem quando hum homem pede o legado em seu nome, ou voluntariamente, em nome de outro, como procurador, ou aduoga-
do, secund. gloss. hic, in d. §. si tutor. depois do qual faz a mesma glossa que staõ, se estaõ algũas cousas hoje inno-
uadas acerca do sobredito? & respõde com as emendas seguintes.

Nam primò, porque o herdeiro legitimo, idest, o filho podia antigamente impugnar o testamento do pai, quando lhe deixaua nelle menos legitima do que lhe cabia, vt in d. l. cum quæritur, iuncta l. parentibus, C. eodẽ. Porem hoje quando o pai deixa ao filho menos do que lhe compete de legitima, não impugna o testamento, mas pede o suprimento da legitima, ex dicta l. omnimodò, & não tem lugar esta queixa, ex §. sed hoc ita, sup. eodem.

Secundo, pera excluir a queixa, ar-

tigamente bastaua deixar a quarta por qualquer titulo, vt hic §. fin. & Auth. nouissima: porem hoje deue ser deixada por titulo de instituição na forma sobredita.

Tertio, antigamente era a legitima a quarta parte dos bens. d. l. cum quæritur: & hoje he a terça parte, quãdo saõ quatro filhos: & sendo mais de quatro, he a metade. d. Auth. nouissima.

Quarto, antigamente era obrigado o filho desherdado a prouar q̃ não fora ingrato. l. 5. §. 1. ff. eodem; mas hoje he obrigado o herdeiro a prouar que o filho cometeo a causa da ingratidão. l. si quis filium, in medio, & Authen. vt cum de appellat. cognosc. §. aliud quoque.

Quinto, os posthumos antigamẽte podiaõ queixarse, como desherdados. d. §. tam autem, hoc tit. porem hoje não podem ser desherdados, l. si quis suo, §. legis, C. eodem.

Sexto, antigamente bastaua dizer o pai no testamento: *Desherdo meu filho*; porem hoje he necessario especificar a causa da desherdaçaõ. dict. §. aliud quoque.

Septimo, a queixa que não estaua preparada (scilicet, denunciada, ou offerecida em libello somente) não passaua ao herdeiro suo, l. posthumus, §. fin. ff. eodem; porem hoje passa a acçaõ da queixa, *etiam non præparata*, ao herdeiro suo, filho, ou neto; aos estranhos não, senão quando está começada, ou preparada em vida do defuncto d. l. scimus, in fine, Cod. eodem, & veremos com decisoẽs, & exemplos no §. actionum, tit. de actionibus.

DE

DE HAEREDVM QVALITA-te, & differentia.

Titulus decimus nonus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ, & concordancias do titulo presente.*
2 *Differenças que ha em direito deherdeiros, & suas qualidades.*
3 *Herdeiros seus, & necessarios, quaes saõ, conforme o direito da suidade, & seus effeitos.*

1 EMos dito tantas vezes de herdeiros, que parece rezão explicar a differença que ha entre elles, & para isso se segue este titulo, em que se trata das qualidades, & differẽças dos herdeiros. Explicat Conan. lib. 10. c. 15. Menchac. de succes. creat. §. 19. n. 1.

Primeiramente hauemos notar, q̃ as qualidades dos herdeiros saõ tres.
2 Prima, herdeiros necessarios somente. Secunda, seus, & necessarios. hoc est, *sui, & necessarij*. Tertia, estranhos.
3 Os herdeiros necessarios saõ os escrauos, & se chamaõ necessarios, em premio da liberdade que recebem de seu senhor; porque quando hum homem instituhe o seu escrauo por herdeiro, deixe aceitar a herança, ou liuremẽte, ou constrangido, & por isso se chama necessario: porque, ou queira, ou naõ, ha de ser herdeiro. E naõ obstaõ os textos na l. Cornelius 69. ff. de hered. instit & l. verba, ff. de condit. instit. com que se proua poder ser o escrauo herdeiro voluntario, porq̃ isso se entende quando o senhor remitio, & perdoou essa necessidade, dizendo: *Seja meu escrauo herdeiro, se quizer*: & assi nos ditos textos vzou o senhor desta condiçaõ (*si voluerit.*) Nos mais casos sempre saõ herdeiros necessarios, em graticaçaõ da liberdade que recebem pella instituiçaõ, que nunca lhe fica damnosa, porque concorrẽdo diuidas do senhor, tem o beneficio da separaçaõ, de quo in l. 1. §. vltimo, ff. de separat. E isto foi introduzido a fauor dos defunctos, pera que seus bẽs não fossem postos em praça: & tẽdo herdeiro, he executado, & se vendem os bens, não com ignominia do defuncto (que era grande antigamente o poremse os bens em leilaõ) senaõ como de execuçaõ do herdeiro, vt supr. tit. quibus ex causis manumittere non licet.

§. Sui autem.

SVMMARIO.

1 *Herdeiros seus, & necessarios quaes saõ; referemse os effeitos do direito da suidade.*

1 HErdeiros suos, & necessarios saõ os homẽs liures, que ao tempo

da morte estão em poder do Testador sem que ninguem os preceda no grao, como he o filho, filha, & descendentes do filho (de que explicaremos no 1. titulo do liuro seguinte de hæreditatib. quæ abintestato deferuntur: onde cõ mais largueza (*Deo prænuente*) explicarei a differença, & precedencia, & mostrarei o priuilegio da suidade) que se chamaõ herdeiros suos porque saõ domesticos, *& suus quasi proprius domi, ex suo corpore natus*: porq̃ o pai, & filho fingem se hũa mesma pessoa. l. fin. in fine, C. de impub. & alijs subst. & assi a suidade he hũa qualidade, que tem o primeiro lugar na successiõ, & o filho ja de direito Diuino he legitimo herdeiro, vt conitat ex illo D. Pauli ad Galat. 3. *Si semen Abrahæ estis, secũdum promissionem, & hæredes.* Et idẽ cap. 4. *quod si filius, & hæres per Deum.* E assi quando o filho aceita a herança paterna, não acquire de nouo os bens hereditarios, mas continũa o dominio delles. l. in suis, ff. de liber. & posthum. Alciat. lib. 5. Parer. c. 19. & Ansonius.

Iusta quidem serie patri succedere verum
Esse simul dominos, gratior ordo pijs.

Os effeitos da suidade saõ outo. O primeiro he, que viuo o pay, he o filho senhor de seus bens, de modo que não acquire de nouo (como disse) senaõ continuase nelle o dominio dos bens paternos.

O segundo he, q̃ o filho he tam senhor dos bens do pay, que não necessita de ajuda algũa, mas pello beneficio da lei he herdeiro. O que se ha de entender conforme as rezoẽs sobreditas, que procede quanto ao commodo, & não ao discommodo do filho, pello beneficio Pretorio, que lhe he concedido, pera se abster da herança paterna, quando he tal, que della lhe póde resultar damno.

O terceiro effeito he, que se continùa no filho a posse dos bens paternos, logo em morrendo o pai, o que se ha de entender da posse intellectiua, & não da natural, que esta he necessario ser solemne, & com aprehensaõ. l. cum hæredes, in principio, ff. de acquiren. possess. Porem a intellectiua logo se cõtinúa, pois o filho sempre he senhor dos bens paternos, como bem considerou Ouuidio, quando disse ad Messalinum.

Viuit enim in vobis facundi lingua parentis,
Et res hæredem repperit illa suum.

O quarto effeito he, que por virtude desta suidade, & posse intellectiua, que o filho tem nos bens do pay, deue ser instituido por herdeiro no testamento paterno, ou desherdado com justa causa, aliàs he o testamento nullo, vt notatur per Barthol. in l. in suis, ff. de liber. & posthum. onde se podem ver os mais effeitos, & pello discurso da explicaçaõ do liuro 3. que se segue.

§. Ceteri.

SVMMARIO.

Differença entre os herdeiros que se chamão

chamaõ ſuos, & os eſtranhos.

§. *In extraneis.*

1 A Terceira eſpecie dos herdeiros he de outros, que ſe chamaõ eſtranhos, os quaes à diſferença dos ſeus, & dos herdeiros neceſſarios, ſe chamaõ aſſi eſtranhos a todos aquelles que náo eſtaõ em poder do pay, ou ſenhor, ao tempo de ſua morte. Donde, o filho emancipado ſe chama eſtranho, mas ainda que pella emancipaçaõ pareça que perde o direito da ſuidade, com tudo retem o priuilegio, & direito de ſucceder; porque ſem o patrio poder, que he cauſa, não ſe dá direito de ſuidade; & alli ſaindo do patrio poder, ainda que ſuccedа como ſeu, he porque retem o priuilegio, & direito do ſangue, & parenteſco, ainda que aliàs ſe diga ſer eſtranho conſiderandoſe fora do patrio poder: & tambem os herdeiros que a mãy inſtituc ſe chamaõ eſtranhos, porque as molheres não tem os filhos em ſeu poder. E finalmente os eſcrauos inſtituidos herdeiros por ſeus ſenhores, & depois ſendo libertados, & manumitidos antes da morte do Teſtador, ſaõ herdeiros eſtranhos, como todo ſe colhige do noſſo §. Cæteri. E chamaõ ſe eſtes herdeiros eſtranhos voluntarios, porque ſe querem acceitar a herãça, o recebem, quando não podem recuſala, & repudiala. E tambem ſe chamaõ eſtranhos aquelles herdeiros que não ſaõ parentes do Teſtador, §. inordinario, iuncta gloſſa in verb. extenus. in Authen. de hæred. & falcid. E tambem aquelles que não ſaõ aſcendẽtes, ou deſcendentes, ſe chamaõ eſtranhos em direito, gloſſ. ordin. in l. 1. in in verbo, *extraneos*, Cod. de impon. lucrat deſcript. lib. 10. & veremos no tit. de bonorum poſſeſſ.

SVMMARIO

Requiſitos neceſſarios em todos os herdeiros. 1

Em que tempos ſe deue conſiderar o herdeiro habil pera acceitar a herança, & como? 2

1 PEra entendimento deſte §. haueмos notar, que em todos os tres generos de herdeiros, a ſaber, nos neceſſarios ſomente, nos ſuos, & neceſſarios, & nos eſtranhos, ſe requere igualmente que tenhaõ aquelle requiſito, que chamamos, *habere factionem teſtamenti paſſiuã*, ideſt, q̃ poſſaõ ſer inſtituidos por herdeiros; & ainda que naõ tenhaõ a actiua, ideſt, que naõ poſſaõ fazer teſtamento, baſta que poſſaõ de direito ſer herdeiros: donde, o ſurdo, & mudo, &c. ſuppoſto que, como diſſe, não podem teſtar, bem ſe lhe permite o poderẽ herdar, & tem a facçaõ paſſiua, & não a actiua. Concorda eſte §. em direito com o Texto na l. ſi alienum, §. in extraneis, ff. de hæred. inſt. conforme o qual ſe requere, que o herdeiro ſeja capaz da herança em tres tempos. Primo, ao tẽpo da feitura do teſtamento. Secũdo, ao tempo da morte do Teſtador, cõ a qual ſe confirma o teſtamento. Tertio, ao tempo da adiçaõ, & acceitaçaõ da herança. Neſtes tres tempos importa ao herdeiro neceſſario o ſer capaz da herança, ou ſeja nomeadamente herdeiro eſcrito no teſtamento, ou o ſeja o eſcrauo, pello qual acquire, conſiderandoſe a peſſoa do ſenhor, & não a do eſcrauo, na forma

que

que expliquei no principio deste tit. & na que se contem na l.minus, ff. de hæred.inst. E o que se faz no tempo de permeyo, não he nociuo, por serem accidentes. v.g. se mudar de estado, ou se se fizer escrauo, vt hic, & l. sed & si §-3. ff. de hæred.inst. *& accidentia, neq; cum causis, neq; cum effectibus coniunguntur, idcò non considerãtur.* E no herdeiro necessario somẽte se consideraõ dous tempos. s. o da feitura do testamento, & o da morte do Testador, secund.gloss.in verb.tria: porque neste herdeiro necessario se não dà tempo de permeyo entre a morte, & adiçaõ da herança: porque *in continenti* o faz a ley herdeiro necessariamente. O q̃ procede quando for instituido puramente, & naõ debaixo de condiçaõ; porque entaõ se considera a capacidade ao tempo da existencia, & purificaçaõ da condiçaõ. l. sub conditione, ff. de liber.& posthum. E nos herdeiros suos, & necessarios se distingue, ou se succede abintestato, & requere se a capacidade ao tempo da morte do Testador somente, ou se succede *ex testamento*, & entaõ bastaõ dous tempos. s. o da feitura do testamento, & da morte do Testador: porque estes tambem saõ herdeiros por direito ciuil, & nelles se continùa o dominio dos bẽs paternos. l. in suis, ff. de liber.& posthum.

§. *Testamenti.*

SVMMARIO.

1 *Facçaõ actiua, ou passiua pera testar como se entende?*

2 NEste §. se declara brevemente o que no direito dizemos: *quod alij habent testamenti factionem actiuam, alij passiuam*, & assi saibamos, que os q̃ tem a actiua, saõ aquelles que podem fazer testamento; & os que tem a passiua, saõ os que podem ser instituidos por herdeiros, como disse m os acima no tit. de hæred.instituendis.

§. *Extranei.*

SVMMARIO.

Filhos se se podem abster da aceitaçaõ da herança paterna, & se a poden repudiar? E como se entenderá q̃ aceitaõ, ou renunciaõ? 1

Filho que repudiou a herança do pai, se pòde tornar a ser admittido, & em quanto tempo? Propõese hum caso. 2

Patrimonio dado ao filho pera ser Clerigo, se ha de vir â collaçaõ? 3

Aceitação da herança se não reuoga por lesaõ enorme, & se se reuoga râ por ella a repudiação. 4

Allegação da lesaõ no arbitramẽto dos louuados, em quanto tempo se pòde propor? 5

Filho que repudiou a herança, não póde ser ouuido se não em tres annos, estando os bens do Testador no mesmo ser. 6

Herança repudiada, se se pôde repetir a repudiação? 7

E se se se póde repudiar com algũa condição? 8

E sô pôde ser o filho ouuido em tres annos, estando as cousas em ser. Refere se julgado. 9

Pera

1 PEra entendimẽto deste §. note mos, q̃ os herdeiros necessarios saõ obrigados à força a aceitar herança, & o mesmo se vzaua antigamente com os herdeiros suos, que saõ os filhos, & netos, como fica dito; porem hoje tem os suos por direito Pretorio o beneficio de se poderem abster das heranças paternas. §. sui autẽ sup. eodem. E os herdeiros estranhos, & voluntarios tem liure faculdade de aceitarẽ a herança, ou não: & assi que podem os herdeiros suos, & os estranhôs aceitar, ou repudiar a herança: porem hũa vez que a aceitarão, não a podem renunciar, ou succedão *abintestato*, ou *ex testamento*. Assi como pello contrario, hũa vez que repudiarem a herança, não podem tornar a pedilla. l. sicut, C. de repud. hæred. não sendo filho, & herdeiro suo, que este pôde ser admittido dentro em tres annos, estando as cousas da herança em seu ser, conforme a ley fin. C. de repud. hæred. que nos explicarâ a questão seguinte.

Filho que repudiou, & se abstene da herança paterna, se pòde ser admittido outra vez, & em que tempo?

2 FAlleceo nesta cidade Hieronymo Gomes em o anno de 1638. & achouse ao tempo de sua morte em casa, seu filho o Padre Manoel Gomes, & ficou em cabeça de casal, fazendo inuentario dos bens que nelle hauia, recebendo juramento primeiro. E o Testamenteiro seu irmaõ o Padre Fr. Antonio dos Sanctos fez declaração das diuidas que o juiz mandou rubricar: & por quanto o d. Padre Manoel Gomes tinha recebido seu patrimonio em vida do pay pera ser Clerigo, foy notificado se queria ser herdeiro, & tendo noticia da fazenda, fez termo assinado, em que se a sastaua, & repudiaua a herança. Não se juntificaraõ as diuidas, pello que se fez emenda da primeira partilha, & se fez outra de nouo, q̃ se confirmou por sentença, em o anno de 639. dahi a dez annos recorreo o d. Padre Manoel Gomes a pedir prouisaõ a S. Magesta de pera poder appellar das partilhas, & appellando, se lhe não differio no Dezembargo, pellos fundamentos seguintes.

Porque propoz o appellante seis erros. E no primeiro disse, que não deuia ser obrigado a conferir o dote, que o defuncto lhe fez de seu patrimonio, allegando varios Doutores. Mas o põto se desfez com a questaõ q̃ trata ex professo Doctissimus Carualh. in cap. Raynald. 4. p. cap. 1, n. 93. & resolue, que o filho ainda nos termos de direito commum, he obrigado a conferir o que o pay lhe deu em patrimonio pera ser Clerigo, & allega muitos Doutores no num. 94: como saõ Molina, Valasc. Ajora, Martha, Mangil. & conclue que não tem isto duuida pella generalidade da Ord. do liuro 4, tit. 97. in princip. ibi: *Ou por qualquer maneira, &c.* pellas quaes palauras ordenou a ley, que o filho trouxesse tudo á collaçaõ, pera ficarem iguais os herdeiros.

O segundo erro foi dizer, q̃ houuera lesaõ enormissima em hũas casas da rua da Atalaya, que foraõ dadas em duzentos & oitenta mil reis, & valiaõ mais de quatrocentos, & a este ponto respondeo o insigne Doutor Antonio Pereira de Sousa aguda, & doctissima-

simamente, *de more*, dizendo, que assi como a adiçaõ da herança se não reuoga, nem rescinde por lesaõ enorme, do mesmo modo se não reuoga a repudiaçaõ della. Eucrardus Iunior, consil. 29. à n. 51, vol. 1. Baptista Costa casu 3. n. 2. de rerract. & o appellãte deuia propor a allegaçaõ da lesaõ do preço das casas dentro de hum anno, conforme a disposiçaõ da Orden. lib. 3. tit. 17. §. 5. porque passado o anno, fica a estimaçaõ firme, ibi: *Mas ficará pera sempre firme*. Donde, sendo passados dez annos, se não deue tratar da estimaçaõ que fizeraõ os louuados, principalmente quando a lesaõ não excede a ametade do justo preço, que podia entaõ ser allegada dentro em quinze annos, ex Ordin. lib. 4. tit. 96. §. 18. mas porque não excede a ametade do justo preço, fica na disposiçaõ da dita Ord. do liuro 3. §. 5. & d. tit. 96. §. 19.

Os mais erros, por serem friuolos, & impertinentes, que não tocaõ pôto de direito, os não refiro, & somente digo por fim, pera conclusaõ do caso, q̃ depois das repostas referidas que se deraõ aos dous pontos principais, se concordou no Senado entre os Doutores, que logo declararei. que o dito Padre Manoel Gomes não tinha auçaõ, nem deuia ser ouuido em esta demanda, por quanto repudiou a herança, pello dito termo que fez, & não pòde ser ouuido depois de passados tantos annos, senão dentro em tres annos, estando as cousas em seu ser, & não sendo ja alheadas, & estando os bens paternos na forma que ficaraõ. l. fin. C. de repud. vel abstinen. hæred. Valasc. de part. cap. 15. n. 52. Baptista Costa de re integra, dist. 76. à n. 1. & de retract. cap. 8. casu 3. n. 3. E pera melhor entendimento deste ponto, o proporei, como se considerou, na forma seguinte.

Primeiramente, o d. Padre não pôde ser ouuido, nem admitido a requerer contra as partilhas do pay, nem tem direito pera isso, ainda que seja filho do defuncto, & pello conseguinte não pòde pretender melhora, nem dizer, que fora leso, & enganado na diuisaõ, por quanto tendo noticia da fazenda, repudiou a herança, & não quiz entrar nella, & se sahio com o seu dote, & nestes termos repudiada a herança, não pôde repetir a repudiaçaõ, nem dizer, que quer ser herdeiro. l. ficut, C. de repudian. hæred. l. 1. C. de repudiand. bonorum possess. l. 2. & ibi omnes, C. de iur. & fact. Valasc. de partit. cap. 15. n. 51. & regularmente o direito q̃ hũa vez se renũciou, não se pòde mais repetir. vulgata l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædilitio edicto Ramon. cõs. 1. n. 57. Reinoso obseruat. 5. n. 11. E assi tendo o appellante renunciado a herança do defuncto seu pai, contentando se com o dote que elle lhe fez, pera seu patrimonio, ja não podia ter recurso, contra a repudiaçaõ, dizẽdo, que fora leso nella pera se lhe inteirar o mais que podia hauer, por neste caso não ter lugar a restituiçaõ: Ex his, quæ Molin. lib. 2. cap. 3. ex n. 27. Ramon. cons. 1. n. 28. Fontanel. de pactis, clausula nona, gloss. vnica, á principio, & signanter n. 67. cum seqq. Francisc. Molin. de rit. nupt. lib. 3. cap. 99. & maximè n. 15. vers. verum. Da mesma maneira, não podia appellar das partilhas, nem lhe compete o direito pera isso; porque não sendo herdeiro pella repudiaçaõ, nem tinha direito de melhora, nem pera dizer que fora leso, & enganado.

Nem

Nem contra isto se pôde dizer, q̃ quando repudiara a herança, & differa, que se queria lair com o seu dote, fora por hora, & com pretexto, que se algũ tempo houuesse fazenda que pertencesse ao cazal, & ao defuncto, faria declaração pera effeito de poder herdar, ou não.

Porque se responde, que a repudiação da herãça anda em igual passo cõ a adição delia, & assi como a adição se deue fazer puramente, sem cautella, nẽ condição, por ser acto legitimo, que a não admitte. l. actus legitimi, ff. de regulis iur. Valasc. de partit. cap. 7 n. 24. onde diz, que he ridiculo o termo, q̃ algũs fazem, dizendo, que querem ser herdeiros, se a herança for lucrosa, & tiuer bẽs pera pagamento dos acreedores; & se vierem da India as encõmendas, que o defuncto mandou; porque a adição da herança não admitte estas demoras, & dilaçoẽs: da mesma maneira a repudiação da herança se deue fazer puramente, & sem cautella, & condição, & feita hũa vez, não tem o filho recurso pera tornar a ser admitido á herança que repudiou; por ontde aquella cautella, de que o appellãte vzou, quando fez termo, que não queria por hora ser herdeiro, lhe não dá direito pera tornar a ser admittido.

Mormente, quando se calou por 10. annos, porq̃ aquella palaura, *por hora*, se ha de reduzir aos termos de direito 9
se. em tres annos, no qual tempo estãdo as cousas em seu ser, podia o appellante ser admittido, & não depois do termo ja passado: *nam verba conuentionũ ex iure communi interpetrationem recipiunt, & secundum ius cõmune intelligi debent.* l. quæro, § inter locatorem, ff. locati, Mantic. de tacitis, & ambig. lib. 3. tit. 7. n. 2. *Protestatio vero, tamquam contraria facto, non potest appellanti suffragari.* ex text. l. cum plures, 60. §. locator, ff. locati, Polid. Ripa obseruat. 194. per totam.

E assi se julgou na causa de Lisboa do Padre Manoel Gomes appellante, contra Hieronyma dos Santos, sobre as partilhas de seu pay, de que forão juizes os dignissimos, & doctissimos Dezembargadores os DD. Antonio Pereira de Sousa, Martim Affonso de Mello, & Iorge da Sylua Mascarenhas que concordarão com a sentença seguinte.

Decis. 34

ACordão os do Dezembargo, &c. Não deferem á appellação interposta por parte do appellante, por elle o não poder ser nesta causa, por hauer renunciado a herança de seu pay, de cujas partilhas se trata, saindose com o dote, que lhe foy feito pera seu patrimonio, & não requerer contra a ditta renunciação, no termo, em que conforme a direito podia ser admitido, & pague as custas dos autos, em que o condemnão. Lisboa 9. de Abril de 1650. Sylua. Mello. Pereira.

§. Sed nostra.

SVMMARIO.

Herança aceita, podia ser repudiada pello menor, & como? 1

E os mayores se podem ser restituidos? 2

Titulo decimo nono

3 *Herdeiro, que se mete de posse da herança, fica obrigado à todas as diuidas do defuncto.*

4 *Remedios introduzidos pera euitar este damno, & declarase o beneficio de inuentario.*

5 *Requisitos necessarios pera se fazer o inuentario solemne. Referemse todos.*

6 *Não se escreuendo no inuentario todos os bens do defuncto, encorre o herdeiro na pena dos sonegados. Propoemse hum caso.*

7 *Requisitos que se deuem prouar pera ter lugar apena dos sonegados. Entendese a Ord. lib. 1. tit. 87. §. 8. & 9.*

8 *Confirmase o referido com graue doutrina, & mostrase julgado.*

9 *Materia dos sonegados consiste em facto, & que bens se deuem descreuer no inuentario?*

10 *Se milita a pena sò contra os que fazem o inuentario?*

11 *Iuramento in litem, se tem lugar na materia dos sonegados?*

12 *Bens se deuem declarar no inuentario distinctamente, aliâs he como se se não fizera.*

13 *Não fazendo o herdeiro inuentario, se procede a sequestro, & quando? Propoemse hum caso.*

14 *Refere se julgado, quando se deue fazer sequestro, em confirmaçaõ do disposto na Ordenaçaõ lib. 4. tit. 96. §. 12.*

15 *Resumemse as causas da introducção dos inuentarios, & a boa razaõ, em que se funda.*

Vtilidades que resultaõ aos herdeiros de fazerem inuentario. Referemse as principais. 16

Pena, que antigamente se daua aos que occultauaõ bens hereditarios. 17

Effeitos do inuentario resumemse em particular. 18

A Duirtamos depois do referido, que conforme o nosso texto, não podia a herança ja aceita ser repudiada, se não por menores de 25 annos; porque a estes socorre o juiz com a restituição. l. quod si minor. 25. §. scæuola, ff. de minoribus, que distingue, & falla no herdeiro estranho menor. & l. vltim. C. repud. que falla no herdeiro suo. E tambem aos mayores, quãdo na herança hauia tantas diuidas occultas, que era hũa confusaõ, vt in §. seq. alias se o herdeiro se meter de posse da herança, sem fazer inuentario, está obrigado a pagar todas as diuidas do defuncto, não sò em quanto abrangerem os bẽs hereditarios, mas *in totum*: porque aceitando a herança, fica quasi contratando, ex §. hæres, infr. de oblig. quæ ex quasi cõtract. l. fin. §. cũ igitur, & ibi DD. C. de iur. deliber. porem porq̃ isto era riguroso, se introduzirão dous remedios O 1. no tit. in ff. & C. de iur. de liberãd. porq̃ se concedia hũ anno aos herdeiros suos, volũtarios, & estranhos pera aceitarem, ou renunciarẽ a herãça. O 2. remedio he mais seguro, q̃ vẽ a ser aceitar a herança a beneficio de inuentario, porque entaõ não saõ obrigados os herdeiros a beneficio de

de inuentario apagar mais que aquillo a que abrangerem as posses do defuncto, fazendo inuentario de todos os bens, conforme a ley fin. §. 1. C. de iur. deliberandi.

Porem pera se fazer o inuẽtario solẽnemente, & cõforme os DD. apõtão, saõ necessarios alguns requisitos, que referirei breuemente. E primeiramente he necessario que depois que o herdeiro souber q̃ o he, & lhe pertẽce a herança, ou por testamẽto, ou abinta stato, dahi a trinta dias, que começaõ do dia que souber que he herdeiro, deue começar o inuentario.

Secundo, he necessario, que sejão citados os acreedores, & legatarios do defuncto, pera q̃ a tal dia, & a tal hora estejão presentes, por si, ou por seus procuradores á feitura, começo, & fim do inuẽtario q̃ faz o herdeiro. s. dos bẽs do defuncto. s. §. fiat igitur inuentariũ, in Auth. de hæred. & falcid. E se os acreedores forem incertos, basta que sejão citados por edital publico, *per publicum edictum, & proclamationem*, secund. DD. in d. l. fin. §. 1. & sendo certos, deuẽ ser citados especial, & nomeadamẽte; & estãdo ausentes os acreedores, serão citados seus familiares, ou respondentes, & amigos, ou em lugar dos ausentes se poraõ, & estaraõ presentes mais tres testemunhas, §. si verò absunt, in d. Auth. de hær. & Auth. sed cum testator, C. ad leg. falcid.

3. se requere q̃ se acabe o inuentario ẽ termo de 60. dias se as cousas, & bẽs hereditarios estiuerẽ na mesma terra, aliàs tẽ tres meses pera começar, & acabar o inuentario, secũd. glos. post text. in d. l. fin. sup. verb. *sexaginta*. Porẽ se o herdeiro estiuer ausente, dàse hum anno desde a morte do Testador, pera acabar o inuentario, d. l. fin. §. 1. vers. fin autem à locis.

Quarto, que se faça o inuentario diante de taballião, & por mão de notario publico, & não basta por rol particular, d. l. fin. §. 1. vers. sub præsentia tabellariorum.

Quinto, que estejão presentes duas, ou tres testemunhas, que vejão os bens da herança, & approuem o inuentario, do começo até o fim. E sendo os acreedores, ou legatarios ausentes. se tomaraõ mais testemunhas, como disse no primeiro requisito, pella d. Authent. sed cum testator.

Sexto, que as testemunhas conheçaõ o herdeiro, & este requisito he especial no inuentario, vt in d. l. fin. & ibi Doctores, onde se diz, & nota por septimo requisito, que deue o herdeiro pôr o final da sanctissima Cruz no principio do inuentario. Doctores in d. l. fin. §. 1. porem se a não puzer, nem por isso he nullo o inuentario, mas he muito bom começar ẽ este principio.

Oitauo, se requere que o herdeiro se assine no fim do inuentario, & não sabendo escreuer, deue assinar em seu nome outro Escriuaõ, ou Notario publico, alem do que fizer o inuentario. d. l. fin. §. 1. vers. vel si ignarus.

Nono, se requere, que no inuentario se escreuão todos os bens hereditarios corporais, & incorporais, que saõ os que dissemos no 2. tit. deste 2. liuro, moueis, & immoueis, diuidas, & penhores, cõmodos, & incõmodos, & tudo o mais q̃ no casal se achar. E pera sabermos, se he vicioso o inuẽtario por faltar nelle algũa cousa, distinguiremos, se as cousas falta rẽ, & se não escreuerem, por não lembrarem, & sem malicia, não he vicioso, & por isso o herdei-

herdeiro deue declarar, que poem no inuentario tudo o q̃ sabe q̃ he, & ficou do defuncto: & a todo o tẽpo q̃ sobreuierem, apparecerẽ, & se acharẽ algũas cousas de nouo, as sarà inuentariar, vt per Doctores, & Paul. de Castro in d. l. fin. §. 1. E se as cousas forem occultadas com dolo, & malicia, incorre o herdeiro na pena dos sonegados de qua in Ordin. libro 1. tit. 87. §. 8. & 9. que explica o caso seguinte, & os requisitos, q̃ se dene prouar na petição da d. pena dos sonegados. Por fallecimento de Francisco Vaz de Sãpayo primeiro marido de D. Mariana Coutinha, se fez inuentario dos bens do d. defuncto, & sendo casada a d. D. Mariana cõ Ioaõ de Brito Coutinho, deu libello cõtra elles seu filho, & enteado, Andre de Figueiredo Coutinho, pedindo a pena, & os sonegados, q̃ se não escreuerão no d. inuentario; porem por se não prouarẽ os requisitos da d. Ord. lib. 1. tit. 87. §. 8. & 9. forão os dd. RR. absolutos por sentença do juiz dos orfãos, da qual appellou o d. Andre de Figueiredo Coutinho, & não teue prouimento, mas foi confirmada a sentença, porque

Quando se não prouão os requisitos da Ord. que saõ. 1. que auia as cousas ao tempo da morte do defuncto. 2. que se occultarão sabendo dellas, & com malicia, não pòde hauer condemnação, porq̃ estes dous põtos se deuẽ prouar pera isso. Valasc. de part. c. 8. n. 45. & seqq. sem ser necessario, que o R. mostre defesa, *quod ex principijs iuris deducitur*, de quibus glos. & DD. in l. fin. C. de rescind. Bart. in Authen. hoc locum, n. 12. C. de secund. nupt. Surd. cons. 1. n. 72.

E assi o ensinou doctissimamẽte o Doutor Antonio de Souza de Tauares na sua deliberação *de more*, magistral, que com ellegancia, & singular doutrina, resolue sempre as questoẽs.

8 Decis. 35

Duo requiruntur, vt inuentarium conficiens ad pœnã teneatur occultarum rerum, de quibus Ord. lib. 1. tit. 87. §. 8. & 9. Primum, quod res penes defunctum sit tempore mortis, Ord. sup. §. 4. ibi, por morte do defuncto ficarem, & §. 6. que elle tinha, & possubia ao tempo da morte, & §. 7. ibi, que por morte do defuncto ficarem. Secundum, quod faciens inuentarium sciens, & prudens rem ipse occultauerit: si verò istorum alterum non probetur ad condemnationem non proceditur, ex glossa, Valasco de partit. cap. 8. num. 46. Gama decis. 148. cum igitur in præsenti neutrum concludenter probetur, vt in facto per testes cum iudice contulimus, illius sententiam probandam esse, merito censebimus; beneq̃ ab appellati patrono carpitur libellus, in quo, neq̃ ea, quæ agens probare tenebatur, proponuntur.

Planè pro conficiente inuentario iuris præsũptio adest, &

quod

quod in casali plura bona non extant, quã descripta sunt. glos. communiter recepta in l. cum de lege. ff. de probation. Gratian. cap. 570. num. 19. & 720. num. 6. 7. & 8. Surdus cons. 73. n. 82. Vnde consilium Valasci d. cap. 8. num. 51. & cap. 2. n. 16. & 27. quod ad summum, quãdo qui inuentarium conficit, negat res illas defuncti fuisse, quæ describi postulantur, iudex adhibeat præuiam, summariamq; cognitionem, vt intelligi possit, ad quem res illæ pertineant: aliter ordinariè agendum est, ex l. si quid contẽdis, 45. ff. famil. ercisc. Valasc sup. n. 53. d. c. 8. Ex quibus cum iudice nostra mens est.

E em confirmação da sentença, na forma referida conuierão com o sobredito Doutor os dignissimos Dezembargadores os Doutores Lourẽço da Gama Pereira, Ioaõ Velho Barreto, & Antonio Pereira de Sousa, Rellator, cõ uindo todos na confirmação, na d. causa de Lisboa de Andre de Figueiredo Coutinho, A appellante, contra Ioaõ de Brito Coutinho. & sua mãi D. Mariana Coutinha RR. appellados, anno
9 de 1649. E daqui se tira, q̃ a materia dos sonegados consiste *in facto*, sem inuoluer direito; porq̃ he hũa obrigação q̃ o inuentariante tem de declarar todos os bẽs do casal de qualquer qualidade q̃ sejão. Sic Valasc. consult. 52. n. 10. ibi, *Omnia bona mobilia, & immobilia testatorũ*. Ita scribẽtes in l. fin. cum glos. ibi: *& etiam nomina debitorũ*. l. 1. ff. si cert. pet. *& etiam fructus, & accessiones percepta ante aditam hæreditatem, & etiam postea acquisita occasione testatoris*. ex Bald. in l. vna. col. 1. C. vt act. ab hæred. & a Ord. lib. 1. tit. 87. §. 9, falla pella dicçaõ, *aliquid*, ibi: *E quẽ sonegar algũa cousa*: a qual palaura inclue ate a minima cousa do Testador, *& ad medicũ refertur*. l. si seruũ, §. ait Prætor, ff. acquir. hęred. glos. d. verb. *ausearum*. Tiraquel. d. verb. *omnia*. num. 14. & prævalet vniuersali Ant. Monach. decis. Florent. 50. num. 18. & se deuem escreuer clara, & distinctamente, & não debaixo de inuoluçaõ, ou generalidade. l. ea quæ commendandi, ff. de contrahend. empt.

Secundo, se suppoem, que a pena dos sonegados milita somente contra os inuentariantes, & ainda que fi- 10
quem menores em casa do defuncto, basta que a molher, que he cabeça do casal, faça inuentario, *Vt releuentur filij sub beneficio inuentarij ab ea confecti*. Ita Valasc. cons. 8. num. 27. & est Ordinat. libro 1. tit. 87. §. 9. ibi: *qualquer outra pessoa que inuentario fizer*. E conforme a isto, fica a materia dos sonegados sendo occulta; & se admittem nella conjecturas, & presumpçoens. Cardoso in praxi litera, P, verbo, *Probatio*, numer. 19. aonde traz em termos a materia simulada, ibi: *Dolus, fraus, simulatio, &c.* cap. veniens, 2. & cap. præterea, vbi DD. de testibus.

Tertio, se aduerte, que na materia dos sonegados, cabe juramento *in litem*, pello valor das cousas occul- 11
tadas, que se prouarem, erão do Testador, & que malitiosamente senão

inuentariarão, iuxta communem in l. si quando, vbi latissimè Plotus, C. vnde vi, & resolúit Gomes Leon respõs. 13. in fine; & aqui deue ter lugár a Ordenaçaõ lib. 3. tit. 52. §. 5. porque sonegar he especie de roubo feito aos menores herdeiros: & o dolo neste caso se presume contra aquelle, que não faz aquillo, que he obrigado a fazer. l. tutor, qui repertorium, ff. de adminis, tut. l. dolo, ff. ad leg. falcid. Crauet. cons. 75. n. 6 & cons. 100. n. 9. & cõs. 172. n. 5. & cons. 192. n. 15. & cons. 193. n. 2. diz, que aquelle que sabendo q̃lhe he prohibida algũa cousa, a faz, commette dolo verdadeiramente: & por isso se diz, que o juramento *in litẽ* não tem lugar senão quando consta do dolo, & entaõ se dá juramento ao enganado contra o doloso, aliàs, não. l. in actionibus 1. vbi Barthol. ff. de in litem iurand. Alex. cons. 214. lib. 7. Menoch. de arbitr. casu 207. num. 13. Gratian. forens. cap. 152. n. 31. E assi o herdeiro que faz inuentario, deue declarar tudo distincta, & liquidamente, sem resolho, nem malicia: & por isso se disse acima, que se dá juramẽto *in litem*, quando se omitir, & passar algũa das solemnidades requisitas, & se procede contra os obrigados a inuentariar, como que se não fizerão inuentario, pois o mesmo foi fazello nullamente; *Cum idem sit quid non fieri, vel omissa forma, & solemnitate fieri.* l. qui Romæ, §. Fabius, ff. de verbor. obligat. de quo multa per Doctores citatos, pro hac sententia vide apud Scobar in cap. 9. de ratiocin. n. 67. & 78. E sendo o inuentario feito por escriuão, ou taballião, o qual maliciosamente mancumunado com o herdeiro, faça o inuentario simulado sem declarar a qualidade, & valor das cousas, & todas ellas distinctamente, será castigado com a pena de falsidade, & infamia, vt tradũt Abil. in cap. 36. Prætorum. in verbo, *ordenados*, n. 6. in fin. ex Bald. in rubr. C. res inter alios act. porque se presume tambem dolo naquelle que calla a verdade em seu cõmodo, & proueito, pera enganar a outrẽ, Abb. in cons. 68. col. 1. lib. 1. relatus à Crauet. in d. cons. 172. n. 5. de modo que o fim pera que as leis introduzirão o inuentario, foi pera clareza da quãtidade, qualidade, copia, & valor dos bẽs do defuncto, & por isso no direito se vza destes dous nomes. s. inuentario, ou discripçaõ dos bens, tomando hum por outro muitas vezes, como fez o Emperador na Authent. vt nulli iudicum, §. & hoc, verbo, *discriptionem*, onde a gloss. diz que se ha de entender por inuentario solemne, aquella palaura, *discripçaõ*, refert Escobar de ratiocin. d. cap. 9. n. 64. porque he iũuentario pera achar, & descobrir todos os bens do defuncto, & descripção, pera descreuer, & declarar com miudeza, & clareza sua qualidade, & valor, pera se saber o que vem aos herdeiros, aos quaes he tam importante esta declaraçaõ, que introduzio o direito este remedio da auçaõ dos sonegados, pera se cobrar o q̃ se esconder, & ordenou, que não fazendo o herdeiro inuentario, se proceda a sequestro, como nos ensinará o caso seguinte.

Ioanna Fernandes foy molher de Miguel Suzarte de Andrada, & fallecendo primeiro que seu marido, não fez elle inuentario, & foy notificado que o fizesse á instancia de Diogo Vaz Louseiro, irmão da defuncta: & não quiz satisfazer, nem fez inuentario, & no discurso da causa veyo a fallecer o dito Miguel Suzarte, & sua segunda mo lher

molher Brites Rõiz casou com Duarte Barradas, & foy habilitado pera correr a causa com elle, mas nem por isso se conseguio.

Pello que o dito Diogo Vaz Louseiro fez petiçaõ ao juiz de Grandola, pedindolhe mandasse fazer sequestro nos bens que ficaraõ da defuncta; & no caso contrario aggrauou pera o Senado, & foy prouido em seu aggrauo, ex seqq.

Primó, fundouse o aggrauo na Ordenação, lib. 4. tit. 96. §. 12. pella qual está determinado, que dilatando a parte as partilhas mais de hum anno, depois do fallecimento da defuncta, se proceda a sequestro, & somente se limita esta regra quando se pedé partilhas por via ordinaria de libello, como se julgou no Aresto 90. de Phæb. 1. p. & com muita rezão; porque as partilhas de sua natureza saõ summarias, & não quer a ley, que o possuidor dilate o effeito dellas, & por esse respeito mandá proceder á sequestro em semelhantes casos, & assi he certo que se a parte dilatar as partilhas mais de hũ anno, desde o dia da morte do defuncto, se póde proceder a sequestro, iuxta ea, quæ Gama decis. 277. n. 2. Vasc. conf. 79. n. 17. Menoch. remed. 1. recuperand. n. 328. Ord. lib. 4. tit. 96. §. 12. E assi os julgaraõ os doctissimos Dezẽbargadores os Doutores Diogo Monteiro de Noronha, & loaõ Velho Barreto Rellator na sentença seguinte.

14

SENTENÇA.

Decis. 36

ACordaõ os do Dezembargo, &c. Aggrauado he o aggrauante pello juiz, em não mandar fazer sequestro dos bens, de que não ha partilha, prouendo em seu aggrauo, vistos os autos, pellos quaes se mostra não se hauerem feito partilhas dos bens da defuncta, hauendo tantos annos que he fallecida, termos, em que deuia mandar pòr sequestro nos dittos bens, por ser conforme á disposição da ley, mandaõ que em todos elles ponha, & faça o dito sequestro. Lisboa 24. de Feuereiro de 1643. Velho. Noronha.

Na causa do aggrauo de Grandola entre partes Diogo Vaz Louseiro aggrauante contra Duarte Barradas, Escriuaõ loaõ Baptista de Chaues. De modo que hauemos notar, que esta ley do inuentario he muy justa, & obriga a todos, até no foro da consciencia, vt per Carualh. ad cap. Raynaldus. 2. p. n. 450. Aegydius ad leg. 1. par. 5. §. 1. verſ. huic autem, Cod. sacros. Eccles. gloss. vlt. in cap. quæ in Ecclesiarũ cõmuniter recepta, vt per Gom. l. 40. Tauri, n. 56. E assi o herdeiro que não faz inuentario, está obrigado a todas as diuidas do defuncto pera as pagar, não sò dos bens da herança, mas dos seus proprios, vt per citatos DD. probatur, & per l. more, ff. acquir. hæred. l. si te bonis, l. fin. in princip. C. iure de liberand. & não sò aos acreedores, mas

15

mas tambem aos legatarios. d.l. fin. § si quis autem, Authent. de hæred. & falcidia, §. si non fecerit, Valasc. consult. 52. n. 1. & n. 35. & 36. onde traz cinco casos, em que se limita esta doutrina, & regra. E pello contrario o herdeiro que aceitou a herança, & fez inuentario, & a beneficio delle foy herdeiro, não he obrigado a pagar mais que em quanto abrangerem as posses do defuncto, & fica liure de todo o damno, vt per DD. in l. vltima, §. & si præfatam, C. de iure deliberand.

Supposto isto, & a vtilidade que
16 resulta de fazer inuentario, & obrigação que tem de o fazer, não sò os que a beneficio delle aceitão as heranças, mas todos os herdeiros, ou o sejão *ex testamento*, ou *abintestato*, vt d. l. fin. §. 1. Speculator de instrum. edit. §. fin. n. 12. hauemos aduertir, que quando se fizer o inuentario ha de ser muito clara, & distinctamente, não inuoluendo, nem escurecendo a qualidade dos bens, mas declarando todos os moueis, & immoueis que se acharem ao defuncto, porque quem diz alguã cousa com resolho, he o mesmo que se a não dissera. l. ea quæ commendandi, ff. contrahend. empt. trà dit Plotus de in litem iurando, §. 5. n. 28. cum seqq. & basta declarar a qualidade, ainda q̃ se não ponha no inuentario o valor dos bens, vt cum multis tradit Robertus lib. 3. sentiarum, cap. 6. Cujac. l. 47. ff. de verborum signif. E o que assi fizer inuentario clara, & distinctamente, com as solemnidades requisitas, tẽ a presumpção de direito por si, & dizendo elle, que do defuncto não ficarão mais bens, assi o presume a ley, & lhe dá credito, gloss. in l. cum de lege, verbo *hæredes*, ff. de probationib. communiter recepta, vt per Ant. Gabriel. lib. 1. communi opinionum, tit. de probat. concl. 7. n. 1. quod etiam docuit Barth. in l. si constante, n. 12. Ias. n. 122. Rip. n. 18. & alij. ff. soluto matrim. & tendo por si esta presumpção, quem quizer arguir o contrario, o ha de prouar como elle occultou, ou sonegou maliciosamente alguã cousa, vt per DD. in l. generaliter, §. si petitum in fine, ff. de fideicommiss. libert. gloss in cap. cũ venissent verb. *probatum*, de inst. quã laudat Felin. in cap. cum venerabilis, n. 15. de except. & assi dará a pessoa que quizer pedir ao coherdeiro os sonegados libello, em que articulará, q̃ no inuentario se occultarão taes, & taes cousas, as quaes erão do defũcto, & estauão em seu poder ao tempo que morreo, & sabẽdoo muito bem o herdeiro, as occultou maliciosamente, & prouando isto, alcançará as taes cousas, com a pena do duplo, na forma da Ord. lib. 1. tit. 67. n. 8. ibi, *sonegar, & encubrir*, & na noua recopilação, tit. 87. §. 9. ibi, *que fosse do defuncto ao tempo de sua morte*, como acima fica explicado, & declarada a pena, que hoje se dà aos que sonegão os bens.

De direito dos Digestos perdia o 17
herdeiro, que occultaua os bens hereditarios, a quarta falcidia (de que diremos no tit. penult.) somente na cousa occultada. l. Paulus, ff. ad leg. falcid & l. rescriptum, ff de his quibus, vt indignis, &c, & se era herdeiro suo, perdia o beneficio, & direito de se abster da herença, & de a poder repudiar. l. si seruum. §. Prætor ait, ff. de acquirend. hæred. & de direito nouo da Authen. perde a quarta falcidia em todos os legados, §. sancimus, in Authent. de hęred. & falcid. iuncta gloss. ibi, super verb. *non fortè*, quę subijcit, *quod priuilegium amittere meretur, qui concessa sibi*

sibi abstinuit potestate. cap. priuilegium 11. quæst. 13. & não fica obrigado aos acreedores, alem do que abrangem os bens da herança, mas he condemnado no dobro da cousa occultada. d l. fin. §. illo videlicet obseruando, C. de iure deliberandi. E o que disse acerca da forma do inuentario, notemos, que supposto que o sobredito seja verdadeiro, & se requeiraõ todas as ditas solemnidades, alias fica obrigado a todos os acreedores, & legatarios *in solidum*. DD. in d.l. fin. com tudo dizẽ Ias. & Paulo de Castr. depois de Bald. que o inuentario que se deue fazer, cõforme o costume, & vzo do lugar, & obseruancia dada ao notario que o fizer, na forma costumada naquella Cidade, Villa, ou lugar, em que se fizer, de quo latiùs Ias. in d.l. fin. in princip. n. 5. in fine.

Vltimamente saibamos os effeitos do inuentario, & delles trata o texto na d.l. fin. §. & si præfatam, D. Valasc. tomo 1. consult. 52. per totam: porque em primeiro lugar se diz, que de direito dos Digestos, & Cod. estaua o herdeiro obrigado a todos os acreedores hereditarios *in solidum*. l. si te bonis, C. de iure deliberandi. E hoje pello beneficio do inuentario não he o herdeiro obrigado mais que em quanto abrangerem as posses da herança, conforme a d. l. fin. & se não fizer inuentario, está obrigado *in solidum* a todos os acreedores, & legatarios, §. si vero non fecerint, Auth. de hæred. & falcid. Item, o herdeiro que faz inuentario, conserua o beneficio da ley falcidia, d. l. fin. §. & si præfatam, em quanto o herdeiro pòde satisfazer aos acreedores, que primeiro requererem, & em quanto abrangerem as posses da herança; porque os que sobreuierem, não podem molestar o herdeiro, vrin d. l. fin §. præfatam. Vltimamente, se o herdeiro que fez o inuentario vẽder algũa cousa das inuentariadas pera satisfazer aos acreedores, & legatarios, se depois vierem outros acreedores, a quem aquellas cousas estejão obrigadas, não podem demandar ao herdeiro, nem ao comprador, mas dà-selhe acçaõ hypothecaria contra o legatario. d. l. fin. & § si præfatam; & tãto assi, que pòde o herdeiro, ainda cõtra vontade dos acreedores, a quem se deuer o dinheiro, darlhe pessas, & bẽs da herança, em desconto, contra a regra da l. 2. §. 1. ff. si cert. petatur, de quo latiùs Ias. in d. l. fin. §. & si præfatam.

§. *final*.

SVMMARIO.

Herança, hũa vez que se aceitou, não se pôde repudiar. 1

Requisitos pera se julgar que está feita a aceitaçaõ. 2

Herança como se aceita por palaura, ou por obras, fazendo actos de herdeiro, & como se julgaraõ por taes? 3

Pera pedir a posse dos bens, he necessaria declaraçaõ verbal do que a pedir, & como? 4

DIssemos acima o que se requeria pera a perfeiçaõ do inuentario, & que a heraça hũa vez aceita, se não podia repudiar, pello que vay o nosso Emperador agora explicando continuadamente, & mostrando quando se diz, que a herança está aceita 1

18

aceita pello herdeiro. E pera entendimento desta declaraçaõ, saibamos q̃, conforme a gloss. hoc tit. sup. verb. *hæredem*, & os Expositores deste titulo, se requerem seis cousas pera se fazer a adiçaõ, & aceitação da herança: porque em primeiro lugar se requere que aquelle que aceita a herança, saiba, q̃ he herdeiro. Secundo, que conheça a causa, com que acquire os bens hereditarios, se he por instituição *ex testamento*, se por successaõ *abintestato*. Tertio, que não seja instituido condicionalmente; porq̃ neste caso se espera a purificação, & existẽcia da cõdiçaõ pera poder adir, & aceitar a herança. l. is qui hæres, in princip. ff. de acquir. hæredit. Quarto se requere, que seja pessoa liure, & de seu direito; porque sendo sugeita a outrem, de modo que necessite de mandado de seu pay, ou senhor, não póde aceitar a herança, sem entreuir esta licença, & mandado. l. qui in aliena, ff. de acquirend. hæred. Quinto, que seja pessoa sesuda, & de entendimento. Sexto, que seja mayor de quatorze annos. l. potuit, C. de iure deliberandi. Do que se póde ver largamente Barthol. na l. is potest, ff. de acquirend. hæred.

Sabido isto notemos, que a herança se aceita, ou com obras, ou por palauras, *idem est, verbo, vel facto*. Antigamente se instituia o herdeito *cum cretione*. s. com certo espaço de tẽpo, em o qual deuia o herdeiro declarar, se queria, ou não a herança, vt in l. cretionum, C. iure deliberandi, onde se refere estar tirada esta solemnidade, & se observa aceitar se com palauras, ou com obras, de maneira que os varios nomes, de que vzauão nas aceitaçoẽs da herãça, se reduzirão aos sobreditos dous, id est, *ad additionem*, vt in l. quandiu, ff. de nouat. & *ad gestionem pro hærede*, vt l. gerit, ff. acquirend. hæred. Donel. lib. 7. c. 8. Gouean. 1. variar. cap. 15. Cujac. ad Vlpian. tit. 22. & lib. 7. obseru. 41. & hac distinctione conciliantur text. in l. obligari, §. pupillus, ff. auth. tut. & l. seruo, 63. §. si pupillo, ff. ad Trebell. vt infra in tit. de obligationibus, ita vt *si pupillus fari possit, tutore auctore acquirat, & si fari non possit, gerendo se pro hærede.* E ainda que só com o animo se possa aceitar, com tudo sô Deos conhece os interiores, & assi he necessario que o animo, & vontade se declare pera a aceitação da herança, cõ palauras, ou obras. Com palauras se declara o animo, quando o herdeiro diz: *aceito a herança de Titio, & quero ser seu herdeiro.* E quando diz deliberadamente, he claro que aceitou a herança; & se o diz indecisso, & não resoluto, não se julga q̃ a tem aceito, secund. DD. & Barth. in l. serui electione, in princip. ff. de legat. 1. E com as obras se aceita a herança, quando alguem se trata por herdeiro do defuncto, fazendo algum acto, que só ao herdeiro he permittido. v. g. vẽdendo as cousas que ficarão do defuncto, allugando as casas, & bens hereditarios, pagando a acreedores, &c. l. 2. C. de iure deliberandi: ou tambem se o herdeiro nomeado for com sua familia toda morar nas casas hereditarias com suas alfayas, neste caso se julga q̃ aceita a herança, em quanto não protestar o contrario, secund. gloss. hic super verb. *nuda*. E se se disser, que este acto de ir morar nas casas, he commũ que o póde fazer o que for herdeiro, ou não; responderemos, que se considerará nelle a qualidade das cousas, & das pessoas, & do acto pera se julgar o animo, com que foi feito: porque se o

filho

filho por habitar nas casas de seu pay, que estiuerem obrigadas ao dote da may, ou se for meter nellas pera guardar a fazenda, & o q̃ ahi estiuer; entraõ se julgara q̃ faz isto mais por cõseruar seu direito, do q̃ por ser herdeiro. E o mesmo se dirà quando o for pera o enterro do pay, porque tambem se não presume disso a aceitação da herança; por ser acto piedoso, que qualquer visinho fizera. l. si quis sepulchrum, §. final. ff. de relig. & sumpt. fun. E do mesmo modo, não se diz, que hum homem aceita à herança, pella feitura do inuentario somente, conforme Iaſ. na dita l. fin. § fin autem hæc aliquis, n. 3.

Acrescenta Plat. hoc nostro rit. & §. fin. outro modo de aceitar a herança, & he, quando á petição, & requerimento dos acreedores, se dá certo tempo, dentro do qual o herdeiro declare sua deliberação se quer adir, & aceitar a herança, ou não? se dentro do tempo limitado não repudiar o herdeiro a herança expressamente, se presume que a aceita, vt Plato hic, & nos supra diximus.

O que tudo procede de direito ciuil, nas succesſoẽs *ex testamento*, & *ab intestato*, mas de direito Pretorio pera entrar na posse dos bẽs, *per bonorũ possessiones*, na forma q̃ explicaremos (*Deo fauente*) no tit. 10. do liuro seguinte: não basta sò o facto, ou vontade simples, mas antigamente eraõ necessarias muitas solemnidades: porem hoje basta a declaraçaõ da vontade perante o juiz. l. fin. C. qui admitti ad bonorum possess. como direi no d. tit. largamente. E por fim deste aduirtamos, que a adição, & repudiação da herança andão em igual passo; porque assi como com a palaura, & animo se aceita, com as mesmas demonstraçoẽs do animo, & declaraçoẽs da vontade se engeita, & renuncia na forma que acima expliquei, com o caso proposto & discidido.

DE LEGATIS.

Titulus vigesimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo dos legados, com os antecedentes, & sua combinaçaõ.*

2 *Legados se se podem deixar fora do testamento?*

3 *Diuide se a materia deste titulo em duas partes principais, & se explicão cada hũa em particular.*

ESte titulo declara o Emperador a difficultosa materia dos legados, & posto que atégora tenha tratado do modo com que por titulo vniuersal se acquire, & o legado seja titulo particular, com tudo se continùa com os sobreditos; porque disse nos titulos precedentes dos testamentos, & da instituiçaõ dos herdeiros. E porq̃ pella mayor parte os legados se costumão deixar nos testamentos, se segue agora

Titulo vigesimo

agora este titulo, em que explica a qualidade, & modo delles, como, & a quẽ podem ser deixados. E acerca disto q̃ dissemos, pergunta a glossa, se se podẽ deixar os legados fora do testamẽto? E conclue, que antigamẽte não podia ser, ex doctrina in §. præterea, infra, de fideic. hæred. comtudo hoje podẽ ser deixados os legados no codicillo, & em outra qualquer vltima vontade, & atè abintestato, porque como o fideicõmisso se pòde deixar abintestato, como veremos no titulo antepenultimo deste liuro, d. §. præterea: da mesma sorte podem ser deixados os legados: *quia hodie legata, & fideicommissa sunt exæquata.* l. 1. ff. de legat. 1.

Supposto isto, saibamos, que por ser esta materia tam sutil, & difficultosa, a diuidio o Emperador em duas partes principais. Na primeira trata da natureza dos legados; na segunda, das cousas legaueis. A rezão natural desta diuisaõ he, porque tudo se diuide em aquillo de que consta. l. nihil tam naturale, ff. de reg. iuris; & como a diuisaõ natural he em materia, & forma, & como dissemos no tit. de adoptionibus, a arte imita a natureza, por isso a diuisaõ artificial deste titulo he em a natureza dos legados, & as cousas legaueis, ou pera melhor dizer, em legados actiuos, & passiuos. Assi que a primeira parte principal desta diuisaõ he desde o §. legatum, atè o §. non solum, & esta contem tres partes pertencentes à rezão formal dos legados: porque trata do methodo, & essencia do legado, a qual se explica pella diffinição: *Quia omnis rectè formata tractatio â diffinitione proficiscitur.* & do proseguimento delle, como logo veremos: & este proseguimento se explica desde o tempo antigo, atè o presente, referindo a solemnidade das palauras, com quẽ erão deixados os legados, & como estauão hoje emmendadas; & no §. nostra autem, se da a rezão porque foraõ tiradas pello Emperador, & dadas tres auçoẽs pera alcançar a cousa legada. E no §. sed non vsq; se refere o modo, & combinação que tem os legados com os fideicommissos: & no §. sed ne i nprimis, se dá a conhecer quanto conuẽ saber a origem de tudo no principio, pera poder acertar no proseguimẽto. A segunda parte principal da diuisaõ, que começa no d. §. non solum, atè o fim, comprehende todas as cousas legaueis, porque trata quasi toda a materia dos legados: os quaes como pertencem, ou às cousas, ou ás pessoas, ou à significaçaõ das palauras, secundum DD. in Rubr. ff. eodem. Explica se nesta segunda parte, das pessoas, desde o §. non solum, atê o §. legari, & deste até o §. si quidẽ in nomine, & dahi atè o fim, das cousas, & palauras pertencẽtes â aceitação, & validade dos legados, & circunstancias delles, como saõ o erro, o tempo, & a pena. porque em o legado se erra, ou no nome, ou na demonstração da pessoa, ou na causa; & pera isso temos ao diãte a doutrina dos §§. siquidẽ in nomine, & huic proxima & lõge magis, & do tempo, & da pena, nos vltimos, como veremos pello discurso da explicaçaõ.

§. *Legatum.*

SVMMARIO,

Refere se a diffinição do legado, & se amplia. 1

Legado porque se chama doação, 2

& de-

& deue ser deixado sem encargo, & os casos, em que esta regra se limita.

4 *Como se differença o legado da doação entre viuos, & da que se faz por causa da morte.*

5 *Em duuida se se presume doação, ou legado?*

6 *Referemse as tres diffinições do legado, dadas pellos Iurisconsultos Florentino, Modestino, & o Emperador Iustiniano, & se concordão todas com as melhores opiniões.*

1 COntemse neste §. a diffinição do legado, que commũmente seguida de todos os Doutores, & referida no nosso texto, disse, que he hũa doação feita da cousa deixada pello defuncto entregue, pello herdeiro. De maneira que o defuncto deixa o legado, & o herdeiro o dà, & entrega ao legatario. *igitur: Legatum est donatio quædam à defuncto relicta ab hærede præstanda.* Eandem diffinitionẽ sequũtur omnes, & Rebuff. de verbor. significat. in l. silua cædua, in verb. legatum, Vasch. lib. 20. de succ. 2 cess. §. 27. n. 2. in tit. de legat. Cephal. conf. 436. num. 5. vol. 3. Grat. conf. 50. num. 64. volum. 1. E chamase doação pera mostrar, que o legado se dà liberalmente, & não por constrangimento algum. l. donare, ff. de regul. iuris. l. donari, ff. de donat. porque se for legado aquillo, que por outra causa havia ser dado ao legatario, se não chamará legado, senão satisfação do que lhe era deuido, *ex alia causa*, ou se lhe havia por ella de dar. l. si mihi, ff. de legat. 1. & videbimus in §. si quis debitori, infra, hoc nostro titulo, & por isso dissemos, que o legado he hum mero lucro, porque procede da liberalidade, & he liure, sem constrangimento, nem obrigação algũa. l. vnica, §. lucratiuas, de impos. lucr. distinct. lib. 10. l. si hæreditatem, ff. mandati. E assim deue ser deixado sem encargo, vt ait Socin. Iunior, conf. 84. n. 1. E se o legado não trouxer commodo, & proueito algum ao legatario, não valerá. dicta l. hæreditatem, ff. mandati, Roland. á Valle, conf. 79. num. 3. libr. 2. Porem isto que dizemos de ser sempre o legado com lucro, se limita em alguns casos. O primeiro he no da ley Imperator, §. 1. ff. de legat. 2. Onde o Testador legou cem mil reis a Titio, & lhe rogou q̃ restituisse a sua casa a Sempronio, aceitado o legado, porque valia mais a casa, do que havia alcançar, queria o legatario recusar o legado. Perguntase, se hauia ser ouuido? E posto que pareça que si, pois aqui ficaua o legatario grauado em mais do que fora honrado: com tudo responde o Iurisconsulto o contrario, & diz, que não ha de ser ouuido o legatario, porque não soffre a ęquidade, que se foi legado a hũ homem com encargo, & foi grauado em mais, do que foi honrado, deue imputar a culpa a si mesmo, pois aceitou o legado: & aqui se pòde repetir a doutrina do caso de Moura de Pedro de Mello, que referimos acima no titulo de inofficioso testamento. Secundo, se limita no caso da ley sed si non seruus, ff. ad legem Falcidiam, & da l. si min. 2. ff. de minoribus. onde o Testador legou hũa quantia de dinheiro, & rogou ao legatario, que désse liberdade a hum seu escrauo; neste caso tanto

Consonat Ord. lib. 4. tit. 31. §. 11. ibi, legado deixado simplesmẽte ao criado se deue descontar do salario, & soldada que o tal criado auia de hauer.

tanto que o legatario recebeo o dinheiro legado, logo está obrigado a dar liberdade ao escrauo, porque posto que o legado seja oneroso, tanto que elle o aceitou com o encargo, o deue cumprir; porem isto não procederá, se o legatario for menor, porque sendoo, ainda que aceite o legado, que valha menos que o escrauo, será socorrido pella minoridade, vt in dicta l. si minor. ff. de minor. Terrio, se limita no caso da ley plane, 94. §. si cui, ff. de legat. 1. onde o Testador legou a Titio *Stichum, aut Damas*, q̃ saõ dous nomes proprios. v.g de dous escrauos, deixada a eleição ao legatario, & que restituisse Sthico por fideicõmisso, pedio *Damas*, o qual ainda q̃ valha menos q̃ Sthico, *teneatur ex causa fideicõmissi Sthicũ præstare*. E se o *Damas* for de maior valor, deue ser cõstrãgido a restituir o *Sthico*, em rezão de que esteue por elle a diminuiçaõ: *Et cùm per eum steterit quominus ex testamento habeat, quod fideicommissum fuit, cõpellendus est Sthicũ redimere, si pluris est Damas*. E neste caso vemos o legado com encargo, & o legatario gratuado em mais do que foy honrado, porque pudera, ou não receber o legado, ou receber o mesmo Sthico, a quem deuia dar por causa do fidei. commisso.

Quarto, se limita no legado vniuersal, porque se a hum homem for legada hũa vniuersidade de coulas, que contenhão em si commodos, & incommodos, valerá o legado, & cumprirá o legatario tudo, tanto que o aceitar, vt notat Imol. per illum textum, in l. cum filius, §. Lucio, num. 3. ff. de legat. 2. facit l. cum pater, §. mense; ff. de legat. 2. com o que temos visto, que o legado se chama na diffiniçaõ doação; pera mostrar que procede da liure vontade, & deue ser lucroso, excepto nos casos referidos. & por isso dissemos, que era, *Donatio quædam*, & dissemos tambem, *à defuncto relicta*, pera differençar o legado da doação *inter viuos*, §. primo, sup. de donat. E dizemos que he deixado pello defuncto, & não pello viuente, nem pello que morre, & está em o vltimo da vida; porque se denota com isso, que o legado não tem efficacia, senão depois que morre quem o deixou: *Ideò dicimus à defuncto relicta*. argum. l. à Titio, ff. de fort. & l. si seruus, ff. de noxalib. & dissemos tambem que era deixada pello defuncto, & não pello Testador, nem no testamento; porque ficasse mais geral a diffiniçaõ, & soubessemos que não só no testamento, mas no codicillo, & ab intestato se podem deixar os legados. l. in codicillis, ff. de vsufructu legat. l. quidam referunt, in principio, ff. de iure codicillorum. E finalmente dissemos: *ab herede præstanda*, pera differença da doação *causa mortis*, denotando com isso, que a confirmaçaõ do legado he a aceitaçaõ da herança, & assim o herdeiro ha de dar o legado, aceitando a herança, pois sem esta aceitaçaõ se reuoga o testamento, & o legado, per leg. primam, ff. de iniusto rupto, &c. & vidimus supra, titulo quibus modis testamenta infirmentur.

Contra esta diffiniçaõ pudera aqui mouer varios argumentos; porem como escreui em vulgar pera dar luz aos principiantes, deixo as concluſoens, & mais largas rezoens de duuidar pera quando sair a luz, & acabar com a impressaõ latina, q̃ breuissimẽte

Deo

Diofanente, virà a publico; agora quero sò resumir as doutrinas com hũa corrente explicaçaõ, como a que na insigne Vniuersidade Conimbricense se observa, deixando mayores rezoẽs de duuidar, & opporos, que seruem pera outra escritura; estas saõ sô de dar conhecimẽto pera entaõ. E assim digo, que o legado, conforme a nossa diffiniçaõ, differe da doação *inter vivos*; porque quem deixa o legado, o pòde reuogar, até a morte; & a doação *inter vivos*, hũa vez perfeita, não se reuoga, como no seu titulo dissemos. Differe tambem da doação *causa mortis*, ainda que em algũas cousas sejão semelhantes, como acima dissemos, in principio tituli de donat. Primo, porque os legados podem ser deixados aos ausentes, & que ignorem, & não saibaõ do tal legado, & se lhes acquire. l. cum pater, §. surdo, ff. de legat. 2. & a doação *causa mortis*, requere presença das partes. l. mortis, ff. de mortis caus. donat. & porque o legado he entregue, & dado pello herdeiro, & a doação por qualquer, vt supra, in principio tituli, de donat. glossa super verb. *ferè*; & porque o filho familias pode doar *causa mortis*. l. tam is, §. primo, ff. de mort. causa donat. & não pòde deixar legados. l. 2. ff. de legat. 1. E daqui destas limitaçoẽs tirou Fabro hũa rezão pera pergũtar: E se o Testador dispõ do, deixar, & doar a hũ presente hum campo, será legado, ou doação *inter vivos*, irreuogauel? Na mesma questaõ disse Ang. que em duuida se hauia presumir antes doação, do que legado. Porem Fabro, melhor que todos, distingue, ou consta que o Testador queria fazer contrato. v. g. porque disse: *A Titio, que está presente, vendo, ou dou tal campo*, & elle consente; neste caso será venda, & não legado: *Et sic contractus inseri testamento potest*. l. Pannonius Auitus, 86. in fine, ff. de acquirend. hered. l. emancipatio, 84. in principio, ff. de leg. ou estamos em duuida, porque das palauras do Testador se pòde cuidar hũa, & outra cousa, pois não declara, se quiz contratar, ou legar. E neste caso se entende que he legado: porque entendendose as palauras conforme a materia sugeita, dizendo o Testador no testamento, *Dou*, como o legado seja doação, deue ser em duuida entendido, que he legado: *Quia verba debent intelligi secundum subiectam materiam*, vt post textum in l. sed si possessori, §. item si iurauero, ff. de iure iurando. *Vnde cum legatum dicatur donatio, & testator dicat, dono, debet intelligi, in dubio, de legatis, quoniam & verbum, dono, optimè aptatur ad legatum*. l. 2. Cod. commun. de legat. facit textus in l. Titia, §. Caius, ff. de legat. 2. *Vbi inducitur legatum de rebus donatis vxori*. Com o que fica certa, approuada, & explicada a diffiniçaõ, q̃ dà o nosso Emperador ao legado, dizendo, que he doaçaõ, ibi: *Donatio quædam à defuncto relicta ab herede præstanda*.

O Iurisconsulto Florentino diffinio o legado de outro modo, dizendo, que o legado era diminuiçaõ do patrimonio do defuncto, & de sua herança, da qual, que hauia ser toda do herdeiro, quer dar algũa cousa a outrem. Iurisconsultus Florentin. in l. legatum, ff. de legatis 1. ibi: *Legatum est delibatio hæreditatis, qua Testator ex eo quod vniuersum hæredis foret, alicui aliquid collatũ velit*: acerca da qual diffiniçaõ se nota, que aquella palaura,

Titulo vigesimo

Delibatio, se èntende de tres modos; ou dizendo, que o legado he *delibatio*, que he o mesmo que diminuiçaõ, ou *delibratio*, que he o mesmo q̃ pezo, ou *deliberatio*, por ser assi deliberação do Testador, & todas tres leituras podem conuir no legado: porque quem lega, diminue a herança, & assi o Testador legando, deixa de menos ao herdeiro, o que dâ ao legatario. Se consideramos como pezo. s. *Delibratio*, tambem conuẽ ao legado; porque como o testamento (como acima referimos no titulo de testamentis) se fazia, *Per æs, & libram*, tirauao o Testador daquella venda, o que queria legar. E se quizermos tomar no sentido de deliberar, tambem he certo, que a primeira cousa que faz quem deixa hum legado, he deliberarse a dar a cousa legada ao legatario: & assi não he inconueniente a diffiniçaõ de Florentino.

A terceira diffinição foy do Iurisconsulto Modestino, que disse ser o legado hũa doaçaõ deixada no testamento, vt in leg. legatum, ff. de legatis 2. ibi: *Legatum est quædam donatio in testamento relicta*. E posto que esta diffiniçaõ se conte aqui por terceira, na realidade foy segunda, sendo a primeira do Iurisconsulto Florentino; a segunda de Modestino, & a terceira do nosso Emperador Iustiniano.

Contra estas diffiniçoens tambem pudera trazer aquí muitos, & varios argumentos, que guardo para seu tempo; será porem rezão, que examinemos, porque cousa se diffine em direito o legado de tres modos? E deixadas a parte varias impertinencias, he certo, que não foy isto superfluo, (*Cum nihil in iure debeat esse superfluum*) & se deuem sustentar todas as tres diffiniçoens, entendendo se na forma seguinte.

A essencia do legado se ha de cõsiderar do mesmo modo que consideramos qualquer cousa deste mundo, ou como he em si, & a seu respeito, ou como em outrem, & em respeito de terceiro: *Et sic qualibet res huius mundi, vel consideratur pro vt est in se, vel vt est in alio, nam omne quod est, vel est quid in se, vel aliquid in alio.* arg. eorum quæ tradit Bartholus in leg. Lucius, ff. de legat. 3. v. g. o homem, *in se*, a respeito de si mesmo, he animal racional, para cõ o filho he pay, para cõ a molher he marido; na casa he pay de familias, no escrauo he senhor. E do mesmo modo, assim como hũa cousa a respeito de si mesma he hũa só, pôde ser, & considerarse de muitos modos, a respeito de outrem. E da mesma maneira, o legado em si he a mesma disposiçaõ, & em quanto se toma por esta, se não diffine em direito; porque a mesma disposiçaõ, nem he doaçaõ, nem diminuiçaõ, nem cousa que o herdeiro dê, vt per Turniell. in Rubrica, de legat. numero 30. & pellas rezoens, que ja referimos, & assim se diffine em direito o legado pello effeito, & não pello que he em si, senão pello que he em outrem, & a respeito de terceiro: & desta sorte he de tres modos; porque o legado, ou se considera em quem o deixa, ou no grauado, ou no honrado: porque como ja dissemos, quando se poem algum encargo, chamamos a quem se poẽ, grauado; & quando se lhe deixa algũa cousa, chamamos honrado, como explicamos no tit. de moffic. test. & nestes tres cõsiste, & não em mais, & em

ẽm cada qual ſe pòde conſiderar dos tres modos referidos: porque o legado, em quem o deixa, he doação deixada no teſtamento, aſſi a reſpeito do Teſtador, he doação: *Cùm ſit donidatio in teſtamento relicta.* No, grauado he diminuiçaõ da herança da qual, que hauia ſer toda do herdeiro, tira o Teſtador o que quer dar ao legatario; & no honrado ſe diſſine o legado por doação deixada pello defuncto, & dada, & entregue pello herdeiro. O que ſuppoſto diremos, que o Iuriſconſulto Florentino diſſinio o legado a reſpeito do herdeiro grauado. Modeſtino a reſpeito do legatario honrado, com o legado. E o Emperador Iuſtiniano reſpeitando ao defuncto, que deixa o legado; & poſto que neſta ſe comprehendem todas, cada qual he conueniente ao legado, o qual no Teſtador he doação: *& ſic donidatie*; & no legatario aceitaçaõ, *& ſic doni acceptio*, conſiderada a doação *actiuè, & paſsiuè.* Actiua, na peſſoa do Teſtador que dá; paſſiua, no legatario que recebe: *Nam donatio conſideratur actiuè, & paſsiuè. Actiuè, vt doni datio.* l. ſenatus, §. primo, ff. de donation. cauſa mortis. *Paſsiuè verò eſt doni acceptio, ſeu ipſum donum, quia correlatiuorum poſito vno, ponitur alterum*, vt in Clement. vnica de ſumma Trinitate; *Vt ſi pater eſt, filius eſt; ſi donatio eſt, donum etiam, vel doni acceptio*, vt in l. legatum, ff. de legat. 2. E no herdeiro he diminuição da herança. E doutro modo, no Teſtador he liberalidade, no legatario honra, no herdeiro encargo. O Teſtador o deixa, o legatario recebe, o herdeiro entrega. Da parte do Teſtador requere poder pera teſtar. Da do legatario capacidade pera o ſer, & da do herdeiro aceitação da herança: no Teſtador he cauſa voluntaria, & liure: no legatario he lucratiua, & no herdeiro oneroſa, & damnoſa. E finalmente começa pello Teſtador, refereſe ao legatario, & nelle ſe transfere pello herdeiro, & aſſim ficão combinando as tres diffiniçoẽs.

E do ſobredito ſe infere, que em duuida o legado ſe julga deixado pera o entregar, & dar o herdeiro: *& ſic in dubio cenſetur relictum ab hærede.* l. ſi ſeruus legatus, §. qui margaritam, ff. de legat. 1. vbi Bald. & Imola, ad idem eſt textus in l. peto in principio, ff. de legat. 2. tradit Barth in l codicillis, num. 4. de vſufructu. legat. communem dicit Corneum, conſ. 53. num. 2. part. 1. *Quod eſt verum etiam ſi legatum ſit impersonaliter relictum videtur iſtud onus hæredi iniunctum.* Alexand. in l. final. §. labeo, numero 3. ff. ſi certum petatur. vbi laſ. numero 3. Bald. in Authent. ſi quando, de conſtitut. pecunia. *Idèo ſi dixerit teſtator: dentur Titio centum, ſemper intelligitur ab hærede.* d. §. qui margaritam, quam ſingulare eſſe, dixit poſt Baldum, vbi ſup. Alex. conſ. 170. numer. 2 in fine. Ruin. conſ. 177. & ad plures caſus practicabiles, ex mente ſcribentium infert Mantica de coniect. vltim. voluntat. lib. 8. tit. 2. n. 3. 4. & 8.

E com eſtas noticias ſerâ rezão começar a explicar o primeiro §. deſte titulo, porque tendo tratado da natureza dos legados he neceſſario, que vejamos em conſequencia de ſeu proſeguimento, & he a ordem com q̃ procede o Iuriſconſulto Papiniano, in l. 2. ff. de orig. iuris, in §. poſt originem, & como no direito, & deſde o tempo antigo os legados, & ſua materia ſe di-

uide em tres partes, pois ainda vemos nos Digestos, que se cõprehende nos tres titulos de legatis primo, de legatis secũdo, & de legatis tertio. Da mesma sorte diuidimos em tres partes neste titulo toda a materia na forma referida, porque no §. sed olim, que se segue, explicamos o primeiro estado dos legados. No §. nostra autem, o segundo, & no §. sed non vsque, o terceiro. No que tocar a antiguidades serei breue, porque, vt Ioann. Fabr. consuluit in tit. de testam. *Iurus veteris scientiam succinte, & breuiter debet esse tractãdã, non onerose, & prolixè: quoniam non est licitum allegare ius correctum*, secund. gloss. post text. in l. 1. in princip C. de latin. liber. toll. & probatur in l. vnic. C. de Iustinian. Cod. No mais em que parecer diminuto, não he preguiça, antes tendo aqui *á principio*, ajuntado grande numero de decisoẽs, me pareceo mais conueniente deixalas pera o tit. de actionibus, onde hei de tratar das acçoens, com que se pedem os legados, & ahi explico tudo o que aqui falta, aduertindo, que sempre proponho as noticias, que se não haõ de repetir em outra parte, senão exagerarse: & assi quem cõ curiosidade quizer vzar deste liuro, ha de ir formando conceito em o que nos titulos dizemos, pera formar tambem sentido nas ampliaçoẽs, que se hão de fazer no titulo de actionibus.

§. Sed olim.

SVMMARIO.

I *Modos porque antigamente se deixauão os legados. Referemse tres.*

O que se obserua hoje no modo de deixar os legados. 2

Tres acçoẽs, que competem aos legatarios pera alcançar o legado, quaes saõ, & as rezoẽs porque se introduzirão, & como se podẽ intentar: 3

ANtigamente hauia quatro generos de legados, dos quaes trata o Emperador no nosso §. presente, & diz, que se fazião com certa solemnidade de palauras. Et primo. erão deixados os legados *per vendicationem*, que era o mesmo que dizer o Testador: *Vendica talem rem, vel habeas talem rem*, & dizendo estas palauras resolutiuas. v.g. *Dou, lego a Titio o meu escraue Sthico; ou Titio tome, tenha, & cobre de meu herdeiro tal cousa.* Neste caso não era necessario esperar a entrega do herdeiro, mas logo passaua ao legatario a posse da cousa legada, que com direito liure a recebia, & passaua a seus successores *in continẽti*, ainda que a herança não estiuesse aceita. Secundo, se deixauão os legados *per damnationem*, quando o Testador condemnaua, & obrigaua ao herdeiro a que désse, ou fizesse algũa cousa, dizendo: *Damnas esto Titio dare centum.* Condemnouos, & obrigouos meu herdeiro, que deis cem mil reis a Titio: & deste modo não sô se podião legar as cousas presentes, mas tambem as futuras. O terceiro modo antigo de deixar os legados, se chamaua, *Sinendi*, quando o Testador pedia, & dizia ao herdeiro, que consentisse que Titio houuesse algũa cousa de seus bẽs. v.g. *Sine Titium habere istum equm.* O quarto, & vltimo modo se chamaua, *per perceptiõnem*,

nem, quando o Testador deixaua a algum de seus herdeiros hũa das principais cousas de sua herança, dizendo: *Mando que Titio meu, ou hum de meus herdeiros possua taes casas, preferindo aos mais.*

Porem estes generos de legados, de que trata o nosso §. forão tirados juntamente com a solemnidade das palauras; de maneira que hoje he somente hũa, & a mesma natureza dos legados, & se podẽ deixar com quaesquer palauras, text. hic, & glos. verbo, *quibuscunq.*, a qual supre o texto dizẽdo, que se entenda *com quaesquer palauras.* i. aptas, & idoneas. E assi se podẽ deixar os legados, por quaesquer palauras sufficientes, pera se colher dellas a vontade do Testador, ou sejão direitas, como se disser: *Mando*, ou obliquas, ou precarias, como, *Rogo, confio, desejo, &c.* l. 1. in principio, C. commun. delegat. E isto procede, ou o Testador refira estas palauras ao mesmo herdeiro, ou ao legatario. v.g. se disser: *Quero que saibais que vos dou cem cruzados.* l. miles, ff. de legat. 2. & não importa saber com quẽ falla o Testador, senão a quem se dirige sua vontade, & tenção. l. cum pater, §. donationis, in fine, ff. de legat. 2. porque, como disse, a solemnidade das palauras está hoje tirada. E se attenta o juizo, & tenção do Testador, l. si quis filium, C. de liber. præterit.

Em segundo lugar notemos neste §. que ao legatario competem tres acçoens pera alcançar a cousa legada: & são estas acçoẽs as seguintes. Primô *Actio personalis ex testamento.* Secũdo, *Reiuendicatio.* Tertio, *Hypothecaria*: as quaes competem depois que o herdeiro aceita a herança: porque sem a adição, & aceitação da herança, *ex testamento*, não se deuem os legados deixados no testamento, por não serem deuidos pello herdeiro escrito, & nomeado, antes de aceitar a herãça, text. in l. eam quam, & l. ex testamento. C. de fideicommiss. nem os herdeiros ab intestato deuem os taes legados, pois não foraõ grauados pera os satisfazer, conforme a regra geral, que as disposiçoẽs do testamẽto saõ nullas, quã do falta a adição, & aceitação da herãça, como as substituiçoẽs, l. 2. §. adeo, ff. de vulg. & pup. subst. porem esta cõclusaõ se limita, que não procede sendo os legados expressamente repetidos pera os successores abintestato. l. dos pera os successores ex testamento, Cod. de fideicommiss. Item, quando for posta a clausula codicillar, de quo latiús Iaf. in d. l. eam quã. Tratemos agora das nossas acçoẽs, & quanto à primeira.

A primeira acção pessoal, que disse, competia ao herdeiro, *ex testamento*, pera alcançar a cousa legada, haueremos de saber, conforme Barth. & os DD. na l. 1. ff. de legat. 1, que se chama pessoal, porq̃ o herdeiro tanto q̃ aceita a herança, fica quasi contratando com os legatarios, & deste quasi contrato nasce obrigação, que produz a acção pessoal. l. licet, §. ea obligatio, ff. de procurat. & competepera os legados. & fideicõmissos, que forão introduzidos a fauor, & em proueito dos legatarios. E ampliase o sobredito, q̃ procede, ou o legado seja deixado no testamento, ou no codicillo: porque entam compete acção vtil, *ex testamẽto*, vt est gloss. in d. l. 2. super verb. *personales*, C. communia de legatis. 2. se amplia, que tem lugar esta acção, *ex testamento*, ainda que o testamento seja roto, & julgado por nullo, pella preterição, & desherdação do filho: no

qual cáso valem os legados, & fideicõmissos, & somente a instituição do herdeiro he nulla. Auth. ex causa, C. de liber. præterit. como se pôde ver julgado no caso, que apontei neste 2 liuro, supra, in tit. de exhçred. liberor onde disse algũas cousas, que aqui servem. Limitase, porem, isto que não procede. Primo, quando o legado não respeita vtilidade de outrem, nem delle resulta mais que somente honra, & authoridade do Testador. v. g. se disser: *Deixo cem mil reis a Titio, pera que me faça hũa estatua, ou hum sepulchro, & Mausoleo insigne, em meu credito, & louuor.* Neste caso não compete a acção *ex testamento*, mas recorrese ao juiz, conforme Barth. & DD. in l. 1. ff. de legat. 1. Secundo, não procede, nẽ tem lugar a acção *ex testamento*, quando o filho instituido não quer ser herdeiro, nem adir, & aceitar a herança *ex testamento*, em frau de dos legatarios; & se succeder abintestato, neste caso tambem os legados valem pello edicto, de que se trata no tit. in ff. si quis omissa causa testamenti abintestato, vel alio modo possideat hæreditatem, & então compete a acção Pretoria *in factum*, & não a pessoal, de quo Iaf. in d. l. 1. n. 108. ff. de leg. 1.

A segunda acção, que he a reiuendicação, que disse competia ao legatario, darei a rezão porque lhe he permittida; & saibamos, que logo, tanto que o Testador morre, desde aquelle dia passa ao legatario *recta via*, o dominio da cousa legada. l. à Titio, in fine, ff. de furtis, & isto pella ficção do direito, confirmada com a adição, & aceitação da herança. l. si nemo, ff. de reg. iuris. E assi aduirtamos, que pera passar o dominio, *ipso iure*, da cousa legada ao legatario, são necessarios algũs requisitos. Primo, quẽ o legado seja deixado em especie certa, ou indiuidua, & não *in genere, vel quantitate*, & que não seja alternatiuo o legado; porque então, pella incerteza não passa o dominio, sem declaração. l. huiusmodi, §. Stbicum, ff. de legat. 1. E isto se entenderá clarissimamente pello discurso da explicação dos §§. seguintes, em que direi destes generos, & especies de legados. Secundo, se requere, que a cousa legada seja do Testador, & não do herdeiro, nem alhea, porque da cousa que não he propria, não passa o dominio, pois o que a dà o não tem, & assi o não pòde trespassar. l. nemo plus iuris, ff. de reg. iuris. O terceiro requisito he, que o legado seja puro, & não condicional; porque o legatario não acquire o dominio da cousa legada, sem que primeiro seja cumprida, & purificada a condição, com que for deixada. l. 5. ff. quando dies leg. ced. de quo latiùs Iaf. in d. l. 1. ff. de legat. 1.

A terceira acção, que se dà aos legatarios, na forma referida, he a hypothecaria. E saibamos, primo, que todos os bens do defuncto saõ tacitamẽte hypothecados ao legatario, pella ley, em quanto o legado não for pago: & regularmente cõpete pello legado generico, & da quantidade. & da cousa alhea, & pello alternatiuo. l. 1. cum ibi notatis. C. cõmunia, de legat. porẽ os bẽs do herdeiro não estão tacitamẽte obrigados pella satisfação dos legados, como nota Barthol. na l. 2. Cod. communia, de legat. quem sequitur Ang. n. 5. hoc tit. vers. non autem hæredis: no qual caso póde intentar o legatario qualquer acção, como declara a glossa hic, sup. verb. *Hypothecaria*, & deue escolher hũa, porque não se ad-

mitte

mittê a cumulaçaõ, quando a ley, pera hum acto, cõcede muitas acçoẽs. l. cũ filius, §. varijs, ff. de legat. 2. E assi quãdo o legado consiste *in genere*, ou *in quantitate*, competem sô duas acçoẽs. s. *ex testamento, & hypothecaria*. E quãdo a cousa legada he alhea. E sendo o legado *in specie*, & a cousa legada for do Testador, entaõ competem todas as tres acçoẽs sobreditas. E consistindo o legado em hum caso, que he quando for legado o liuramento da diuida. v.g. dizendo o Testador: *Lego a Titio o que me deue*, neste caso he vnica a acçaõ *ex testamento*: & excepção com que se liura o deuedor. l. quod mihi, ff. de liberat. legat. De maneira, que quando o legado for de quantidade, em especie. v. g. *Lego a Titio o dinheiro que tenho em tal escritorio*, entaõ compete a reiuendicação. l. plane, §. sed hoc ita, & l. sed & si certos, ff. de legat. 1. E se for o legado *in genere simpliciter*. v.g. *Lego hum boy, ou hum cauallo*, neste caso compete a acçaõ *ex testamento*, ou a hypothecaria, se o tal legado não for de escolha, de q̃ direi no §. optionis, infra, hoc tit. porque entaõ feita a escolha, compete a reiuendicação. l. 2. & 3. ff. de opt. legata. E se o legado for de especie corporal. v. g. de hũas casas, ou campo, sendo do Testador,, competem ao legatario as tres acçoẽs, de que aqui trato, & pòde concorrer a acção pessoal com a real, pera que se entregue actualmente ao legatario a cousa legada. Alex. in l. 1. ff. de legat. 1. n. 31. Simon de Prætis, lib. 5. de interpetrat. vltim. volunt. dubit. 3. à n. 81. & â n. 89. onde refere largamente estas acçoẽs; & competem todas a fauor do legatario, electiua, & não cumulatiuamente. l. 76. §. 3. ff. de legat. 2. De maneira que assi como em odio do ladraõ foraõ introduzidas em direito varias acçoẽs, que se daõ ao senhor da cousa furtada, vt videbimus infra, in tit. de actionib, & in tit. de obligat. quæ ex delicto nascuntur. Do mesmo modo se dão estas acçoẽs a fauor dos legatarios, vt latê, videbimus d. tit. de action. §. actionum.

§. Sed non vsq.

SVMMARIO,

Differenças que hauia antigamente entre o fideicommisso, & o legado; & o que se observa ao presente.

ANtigamente hauia muita differença entre o legado, & fideicommisso, assim no modo, como na forma, & no effeito. Cujac. Duaren. & DD. in l. 1. ff. de legat. 1. Duaren. lib. 2. disput. cap. 9. Petr. Gregor lib. 42. syntag. cap. 32. num. 55. plura Amaya lib. 2. obseru. cap. 3. per totũ. E posto que o Emperador diga, q̃ fez esta combinação entre o fideicõmisso, & o legado, sendo q̃ se pòde prouar dãtes sua semelhança, ex Vlpian. in l. 1. ff. de legat. 1. com tudo o Emperador como compilou o direito, acrescẽtou com sua authoridade, & subtileza esta combinação: *Et Princeps omnia sua facit, quibus authoritatem impartitur*. l. 1. §. 6. C. de veter. iur. enucleand. l. vnic. §. 2. C. de nouo codice faciẽdo. E assi hoje dura a mesma differença no modo, & forma, porque o legado se deixa immediatamente ao legatario, vt *lego Titio centum*: & o fideicommisso se deixa com palauras obliquas, grauando, & encar-

encarregando ao herdeiro que dè, ou restitua algũa cousa. No effeito naõ ha differença, mas em tudo combinaõ os legados, com os fideicommissos, attribuindose o que se diz de hum, a outro, §. noster, & l. 1. ff. legat. 1 & procede esta semelhança, & combinaçaõ.

Primo, quanto ás pessoas que deixão os legados, porque os que podẽ legar, podem tambem fazer fideicommissos, & pello contrario, os que não podem legar, saõ tambem impedidos pera grauar. l. 2. & DD. ff. de legat. 1.

Secundo, quanto ás pessoas, aquẽ saõ deixados os legados, porque aquelles, a quem saõ deixados legados, podem tambem ser deixados fideicõmissos, & pello discurso da explicação do tit. saberemos quem, & a quem se pòde legar.

Tertio, procede esta combinação quanto ás cousas, porque tudo o que pòde ser deixado em legado, se pòde mandar restituir por fideicommisso.

Quarto, no modo de deixar os legados, & fideicommissos, que deuẽ deixarse com palauras idoneas, como veremos ao diante.

Quinto, combinão nas acçoens, porque todas as que se dão pera os legados, competem pera alcançar os fideicommissos, & assi combinão na forma que aqui aponto, & refiro dos legados neste presente titulo, & dos fideicommissos no seu titulo particular, q̃ logo veremos, onde mostraremos as rezoẽs de differenças, alem das que refere Amaya, loco supracitato, porque pera melhor conhecimento de ambas as materias, as tratou o Emperador em diuersos titulos neste liuro, como veremos abaixo tit. 23.

§. Non solum. cum aliquot seqq.

SVMMARIO.

Que cousas podem ser deixadas em legado? 1

E se se pôde legar a cousa albea, & como? 2

Se sabendo, ou ignorando o Testador que a cousa he albea, val o legado, ou não? Referemse as limitaçoens, & ampliaçõẽs. 3

E se val o legado pera causas pias? 4

Legado quando se diz que he pio? 5

Se se deixar hum legado â Igreja de S. Maria, & houuer naquelle lugar muitas do mesmo nome, a qual se deuerá? 6

E se for deixado o legado a hum mosteiro, sem declarar qual? 7

E se se deixar a hũa Igreja? 8

Legado annual se se julgará por perpetuo, ou não? 9

Legado pio deixado pera hum vso, se se pôde conuerter em outro, sem licença? 10

Resumemse os casos, em que se considera o legado pio. 11

A quem pertence prouar, se sabia, ou ignorava o Testador ser a cousa albea, ou sua? 12

NEste §. ensina o Emperador as cousas, que podem ser deixadas em legado. Et primo pòde o Testador legar de seus bens, pois a disposiçaõ da cousa propria, he licita, a quem a sabe gouernar. l. in re mandata, C. mandati. Secundo, pòde o Testa- 3

o Testador legar as cousas do herdeiro instituido no testamento. l. vnum ex familia, §. si rem suam, ff. de legat. 2. porque o Testador, & o herdeiro se reputaõ por hũa mesma pessoa, & está obrigado o herdeiro a cumprir o mãdato, & vontade do Testador: *Idcò res haredis testatoris esse censentur*; notat Cujac. hoc §. E assi não importa que o Testador saiba, ou ignore, se a cousa legada he sua, ou do herdeiro, porque de todo modo val o legado, secund. gloss. in d. L. vnum ex familia. Item, se o Testador legar hũa cousa do herdeiro, em que o mesmo Testador tenha parte, ou direito, val o legado: quoad totam rem. Barth. in l. cum filius, §. dominus, ff. de legat. 2. Tertio, se o Testador deixar em legado a alguem hum campo que não for seu todo, mas que tenha nelle parte, ou direito se se deue ao legatario todo o campo, ou a parte que nelle tinha o Testador somente? E resolutiuamente diz Gom. var. 1. tom. cap. 12. n. 15. que sò se deue ao legatario a parte, que o Testador tinha no campo, & não a parte alhea, nem sua estimaçaõ, text. in l. serui electione, §. final. ff. de legat. 1. & ibi Bart. Quarto, pôde o Testador legar as cousas alheas, & val o legado, se o Testador sabia, que eraõ alheas; porq̃ tem o herdeiro obrigaçaõ de remir, & comprar a cousa alhea, que o Testador legar, & dàla ao legatario. l. cũ rem alienam, C. communia de legat. Este legado da cousa alhea não se faz per vendicaçaõ, mas por damnaçaõ, porque ou o herdeiro deue comprar a cousa alhea, pera a dar ao legatario, ou dar a estimaçaõ, & valor della. l. 10. C. de legat. o que se introduzio a fauor da vltima vontade, & do preceito, & mandato do Testador, ex l. 14. C. de reiuendic. com o que se responde ás duuidas em contrario. Porẽ se o senhor da cousa legada a não quizer vender, ou querendo se não ajustar no preço justo, neste caso pagará o herdeiro ao legatario o valor justo da cousa legada, cõforme a glossa, hoc §. & se entre elles houuer discordia sobre a estimaçaõ, & valor ser mais, ou menos, o juiz declarará o que for justiça, porque lhe he arbitraria esta composiçaõ l. álieno, § sin autem certo, ff. de fideicommiss. libert. Mas aduirtase que dissemos, que valia o legado, se o Testador sabia que a cousa era alhea, porque se o ignoraua, não val o legado. §. non solum hoc tit. & d. l. cum rẽ alienam: porem se o Testador legar a hum seu parente, & pessoa conjuncta com elle, a cousa alhea, neste caso, ou saiba, ou ignore, que he alhea, val o legado; porque tem o parente, & conjuncto a presumpçaõ por si, de que o Testador sempre teue animo de legar, & deixar aquella cousa a seu parente. Ita tenet Gom. 1. tom. var. cap. 12. n. 13. E o mesmo he a fauor da liberdade, q̃ se o Testador legar a liberdade ao escrauo alheo, val o legado, & o herdeiro o deue forrar. l. quidam ita, §. fin. ff. ad Trebell. E tambẽ, se o Testador deixar em legado a cousa a seu criado proprio, val o legado, ou o Testador saiba, ou não, q̃ a cousa he alhea. Item, se deixar o legado a seu amigo muito particular, porque tambem val o legado sem distincçaõ da sciencia, ou ignorancia da cousa ser alhea, ou naõ. text. in l. cum rem alienam, C. de legat, & ibi Paul. de Cast. & Gom. vbi sup. que diz, que o parentesco neste caso se deue computar atẽ o decimo grao, de modo que se o Testador deixar hum legado da cousa alhea

alhea a hum parente no decimo grao, val o legado, ou o Testador saiba, ou ignore que a cousa era alhea, porque aqui se faz o computo dos graos á maneira das successoẽs abintestato arg. text. cum ibi notatis, in §. final. infra, lib. 3. de success. cognatorũ: & in terminis tenent DD. in d. l. cum rem alienam, quos refert Gomes d. cap. 12.
4 n. 13. Item, se o Testador legar *ad pias causas*, tambem val o legado pio, sem distincçaõ, se soube, ou não, que a cousa era alhea. Bal. in repet. l. 1. C. sacrosanct. Eccles. Vltimamente, posto que acima referi no tit. de testam. as noticias bastantes pera se conhecer, se a causa he pia, ou não, aduirtamos os casos seguintes, que declararão mais effectiuamente esta doutrina; & assi diremos.
5 Primô, que será legado pio o que se deixar pera casar donzellas, & orfaãs: *Quia tunc Deo videtur relictum*. Bald in l. post mortem, col. penult. C. de fideicommiss. Aret. in tract. de testam. in gloss. 15. n. 1.

Secundo, se for deixado á Igreja, hospitais, lugares publicos, vt per Are. cin. in gloss. 94. cap. 2. de testamentis, *Quod verum est, etiam si fiat simpliciter, non expresso quod pro anima fiat*. Angel. in Auth. de Episcop. & Cleric. §. si quis, Bald. in l. Illud, Cod. de sacrosanct. Eccles. E acerca disto he questaõ, se hum homem deixar hum legado á Igreja de S. Maria, ou outro qualquer nome, doqual haja outras Igrejas mais
6 naquelle lugar, que se fará neste caso? E dizemos, que se recorre á conjecturas, & em falta dellas se dará á Igreja mais pobre das daquelle nome. Abb. Immol, & Canonistæ, c. indicante, vbi Couar. in n. 2. Capell. Tolos. in dec. 57. n. 8. Mantic. de coniect. lib. 8. tit. 6. n. 6 donde inferem, que deixandose hum legado a hum mosteiro, em duuida, se entenda ao mais pobre, & antes ao das freiras, que dos frades; que as freiras se julgaõ por mais pobres: *Et feminis debet magis subueniri, quàm maribus*. arg. l. quisquis, §. ad filias, Cod. ad leg. Iuliam maiestat. & mais se entẽde *in dubio*, feito legado aos Religiosos mendicantes, que aos não mendicantes. Cyn. in l. cum multæ, de donat. ante nupt. Socin. Sen in l. quæ conditio, §. cum ita, n. 3. ff. condit. & demonstr. 7

E se o Testador, ou defuncto deixar o legado a hũa Igreja sem declarar qual? Entaõ diremos, q̃ se deue a da sua freguesia. Cyn. in d. l. si illud, C. de sacr. Eccles. Barth. in l. quæ conditio, ff. de condit. & demonstrat. E se tiuer duas freguesias, será daquella, onde receber os Sacramentos. Cyn, in d. l. cum multæ. E se for deixado o legado a hũa Igreja, a qual não haja de tal nome em toda a Diocesi? diremos, que se deue á Igreja Cathedral. Ioan. Andr. in addit. ad Specular. in tit. de instrument. edit. *Quia vbi fit mentio de Ecclesia, in dubio venit Ecclesia Cathedralis per excellentiam*. cap. cum Clerici, de verb. significat. 8

Duuidão tambem os Doutores se o legado deixado annualmente, *& sic legatum annum, & in perpetuum*, á Igreja, ou Republica, ou Vniuersidade, que nunca acabão, se se julgará q̃ he perpetuo, ou em quãto durar a Igreja, ou se se ha de restringir atê termo de cem annos, como resolue Barth. in l. annua, §. à Titia, ff. de ann. legat. & in l. si vsusfructus municipibus, ff. de vsufruct legat. Alexand. in l. 3. §. fin. ff. de leg. Falcid. Porem a contraria opinião tem Accurs. Alber. & Cuman. in l. annum, ff. de annu. legat. Dyn. in l. singulos, ff. eodem, & he melhor opi- 9
nião

nião, per text. in l. annuam, & in leg. annuum, in fine, & l. cum quidam, ff. de annu. legat. *Quæ ita generaliter statuerunt, quod legatum annuum Reipublicæ factum, vel relictum perpetuò deberetur.* E se o legado pio deixado pera hum vso, se pòde conuerter em outro, sem licença do Summo Pôtifice? Respondem, que não, ainda que outros tem o contrario, & que basta a do Bispo. Roman. singul. 481. Bartholus. in l. fin. ff. de oper. public. Guid. Pap. decis. 156. & se val o legado pio incerto? diremos que sim, sem embargo da doutrina do §. incertis, hoc titulo, per text. in l. siquis ad declinandam, vbi Bald. & l. nulli, C. de Episcop. & Cleric. Bart. in l. duobus, ff. de reb dubijs.

11 Finalmente diremos, que o legado he pio, se for deixado pera refazer algum caminho publico, ou muro, ponte, ou fonte. glossa, & Doctores in l. 1. ff. ad leg. Falcid. Item, se for deixado pera guarda da cidade. l. penult. Cod. de donat. text. in cap. 1. & 2. de immunitate Eccles. Item, se for deixado pera ornamentos, & mais fabrica da Igreja, cap. final. de testamentis, ou pera sepultura; ou se for deixado a hũa molher de mao viuer, pera que deixe de peccar. Bartol. in l. Imperialis, Cod. de nupt. ou se simplesmẽte deixar hum homem hum legado no testamento, sem declarar a quem, nem porque, se entende, que he feito aos pobres. Ioan. Andr. in addit. ad Specular. vbi sup. Item, se for deixado pera alimentos, l. sicuti, ff. de alimẽt. legat. ou pera remir captuos, ou soltar presos. l. nulli, Cod. de Episcop. Bald. in l. quamuis, ff. soluto matrimonio. Item, será legado pio, conforme a melhor opinião, o que for deixado a algum estudantẽ pera seguir seu estudo. Alex. in l. licet ita stipulatus, ff. de verborum obligat. Bald. in l. 1. ff. de legat. 1. onde Bart. o restringio aos q̃ estudauão a sagrada Theologia, porẽ o mesmo procede nos que estudão os sagrados Canones. Riminald. iun. cõs. 117. num. 13. Doctores in cap. Clerici, de iudic. & nestes casos póde (como disse) ser o legado da cousa alhea, & valer. Vltimamente notemos, que ao legatario importa, & compete prouar se o testador soube, que a cousa era alhea, porque *in dubio*, se presume que cria, que era sua. d. §. non solum, hoc tit. & Gom. vbi sup.

§. Sed si rem obligatam, cum seqq.

SVMMARIO.

Cousas empenhadas se se podem legar, & quẽ as deue desempenhar? se o herdeiro, se o legatario? F

O Testador sendo acreedor póde legar ao deuedor a diuida, ou a espera della. 2

Deuedor se pòde legar ao acreedor a cousa deuida. 3

Legado que o deuedor deixa ao acreedor, se he com animo de se compensar com a diuida, ou não? Distingue se entre os deuedores necessarios, & voluntarios. 4

Propoem se hum caso nos termos da questão sobredita, & mostra se julgado. 5

Ao fiador se se pôde deixar por legado o que deuer pella pessoa por q̃ ficou. 6

Marido se pôde legar o dote â molher, & como? 7

Titulo vigesimo

1 TAmbem as cousas dadas em penhor se podem legar: & pera entẽdimento deste §. que trata dos legados das cousas obrigadas por penhor, notemos duas regras. Prima, que o legado da cousa obrigada por penhor, se o Testador o deixar, sabendo, que a cousa legada estaua empenhada, tem obrigação o herdeiro de a desempenhar, & entregala ao legatario, textus noster hic, & in l. si res, ff. eodem, porque neste caso he o herdeiro grauado pera libertar a cousa obrigada por penhor. E ampliase isto que procede, ou a cousa seja empenhada antes do testamento feito, ou depois; porque indistinctamente deue o herdeiro desempenhar a cousa legada. l. 3. Cod. eodem. Secunda, se amplia, ou o Testador deixe a cousa em legado ao mesmo acreedor, que a tiuer empenhada, ou a outrem qualquer, secundúm Plat. hic. Porem não procede isto, quando o Testador. dispuzer o contrario, porque a sua vontade he Raynha que rege as vltimas disposiçoens. l. in conditionibus, in principio, ff. de condit. & demonstration. E por isto se diz, que as palauras do testamento andaõ em igual passo com as da sentença; & do mesmo modo se entendem hũas, & outras. l. non est mirum, in principio, ff. de pignorat. actione, quam legem adducit Bartholus in l. centesimus, §. vltimo, num. 10. vers. ad hoc facit, ff. de verborum obligation. Alexand. in l. errore, num. 10. Cod. de testamentis, Paulus de Castr. cons. 292. num. 7. col. 2. Mantica de conjectur. vltim. voluntat. libr. 3. tit. 4. num. 17.

Item, procede isto quando for legada algũa cousa particular, que esteja empenhada; porem se for legada hũa cousa vniuersal, verbi gratia, opeculio, se nesta cousa vniuersal se acharem algũas pessas empenhadas, o legatario as deue desempenhar, & não o herdeiro: porque o legado vniuersal sempre passa ao legatario com seu encargo, vt notatur in leg. cum patre, §. mense, ff. de legatis, 2. de quo Iaf. in dicta l. si res, num. 23. donde traz ao caso hum exemplo, & he, que se em hũa terra se obseruar, que por morte de qualquer fregues se dẽ ao Parrocho todos os vestidos do defuncto, se se acharem alguns vestidos empenhados, não tem o herdeiro obrigaçaõ de os desempenhar, senão o Parrocho.

A segunda regra he, que o herdeiro não tem obrigaçaõ de desempenhar a cousa legada, se o Testador ignorou que a cousa estaua empenhada: porque neste caso o mesmo legatario deue remir a cousa empenhada, & nisto combina o legado da cousa alhea, com o da cousa empenhada. textus noster, & in dicta leg. si res. Porem esta regra se limita, que não procede. Primo, quando a cousa empenhada for legada pello Testador a algũ seu parente, ao qual he verosimil q̃ sempre o Testador queria legar pello parentesco, assim como disse acima dos legados da cousa alhea, dicta l. si res, & dicta l. cum alienam, Cod. eodem. Secundo, quando não fica nada de lucro na cousa legada, sendo paga a diuida do empenho, verbi gratia, deixou Titio hũa cadea de ouro em legado a Sempronio, a qual cadea valia vinte & hum mil reis, & estaua empenhada em outro tanto, ou pouco menos, neste caso, ou o Testador saiba, ou ignore, q̃ a cadea estaua empenhada

nhada tem o herdeiro indistinctamen te obrigaçaõ de a remir, & desempenhar, Iaſ. in dicta leg. ſi res obligata, numer. 13. & Alexand. num. 2. Gomes variarum reſolutionũ tom. 2. cap. 12. num. 39. Ainda que outros ſeguem a opiniaõ contraria, mas eſta he muito approuada, aſſi pellos ſobreditos Doutores, como por outros, & varios Expoſitores. Porem ſe o Teſtador legar a couſa propria dolegatario, a qual o mesmo legatario tiuer empenhado a outrem. Neſte caſo indiſtinctamente, ou o Teſtador ſaiba, ou não, deue o herdeiro desempenhala. l. ſi tibi homo. in principio, ff. eodem: porque entaõ lega o Teſtador a remiſſaõ da couſa, pois ella he do legatario. l. proprias, Cod. eodem.

Tambem o Teſtador pòde sendo acreedor, legar a ſeu deuedor a diuida, ou a eſpera della. v. g. diz o Teſtador: *O dinheiro que me deue Titio ſe lhe não peça daqui a dous annos.* Iſto he legar a eſpera da diuida. Item lhe pòde dar o valor della em todo, dizendo: *Lego a Titio tudo o que me deue, & ſe lhe não pedirâ nunca.* §. ſi quis debitori, hoc tit, & tit. in ff. per totum, deliberat. legat. & eſte legado he vtil, não ſó ao deuedor, mas tambem a ſeus herdeiros, & fiador: & pello contrario, o legado de quita ao fiador, não val, nem aproueita ao deuedor principal. l. 2. ff. de liberat. legat.

Septimo, notemos que tambem pòde legar o deuedor ao acreedor a couſa deuida, & val o legado, ſe delle reſultar commodo, & vtilidade ao legatario. §. ex contrario, hoc titulo, aſſi como, ſe a diuida era condicional, ou *in diem*, valerá o legado puro. l. ſi creditori, ff. de legat. 1. & do mesmo modo, ſe era diuida de direito Pretorio, & não efficazmente ciuil, & natural, val o legado. l. Mæuius, & l. debitor. ff. legat. 2. E aſſim quando reſulta proueito ao legatario, val o legado. Exemplo, Prometi a Pedro por contrato de eſtipulaçaõ, vinte mil reis, que lhos daria daqui a hum, ou dous annos. Iſto he diuida *in diem*. Se eu legar eſta diuida, pera que ſe pague logo, ja he lucroſo o legado ao legatario, pois recebe em continenti, oque hauia de receber depois de cumpridos os dous annos: *Nam qui citius obtinet, plus obtinet.* l. ſin autem, 29. ff. de legat. 1. l. ſi creditori, 28. ff. de liberat. legat. l. Mæuius, 66. ff. de legat. 2. Perguntaſe agora em ſegundo lugar, ſe em duuida ſe preſume, que o legado, que o deuedor faz ſimplesmente ao acreedor, he com animo de cõpenſar, ou não? E commummente diſtinguem os Doutores dous caſos. O primeiro he no deuedor voluntario, & conuencional, que deue *ex contractu, vel alio facto*, & neſte não admittem compenſaçaõ, & ſe o deuedor legar ao acreedor algũa quantia, ou ſomma, que iguale a diuida: *nihilominus*, pôde o legatario acreedor cobrar a diuida, & o legado. textus in leg. 1. §. ſciendum, Cod. de rei vxorie actione, vbi Bartholus, & alij: & o meſmo he, ſe o Teſtador legar ao acreedor algũa couſa, que lhe eſteja obrigada, ou hypothecada, porque tambem o acreedor neſte caſo alcança o legado, & de mais a diuida, a que o Teſtador eſtava obrigado. l. creditorem, ff. de legat. 2. vbi Barth. alij, & Gomes d. cap. 12. n. 27.

Titulo vigesimo

O segundo caso, que os Doutores distinguem, he no deuedor necessario, o qual quando lega ao acreedor he com animo de compensar, quando expressamente não dispoem o contrario: & assi se approuou, & julgou na causa de Lisboa de Francisco da Rocha Gralho, contra Antonia Martins Telles, què referirei com mais largueza (*Deo fauente*) no titulo de actionibus; porem não passarei aqui sem propor esta questaõ em termos, & foi que,

5 No testamento com que falleceo Ioaõ Moreira, sogro do ditto Fráciſco da Rocha Author, & marido da ditta Re, declarou que elle hauia dotado somente seis mil cruzados ao Author, posto que na escritura se declarassem outo, & que a segunda filha, que depois de muitos annos casara, lhe dera dez mil cruzados, & que queria, & era contente se igualassem de maneira, que viesse a ser igual o dote.

Destas palauras se vê claramente, que o Testador legou quatro mil cruzados á seu genro, pera o igualar com o outro.

Succedeo, q̃ depois da morte do sogro quiz o ditto genro alcançar alem do legado o resto do dote, & foy a Rê absoluida do pedido pellos fundamentos seguintes.

Porque do facto referido consta, que ainda que se lhe deuera ao ditto Author resto do dotte, não ha duuida que se hauia de compensar o legado dos quatro mil cruzados, com o resto, porque como o defuncto marido da Rè prometesse, & fizesse dote, & a isso estiuesse obrigado por disposiçaõ de direito. l. fin. Cod. de dotis promissione. l. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum; era deuedor necessario, & não voluntario, & assim legando, & deixando o ditto legado dos quatro mil cruzados, era visto querer compensar com o resto do dote promettido; como he texto expresso in leg. huiusmodi, §. cum pater, ff. de legatis, 1. l. si cum dotem, §. si pater, ff. soluto matrimonio, & ibi Barthol. num. 1. post plures dicens communem insignis præceptor communis Barbosa in dicta leg. si cum dotem, §. si pater, numer. 8. vers. 8. principaliter, ex alijs Menochius libro 4. præsumption. 109. numer. 16. & 24. Mantica de conjecturis, lib. 10. tit. 2. num. 5.

E assim he regra geral em todo o deuedor necessario, que quando lega, he com animo de compensar, *Vt cum legat animo compensandi legare, & prælegare videatur*, ad leg. quoniam nouella, Cod. inofficioso testamento, Authentica præterea, Cod. vnde vir. & ex Bartholo, & pluribus, idem Barbosa proximè, numero 2. propè finem, vers. in secundo autem, vbi dicit communem, latè confirmat Menoch. supra à numer. 4. cum seqq. Mantica supra num. 2. vers. quod si debitum.

Nem contra isto se pòde arguir das palauras acima referidas, que o intento, & tençaõ do defuncto parece ser somente de igualar o dote, que fez ao Author, com o que fez à segunda filha, & naõ fazer compensaçaõ, & assim não pôde esta ter lugar, quando elle a naõ pretendeo fazer: porque se occorre facilmente, tanto q̃ declarou, & especificou somẽte querer igualar os ditos dotes, entendẽdo, que se não deuia resto, porque se o cõtrario lhe fora presente, ou o entendera,

dera, mais quizera pagar, & satisfazer o que necessariamente deuesse, do que ampliar voluntariamẽte o dote, grauãdo com dous pagamentos a Rẽ, & seus herdeiros: *Quia nemo in necessitatibus liberalis existit.* dicta l. rem legatam, ff. de adimẽd. legat. & assi esta opinião, & erro, & expressaõ de causa, não póde impedir a disposição de direito, que admitte a compensaçaõ neste caso, como he texto em termos, que falla de semelhante erro, & pretexto do Testador, in l. Titia, 34. §. qui in vita, ff. de legat. 2. considerat elegantèr Barbosa, vbi supra, num. 7. vers. inde colligo.

E assim conuieraõ neste particular, & opinião, absoluendo a Rê do resto, pedido pello Author, confirmando a sentença do juiz do ciuel, os
Decis. 37 doctissimos Dezẽbargadores os Doutores Martim Affonso de Mello, Iorge da Sylua Mascarenhas, Antonio de Sousa de Macedo, & Pedro Paulo de Sousa, que todos conuieraõ no ponto sobredito, anno de 1650. Escriuão Leonardo da Costa Leal meu pay, & veremos no §. fuerat, de actionibus.

Octauo, notemos que tambem ao fiador se póde deixar em legado,
6 aquillo que deuer por outro deuedor, & val este legado, assi a respeito do deuedor, como tambem do acreedor; a respeito do deuedor, porque com esta acçaõ *ex testamento*, póde litigar contra o herdeiro do Testador, pera que pague o legado ao acreedor, & o liure, & desobrigue da fiança, & diuida, & he obrigado o herdeiro a pagar a diuida, sem qũe possa repetir o que pagou ao deuedor principal. textus in l. si fideiussor, ff. de legat. 1. vbi Bald. & Ias. Dec. & alij. E isto, ou o Testador declare que se não possa repetir, ou hão; porque de todo o modo se não póde repetir, conforme a mais verdadeira opiniaõ, vt per Alexand. in gloss. ibi, & Gom. d. cap. 12. num. 28.

E a respeito do acreedor val, porque como quer que o fiador hoje não possa ser obrigado, sem se executar primeiro o deuedor principal, vt in Authentic. præsente, Cod. de fidejussoribus, sendo o legado deixado deste modo, póde, *recta via*, ser demandado. l. si creditori, ff. de legat. 1. & notat Gom. vbi sup.

Nono, póde o marido deixar em legado o dote â molher, & val o tal legado pello cõmodo da exacçaõ; porque pella acçaõ de dote se não póde pedir senão depois do tempo ordenado pella ley, de quo ia l. vnica, C. de rei vxoriæ actione: porem sendo o dote deixado em legado, se pede logo, & se faz pagamento delle, sem nenhũa dilaçaõ, & sem os priuilegios dotais, que saõ muitos, pois a causa do dote he sũmaria, nem he necessario libello, Bald. nouel. in l. 1. n. 463. ff. solut. matrim. nem contestaçaõ de demanda, como diz Asin. in §. 4. cap. 3. cas. 6. & os mais priuilegios, que relata Gail. pract. obseruat. lib. 2. obseruat. 94. in fine, comprehendidos em estes versos, que refere no dito lugar citado,

Non contestata fertur sententia lite
Et mandat pubes, non fit sententia perpes.

Titulo vigesimo

Arbitrium, pœna, pactum, transactio cessat,
Et non iurati testes confessio contra.

De maneira, que até no tempo das ferias se pòde conhecer da causa de dote, como distingue, & aponta Barbosa p. 1. l. 1. ff, soluto matrimonio, n. 43.

Porem, quando o marido deixa em legado o dote à molher, o alcança logo sem hauer priuilegio, nem detença algũa. l. 1. §. verum est commodũ, ff. de dot. prælegat. & ibi Bart. E sendo caso que o marido não haja recebido dote, & não o tenha, val o legado como meramente gratuito, com tanto que nelle se declare certa quantia, ou se refira o marido ao instrumento dotal, em que confessou receber o dote, que na verdade não recebeo, neste caso, quando o marido legar à molher o dote que lhe prometerão, & na verdade o não recebeo, val o legado, porque a molher alcança com elle a liberdade da promessa do dote, que o não podẽ pedir os herdeiros do marido. l. 1. §. adeo, ff. de dote prælegata. E no tit. de verborum obligat. §. sub conditione, trato dos legados condicionais, & digo, se o marido deixar o legado à molher, com condição, que fique viuua, se o alcançará, casando segunda vez, & digo, que sim, com muitos DD. na l. si quis hæredem. C. de instit. & substit. E tambem quando for deixado a hũa filha pera que case, se o alcançará sendo freira; & prouo que sim, & outros muitos casos, com varios exemplos.

Decimo loco notemos, q̃ tambẽ se podẽ deixar em legado as cousas, q̃ de presente não sã̃ nada, porẽ espera se dellas o futuro successo, como sã̃ os fructos, q̃ houuerẽ de nascer de taes aruores, os partos das ouelhas, & dos mais animais que possuimos, & cousas semelhantes, que se podem legar, porque commũmente saõ infalliueis. §. ca quoq; hoc tit. & l. quod in rerum, 24. ff. de legat. 1.

Vndecimo, se podem deixar em legado os bens da Vniuersidade (que ja disse o que era no tit. 1. deste liuro 2. que explicamos ao presente) & da conjunçaõ, *legũ, aut hominus, re, aut verbis*, quando se legar algũa cousa mesma a duas pessoas, cõforme a doutrina do §. si eadem res hoc tit. tenho tratado no liuro latino, & nestes hey de fazer menção de sua materia no tit. de actionib. pera onde reseruei tratar do direito de accrescer.

§. *Si generaliter.*

SVMMARIO,

Resume se a materia deste §. em tres questoẽs. 1

Legado deixado genericamente, se val? distingue se entre os modos de generos que ha, & com isso se responde a muitos textos. 2

Valendo o legado in genere, cuja ha de ser a escolha? 3

E que especie se ha de escolher? 4

PEra entendimento deste §. notemos (conforme Barth. Paul. de Castr. na l. legato generaliter, ff. eodem, 1.) tres cousas principais. Prima, se val o legado deixado in genere? Secunda, se valer o legado, cuja ha de ser a escolha? Tertia, que especie se ha de escolher? 1

Quanto

Quanto à primeira questaõ saiba
1 mos, que a palaura, *genero*, se recebe, & entende por varios modos; porque ha genero generalissimo, q̃ he aquelle que não conhece superior, & não tem outro predicauel sobre si v.g. *ens, res*; a cousa, & a entidade. Outro genero se chama, *subalterno*, que he mais inferior, porque se contem debaixo do genero generalissimo, & consta de varias differenças em especie. v.g. o corpo, o animal, &c. O terceiro genero se chama inferior, que consta de varias differenças em numero, a este chamão os Dialecticos, *especie*, assi como o homem, o boy, o cauallo, &c. Supposto isto, quando se perguntar, se val o legado *in genere*? distinguiremos na forma sobredita. Se o legado for deixado *in genere generalissimo, aut subalterno*. v.g. se o Testador disser: *Deixo a Titio hum animal*, não val o legado, pella incerteza: & porque seria cousa de risoo tal legado, pois delle ficaua liure o herdeiro com dar hũa mosca, como diz a glossa in d.l. legato generaliter. E se o legado for deixado *in genere inferiori, & sic in specie*, tambem se distingue. Primo, ou contem em si cousa indiuidua, que tem certos, & determinados fins por natureza, v.g. deixando o Testador em legado hum escrauo, ou cauallo: neste caso indistinctamente val o legado, sem consideraçaõ, se o Testador tem em seu patrimonio o tal escrauo, ou cauallo, ou naõ; porque de todo o modo val o legado, secund. gloss. & DD. in d.l. legato generaliter. Secundo, ou contem em si cousa indiuidua, que naõ tem certos fins, por natureza, mas que se constitue por facto, & obra dos homẽs, como hũas casas, que podem ser diuididas em paredes, & em aposentos; & neste caso distinguem os Doutorẽs, & o Iurisconsulto na l. domus, ff. de legat. 1. Ou o Testador tem em seu patrimonio as taes casas, & valerá o legado, ou naõ tem casas, & naõ val como deriſorio, pella incerteza. d.l. si domus. O que limitaõ os DD. que procede sendo legadas as casas; porem se for legada a habitaçaõ v.g. se disser o Testador: *Deixo a Titio casas em que more, & sua habitaçaõ em que viuer*. Neste caso, ainda q̃ o Testador não tenha casas em seu patrimonio, nem por isso o legado he vicioso, & nullo, porque deue o herdeiro dar habitaçaõ ao legatario, conforme sua qualidade, ou dinheiro pera alugar casas em que habite, & more. arg. l. legatis, ff. de aliment. & cibar. legat. & esta opiniaõ tem muitos DD. dizendo, que acontece muitas vezes isto ás molheres, a quem frequentemente se deixaem legado a habitaçaõ, & casas pera morarem, secund. Castr. in d.l. si domus. Tertio, ou contem cousa indiuidua, que naõ tem certos fins por natureza, mas sò depende do destino, & affeito do homem. v.g. legando o Testador hum campo, sem declarar qual; porque qualquer parte do campo se pòde chamar campo, se seu dono assi o quizer, & puzer em seu animo. l. locus, ff. de verbor. significat. & neste caso a nossa glossa hic, super verb. *electio*, in fine, & in d.l. legato generaliter, diz, que indistinctamente naõ val o legado, ou o Testador tenha o campo em seu patrimonio, ou naõ, pello texto na l. cum post, §. genere, ff. de iure dotium, que falla indistinctamente, & tambem por ser o tal legado deriſorio; porque dando o herdeiro hũ torraõ de terra, se liuraua, pois como disse, o campo se constitue conforme o juizo, & destino do homem, que a hũ

palmo de chaõ pòde chamar campo, & esta he a opinião de Barth. in d. l. si domus, & in l. ita stipulatus, in principio, ff. de verbor. obligat. Porem Iaf. na d. l. si domus, n. 27. tem a contraria opinião, dizendo, que a mais commua he fazer se a distincçaõ no legado do campo *in genere*, á maneira do legado dacasa *in genere*, que disse acima. De modo que se o Testador tiuer campos em seu patrimonio, val o legado, aliàs não: porque supposto que disse, que o campo se constitue sò com a vontade de seu dono, com tudo tambem se requere facto, & obra de alguem: porque assi como de hũa parede se fazem duas, diuidindoa pello meyo, assi o campo se diuide em regioẽs, & geiras, não só com o destino, mas cõ marcos, & balizas: & se concedermos, que com o destino somente se fazem os cãpos, se responde, que isso poderá fazer o Testador, & não o herdeiro, o qual naõ pòde fazer nada em detrimento da condiçaõ do legatario. d. l. certa, §. 1. & l. seq. ff. eodem 1. Donde se nota, que nem o herdeiro póde dar o cãpo em differente forma do que a que tinha no patrimonio do Testador, & assi se resolue que tendo o Testador campos, quando lega na forma sobredita, se entende, que deixa ao legatario hum de seus campos, de quo Iaf. post alios in d. l. si domus, n. 27.

§ Quanto á segunda questaõ: que propuz no principio deste §. que he, se valer o legado, cuja ha de ser a escolha? Notemos, conforme Barth. & os DD. na d. l. legato generaliter, q̃ neste caso se deuem attentar as palauras do Testador executiuas, a quem se dirigẽ: porque sendo direitas ao herdeiro, elle terà a escolha, v. g. se o Testador disser: *Meu herdeiro serâ obrigado a dar a Titio hum dos meus caualos*, então hẽ a eleiçaõ, & escolha do herdeiro: porẽ se as palauras se dirigem ao legatario, serâ sua a escolha. v. g. dizendo o Testador: *Titio tome hum caualo dos meus*, neste caso he a escolha do legatario, conforme Barth. & os DD. na d. l. legato generaliter. Mas se a cousa estiuer em duuida, de modo que não conste claramente das palauras do Testador, a quem se ha de dar a escolha? Neste caso se a cousa legada *in genere*, tiuer certos, & determinados fins por natureza, se distinguirà: ou o Testador deixou em seu patrimonio a cousa, & he então a escolha do legatario, conforme a gloss. in d. l. legato generaliter, & in §. nostro, ou não deixou as taes cousas em seu patrimonio, & he a escolha do herdeiro, secundum gloss. in l. huiusmodi. §. si cui, ff. eodẽ 1. & he a rezaõ, porque quando o Testador lega hum caualo, ou cousa semelhante, que naõ tem em seus bens, naõ se julga que dà a escolha ao legatario, porque das cousas alheas, naõ se concede a eleiçaõ, vt notatur in l. serui electione, in principio, iuncta gloss. super verb. *possumus*, ff. eodem, 1. E se a cousa for tal, que naõ tenha certos fins por natureza, mas por facto, & obra dos homẽs, como hũas casas, hũ campo, &c. neste caso (sendo o legado *in genere*, & naõ constando nada das palauras do Testador, a quem se dirigem) se o Testador tiuer em seus bens as taes casas, val o legado, & he a escolha do herdeiro, d. l. si domus, & d. l. legato generaliter. O que procede quando o Testador legar algũa cousa incerta, de cousas incertas. v. g. deixando *in genere* hum caualo, & dizẽdo: *Deixo a Titio hum escrauo*, sem dizer, *dos meus escrauos*. E assi distingue a nossa

a noſſa gloſſa ; & ſe diſſer: *Deixo hum dos meus eſcrauos*, & fallar de couſa certa, he entaõ a escolha do herdeiro; & não fallando de certa, ſe dà a eleiçaõ ao legatario, gloſſ. & DD. in d.l. legato generaliter. E aſſi quando ſe diz, que a escolha he do legatario, ſendo que conforme dizemos no §. ſi quis agẽs, infra, de actionib. a eleiçaõ he do deuedor pera pagar, & naõ do acreedor pera pedir, ſe entende q̃ neſte caſo do noſſo §. he especial a doutrina, a fauor das vltimas vontades, ainda que aliás ſeja outra couſa nas obrigaçoẽs, & cõtratos: & naõ obſta tambem o text. na d.l. ſi domus, 74. ff. de legat. 1. em cujos termos ſendo legada hũa caſa *in genere*, ſe dà a escolha ao herdeiro, & não ao legatario: porque naquelle texto tratou o Teſtador de hũa couſa certa, ainda que nãõ conſtou de qual. E aſſi naõ legou *in genere*, vt notat Myn ſing. & dicemus latè.

Reſta na terceira queſtaõ ſaber, q̃ especie ſe ha de escolher? & breuemẽte ſe responde, que tanto que eſtiuer aueriguado a quem ſe deue a escolha, ſe buſca a especie mais mediocre, & eſſa ſe escolhe, conforme Paul. de Caſtro na d.l. legato generaliter; & naõ ſe achando a tal especie, ſe escolhe a mi nima couſa, conforme a gloſſ. na d.l. legato, o que procede nas eſpecies legadas; porem quando ſe deixa o legado em quantidade, & quantia grande, ſe escolhe o que for menos, & o minimo. l. nũmis, ff. eodem, com o que demos fim por agora ás noſſas queſtoẽs.

4

§. *Optionis legatum.*

SVMMARIO.

1 *Teſtador pôde legar a eſcolha de ſeus bẽs, & mandar ao legatario que faça eleiçaõ. v. g. dizendo: Deixo a Titio hum dos meus eſcrauos, q̃ elle eſcolher à qual quizer. E eſte legado antigamente era condicional. ſ. ſe o legatario escolheſſe em ſua vida, valia, ſe naõ escolhia, naõ paſſaua aos herdeiros: porem iſto eſtá hoje emẽdado pella noua conſtituiçaõ da l. fin. C. cõmunia de legatis, pella qual ſe concede a escolha ao herdeiro do legatario, ſe elle em ſua vida naõ eleger. O que procede: ſe o tal legado naõ tiuer expreſſa condiçaõ de escolha. ſ. ſe o Teſtador diſſer: Deixo a Titio hum dos meus eſcrauos, com condiçaõ, que elle o eſcolhera. Neſte caſo ſe deue cumprir, & purificar a condiçaõ pera valer o legado. Porem podeſe duuidar, que proueito reſulta deſta eſcolha, á differença do ſobredito? E reſpondeſe, que no legado *in genere*, ſe escolhe a couſa mediocre. d.l. legato generaliter; mas quãdo a escolha he legada expreſſamente, póde o legatario escolher a melhor couſa que houuer nas que lhe derem a escolher, gloſſ. in d.l. fin. §. 1. ſup. verb. *ex ſeruis*, C. cõmunia, de legat. Bald. & D. Iaſ. in d.l. legato generaliter.*

2 *Em que differe eſta eſcolha da ſobredita?*

3 *Como ſe reſolue a duuida, quando eſcolhem muitos?*

1 ACerca deſte §. notemos, q̃ o Teſtador põde legar a eſcolha de ſeus bẽs, & mandar ao legatario que faça eleiçaõ. v. g. dizendo: *Deixo a Titio hum dos meus eſcrauos, q̃ elle eſcolher à qual quizer.* E eſte legado antigamente era condicional. ſ. ſe o legatario escolheſſe em ſua vida, valia, ſe naõ escolhia, naõ paſſaua aos herdeiros: porem iſto eſtá hoje emẽdado pella noua conſtituiçaõ da l. fin. C. cõmunia de legatis, pella qual ſe concede a escolha ao herdeiro do legatario, ſe elle em ſua vida naõ eleger. O que procede: ſe o tal legado naõ tiuer expreſſa condiçaõ de escolha. ſ. ſe o Teſtador diſſer: *Deixo a Titio hum dos meus eſcrauos, com condiçaõ, que elle o eſcolhera.* Neſte caſo ſe deue cumprir, & purificar a condiçaõ pera valer o legado. Porem podeſe duuidar, que proueito reſulta deſta eſcolha, á differença do ſobredito? E reſpondeſe, que no legado *in genere*, ſe escolhe a couſa mediocre. d.l. legato generaliter; mas quãdo a escolha he legada expreſſamente, póde o legatario escolher a melhor couſa que houuer nas que lhe derem a escolher, gloſſ. in d.l. fin. §. 1. ſup. verb. *ex ſeruis*, C. cõmunia, de legat. Bald. & D. Iaſ. in d.l. legato generaliter.

3 Vltimamente notemos, que quando a escolha de hũ escrauo, ou de outra couſa legada, he dada a muitos. v. g. porque o Teſtador deixou muitos herdeiros, & ha entre elles contenda acerca da escolha; neſte caſo recorre-se ao

juiz

juiz,quẽ dirimẽ,& resolue a discordia com sorte, lançando as partes sortes, & com ellas se auerigua a melhoria. textus noster hic,& in d.l.fin.in princ. C.communia de legat. & se a duuida for sobre facto, que o Reo negar, deue se prouar o facto.l. actor. Cod.de probat. E se for sobre direito, & põto substãcial se guardarà a disposiçaõ das leys.l.maiorem, ff. de pactis.

§. *Legari autem.*

SVMMARIO,

1 *A que pessoas se pôde deixar o legado?*

2 *Aos filhos incestuosos se se pòde deixar legado, & por via de alimẽtos, se lhe póde legar?*

3 *Molher que casa no anno luctuoso, não podia ser legataria, & se estão hoje tiradas estas penas?*

1 AT èqui declarou o Emperador as cousas, que se podiaõ deixar em legados; agora trata das pessoas, a quem podem ser deixados. E saibamos, que todos aquelles, que podem por direito fazer testamẽto (*& habent factionem testamenti activam*) podem tambem deixar legados; & em consequencia aquelles,que licitamente podem ser instituidos por herdeiros (*& habent testamenti factionem passivam*) se lhes pòde deixar legados l.2.ff.legat.1.E assi vendo o que explequei acima no titul. quibus non est permissum facere testamentum, veremos quaes deuem ser os legatarios, & os que o naõ podem ser,& o mais q̃ahi referi,& no tit.de hæred.instituẽd.E naõ obsta o texto na l.seruos ad custodiã,vers.ad custodiã,19.ff.de alimẽtis, &cibar.leg. com q̃ se proua,q̃póde ser deixado legado ao escrauo proprio,& cõ tudo elle não pode testar,porque se responde, q̃ o tal legado he de alimentos,que saõ de direito natural,& se podem legar.arg.l.17.de pænis, & o texto na ley si deportati.7.ff.de legat. 3. com que se proua tambem poderse legar aos escrauos dos degradados,porque neste caso val o legado , *quasi ex persona fisci*, porque o escrauo do degradado he como do fisco. Acerca do que notemos,que diz a glossa,que aos filhos incestuosos(que saõos nascidos de parentes por sangue,ou affinidade) se naõ pòde deixar legado,o que se amplia de modo,que nẽ *inter vivos*, lhes pòde o pay dar nada, nem deixarlho, porque se deixar algũa cousa ao filho incestuoso,se applica aos que succedẽ abintestato. E tanto assi, que se lhes deixar algũa cousa por terceira pessoa em fraude dos legitimos successores, se applica ao fisco o que lhe deixaua, secund.Barth in l.Lucius, §. final. ff. eodem,& text in Authent. ex complexu, C.de incest. & nefar.nupt. porem limitase isto demodo,que procede.Primo.se o pay deixar o legado, porque o estranho,ou o auo bem lho pòde deixar,secund.Plat.& Angel. post gloss. in §. final. super verb. *participanda*, in Authent.quibus modis naturales efficiantur sui. Secundo, quanto aos alimẽtos não procede.porq̃ o pai pòde legar alimẽtos aos filhos incestuosos,como he opiniaõ cõmua dos Doutores, per textum,in cap. cum haberet, ext. de eo,qui duxit eam,quã prius polluit, como apontei julgado no 2.tit. do 1. liuro,de iure naturali gent. & ciuil.

2

Vltima

Vltimamente acerca do noſſo §. notemos, que entre as peſſoas, que a gloſſa refere por incapazes de legado he a molher que caſa no anno primeiro depois da morte de ſeu marido, ao qual anno ſe chama em direito, triſte, & luctuoſo (*poſt annum luctus*) porẽ iſto eſtà hoje emendado pello direito Diuino, & Canonico, pello qual a molher pòde caſar *in continenti*, depois da morte do marido, per text. in capit. pen. & final. ext. de ſecundis nuptijs. Donde vem a pergunta, ſe as penas, que o direito ciuil poem às molheres que caſaõ ſegunda vez no anno luctuoſo, eſtaõ tiradas? E commũmẽte ſe reſpõde com eſta diſtincçaõ, que a pena poſta a eſta preſſa de caſar, era de infamia, & eſta tirou o direito Canonico. E tambem a outra, que era a priuaçaõ da herança, & legados, que ſe não podiaõ deixar a eſtas viuuas apreſſadas, vt habetur in l. 1. & 2. C. de ſec. nupt. Porem as penas que eſtão poſtas às molheres que caſaõ no anno de lucto, ſe obſeruaõ hoje, as que não ſaõ em odio do matrimonio, mas a fauor dos filhos do primeiro marido. E aſſi os lucros do primeiro matrimonio que teue a molher que caſou ſegunda vez (dentro do dito anno) he obrigada aos reſeruar pera os filhos do primeiro matrimonio, como mais largamente ſe põde ver deſtas penas na ley fæminæ, & in l. hac edictali, & in Authent. ĩſdem pœnis, C. de ſecund. nupt. & Abb. in cap. poſt alios, & in d. cap. fin. ext. de ſecund. nupt. & dicemus in §. fuerat, de actionib.

§. Incertus vero.

SVMMARIO.

1 *Incerteza da couſa legada, ou legado incerto, por rezão da peſſoa, por quem ſe deixa, ou deixado a peſſoa incerta, como ſe conſidera, & ſe val?*

Legado deixado a peſſoa incerta ſendo pago pello herdeiro, ſe o pòde repetir? 3

Ao poſthumo ſe ſe pòde deixar legado? 4

Tutor incerto, ainda que depois ſe certifique, ſe valerà a nomeaçaõ?

1 ESte §. combina muito com o ſeguinte, & aſſi direi deile só o q̃ conuẽ, & peramelhor entendimẽto de tudo, diſtinguamos tres caſos principais: porque o direito antigo ſe emenda em algũas couſas acerca da incerteza da peſſoa do legatario; & vindo ás diſtincçoẽs, ſaibamos primeiro, ſe ſe tratar da incerteza da couſa legada, dirſeha o que expliquei, & reſpondemos acima no §. ſi generaliter. E ſe tratarmos do legado incerto, por rezão da peſſoa por quẽ ſe deixa. ſ. ſe ſe não ſouber quem ha de pagar o legado. Eſta incerteza não vicia o legado porque ſe entende, que ao herdeiro foi poſto o encargo de o pagar. gloſſ. ſuper verb. *ad heredis onus*, in princip. l. Marcellus, 3. ff. ad Senatusconſ. Trebell. E ſe ſe tratar do legado deixado a peſſoa incerta? Eſte legado, de direito antigo não valia, de modo que nẽ a liberdade ſe podia deixar a peſſoa incerta, nem dar ſe, vt in §. libertas, o q̃ hoje eſtá emendado, vt per Bald. in l. id quod pauperibus. 24. C. de Epiſc. & Cleric. & Barth. in l. quidam relictus, 5. ff. de rebus dubijs, & outros DD. que poem eſta regra. l. que a incerteza por rezão da peſſoa do legatario vicia

vicia o legado; quando o Testador não declarou nenhum nome do legatario, v.g. dizendo: *Lego cem cruzados*, sem dizer a quem. l. Paulus respondit, 4. ff. de rebus dubijs. Tem esta regra, porem, algũas fallencias. Prima, quãdo *à principio* he incerta a pessoa do legatario, mas depois por futuro cõtingente se conhece. v. g. se o Testador disser: *Aquelle que casar cõ minha filha, darà meu herdeiro mil cruzados*. Este legado, ainda que antigamente não valia, hoje com tudo he deuido, & val, §. sed nec huiusmodi, hoc tit. & l. quidã relegatus, 5. ff. de rebus dubijs. Porẽ quando totalmente a pessoa do legatario he incerta, não val o legado, nem hoje, nem nunca, secund. Barth. & alij in d. l. quidam relegatus. Secunda, quãdo o legado se deixa à pessoa incerta de pessoas certas. v. g. quando o Testador disser: *De todos os meus parentes, que ao presente sãõ viuos, âquelle q̃ casar com minha filha, lhe dar à meu herdeiro cem mil reis*. Este legado val, & antigamente tambẽ valia, vt hic vers. *sub certa*. Tertia, quando o nome do legatario se declara; porem ha duuida sobre qual delles seja, porque ha muitos do mesmo nome. Neste caso o legado em substancia val, & pertence ao legatario, pella incerteza, o mostrar, & prouar que elle he a quem o Testador quis deixar o legado; & póde o herdeiro pagalo àquelle que quizer agradar. l. si quis seruum, 8. §. si inter duos, ff. de legat. 2. Quarta, quando o legado he deixado aos pobres, ou aos captiuos, val a fauor da piedade. l. id quod pauperibus, 24. & l. si quis ad declinandã, 49. C. de Episcop. & Cleric. Alem destes casos, a incerteza do legatario sempre vicia o legado, & os sobreditos sãõ os que se tiraõ desta regra, como referi: porem se o legado deixado a pessoa incerta for pago pello herdeiro, & cumprido, não póde repetir, como cousa não deuida. text. hic in vers. incertis autem. E a rezão he porque o tal legado se deue naturalmente, pella vontade do defuncto, ainda que ciuilmente se não deua, por não assistir a disposição da ley à dita vontade, como veremos no tit. quibus modis re contrahitur obligatio, do 3. liuro, onde trato como, & quando se póde repetir, ou não, o que se pagou, sem ser deuido. §. is quoque.

Acerca do §. posthumo, notemos q̃ ainda q̃ antigamẽte se instituisse regramente por herdeiro o posthumo alheo, de q̃ dissemos no tit. de ex hæredat. liberor. não se lhe podia deixar legado; mas tambem isto está hoje emẽdado, como consta do §. sed nec huiusmodi, onde o Emperador se refere à constituição, in C. qnæ non habentur, de que diremos no tit. de bonor. q̃ possess. Vltimamente notemos acerca do §. tutor, que ainda que o legado deixado a pessoa incerta, valha, sendo a pessoa declarada com o acontecimẽto futuro, como disse acima; com tudo o Tutor não póde ser incerto, ainque depois se certifique, porque a tutoria he de mais prejuizo, que o legado, donde se o Testador disser: *Nomeo por Tutor de meus filhos o primeiro homem que vier de França*; esta tutoria incerta não val, porque ainda que venha o homem, póde ser incapaz de ser Tutor. gloss. in l. si quis à filio, 32. §. si quis plures, ff. de legat. 1.

§. *Siquidem in nomine.*

SVMMARIO.

1 *Erro do nome, ou ſobrenome do legatario ſe vicia o legado?*

2 *Refere ſe julgado quando não vicia o legado o erro do nome do legatario, quando conſta da peſſoa.*

3 *Falſa demonſtração quando vicia o legado?*

5 NEſte §. ſe trata do erro do nome do legatario, ou do herdeiro, & não do nome da couſa legada, de que falla o text. na l. 4. ff. eodem. E aſſi hauemos notar, que o erro do nome, ou ſobrenome do legatario não vicia o legado. quando conſta da peſſoa a que he deixado: porque conforme a direito, o erro do nome do herdeiro inſtituido, quando cõſta da peſſoa certa, não vicia a inſtituiçaõ. E a rezaõ he: *Quia nomina ſignificandorum hominum gratia comperta ſunt, qui ſi alio quodlibet modo intelligantur, nihil intereſt.* Como he texto expreſſo na ley ſi in nomine, Cod. de teſtamentis, Mantica de coniectur. lib. 4 tit. 7. à n. 1. cùm ſeqq.

E quando o Teſtador erra no parentesco, & cauſa final da inſtituiçaõ, como falte a tençaõ do Teſtador fica viciosa a inſtituiçaõ; porem quando erra naquella calidade que induz cauſa final, como he o nome, ou outra ſemelhante, he valida a inſtituiçaõ, & neſte caſo procede a reſoluçaõ da ſobredita ley, falſa demõſtratio, in principio, ff. de condit. & demonſtrat. cum multis Mantica dicto lib. 4. tit. 7. num. 16.

E aſſi ſe julgou na cauſa da Suppliçaõ da cidade do Porto (cuja ſentença foi cõfirmada no ſupremo Senado da caſa da Supplicaçaõ deſta Corte) pellos doctiſſimos Dezembargadores os DD. Ioaõ de Brito Caldeira, & Ioſeph Mẽdes Sallas, Relator na ſentença ſeguinte (na cauſa de Aueiro de Ioaõ Andre com Clara dos Sanctos, onde dispondo o Teſtador de palaura, deixou a terça a hum ſeu ſobrinho; & poſto que lhe errou o nome, por outras demonſtraçoens, na forma referida, ſe julgou por valida a diſpoſiçaõ.

Deciſ. 38

Acordaõ os do Dezẽbargo, &c. Não he bẽ julgado pello juiz, & Ouuidor em declararem por nullo o teſtamento de que ſe trata, & os embargos por não prouados, reuogaõ ſuas ſentenças, viſtos os autos, & como ſe moſtra por elles, que o defuncto Antonio Lopes eſtando enfermo da doença de que morreo, fez ſeu teſtamento de palaura, em o qual diſpoz ſomente da terça, tendo deſcendentes, a qual terça deixou a ſeu ſobrinho, & que ſuppoſto que na diſpoſiçaõ da dita terça erraſſe o Teſtador o nome do appellante, com tudo por outras demonſtraçoẽs conſta baſtantemente ſer o appellante a peſſoa, a quem o Teſtador a quiz deixar, nos quaes

termos he valido o testamento, & se deue o legado ao appellante, hão por prouados os embargos do embargante, & reuogão a sentença embargada, porque se julgou pertencer a terça a Manoel Rodrigues, & declarão pertencer a dita terça ao appellante, & condemnão á appellada nas custas dos autos de ambas as instancias. Porto 26. de Ianeiro de 1651. Salas. Brito.

E esta sentença se confirmou no supremo Senado desta Corte pellos doctissimos Dezembargadores os Doutores Pedro Paulo de Sousa, & Luis Delgado de Abreu. Escriuão Lourenço de Barros de Andrada, & por exemplo veyo ao dito Cartorio, de modo que o erro do nome não vicia o legado, quando consta da pessoa, como dissemos, & a demonstraçaõ, posto q̃ sendo falsa, vicie o legado, ex l. 72. ff. de condit. & demonstrat. l. si sic legatum, §. si mihi, ff. de legat. 1. Isto procede quando a cousa era nenhũa, & não pella demõstração, senão porque totalmente não houue, & foy defectuosa a cousa legada. *Igitur falsa demonstratio rei indeterminatæ non valet, determinatæ valet.* Iatè Gomes tomo 1. vltim. volunt. cap. 12. n. 74. vers. intellige.

§. *Longe magis.*

SVMMARIO,

1 *Falsa causa quando vicia o legado, ou não?*

2 *Legado condicional, ou modal como se considera?*

3 PEra entendimento deste §. hauemos notar, q̃ quando o legado se deixar com algũa causa, ainda que falsa, he valido o legado. v.g. se o Testador disser: *Deixo a Pedro cem mil reis, porque com seu patrocinio fuy liure de hum crime capital.* Neste caso, ainda que Pedro nunca désse tal patrocinio, nem liurasse o Testador, he valido o legado, *licet falsa causa adiecta sit*, textus noster, & in l. demonstratio, ff. de condition. & demonstrat. Porem quando o legado se deixa debaixo de condiçaõ, faltando ella, não val o legado. verbi gratia: *Se Pedro fizer os meus negocios, eu lhe deixo cem mil reis.* E do mesmo modo quando o legado he deixado, não debaixo de cõdiçaõ, mas por hum estylo mais modal, que condicional. v.g. *Deixo cem mil reis a Pedro, pera que faça tal diligencia*, este legado não se pôde pedir, sem primeiro ser feita a dita cousa, & purificado o modo com que foy deixado o legado. l. demonstratio, in fine: *aut legatarius caueat se facturum quod defunctus voluit.* l. si tibi legatũ, 19. ff. eodem. E ainda que se diga que o legado condicional se parece, & cõbina com o modal, porque faltando a condiçaõ, falta o legado, & assi faltando o modo, se vicia tambem: com tudo differençaõse de dous modos. Primo, porque a condiçaõ suspende a obrigaçaõ. De modo que o que se deixa condicionalmente não se póde pedir antes do cumprimẽto da condiçaõ l. legata sub conditione, 41. ff. condit. & de-

& demonstrat. Porem o modo não sus pende a obrigaçaõ, & por isso o lega. do modal se pòde pedir logo, ainda que seu effeito se impida. dicta l. si ti- bi legatum: *Nisi legatarius caueat de modo implendo.* Secundo, o legado condicional passa aos herdeiros do le- gatario, quando morre o legatario, antes de ser purificada a condiçaõ. l. vnica, §. sin autem aliquid, 7. Cod. de cad. tollendis. E o legado modal não impede a trespassaçaõ, vt Plato hoc §. refert latissimè num. 32. como veremos no titulo de verborum obli- gation. §. sub conditione, onde tra- to de todas as condiçoẽs, & modos, & mostroquaes se podẽ pòr nos legados, & vltimas vontades, & da cauçaõ Mu- ciana, com graues decisoens, & exem plos, como breuemente se verà.

§. *An seruo.*

SVMMARIO.

1 *Ao escrauo do herdeiro se se pòde deixar legado?*

2 *A regra Catoniana se procede nos legados condicionais deixados ao escrauo do herdeiro?*

1 TRata o Emperador outra vez das pessoas a quẽ se podẽ dei- xar os legados: & não ha duui da, que ao escrauo pòde ser deixado o legado pera o acquirir a seu senhor, per ea, quæ notantur in §. legari, sup. eodem. Porem o que aqui se propoem neste §. he, se for deixado hum legado ao escrauo do herdeiro, se pò de ser, & se acquire o legado a seu senhor? E determina o Emperador, que não: *Quia tale legatum cedit â mor te testatoris.* l. vnica, §. cum igitur, C. de caduc. tollend. *Et quidquid acqui- rit seruus domino acquirit.* §. item vo- bis, sup. per quas personas nob. E assi não valeria o legado, porque sendo o mesmo o herdeiro que o legatario, he contra o direito, que naõ permite o- brigar se ninguem a si mesmo, & fazer diuida a sua mesma pessoa, como ve- remos no tit. de obligationibus, & no §. sic itaque, de actionibus. O que procede, sendo o legado sem cõdiçaõ, ou causa de alimentos, q̃ entaõ se li- mita, & doutro modo fica o mesmo o herdeiro, que o legatario, o que não póde ser. l. legatum, 116. ff. eodem, & não val o legado, senaõ se o senhor em sua vida libertar o escrauo pella re gra Catoniana, ex qua colligitur: *Legatum purum, quod non valet, si te- stator statim moreretur post conditum testamentum, non conualescere per hoc, quod testator diutius vixit.* l. 1. ff. de reg. Catoniana.

Porem esta regra Catoniana não tem lugar nos legados condicionais, 2 porque nelles se espera o successo, & purificaçaõ da condiçaõ. l. penult. ff. de reg. Caton. E pello contrario ao escrauo instituido por herdeiro não prohibe esta regra, que se lhe deixe o legado puro, porque o tal escrauo pòde ser liure pella manumissaõ, & pôde o senhor vendelo, ou darlhe car ta de alforria antes da aceitaçaõ da herança. E neste caso não fica o se- nhor sendo herdeiro, & legatario: po- rem se o tal escrauo ficar sempre em poder do senhor, & com sua licença de seu mandado aceitar a herança, entam porque fica herdeiro, & lega- tario juntamente he nullo o legado,

conforme o texto no nosso §. presente, com que lhe damos fim nesta parte, aduirtindo que o legado deixado puramẽte ao escrauo do herdeiro, não val, & debaixo de condiçaõ, se o herdeiro nomeado antes da aceitaçaõ da herança vender o escrauo, ou lhe der liberdade, si: porq̃ o legado deixado ao escrauo, he como se se deixara ao senhor: & assi o herdeiro não podia dar o legado a si mesmo. l. legatũ, 116. ff. de l. gat. 1. & assi debaixo da condiçaõ: *Si manumittatur*: purificada ella, val o legado: *Quia regula Catoniana, quæ vetat legata ex postfacto conualescere, non pertinet ad legata conditionalia, sed ad purè relicta.* l. 1. & 4. de reg. Catoniana.

§. *Ante hæredis.*

SVMMARIO.

1 *Legado antigamente não se podia deixar antes da nomeaçaõ do herdeiro, hoje si.*

2 *Ordem da escritura não se atenta senão quando concorre com a tençaõ.*

1 ENsina o Emperador neste §. em que parte do testamento se deuem deixar os legados. E ainda que a instituiçaõ do herdeiro seja a cabeça, & principio do testamento, & seu fundamẽto, sem a qual não val. Antigamente se não podiaõ deixar os legados antes da nomeaçaõ, & instituiçaõ do herdeiro; porem hoje não importa que o Testador falle nos legados antes, ou depois da instituição do herdeiro, ou no meyo, ou em outra qualquer parte do testamento: porque se não ha de atentar à ordem da escritura, senão à vontade do Testador: *Quæ tanquam Regina regit vltimas voluntates.* l. in conditionibus primum locum, 19. ff. de condition. & demonstr. onde notaõ os Doutores, que ainda a ordem da escritura se não atenta, quando consta da vontade dos contrahentes: *Ideò ordo litera, aut scriptura non impedit causam iuris, & voluntatis.* l. cum pater, 79. §. fidei tuæ committo, ff. delegat. 2. videndus Valasc. cons. 121. part. 2. n. 6. Castilh. controuers. libr. 4. c. 51. n. 10. *& ad faciendũ argumentũ debet ordo literæ concurrere cum intentione.* Seraphin. decis. 24. n. 2. Finalmente notemos acerca do §. post mortem, q̃ os legados tambem se podem deixar depois da morte do herdeiro, & do legatario: & fica o herdeiro do herdeiro grauado pera satisfazer o legado. Faber hic, per l. veteris, C. de cõtrahẽd. stipulat. o que se obserua tambem nos contratos: porque se Titio differ a Sẽpronio: Prometouos dez mil reis depois de minha morte: neste caso bem se vê que seus herdeiros os deue pagar. O mesmo he nos legados, que se deixaõ depois da morte do herdeiro, & do legatario, pera que seus successores os cumpraõ, & satisfaçaõ. 2

§. *final.*

SVMMARIO.

Testador se póde pòr pena ao herdeiro, pera que satisfaça o legado, & como? I

Neste

NEste §. se ẽmenda a disposição do direito antigo, de modo, que os legados se podem hoje deixar com pena, ideſt, grauamẽ, & encargo q̃ o Testador póde pôr ao legatario, pera q̃ faça, ou não intente algũa cousa, & esta pena val, ou seja pera satisfação, pera que o herdeiro a pague, não cumprindo a vontade do defuncto, ou seja por modo de priuação, pera que o herdeiro não fazendo o que se lhe ordenar, seja priuado da herança, ou por modo de trespassação, & transladação, pera que o legado deixado a Titio passe a Sempronio: porem esta pena não procede quando lhe posta com disposição impossiuel *de facto*, ou *de iure*, ou de natureza, v. g. se o Testador disser: *Quero que meu herdeiro, com pena de cem cruzados dè a Titio hũ monte de ouro.* Esta pena não val, como tãbẽ se for impossiuel de direito, pella vtilidade publica, se mandar o Testador fazer o q̃ he prohibido pella ley. Itẽ, se mandar fazer algũa cousa contra os bõs costumes; porq̃ semelhantes cousas nem he creiuel que se mandem fazer, & quando succeda, não se deuem cumprir: *Quæcumq; enim facta lædunt pietatem, existimationem, & verecũdiam, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, seu impossibilia, nec facere nos possumus, se credendum est.* l. filius, §. 5. ff. de cond. inst.

A rezão, porque antigamente não valiaõ os legados deixados com a dita pena, era porque a ley reprouua o legado, que se deixaua em arbitrio do herdeiro; & porque a pena he contraria á natureza do legado, o qual como seja hũa doação, q̃ procede do amor, & liberalidade, parece que se não deuia nella admittir pena; porem o nosso Emperador Iustiniano quiz, que valessem os taes legados; porque pois o Testador honra o herdeiro, que lhe seja licito tambem poderlhe pòr encargo. l. ab eo, Cod. de fideicommiss. & assim valerá o legado, ainda que o Testador ponha pena, na forma sobredita, não fazendo contra os bons costumes, como disse. & veremos mais largamente, assim no liuro latino, como no titulo de actionõ onde tudo se explica.

DE ADEMPTIONE, ET Translatione Legatorum.

Titulus vigesimus primus.

SVMMARIO,

Continuação deste titulo, dos modos com que se tiraõ, ou trespassaõ os legados. 1

Legado se tira expressa, ou tacitamente, & como? 2

Como se trespassa a hũa pessoa o legado tirado a outra. 3

Titulo vigesimo primo

1 DIssemos acima dos legados, & por quẽ, & de que se podião deixar: porẽ como a vontade do homẽ seja varia atè o vltimo fim da vida. l. 4. ff. de adimend. legat. de modo que lhe he liure deixar, ou reuogar o legado, ou trespassallo a outrem. Segue se este titulo, diuidido em duas partes. Na primeira trata o Emperador do modo cõ que se tiraõ, & reuogão os legados; & na segunda, da trãsladação, ou permutaçaõ delles. E he esta segunda hũa reuogaçaõ condicional, & conforme a glossa no nosso texto, verb. *aljs*, se faz de dous modos, tacita, ou expressamẽte. Expressamente, se tira o legado por palauras contrarias. v. g se o testador disser no mesmo testamento, ou no codicillo: *Nem dou, nem lego nada*: ou por palauras que valem o mesmo. v. g. *Pezame do que tenho legado, & o tiro*: ou tambem. *O que deixei em legado a Titio, dou a Sempronio*. l. sicut, 5. ff eodem. E quando se tira no testamento, ou codicillo solemne, dizemos que fica tirado, *ipso iure*; mas quando he tirado no testamento menos solemne, entaõ dizemos, que he por ajuda da exceiçaõ. s. *ope exceptionis*. l 1. §. sed si legi, ff. de his, quæ in testamento delentur,

2 Tacitamente se tiraõ os legados, quando o Testador doar a cousa legada, porque pella doação, tira o legado. l. rem legatam, 18. ff. eodem. E tanto assim, que ainda que a doação seja nulla, & não valha, empre o legado fica tirado. l. legatum sub conditione, 24. §. 1. ff. eodem. E tambem se tiraõ os legados tacitamente, pella vontade presumida do Testador scilicet, quando entre o Testador, & o legatario sobreuierem graues inimizades: porem se depois tornarem a ser amigos, cessa a presumpçaõ, & val o legado, l. 3. §. fin. ff. eodem. E tambẽ se reuoga o legado, se o legatario antes de estar entregue da cousa legada depois da morte do Testador tiuer ajuntamento com a viuua, porque por este crime perde, como indigno, o legado, vt est glossa ordinaria, in l. fideicom. 27. C. de fideicomiss.

Vltimamente saibamos, que a cousa legada, sendo tirada simplesmẽte, fica o herdeiro com seu encargo. l. si adimendo, 19. & ibi Barth. ff. eodem.

3 E quanto á segunda parte do noss. so tit. saibamos, que assi como o legado se pòde tirar a hum, se pòde trasladar, & trespassar a outro. l. sicut adimi, 5. ff. eodem: porem estas mudanças se fazem por quatro modos. Primó, da pessoa do legatario, a outro legatario. v. g. *O campo que deixei em legado a Titio, dou, & lego a Sempronio*: Secũdo, da pessoa daquelle, a quem foi mandado dar, peraque o dè a outrem. Tertio, da cousa á cousa. v. g. quando por hum campo legado manda o Testador q̃ se dẽ cem cruzados. Quarto, do tempo presente pera condicional acontecimento, quando o legado deixado puramente, depois se lhe poem álgũa condiçaõ. l. legatum sub conditione, 14. ff. eodem, de qua infra in tit. de verborum obligationibus, §. sub conditione.

DE LEGE FALCIDIA,

Titulus vigesimus secundus.

SVMMARIO.

Concordancias do titulo presente, & rezão da introducçaõ da ley Falcidia, & como por ella se tira a quarta. 1

E se forem muitos herdeiros, como se tirará? 2

COmo quer que os legados não sò se podẽ tirar, mas diminuir, com boa ordẽ, se segue este titulo, que cõcorda cõ outros in ff. & C. ad legẽ Falcidiã: porq̃ antigamente era tam ampla a vltima vontade na disposição dos bens, que podia o Testador distribuir em legados todo o seu patrimonio, cõforme as palauras da ley das doze taboas, que aqui se referem (*Vtiquiẽ legasset de re sua, ita ius esto, &c.*) adde l. verbis legis 120. ff. de verbor. signif. & daqui vem o dizer se, que a vontade do Testador he ley, & por tal se reputa, cap. secundum, 2. in princip. vers. *disponat*, nouell. 22. de nupt. mas por que morrião muitos homẽs abintesta dos, & sem herdeiros, porq̃ os instituidos não querião aceitar a herança, por que della não alcançauão lucro, se introduzio que ficasse sempre ao herdeiro a quarta parte dos bens do defunto, & pera isso se fez a ley Falcidia, de que tratamos, instituida por Falcidio Consul, com a qual he prohibido aos Testadores o excesso nos legados, mo derãdo a disposiçaõ delles em tal forma, que fique sempre a quarta parte dos bens ao herdeiro; & se o Testador não deixar esta quarta ao herdeiro, por esta ley se ordenou, que pudesse o herdeiro tirar a quarta parte dos bens do defuncto pera si, conforme a porção dos legados, tirando a cada qual dos legatarios aquillo que lhes couber (conforme o legado) pera perfazer a quarta. l. 1. & 2. ff. eodem, & isto, ou seja hum, ou muitos herdeiros, por quanto basta que se distribua entre todos a quarta parte dos bens hereditados a quarta parte dos bens herditarios. §. 1. hoc nostro tit. & diz Angel. q̃ se forẽ mil os herdeiros instituidos, q̃ baste entre todos a diuisaõ da quarta parte: o que se deue de entender, se todos conjunctiuamente forẽ herdeiros instituidos; porem se forem desiguais nas porçoẽs de modo que a hũ só seja imposto o grauamen de pagar os legados, & aos outros não, & satisfazendo o grauado os legados, lhe não ficar nada, neste caso, ainda que os outros tenhão a quarta parte dos bens inteiramente, *nihilominus*, este herdeiro grauado poderà tirar a sua quarta dos legados que pagou; porque a reza õ da ley Falcidia se ha de ter de modo, que cada qual tenha salua a quarta de sua porção. d. §. 1. in fine, & l. in singulis, ff. eodem. 1 2

Quantitas.

SVMMARIO.

Titulo vigesimo secundo

1 *Se pera ter lugar a ley Falcidia se atenta o valor do patrimonio do defuncto, ao tempo de sua morte, ou da aceitaçaõ da herança?*

2 *Diminuiçaõ do patrimonio do defuncto se he nociua ao herdeiro, se aos legatarios?*

3 *Fructos colhidos depois da morte do Testador se se computão na quarta Falcidia.*

1 A Cerca deste §. notemos hũa regra, & he, que pera conhecer se tem lugar, ou não a ley Falcidia, se atenta o valor do patrimonio todo, ao tempo da morte do Testador, de modo, que o augmento, ou diminuiçaõ, que depois acontecer, seja damnosa, ou vtil ao herdeiro, & não aos legatarios. Exemplo. Tinha o Testador cem mil reis em seus bens, & legou os mesmos cem mil reis, aos quaes accresceo depois de sua morte a quantia de trinta mil reis, de partos das escrauas, do gado, &c. & antes da aceitaçaõ da herança houue este augmento. Neste caso ainda tem lugar a ley Falcidia, porque dos cem mil reis, que o Testador legou, como não tinha mais, se ha de tirar a quarta parte, que saõ vinte & cinco mil reis pera o herdeiro, & deue pagar somente setenta & cinco mil reis; & de mais da ditta quarta pòde reter o que accresceo ao tempo em que a herança estaue jacente, sem o herdeiro a aceitar: porque a quantia dos bens do defuncto se considera ao tempo de sua morte. text. noster, & in l. in quantitate, 73. ff. eodem. E ainda que a quarta seja tomada pellos herdeiros & ninguẽ seja herdeiro senão depois de accitar a herança, com tudo considera se o herdeiro senhor dos bẽs hereditarios desde a morte do Testador: *Ideo hæreditas & si non adeatur tempore mortis, tamen retrotrahitur ad id tempus.* l. omnia, 15. ff. de reg. iur. l. hæres quandoque, 54 ff. de hæred. instituend. & assi nos legados puros, & não condicionais, se atenta ao valor do patrimonio ao tẽpo da morte do Testador; porque nos cõdicionais, como a cõdiçaõ suspende o legado, se atenta â purificaçaõ della: *Et tunc inspicitur tempus aditæ hereditatis.* E o mesmo he no legado da cousa alhea. Do mesmo modo a diminuiçaõ do patrimonio, & os casos contingentes depois da morte do Testador, tocão ao herdeiro, & não ao legatario: *Qui enim sentit commodum, onus sentire debet*, vt sup. de legit. pat. tut. Mas neste caso se socorre ao herdeiro com a eleiçaõ se quer aceitar os bens, & a herança, ou naõ? E por quanto os legados se não deuem antes da adiçaõ, & aceitaçaõ da herança, como nota o texto in l. eam quam, C. de fideicommissis, poderá o herdeiro concertar se com os legatarios, que lhe perdoem algũa cousa dos legados pera aceitar a herança, alcançando isto, *ex lege Falcidia, non ex pacto*, text. noster, & in fine tituli: porem o que aqui se nota he, que os fructos colhidos depois da morte do Testador, se não computaõ na ley Falcidia, mas isto limita se, que não procede quando o Testador dispoz o contrario, secund. Angel. hic, per l. quod autem, 74. ff. eodem. Item não procede quando os fructos eraõ maduros ao tempo da morte do Testador, l. in lege Falcidia placuit, 9. iũcta gloss. ibi in verbo *mortis*, ff. eodẽ, excepto o parto, que está no ventre da escraua ao tempo da morte do Testador,

2

3

ſtador; porque eſte não acreſcenta a herança: *Cùm partus nondum editus homo nondũ rectè fuiſſe dicatur.* d. l. in lege Falcidia. Finalmente o que diſſemos, de que a diminuiçaõ do patrimonio não he nociua aos legatarios, he certo, tirando quando a couſa he legada *in ſpecie, quæ poſtea intereat*: porque o perigo da couſa toca ao legatario, quando he legada *in ſpecie.* l. cum res, §. fin. ff. eodem, & l. ex legati, ff. de verbor. obligat.

§. final.

SVMMARIO.

1 *Dinheiro alheo, & diuidas do defuncto ſe ſe haõ de tirar, & apartar primeiro que ſe conte ſeu patrimonio?*

2 *Quarta Falcidia ſe ſe pòde tirar mais que dos legados, & de que?*

3 *Reſumem ſe os caſos em que ſe não tira dos legados a quarta falcidia, & ſe referem todos.*

1 NEſte §. ſe poem, & enſina hũa exceiçaõ da regra precedente, de que diſſemos no §. ſup. acerca de que a quãtia do patrimonio do defuncto ſe deue conſiderar ao tẽpo da morte do Teſtador: o que ſe ha de entender aſſi. Primo, que antes de tudo, & em primeiro lugar ſe deuem preferir os acreedores do defuncto aos legatarios, & tirar ſe o dinheiro alheo. l. in imponenda, Cod. eodem, nem os bens ſe entende ſerem do Teſtador, ſenão aquelles, que ſaõ liuremente ſeus, ſem deuer nada a ninguẽ, porque em quãto a herança tem diuidas naõ ſe conta por do Teſtador, ſenaõ o que reſta do alheo. l. ſubſignatum, 39. ff. de verborum ſignificat. & tanto aſſi, que o herdeiro que for acreedor do defuncto pòde tirar o que ſe lhe deuer. d. l. in imponenda: mas iſto procede, hoje, ſe o herdeiro acabar o inuentario, aliàs ſe confunde *in totum* ſua acçaõ, de modo que fica obrigado a ſatisfaçaõ dos legados, vt notatur per Ang. & alios in d. l. in imponenda. Item, procede, ſe o Teſtador naõ declarar o contrario. l. ſi debitor creditore, 12. ff. eodem. Secundo, ſe tiraõ as deſpezas funerais do enterro, &c. que ſe fazem conforme a qualidade, & patrimonio do defuncto. l. ſiquis 12. § ſumptus funeris, ff. de relig. & ſumptibus funerũ. Tertio, ſe tira o preço dos eſcrauos manumitidos, & libertados, ſecũd. gloſſ. hic. & in §. actionũ.

2 Vejamos agora quando tem lugar a Ley Falcidia, ſe procede ſomente nos legados? E reſpondamos, que pôde o herdeiro tirar a quarta parte dos bens do defuncto na forma ſeguinte. Primo, dos legados, ainda que ſejaõ deixados ao Principe. l. 4. C. eodẽ. Secundo, dos fideicommiſſos particulares. l. 2. C. eodem; porque combinaõ com os legados. Tertio, da doaçaõ *cauſa mortis*, ſe o herdeiro naõ tiuer quarta. l. ſi mortis, 5. C. eodem. Quarto, da doaçaõ *inter viuos*, que ſe confirma com a morte. l. in donationis C. eodem.

3 Vltimamente aduirtamos, q̃ ceſſa à Ley Falcidia, & algũas vezes naõ pòde o herdeiro tirar a quarta parte dos bens do defuncto, dos legados. Et primo, naõ pòde tirar nada, ſe o Teſtador expreſſamente o prohibir, como hoje lhe he permittido pella Auth. ſed cum teſtator,

testator, C. eodē. Secundo, se a cousa for deixada com obrigaçaõ de se não alhear pello legatario, nem por seus successores. Authent. sed & in ea, C. eodem. Tertio, se saõ legados pios, Auth. similiter, C. eodem. O que he especial nos legados pios. l. error, 9. C. ad leg. falcidiam. l. si quis ad declinā dam, 49. §. hæc tamen omnia, C. de Episcop. & Cleric. Quarto, se os legados forem deixados pello soldado no testamento feito *iure militari*. l. in testamento, 7. C. eodem. porque como repudiando o herdeiro instituido a herança, o substituto coherdeiro, ou os successores abintestato pagaõ os legados pera cumprimento da vontade do Testador. l. miles ita heredes, §. vlt. ff. de militari testamento, & como no testamento do soldado não seja necessaria adiçaõ da herança, como nos outros, que naõ saõ soldados, cessa a falcidia. Quinto, se o dote for prelegado, porque deste não se tira a quarta: *Cum vxor recipiat quod suum est*. l. cum dotem, 57. ff. eodem. Sexto, se o herdeiro pagar todos os legados, sabendo, ou ignorando, que de direito lhe cōpetia a quarta, & o beneficio da ley Falcidia: porem se elle com erro *de facto*. i. cuidando que o patrimonio abrangia a tudo, & com esta confiança pagar os legados, & depois naõ achar de que tirar a quarta, pôde pedilla aos legatarios, porq̄ o erro *de facto*, he tolerauel, & o de direito não. l. error, 9. C. eodem. Septimo, se o defuncto tinha tantas diuidas, que esgotaraõ o patrimonio, naõ tem o herdeiro quarta. l. successores, 16. C. eodem. Octauo, se o herdeiro prometeo ao Testador, ou aos legatarios de pagar todos os legados. l. fin. C. eodem. Nono, se o herdeiro aceitar a herança antes de fazer, & acabar o inuentario, porque neste caso assi como tem obrigaçaõ de satisfazer aos acreedores, *vltra vires hæreditarias*, assi deue pagar os legados sem tirar a quarta pella ley Falcidia. l. fin. §. si vero, 13. C. de iure de liberād. & veremos largamente no tit. de actionibus.

DE FIDEICOMMISSARIIS hæreditatibus, & ad Senatusconsultum Trebellianum.

Titulus vigesimus tertius.

SVMMARIO.

F *Continuaçaõ deste tit. & materia dos fideicommissos.*

2 *Fideicommisso o que era antigamente, & como se recebeo, & aceitou este modo de deixar os bens a alguem?*

Fideicommisso, ou he vniuersal, ou particular. Refere se hũ, & outro. 3

Podem

4 *Podem ser deixados tacita, ou expressamente, & como?*

1 AInda que os legados, & fideicommissos sejaõ particulares, com tudo a execuçaõ delles he muito geral. l. 1. ff. de legat. 1. & assi tratando dos legados acima, he rezão que em consequencia digamos algũa cousa dos fideicommissos.

E em primeiro lugar saibamos, q̃ 2 o fideicommisso he aquelle que se deixa no testamento a alguem por terceira pessoa, & se diz *fideicommissum, á fide*, porque depende da vontade do herdeiro, & de sua fé. E assi vsauaõ disto muito os antigos, porque querendo deixar algũa cousa no testamento a hũa pessoa, a quem o não podião fazer direitamente, instituiaõ hum herdeiro, que não fosse prohibido por direito, & faziaõ confiança delle, deixando em sua fé, que restituisse aquella parte á pessoa a quẽ a queriaõ deixar, sem este herdeiro poder ser constrangido por nenhũa acçaõ, nem direito, a dar aquillo que o defuncto deixou ẽ sua fé, & fiou delle, que daria á pessoa que desejaua, mas somente era arbitrario pella cõfiança, em q̃ naõ hauia falta; porque entre os antigos a fé era muito observada, como testemunha Cicero lib. 1. officior. dizendo, que em Roma hauia hum templo dedicado à Fè. De maneira, que a principio se inuentou este modo pera por meyo da pessoa capaz se dar em fideicommisso aquillo, que direitamente se não podia dar ao incapaz de ser herdeiro, ou legatario: mas porque pendia sò da vonde do grauado, & eraõ inualidos, confirmando o Emperador Augusto hum fideicommisso, se veyo a instituir hũ Pretor, que conhecia dos fideicommissos, & se começaraõ a pedir *ex officio iudicis*; depois se pediraõ como legados *iure actionis*, & foraõ melhores, vt §. vsq; : porem o Emperador Iustiniano os igualou, de sorte q̃ cõbinaõ vt latè tradit Amaya lib. 2. obseruat. cap. 3. per totum; vbi plura, & assi tratamos do fideicommisso, que he hum grauamen, que o Testador poem ao herdeiro de dar, ou fazer algũa cousa em vtilidade de outrem, como veremos pello discurso da explicaçaõ.

O fideicõmisso he de dous modos. 3
s. vniuersal, & particular. Vniuersal he quando o Testador deixar todo seu patrimonio a alguem por terceira pessoa, idest, institue hum homem seu herdeiro, & pedelhe que restitua a herança a outrem. Particular he, quando tãbem por terceira pessoa se deixa a alguem algũa cousa particular, & este fideicõmisso, em tudo combina com o legado. l. 1. & 2. ff. legat. 1. & de materia latè Peregrin. in tract. de fideicõmissis, per totum.

Os fideicommissos vniuersais, & 4
particulares se podẽ deixar tacita, ou expressamente. Expressamente se deixaõ os fideicommissos, quando o Testador disser: *Titio meu herdeiro instituido lhe peço que restitua a herança a Sempronio.* De modo que este he o expresso. Tacitamente se deixaõ os fideicommissos quando o Testador deixa por seus herdeiros a seus filhos, ou filhas, & diz assi: *Mando que minha filha não faça testamento, se fallecer solteira.* Neste caso se presume, q̃ roga á filha, que restitua a herança a seu irmaõ, vt est casus in l. qui filium, 74. ff. ad §. C. Trebell. & outro exemplo na l. Codicillis, §. matre, ff. de legat. 2.

fé

§. In

Titulo vigesimotercio

§ *In primis.*

SVMMARIO.

1 *Fideicommisso se pôde deixar em testamento, & codicillo, & abinte stato, & de que modo?*

2 *Fideicommisso deixado em testamẽto, em que não ha instituição de herdeiro se valerá?*

1 NOtemos neste §. que os fideicommissos se podem deixar assi no testamento, como no codicillo, & abintestato: & ainda que os q̃ succedem abintestato, saõ chamados pella ley, vt infra de hæreditatib. quæ abintest. & os que pedem a posse dos bens, saõ chamados pello Pretor. vt infra, de bonorum possess. & parecia que estes que não saõ instituidos pello Testador não podiaõ ser grauados com fideicommisso? Cõ tudo a võtade do Testador, se considera que entreuem, ou quando deixa algũa cousa a alguem, ou quando lha não tira podendo; & assi os que succedem abintestato, posto que expressamẽte não sejaõ grauados, tacitamente o estaõ, pois o Testador que os pudera excluir testando, quer que sejaõ seus herdeiros, como tambẽ os honorarios, que chama o Pretor, quando expressamente não saõ excluidos, se consideraõ succederem por vontade do defuncto. E dos fideicõmissos que se deixaõ nos testamentos, tratamos aqui, & do abintestato diremos no §. præterea. Vejamos dos primeiros deixados no testamẽto, nos quaes a primeira cousa que se deue fazer he, instituir o Testador herdeiro que aceite a herança: porque o herdeiro he o fundamento do testamẽto, sem cuja instituiçaõ he nullo: & este herdeiro ha de ser rogado, & lhe deue pedir o Testador, que restitua a outrem a herança toda, ou em parte. l. cogi, 16. §. si quis hæres in principio. ff. ad S. C. Trebell. & isto se pòde fazer pura, ou condicionalmente, ou debaixo de nomeaçaõ de dia certo. v. g. dizendo o Testador: *Titio serà meu herdeiro, & lherogo que depois de quatorze annos restitua a herança a Sempronio.* Isto bem pòde ser, porque ainda que aliàs o herdeiro naõ pòde ser instituido *ex certo die*, como dissemos no §. purê, sup. de hæredibus instituendis, pera que o Testador naõ fique por parte testado, & por parte abintestato, cõtra a l. ius nostrum, 7. ff. de reg. iuris, com tudo cessa esta rezaõ, quando a herança he restituida a outrem, que logo fica herdeiro, & lhe passaõ as acçoens actiuas, & passiuas. E o que dissemos acima, de que naõ val o fideicommisso vniuersal, quando he deixado no testamento sem instituiçaõ de herdeiro, se deue entender quando consta que o Testador quiz fazer testamento. Donde distinguem os DD. se consta que o Testador quiz fazer testamento, & não instituio herdeiro, não valem os legados, nem os fideicõmissos, porq̃ naõ val o testamento sẽ instituiçaõ de herdeiro, l. 1. ff. iure codicill. porem se cõstar, que o Testador quiz fazer codicillos, & deixar fideicõmissos abintestato, entaõ valem os fideicommissos, sem instituiçaõ de herdeiro. E quando ha duuida, se he testamento, ou codicillo, se atenta o modo, & se nomear o nome do herdeiro, se julga que he testamento, & que o quiz fazer; & se he valioso, se deuem os lega-

Consonat Ord. lib. 4. tit. 87. §. 10.

legados, & se for nullo, não. l. 1. cum ibi notatis, ff. iure codicillorum, & l. non codicillum, 14. C. de testament. & isto se não constar da vontade do Testador, porque se elle puzer a clausula codicillar, dizendo: *Se não valer isto como testamento, valha como codicillo, ou do modo que puder valer.* Neste caso valem os legados, & fideicommissos, porque por aquella clausula ficão rogados os herdeiros abintesta-to, pera pagarem os fideicommissos, vt notatur in dicta l. 1. ff. de iure codicill.

§. Restitura.

SVMMARIO.

1 *Effeito do fideicommisso vniersal he que o herdeiro he constrangido a aceitar a herãça pera a restituir?*

2 *Ao fideicommissario se passão as acçoens do defuncto?*

3 *Herdeiro grauado ainda que restitua o fideicommisso não deixa de ser herdeiro, & se poderá ser demandado como tal?*

A Cerca deste §. notemos que o effeito do fideicommisso vniuersal, he que o herdeiro rogado he constrangido a aceitar a herança, & restituila ao fideicommissario. Adde l. nam quod, 14. §. 1. ff. ad Senatus C. Trebell.

1

Secundo, que por este Senatus Consulto Trebelliano passão ao fideicommissario todas as acçoens actiuas, & passiuas, & se lhe restituem cõ a herança: o que se deue entender, q̃ passão ao fideicommissario as acçoẽs vteis, & não as directas.

Tertio notemos, que ainda que o herdeiro directo restitua a herança com todas as acçoens actiuas, & passiuas ao fideicommissario, com tudo sempre o herdeiro directo o fica sendo; porque aquelle, que hũa vez he herdeiro, não póde nunca deixar de o ser. l. ei qui soluendo, 88. ff. de hæred. inst. principalmente nas acçoẽs, que de tal modo estão fixas, pegadas, & acompanhão o herdeiro de sorte, que não póde transferir as directas, senão as vteis, secund. gloss. fin. in l. quis ergo, 16. ff. de pecul. com tudo effectiuamente não póde ser demandado o herdeiro instituido, pellos acredores; porque pella restituição da herança tem hũa exceição com que se liura de ser demandado mais que por aquillo que lhe ficar da herança, como tambem se elle quizer litigar com os deuedores hereditarios, he excluido da auçaõ, com a mesma exceição da restituição da herança. l. 1. §. 1. ff. ad Senatus C. Trebell.

Quarto aduirtamos, que o fideicommissario he tido em lugar de legatario, & se reputa por tal, conforme o Senatus C. Pegasiano; porem conforme o outro Senatus C. Trebelliano he tido por herdeiro, como abaixo diremos.

§. Sed quia, cum duobus seqq.

SVMMARIO.

Senatus C. Pegasiano o que continha? Explicase em 4. capitolos ẽ q̃ se diuidia, & como por elle socor-

ria o herdeiro pera lhe não ser damnosa a aceitaçaõ da herança?

2 *Referemse varias especies de quartas, que se tiraõ de bens de defunctos.*

1 PEra entendimento destes §§. aduirtamos que o herdeiro rogado pera restituir a herança lhe não ficaua nada della, pello que recusaua adir, & aceitar a herança, & assi se extinguião os fideicõmissos; porq̃ como pera valerem he necessario que o herdeiro rogado aceite a herança pera a restituir, se faltaua a aceitação, em consequencia se acabauão os fidei cõmissos: & por isso depois pello Senatus Consulto Pegasiano foi introduzido, que o herdeiro rogado possa reter a quarta parte dos bẽs do defuncto, assi como dos legados a tira por virtude da ley Falcidia, como dissemos. E este Senatus Consulto Pegasiano cõtinha quatro capitulos. 1. que o herdeiro podia reter a quarta. 2. que por aquella quarta que retinha, lhe pertencião todos os encargos hereditarios, de modo que o fideicõmissario era tido por legatario; tirando no caso, em que o herdeiro, & o fideicommissario fazião entre si estipulaçoẽs, & concertos, diuidindo os encargos da herança. 3. que querendo o herdeiro directo reter a quarta, & restituir a herança, se entrepunhão as estipulaçoẽs, q̃ chamauão, *Empta, & venditæ hæreditatis*, pellas quaes o herdeiro ficaua seguro: & não era vexado pellos encargos hereditarios. De maneira que esta estipulação entre o vendedor, & comprador da herança, era que o vẽdedor promettia de restituir o que recebera, & o comprador tomando os bens, se encarregaua de tudo o mais, & dos encargos hereditarios. O quarto, & vltimo capitulo era, que se o herdeiro escrito, & nomeado suspeitaua que a herança era damnosa, ou outra cousa semelhante, recusaua a herança, & pedia o herdeiro fideicommissario, que o escrito, & nomeado aceitasse a herança, podia ser cõstrangido o herdeiro escrito, por mandado do juiz, que aceitasse, & restituisse a herança: & neste caso não era necessaria nenhũa estipulação: porque *eo ipso* ficaua seguro o herdeiro escrito, porque passauaõ as acçoens actiuas, & passiuas ao fideicommissario; & este nosso §. he o em que hauemos notar as varias especies das quartas dos bens dos defunctos, que refere a glossa hic, super verb. *Proinde*, & outra glossa semelhante na ley in quartam, 91. ff. ad legem Falcid. & vem a ser. Primo, quarta, que se deue aos ascendentes, & descendentes, & se chama legitima, da qual dissemos acima no titulo de inofficioso testamento. Secundo, he a quarta Falcidia, que se tira dos legados, como tambem dissemos. Tertio, he a quarta Trebellianica, que he a de que tratamos, & se deue ao herdeiro rogado, pera restituir a herança. Quarto, he a quarta que se deue ao filho arrogado, quãdo he preterido, & esquecido no testamento do pay arrogante, ou deserdado sem causa: porq̃ tem a cõdicção da ley Diui Pij, pera alcançar a quarta parte dos bens do pay arrogante. l. Papinianus, 8. §. si quis impubes, ff. de inofficioso testamento. l. si arrogator, 22. ff. de adoptionibus. Quinto, he a quarta que se deue à mãceba, que hum homem tiuer em casa em lugar de molher, com tenção de casar

casar com ella, se por tempo mudar o animo, & a lançar de si, lhe deue dar a quarta parte de seus bens: cap. quoniam autem. 5. Nouell. 75. Quibus modis naturales efficiantur legitimi. Sexto, he a quarta, de que trata a Authentica præterea, Cod. vnde vir, & vxor, quando, scilicet, o marido rico morre, & deixa a molher pobre, & sem dote: entam se tem tres filhos, ou menos, succede com elles na quarta parte dos bens do marido; & se saõ mais filhos, que tres, entam succede com elles *in viriles portiones*, como diremos em seu lugar (*Deo fauente*) no quarto liuro in titulo de action. onde tudo se ha de reduzir a praxi.

§. *Sed quia stipulationes.*

SVMMARIO.

1 *Senatusconsulto Pegasiano como foi tirado, & se attribuem os remedios ao S. C. Trebelliano, & qual he, & seus effeitos?*

2 *Herdeiro rogado pòde ser constrangido a aceitar a herança pera a restituir com tres requisitos, que se referem.*

3 *Herança se restitue de dous modos, & quaes?*

4 *Quem pagará as diuidas do defuncto, se o herdeiro, ou o fideicomissario?*

5 *E se he obrigado o herdeiro a pagar alg̃a cousa de sua quarta?*

1 AQui explicou o Emperador os dous Senatus Consultos introduzidos acerca dos fideicomissos vniuersais: mas porque as estipulaçoens, de que dissemos, foraõ introduzidas pello Senatus Consulto Pegasiano, & eraõ difficultosas: por isso depois de ter referido o direito antigo, trata o Emperador neste §. do nouo modo com que se procede, & tira de todo o Senatus Consulto Pegasiano; & as estipulaçoẽs por elle introduzidas, & os mais remedios se attribuiraõ ao Senatus C. Trebelliano. Donde acerca do nosso §. notemos, que, primo, a herança fideicõmissaria se restitue hoje pello S. C. Trebelliano. Secundo, que o herdeiro rogado pera que restitua a herança a outrem retem a quarta parte dos bẽs do defuncto, & se lhe deixa menos da quarta, pòde reter o que faltar pera cõplemento della. Tertio, que tanto que o herdeiro rogado retem a quarta, todas as acçoẽs que competião contra o defuncto, *pro rata portione*, se dão contra o fideicõmissario pellas tres partes dos bẽs da herança, & contra o herdeiro rogado pella sua quarta. Quarto notemos, que se o herdeiro rogado por sua vontade quizer restituir a herança, sem querer nada da quarta dos bẽs do defuncto, todas as acçoens activas, & passiuas, passaõ ao fideicõmissario, de modo que se o herdeiro direito for demandado pellos acreedores, se liura com a excepçaõ, de que não lhe ficou nada da herança. Quinto, que se o herdeiro rogado não quizer adir, nem aceitar a herança, pòde ser constrangido a que o faça à petiçaõ do fideicõmissario, pera q̃ aceite, & restitua a herança ao fideicõmissario cõ todos os ẽcargos, & vtilidades: acerca do q̃ aduirtamos, q̃ o herdeiro directo pòde ser cõstrãgido a adir, & aceitar

aceitar a herança com tres requisitos concorrentes. Primo, que o fideicõmissario segure o herdeiro de lhe refazer todo o damno que lhe resultar da aceitaçaõ da herança, conforme a glossa hic, sup. verb. *apud heredem.* Secundo, que o fideicommissario seja capaz do fideicommisso, porque aquelle que não tem auçaõ passiua pera receber *ex testamento* he incapaz, de quo vide gloss. in principio tit. nostri, sup. verb. *quibus.*

3 O terceiro requisito he q̃ seja o fideicõmisso vniuersal, & não particular: porque o legatario não pôde constranger o herdeiro que aceite a herança. l. cogi, 16. §. & generaliter, ff. ad Senatusconsultum Trebell. Item notemos, que a herança se restitue de dous modos, scilicet, *re, aut verbis*, com a cousa, ou com palauras: com a cousa, quando o herdeiro permitte ao fideicommissario, que possua, & logre a herança com animo de lhe ser restituida. E com palauras, quando o herdeiro disser: *Sou contente, q̃ tenhais a herança restituida*, ainda que corporalmẽte, lha não entregue. E depois de qualquer destas restituiçoens fica o fideicommissario senhor da herança, & antes não. l. facta, 63. in principio, ff. ad Senatusconsultum Trebell. Finalmente se perguntará, quem deue pagar os legados, & diuidas, se o herdeiro, se o fideicommis-
4 sario? E respondersehá, que o herdeiro antes que restitua a herança, pó de pagar aos acreedores, & legatarios que pedirem as suas diuidas, ou legados, & abater o que pagar. l. ita tamen, 27. §. qui ex Trebelliano, ff. ad Senatusconsultum Trebell. & querendo saber se o herdeiro da sua quarta he obrigado a pagar algũa cousa? distinguamos. Se restituyo a herança toda, não he obrigado a pagar nada. Se retem a quarta, entam está obrigado aos acreedores *pro rata.* mas não aos legatarios, senão pello que lhe ficar alem da quarta, vt notatur post text. in l. 1. §. penult. ff. ad Senatusconsultum Trebell. de quo notatur in Authent. sed cum testator, C. ad l. Falcid. & in l. Marcellus, 3. ff. ad Senatus C. Trebell. & in §. actionum dicemus.

§ *Nihil autem.*

SVMMARIO.

Aquelle aquẽ se deue restituir parte da herança, se pôde demandar o herdeiro, & como? 1

A Ssi como o fideicommissario vniuersal póde obrigar o herdeiro que aceite a herança, & lha restitua, assi aquelle, a quem se deue restituir toda, ou parte da herança, pôde constranger o herdeiro, & demandalo. Porem entam o fideicommissario deue receber toda a herança, quando o herdeiro a não quer receber por temor dos encargos, pera que o herdeiro contra sua vontade não seja constrangido. E assi quando ha dous fideicommissarios, & hum quer obrigar o herdeiro, a que aceite a herança, & outro não; neste caso, o que quizer obrigar, deue receber toda a herança, & seus encargos, text. in l. cogi, §. si quis hæres, ff. ad Senatus C. Trebell. *ex quo colligitur quod idem iuris est de parte quo ad partem, quod est de toto quo ad totum.* l. quæ de de tota, 76. ff. de reiuendicat. 1

§. *Siquis*

§. si quis vna.

SVMMARIO.

1 *Quando o herdeiro retem por mãdado do Testador a quarta de seus bens, se a tira sem encargo?*

2 *E quando se poderà tirar a quarta Trebelliana debũa cousa certa?*

A Cerca deste §. temos que advertir que o mesmo he, quando o Testador manda, que o herdeiro retenha a quarta parte de seus bens, do que quando lhe deixa algũa cousa. v. g. vinha, ou terra, em que se inclue o valor da quarta. E do mesmo modo se restitue a herança ex Trebelliano: porẽ differem nisto, porq̃ quando o Testador mãda tirar, & dar ao herdeiro algũa cousa, fica o herdeiro tido por legatario, & tem aquella cousa sem encargo algum. Porem quando o Testador manda, que tire a quarta parte de seus bens, entam se partem as acçoens, & pellas tres partes passaõ hũas ao fideicommissario, & pella quarta ficão com o herdeiro outras, como temos dito. Finalmente quando o Testador mandar que o herdeiro tire certa cousa, na qual se contem a mayor parte da herança, tambem lhe fica sem encargo: mas neste caso pòde o fideicommissario deliberar se se lhe conuem que lhe sejaõ restituidos os bẽs restantes cõ os encargos, vt notat Plat. hic.

§. Præterea.

SVMMARIO.

3 *Fideicommissos como se podem deixar abintestato, & se poderà o herdeiro entam ser obrigado a aceitar a herança, & se reterà a quarta.* 3

4 *E se procede o mesmo no fideicommissoparticular?* 4

DIssemos acima, que os fideicommissos se podiaõ deixar, ou em testamento, ou abintestato, assi os vniuersais de toda a herança, como os particulares, & temos dito do modo com que se deixão no testamento; agora ensina o Emperador neste §. o modo com que se deixão abintestato: porque hum homem que està pera morrer, & não quer fazer testamento, pòde rogar aos herdeiros que lhe succederem, pella ley, que restituaõ a herança a alguem, ou toda, ou parte della. E com muito direito pode fazer isto, porque com estas palauras tacitamẽte chama à successaõ seus parentes, & lhe não tirou os bẽs, instituindo a outrẽ l. conficiũtur, 8. in princ. ff. iure codicill. Assi pòde o herdeiro abintestato ser cõstrãgido pello fideicõmissario que aceite a herança, & lha restitua, assi como o póde fazer ao herdeiro *ex testamento*: & do mesmo modo reterà o herdeiro a quarta Trebelliana: o que procede quando o fideicommissario he vniuersal, porque o particular não pode obrigar o herdeiro que aceite a herança, porque não fica obrigado & sugeito aos encargos, per d. l. cogi, §. & generaliter. Do que tambem notemos, que assi como os fideicommissos particulares se deixaõ abintestato, assi tambem se podem deixar os legados, & o herdeiro he obrigado a pagalos, & assi combinaõ os legados, com

os fideicommissos particulares. d.l.1. ff.de legatis,1.acerca do que notemos tambem, que os legados senão podẽ deixar direitamente abintestato, & se se deixarem *directè, trahuntur ad fideicommissum*, & saõ fideicommissos. Dõde se aduerte, q̃ nem a herança se deixa *directe*, nos codicillos, mas pello fideicommisso se reputaõ os herdeiros abintestato rogados pera a restituiçaõ da herança. l.2.Cod. de codicill. *& quando directe fuerint relicta, trahitur ad fideicommissum.* l. Scæuola, 76. ff.ad S,C. Trebell.

§. final.

SVMMARIO.

1 *Testador que confiandose do herdeiro, não deixou o fideicommisso com as solemnidades requisitas, como se prouarâ que o quiz deixar, pera valer?*

2 *Cada qual deue procurar seu augmẽto, & a virtude, & merecimẽto premiado, prouoca a emulaçaõ, & he imitada.*

1 CConcorda com este §. a l. fin. C.de fideicommissis, & tem muitos entendimentos, que refere Iaſ. na d.l. & outros que commũmente concordaõ assi.1.Quando o Testador não quiz testar solemnemẽte, mas se cõfiar em tudo da fé do herdeiro, que restituirâ toda, ou parte da herança a alguem, & disto não fizer escritura, ou testamento; & se o fizer, não for solẽne. v.g. por defeito das testemunhas, se o herdeiro de principio negar q̃ não ha fideicõmisso, poderà o fideicommissario dar juramento ao herdeiro, dandolhe primeiro o de calumnia, conforme a ley iusiurandum, & ad pecuuias, 34.§.qui iusiurandum, ff. de iureiurand. & entaõ, ou o herdeiro he obrigado a jurar que não deixou o Testador defuncto fideicõmisso, ou a pagalo, & recusando tomar o juramento, se reputa por confessado o fideicommisso. Com tudo se logo, & de principio confessar o fideicommisso, & vier com a exceiçaõ do defeito das solemnidades, entam serà ouuido. l. si veritas, 25. C.de fideicõmissis. Vltimamente aduirtamos acerca 2
deste titulo dos fideicommissos, tam encomendado por difficultoso, que Fabro neste nosso tit. por fim delle aduerte, que cada qual deue procurar auantejarse a todos na virtude, & na obrigação de sua profissaõ, porq̃ isto não he peccado, quando se faz por augmento da virtude, ou sciencia, & não por louuor humano, & vaãgloria, & pera proua disto allega o Texto in c. cogitandum, 3. in fine, nouell. 5. de Monachis. E assi os progressos nas letras não saõ pera serem calumniados, senão dos nescios, & deuem ser imitados, quando saõ pera isso; porque assi 3
como a virtude louuada cresce, assi o premio dado por bons merecimentos obriga a todos, & prouoca a emulaçaõ, ou imitação pera se fazerem seruiços dignos de igual remuneraçaõ: & neste sentido fallou Demosthenes orador famoso, na oração in Leptinẽ, quando trouxe por exemplo a columna de Diophante, em a qual se prometião os premios q̃ forão dados a Harmodio, & Aristogitones, áquelles que com semelhante esforço pugnassem pella patria, & defendessem a Republi

62. Donde disse hum insigne Author, que o premio, & a emulação era pedra onde se afiauã, & aguçaua o esforço, & a virtude, & o engenho, propondo a dita columna, & promessa com hum titulo: *Vindici patriæ sunto præmia Harmodij, & Aristogenus, Iouem testor.* Explicandoo mui bem com esta letra. *Præmium, & æmulatio eos virtutis.*

Age; nomen, celebreq; Harmodij, atque
Socij fortes honores imitanti
Diophanti dare iurata columna
Perhibens, horcon adest, scripta perennim onumento:
Ita virtutis amor vernat in æuum,
Stata dum præmia sint: deficiet nec
imitator repetitus: titulus par
Facit, vt percita mens æmula consurgat in æqua.

Finalmente notemos, que os fideicommissos se parecem hoje em tudó com os morgados, como ao diante veremos, & assi faquem pera entam as questoẽs, quãdo se induz? como se julgão chamados? & quando saõ cõdicionais, & seus effeitos explicaremos no tit. de verborum obligat. §. sub conditione, & quãdo se podem alhear os bens sugeitos a fideicommisso apontamos ja, no tit. quibus alienare licet, vel non, & o hauemos ver ao diante largamente.

DE SINGVLIS REBVS PER fideicommissum relictis,

Titulus vigesimus quartus.

SVMMARIO.

Continuase o titulo com os precedentes.

1 *O fideicommisso combina em tudo com o legado, & como?*

2 *Fideicommisso particular qual he?*

3 *Se se pòde deixar o fideicõmisso pello legatario?*

4 *Que cousas se podem deixar por fideicommisso?*

DEpois que no titulo precedente dissemos, & ensinou o Emperador dos fideicommissos vniuersais; rezão he que digamos algũa cousa delles em particular, pera o que se segue este titulo presente. O fideicommisso ja dis-

se que se parecia em tudo com o legado, de modo que sò no vocabulo differem hoje: supposto que antigamente hauia entre elles differença. De modo que agora nos nossos tẽpos
2 combinão em tudo os fideicõmissos com os legados, tirando no nome, & o que falta em hũs se acha em outros, & se póde referir aqui o que acima dissemos dos legados: *Vt quod deest legatis, repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura*, vt in §. 1. sup. delegat.

3 O fideicommisso particular he quando o Testador deixa a alguem por terceira pessoa algũa cousa particular. v.g. hum cauallo, ou pessa de ouro, ou de prata, &c.

E acerca disto notemos, que qual
4 quer cousa particular se pôde deixar em fideicommisso, assi pello herdeiro, como pello fideicommissario, ainda que antigamente não se podia deixar o fideicommisso pello legatario: com tudo pella combinaçaõ que hoje ha entre os legados, & os fideicommissos pôde o Testador rogar ao legatario, que restitua a outrem a cousa legada, porque hoje a todo aquelle que recebe commodo, & proueito do Testador se lhe pôde impor grauamen. l. 1. vers. & hæc disposuimus, C. communia de legatis, como apontei no tit. sup. de inofficioso testamento, & se se pôde pòr grauamen ao nomeado na Emphyteusi veremos excellentemente julgado, & disputado em hum caso referido no tit. de locat. & conduct.

5 Secundo notemos, que o Testador pòde dixar as suas cousas proprias em fideicommisso, & não sò as suas, mas tambem as do herdeiro, legatario, fideicommissario, & as alheas, porque entaõ aquelle que he rogado, & a quem o Testador pede que dé a alguẽ a cousa alhea, he obrigado a remila & comprala pera a dar, ou pagar sua estimaçaõ.

§. *Si libertas.*

SVMMARIO,

Liberdade ao escrauo alheo se se poderâ deixar por fideicommisso, & como? 1

NAõ só as cousas corporais, mas tambem as incorporais. v. g. a liberdade ao escrauo proprio, ou alheo se pôde deixar em fideicommisso, & quando se deixa a liberdade ao escrauo alheo, se seu senhor o naõ quizer vender, porque ninguem contra sua vontade he obrigado a vender a sua cousa. l. inuitum, 12. C. de contrah. empt. com tudo nẽ por isso se perde, & extingue o fideicommisso, mas está suspenso atê que o senhor mude a vontade, ou aliâs succeda a occasiaõ, em que se possa remir o escrauo, & darlhe liberdade, textus noster, & in l. deberi, 6. C. de fideicommiss. libert. donde a glossa traz aquelle dito vulgar, *quod differtur, non aufertur*, o qual procede quando os actos não saõ taes, que tenhaõ certo tempo limitado, em que se possa imputar a culpa, ou detença a alguem, secund. Plat. hic. E o mesmo he quando o senhor quer vender o escrauo, mas por muito dinheiro, & mayor valia do justo preço, porque o mesmo he não querer vender, do que querer

por mais do juſto preço, ſic gloſſ. hic in verbo *non vendat*, per l. non dubiũ. 14. in fi. ff. de legat. 3. & pello cõtrario, o meſmo he não querer comprar, do que querer por menos do valor: *Ideò ſi dominus perceperit aliquid ex iudicio teſtatoris cogitur vendere, quia ſic cum defuncto pepegiſſe intelligitur. Si verò non perceperit, non propterea extinguitur fideicommiſſaria libertas, ſed differtur.*

§. *Qui autem.*

SVMMARIO.

Liberdade ao eſcrauo proprio como ſe póde deixar? 1

BReuemente notemos, que a liberdade ſe pôde deixar de dous modos. Primo, *directè*, quando ſimplesmente o Teſtador diz no teſtamento: *Titio meu eſcrauo ſique liure*: & eſta liberdade directa sô o ſenhor a póde deixar a ſeu proprio eſcrauo. Donde vem dizer o Emperador, que em dous tempos importa ſer o eſcrauo do Teſtador pera ficar liure. ſ. no tempo em q̃ ſe faz o teſtamẽto, & no da morte do Teſtador. Secundo, pello fideicommiſſo ſe deixa a liberdade ao eſcrauo *indirectè*; quando o ſenhor roga a ſeu herdeiro, ou legatario dé a liberdade ao escrauo: & eſte ſendo manumiſſido, fica liberto daquelle que o manumittio, & lhe deu a liberdade, & deſtes fideicommiſſos da liberdade trata o tit. in ff. & C. fideicommiſſ. libert. De maneira que a liberdade, que ſe dá directamente he a que o Teſtador deixa a ſeu eſcrauo immediatamente; & a fideicommiſſaria he a que ſe dá mediante o facto do herdeiro, ou da peſſoa grauada pello fideicommiſſo, pera a dar, & entre ellas ha aquella inſigne differença, de que a liberdade directa sò ſe póde dar ao eſcrauo proprio, & a fideicommiſſaria ao alheo, & ao proprio tambem, porq̃ he impoſſiuel ſem facto, & obra de terceiro dar a liberdade directamente ao eſcrauo alheo. l. 1. C. de his quæ ã non domin. & o eſcrauo alheo póde-lhe ſer dada a liberdade fideicommiſſaria, porque nem por iſſo ſe faz prejuizo ao ſenhor, por quanto ſe quer vender o escrauo, ja o herdeiro eſtá grauado, ou o fideicommiſſario, pera lhe pagar o juſto preço: *Si modo non perceperit aliquid ex iudicio teſtatoris, quia tunc cogitur vendere*, vt ſup.

§. *final.*

SVMMARIO.

Palauras com que ſe deixão os fideicommiſſos quaes ſaõ? 1

Palauras gerais como ſe entendem, & reſtringem, & as multiplicadas, & as de encarecimento, & como ſe deuem entender? 2

ENſina o Emperador neſte vltimo §. as palauras com que ſe deixaõ os fideicommiſſos, & não importa que ſe deixem com palaras rogatiuas, ou mandatiuas, ou precarias. v. g. dizer o Teſtador: *Mando, rogo, quero, peço, que ſe deixe, & reſtitua a fulano iſſo*: nem he neceſſario, que ſe ponhaõ, & declarem todas as ſobreditas palauras, nem pella relaçaõ dellas ſe fazem mais os fideicommiſſos. Dõ de ſe

de se o Testador disser: *Rogo, quero, peço a meu herdeiro restituadez mil reis a Titio*: por estas palauras não saõ tres legados, ou fideicommissos, nem se deuem ao fideicommissario trinta mil reis, senão os dez que o Testador deixou, porque pello encarecimento das palauras se não induz pluralidade no fideicommisso, secund. Pat. hic, & l. omne verbum, 2. C. communia de legat. porque ainda que as palauras gerais se entendão geralmente, ex l. 1. §. quod autem, ff. de aleator. l. in fraudem, ff. de testament. milit, Affict. decis. 319. Surd. decis. 122. Valasc. decis. 113. o que procede ainda na con-
2 stituição penal odiosa, & correctoria, como diz Farinac. decis. 41. part. 1. tom. 1. com tudo as palauras gerais se restringem pera que fiquem habeis, vt ait Surdus dec. 112. Nouar. quæst. forens. 8. lib. 1. per text. in l. vt grada tim in princip. ff. de muner. & honor. E assi como o fideicommisso seja dependente da confiança, ainda que achemos muitas palauras multiplicadas pello Testador, não julgaremos por isso que quiz deixar mais que hũa vez a herança, ou cousa que deixa por fideicommisso, mas vendo o encarecimento, teremos por certo, que o Testador tinha aquillo muito no animo, pois as palauras saõ os finais, & testemunho, & demonstração de nossa vontade, vt per text. in l. labeo, §. idem Tubero, ff. suppellect. legat. dicunt Doctores apud Anton. decis. Macer. 4. libr. 1. Rota Roman. apud Farinac. dec. 130. tom. 1. part. 1. & as palauras declarão mais o animo, que os feitos. l. reculari, ff. acquir. hæreditate. l. re coniuncti, ff. de legat. 3. & por isso vendo a vontade do Testador, não ha duuida, que valerá o fideicommisso; porem do encarecimento não dimanão os que resultaõ muitos fideicommissos; porq̃ essa não foy a tenção do Testador, ainda que as palauras sejão duplicadas, com tudo ellas deuem seruir â tenção, & a tenção não ha de seruir as palauras. l. non aliter, ff. de legat. 3. l. 3. §. conditio, ff. de adimend. legat. cap. intelligentia, de verborum significat. Rubin. decis. 19. onde diz, que as palauras se haõ de entẽder, não pello som, senão pello sentido, & tenção de quẽ as diz. l. non omnis, in principio, ff. si cert. petatur. l. 3. §. si quis hoc interdicto, ff. de itinere, actuque priuat. l. scire oportet, §. aliud, ff. de excusat. tutor. aduertindo, que o tal sentido ha de ser effectiuo, pois as palauras sempre se deuem entender com effeito. l. 1. §. hæc verba, ff. quod quisque iur. l. quoties, ff. qui satisdar. cogant. l. 3. in princip. ff. de iur. iurand. l. si quãdo, ff. de legat. 1. Surd. decis. 64. Antonin. decis. 9. lib. 1. & decis. 4. lib. 3. Gratian. decis. March. 47, & 106. facit text. in l. si stipulatus fuero, ff de verbor. obligat. *Nam verborum substantia, & effectus, non autem sonus attendi debet.* l. in sulam, ff. de præscript. verb. cap. in tantum, de simon. Surd. decis. 303. Antonin. decis. 1. lib. 1. probat etiam text. in l. si tam angusti, ff. de seruit.

DE

DE CODICILLIS.

Titulus vigesimus quintus.

SVMMARIO.

Concordãcias do titulo presente dos codicillos. 1

Que cousa seja codicillo, & como se diffine? 2

A Continuação deste titulo se torna dos referidos, porque como temos explicado das vltimas võtades mayores, que se contem nos testamẽtos, rezão he, que digamos agora das menores, que se incluem nos codicillos, & concordaõ com este titulo outros, in ff. de iure Cod. in C. de codicillis. Consonat Ord. lib. 4. tit. 86. 1

Codicillo he hũa vontade vltima menos solemne, & sem instituição de herdeiro, daquillo que alguem quer q̃ se faça depois de sua morte, declarada perante cinco testemunhas: *Ideó codicillus est iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, absque hæredis institutione*: vt colligitur ex l. 1. cum ibi notatis, ff. de testament. & sentit Roman. in rubr. ff. de iure codicill. & dissemos, que sem instituição de herdeiro, porque no codicillo se não póde instituir herdeiro, pera que se não confunda o direito dos testamentos, & codicillos. l. 2. §. fidé C. de codicill. l. non codicillum, C. de testament. §. penult. l. scæuola, ff. ad Trebell. o que se entende *directè*, nem nomear se expressamente; porem pò- 2

dese nelle deixar a herança por fideicommisso, vt in §. codicillis hoc tit. §. Ante, & §. Non tantum.

SVMMARIO.

Origem dos codicillos, & donde procederão? 1

Como se recebeo o vso dos codicillos por parecer dos sabios, & prudentes, & quanto conuem sempre seu conselho. 2

Codicillo se se comprehende debaixo da palaura, Testamento, & se he seu accessorio. Referemse varias opiniões. 3

Codicillo se pôde fazer de tres modos, & quaes? Referemse todos com particular doutrina. 4

Requisitos necessarios pera valer o codicillo. Resumemse todos. 5

NO principio deste titulo começa logo o Emperador a declarar a origẽ dos codicillos, os quaes não hauia, nem delles se vsaua antes do Emperador Augusto; porem em seu tempo os introduzio Lucio Lentulo, & Augusto cõfirmou; porque morrendo em Africa o dito Lucio escreueo hús codicillos, nos quaes pedio a Augusto por fideicom- 1

misso

misso algũas cousas que queria se fizes
sem, & como Augusto cumprio esta
vontade, foy se introduzindo entre os
mais o vzo dos codicillos, & fideicom
missos, & a filha de Lentulo pagou to
dos os legados, & fez o mais que se or
denou no codicillo: & estando perma
nente esta introducçaõ, diz o texto, q̃
conuocando o Emperador Augusto
os sabios, & homẽs de letras com o Iu
risconsulto Trebatio, consultou com
elles, se era bem continuasse a obseruã
cia dos codicillos; & pareceo aos dou
tos que sí. E sem conselho de sabios
não quiz nada; porq̃ ainda que o Prin
cepe tenha noticia das cousas, nunca
se qualifica mais que quando com os
doutos se aconselha. facit text. in l. hu
manum, 8. C. de legibus, & in cap. ne
innitaris, 5. ext. de const. *Vbi ad nouas constitutiones faciendas debent conuocari sapientes, quia licet Imperator omnia habeat in scrino pectoris.* l. omnium, 19. C. de testam. *Tamen quod præsumitur habere hoc sit propter sapientes, quos apud se habere debet.* l. Iurisperitos, 30. ff. de excusat. tut. & concordarão q̃ não só eraõ vteis, mas necessarios, por quãto os homens fazião longas peregrina
çoens, & como nellas não tiuessem lu
gar de obseruar tanta solemnidade, cò
mo pera validade de hum testamento
se requere, tanto numero de testemu
nhas, & tãtos requisitos, era justo lhes
fosse licito poderem fazer codicillos,
em que com menos trabalho pudessẽ
declarar suas võtades, q̃ tiuessẽ o mes
mo effeito. Por isso disse hum curio
so expositor, que o codicillo se chama
assi, *à paruis codicibus*, porque saõ escri
tos em menos papel que o testamen
to, & porq̃ necessitaõ de menores re
quisitos, & com tudo, como diz a glos
sa in rubr. se parecem com o testa
mento à maneira da carauela com a
nao: porque supposto que a caraue la
he desigual na grandeza, & nos appa
ratos, faz a mesma viagem que a nao
grande, & assi o codicillo ainda que
não seja como o testamento, com tu
do tem a mesma natureza, & se cha
ma tambem. *Testatio mentis.*

E acerca disto pudera aqui larga
mente disputar, se debaixo da palaura,
Testamento, se comprehende o codicil
lo? *Et an veniat appellatione testamẽti?*
E se he accessorio do testamento? no
que tinha pera referir graues contro- 3
uersias, & opposiçoẽs de textos, que
deixo pera a explicaçaõ latina, por ser
aqui indecente, & contra o intento de
dar luz aos principiantes, confundillos
com argumentos. Digo sò de passagẽ
breuemente, que ha tres opinioẽs ni
sto, huns dizem, que de nenhum modo
se comprehende o codicillo debaixo
da palaura, *Testamento*. Outros dizem
que tomado o vocabulo impropria, &
largamente sí se comprehende, *& lar
ge dicuntur codicilli testamentum*. E
esta he commua, vt Modern. Bono
niens. in tract. rub. ff. de legat. 1. n. 48.
E outros dizem, que os codicillos saõ
propria, & verdadeiramente testamẽ
tos. Porem a mais commua, & a que
se deue seguir he, que o codicillo
se comprehende debaixo da palaura,
Testamento, tomada *lato modo*, & im
propriamente, & he mais segura,
ex Alex. in l. 2. n. 4. ff. de legat. 1. Ias. in
l. si idem, C. de codicillis, Bald. in l. fin.
n. 39. C. de ædict. Diui Adrian. Socin.
Senior in l. 1. §. quamquam, ff. ad
Trebell. Bald. in l. 1. ff. de testam.
vbi Aretin. num. 7. E assi os codicil
los se comprehendem debaixo da pa
laura, *Testamento*, *lato modo*, & impro
priamente: & diremos, que estaõ *sub genere vltimæ voluntatis*, *& non sub ge*

nere

nare testamenti: porq̃ o testamento tẽ instituiçaõ de herdeiro, & o codicillo não, & assi se não póde cõprehender na mesma diffiniçaõ. E naõ obstaõ as species q̃ referimos no tit. de testam. & o que nellas se contem: porque o testamẽto he hũ genero subalterno, q̃ cõprehende em si duas species. s. testamento militar, & paganico, as quaes se diuidem em solẽne, & não solemne, como ja explicamos, & como entre estas sobreditas species se naõ contẽ os codicillos, claro he, q̃ impropriamẽte, & fallando *lato modo*, se cõprehendẽ debaixo da palaura, *Testamento*.

Se saõ accessorios, ou não, tambem diremos breuemente, distinguindo; ou o codicillo he feito com o testamẽto, ou naõ se fez testamẽto, ou o codicillo se fez antes, ou depois do testamẽto, ou no mesmo testamento. E quãdo se faz o codicillo antes do testamẽto, & neste diz o Testador: *Cõfirmo o codicillo q̃ tenha feito*, neste caso he o codicillo accessorio do testamento, & se confirma por elle, & o mesmo diremos quando o Testador os não cõfirmar no testamento: *Nam quando testator non recedit à tacita voluntate ea pro expressa habetur*. §. non tantum hoc tit. E quãdo se fazẽ no mesmo testamẽto, diremos tãbẽ, ou se fazẽ os codicillos pera suprir o defeito do testamento ou não, no primeiro caso não saõ accessorios, porq̃ só tẽ lugar nelle quãdo naõ val o testamẽto; porq̃ v.g. disse o Testador: *Este he o meu testamẽto, & se succeder que não valha como tal, valerá como codicillo*; de quo infra, & in l. fin. §. illud, C. de codicil. l. nõ codicillis, vbi Bal. C. de testam. & como neste caso valha o codicillo em defeito do testamento, naõ lhe será accessorio: *Cum aliquid accedere alicui non potest, quod non est*. E quando se fazem juntamẽte com o testamẽto, & não em seu defeito, então não saõ accessorios, senão como principais. v.g. disse o Testador: *Deixo mil cruzados a Titio, iure codicillorũ*; neste caso o codicillo está escrito no testamento, & he parte delle, *& sic quod principale*. Bal. in d. l. non codicillum, C. de testam. E quando os codicillos se fazem abintestato, tãbem não saõ accessorios, & não obsta dizer Alex. cõs. 161. n. 1. q̃ o codicillo póde estar sem testamẽto muitas vezes: *& stat per se, & sic non est accessorium*: porq̃ respõdemos q̃ha muitos accessorios q̃ podẽ estar, & permanecer sem o principal, vt per Anchar. in cap. accessorium, Imola in cap. final. n. 8. de reg. iuris. Imola in cap. final. de except & Franch. in sup. dict. cap. accessorium; porque quando se trata de algũas cousas, que não trazem sua origem do principal, podem estar sem elle, & com tudo saõ accessorios. notãt DD. in l. statua. 245. ff. de verb. oblig.

Colligimos daqui tambẽ q̃ o codicillo se póde fazer de tres modos, ou antes do testamẽto, ou depois, ou no mesmo testamẽto. glos. hic post text. in l. conficiũtur. 8. in princ. ff. codẽ. Er 1. Antes do testamẽto se faz o codicillo, quãdo o Testador naõ tẽ feito testamẽto, & depois do codicillo o faz, ainda q̃ no testamẽto seguinte se não cõfirme o codicillo expressamẽte, *ipso iure*, se julga por cõfirmado, se o Testador o não reuogou expressamente, nẽ mudou a võtade. §. nõ tantũ, & l. si quis cũ. 3. §. fin. in princ. ff. eodẽ. E assi se o não reuogar expressamẽte, se presume o Testador perseuerante na primeira vontade: *Quod enim non mutatur quare stare prohibeatur?* l. sancimus, 27. C. de testam. 2. se fazẽ os codicillos depois do testamẽto, & se nelle expressamẽte saõ confirmados os codicillos, se chama confirmaçaõ *in futurum*, quando

Titulo vigesimo quinto

o Testador disser no testamento solé ne: *Os codicillos q̃ eu fizer quero que va lhão*, vt notatur, in d.l. conficiũtur. 3. se fazẽ os codicillos no testamẽto, quando o Testador fez testamẽto, a q̃ ajuntou o codicillo *in subsidium*. l. pondo a clausula codicillar dizendo: *Se este testamento não valer como tal, valha como codicillo*. E assi que quando o Testador poem esta clausula codicillar, se no testamento faltaraõ as solẽnidades requisitas, porq̃ naõ assistiraõ as testemunhas em numero, ou entre ellas se cõtou por testemunha algũa molher, val como codicillo, & não se annulla a võtade, & disposiçaõ do Testador, pella clausula codicillar q̃ poz. E pera se dizer, q̃ o codicillo he feito com o testamento, requere se q̃ o Testador faça testamento, aliàs se diz, q̃ o codicillo he feito abinteſtato, & tem dependencia do testamẽto, porq̃ se requere a adiçaõ *ex testamento*, alias naò val o codicillo: *Cum testamentum infirmetur non adita hereditate*. d.l. si quis cum, §. fin. Item se requere q̃ o testamento seja valioso, porq̃ se o naõ for, tambẽ fica vicioso o codicillo, como acessorio: o que procede quando o codicillo he feito antes, ou depois do testamẽto; porq̃ entaõ sẽpre depẽde o direito do testamẽto. l. abinteſtato, 16. in fin. ff. codẽ; porẽ se se fazẽ com o testamento *in subsidium testamenti ipsius*, & pera suplemẽto delle, conseruaõse os codicillos, & tomaõ força da clausula codicillar, q̃ reduz o testamento a codicillo.

O segundo modo, que haue mos notar nos codicillos he, que se fazem tambẽ abinteſtato, quando o Testador simplesmente faz codicillos sem testamento, e estes por si se conseruaõ, sem dependencia do testamento, nẽ requerem tacita, nem expressa confirmaçaõ no testamento, porque se fazẽ sem elle, & tem a força de testamento. d. §. non tantum, & dict. l. conficiuntur, in principio, & l. abinteſtato, ff. eodem, & se confirmaõ pella aceitaçaõ do herdeiro que succede abinteſtato. l. 2. ff. de fideicõmiss. libert. l. vlt. C. de testam. manumiss. gloss. in l. qui filio, §. 1. ff. de hæred. inst. E neste caso o herdeiro legitimo que succede abinteſtato pella ley, he reputado, & julgado por rogado pera cumprir o conteudo nos codicillos. d.l. conficiuntur, & gloss. ibi, in verbo, *possunt*. E porque no codicillo se não pòde instituir herdeiro, por isso se julgou q̃ o inteſtado, rogara aos herdeiros legitimos, que lhe succedem abinteſtato, que satisfaçaõ os legados, & fideicommissos, deixados no codicillo. d.l. si quis cum.

Tertio notemos, que o codicillo se pòde fazer *in scriptis*, à semelhança do testamento solemne, & sem escrito à semelhança do testamento nuncupatiuo, quando o Testador naõ pôde escreuer sua vontade, mas a declara perãte cinco testemunhas, secund. gloss. & DD. hoc. §.

Requere se pera valer o codicillo. 1. que o que fizer naõ seja prohibido por direito, quaes saõ os que dissemos no tit. quibus non est permissum facere testamentum; & quem naõ póde fazer testamento, naõ pòde fazer codicillo. 2. q̃ se faça cõforme a disposiçaõ da lei, arg. l. 4. ff. de testam. porq̃ as solẽnidades do codicillo saõ. 1. 5. testemunhas, ou se faça o codicillo *in scriptis*, *aut sine scriptis*, ou *in voce*. 2. q̃ haõ de estar presentes ao mesmo tẽpo, & não importa q̃ sejaõ especialmẽte rogadas, como no testamẽto; mas basta q̃ se achẽ presẽtes a caso. l. fin in fin. ibi (*vel fortuito*) C. eodem, & pòde a mo

lher

lher ser testemunha no codicillo, con forme a gloss.in d.l.fin.& in l.qui testamento, 20 §.mulier, ff. de testam. assi como no testamẽto do pai feito entre seus filhos, pòde hũa molher ser testemunha, secund.gloss.in Auth.quod si. ne, C.de testam. E ainda q̃ o texto diga q̃ se não requerẽ solẽnidades, & cõ tudo dizemos, q̃ saõ necessarias cinco testemunhas, estas se entende q̃ saõ necessarias pera proua, & não por solẽnidade: *Ideo necessaria est solẽnitas probationis, quamuis non requiratur solẽnitas Ordinationis, velut subscriptio, signatulam testium, &c.*

§. Codicillis.

SVMMARIO.

1 *Differenças entre o testamento, & codicillo, & se se pôde neste dar, ou tirar a herança?*

2 *Referemse os effeitos dos codicillos.*

3 *Como se renoga o testamento, & sendo este nullo, o fica sendo tambem o codicillo?*

4 *Testamento feito por pessoa defectuosa no juizo, se se presume q̃ está tambem com a demencia quando fez o codicillo? Propoẽse hũ caso*

5 *Furioso não pòde testar nẽ pera causas pias, porque se julga que lhe falta a vontade.*

6 *Se se dà maiscredito às testemunhas q̃ juraõ estar o Testador em seu juizo, se às que depoem, & affirmão que estaua desasizado? Respondese com distincçaõ.*

7 *E se o Taballião disser, que lhe pareceo sezudo o Testador?*

8 *Causa pia não póde suprir o defeito da vontade, nẽ val o codicillo ad pias causas, feito peila pessoa desasizada. Refere se julgado.*

9 *Testemunhas q̃ affirmaõ estar o Testador em seu sizo, tem por si a presampçaõ de direito, se o Testador nunca foi louco?*

10 *Furor, & doudice como se proua? Referemse algũas conjecturas.*

11 *Testamento sendo nullo como se annullará o codicillo com elle feito, & quando?*

12 *Refere se a clausula codicillar, & seus effeitos, & o que por ella se conserua?*

NEste §.ensina o Emperador a 1
differença entre o testamẽto, & codicillo, q̃ saõ muitas as q̃ se referẽ, cõforme a l.si idẽ, 7. C. codẽ 1. porq̃ o codicillo não he taõ solẽne como o testamẽto; porq̃ no codicillo bastaõ 5. testemunhas. l. si idẽ, & no testamento se requerẽ sete. l. si vnus, 12. C. de testam. 2. porq̃ no testamẽto as testemunhas deuẽ ser especialmẽte rogadas, & no codicillo basta q̃ a caso se achẽ presentes. d.l.fin.§.fin.3. No testamẽto não pòde ser a molher testemunha, & no codicillo si. l. qui testamẽto, §. mulier, ff. de testam. 4. No testamẽto solẽne o fundamẽto, & cabeça he a instituiçaõ de herdeiro, sem a qual o testamento he nullo, §. ante hæredis, sup. de legat. l. fin. ff. eodem: & nos codicillos não se pòde instituir, *directè*, o herdeiro. v. g. se differ o Testador no codicillo: *Titio seja meu herdeiro*, text. noster, & in l. 2. C. eodem, porque se não confunda o direito dos testamẽ-

tos,& codicillos.

Notemos tambem, que os effeitos dos codicillos se podem colligir do que temos dito: porque ainda que no codicillo não se possa *directe*, dar a herança,cõ tudo podêse deixar nelle os fideicõmissos vniuersais,& particulares,& o q̃ está escrito no codicillo val como o escrito no testamẽto. l.2.§.codicillorũ,ff.eodẽ, & d.l.abinteſtato,in fin.&quando o codicillo for feito com o testamẽto, então o herdeiro nomeado no testamento he obrigado a pagar,& satisfazer os fideicõmissos vniuersais, & particulares deixados no codicillo, & sendo feito o codicillo sem testamẽto, então o herdeiro abinteſtato será obrigado a pagar o que o defuncto deixar no codicillo.d. l.abinteſtato: & supposto que *directe* não possa o herdeiro ser instituído no codicillo,com tudo pòde ser declarado nelle, de modo q̃ instituio hũ homẽ no testamento por seu herdeiro a Pedro,acharaõ se dous Pedros nomeados no testamẽto,póde neste caso o Testador declarar no codicillo,qual daquelles Pedros quer q̃ seja o herdeiro, ou tambẽ se o testador disser no testamẽto: *Declaro q̃ deixo por meu herdeiro a pessoa q̃ nomear no codicillo*: neste caso tambẽ he valida a instituiçaõ & se julga o herdeiro nomeado no testamẽto por testamenteiro. l.affectoto,77. ff.de hæred. inst. de quo Iaſ.in l.1.C.eodẽ.

Vltimamẽte notemos, q̃ o testamẽto se rõpe, & revoga pellas causas q̃ referimos nos tit.precedẽtes, & do mesmo modo,& com as proprias causas se extinguẽ os codicillos,porq̃ quãdo o testamento for feito juntamente com o codicillo,sendo nullo o testamẽto,o he tãbẽ o codicillo: *Quia corruit accessoriũ cum principali*. l.1.C.eodẽ.

E pera entendimẽto disto, vejamos o caso seguinte, em q̃ se disputou,se valia o codicillo feito pella pessoa, cujo testamento se annullou por desasizada,ainda *ad pias causas*,& se se presume durar a loucura,& como se proua?

Margarida Fernandes veio a estar desasizada, & neste tempo disseraõ os PP.da Trindade desta Cidade de Lisboa, q̃ella fizera hũ testamento pera causas pias,em q̃ lhes deixaua hũas casas,o qual foi julgado por nullo.

Fez depois a Testadora hũ codicillo, em q̃ deixou as casas a hũ Domingos Fernãdes Reimundo,& depois fez outro codicillo, em q̃ approuou a primeira disposiçaõ, & deixou as casas aos PP.como fazia no testamento: cõ tudo o juiz do ciuel julgou tudo por nullo,& q̃ ao herdeiro abinteſtato pertencia a herança,& a sentẽça se confirmou em Relaçaõ,com fundamẽto, de q̃ estando a Testadora desasizada quãdo fez o testamẽto, sẽpre se presume durar o furor,quando não tem dilluci dos interuallos,ex Gam.decis.100. n. vlt. & ex Menoc. & alijs tradit Phæb. 1.p.dec.78. n.fin.in fin.

Com tudo os Padres embargaraõ esta sentẽça,& não lhe foraõ julgados por prouados os embargos pellas rezoens seguintes; porque discorrendo pellas doutrinas consideradas. Quãto ao 1.disseraõ os PP.que os embargos postos â Chãcellaria se deuiaõ julgar por prouados,naõ allegãdo proua bastante pera se annullar a sentença fundada,naõ sò na regra do texto,na l.ante tabulas, 5.ff.de iur.codicill.l.quedã 7.eodẽ tit. l.in bello,12.§.codicilli, ff. de captiuis,cum vulgaribus, q̃ dizẽ, q̃ não valẽdo o testamẽto não val o codicillo,e no vulgar axioma do texto na l. furiosi, ff.de reg. iur, tenet Tiraq. de

priuil.

priuil. piæ causæ, priuilegio 79. n. 2. *Quod nec ad pias causas possit testari,*
5 porque como lhe falta o juizo; *& testamentum sit voluntatis nostræ iusta sententia*, não póde testar, *nec ad pias causas.* Bart. in l. 1. n. 16. & 17. C. de sacros. Eccles. ibidem Aegid. 1. p. §. 3. n. 9. Clar. §. testamentum, q. 5. n. 2. vers. furiosus.

Secundo, porque as testemunhas, que referiraõ, que a Testadora estaua em seu juizo, não differaõ que ella fallaua com o tal sentido, senão que dizia a tudo, *sim*, & ainda que fallasse aigũas palauras a proposito não tira isto que se haja de reputar por louca,
6 Phæb. 1. p. dec. 78. num. fin. *Aliquando, enim, fatuus verba diuersa loquitur,* & aqui sendo industriada: & os Douto res fazem differença entre aquelle, q estaua doudo por espaço de tempo, & o que nunca o foi; & quando se trata da pessoa que nunca foi douda, neste caso as testemunhas que depoem que estaua em seu juizo se lhes dá mais credito, por fallarem mais conformes à qualidade natural, mas quando algũa pessoa esteue em demencia por espaço de tempo, este sempre se presume doudo, & ás testemunhas que depoem da demencia, se dá mais credito, ex Bald. & alijs tradit Marant. in d. l. is po test. n. 140. aonde diz, que ainda que tiuera dillucidos interuallos, era necessario prouar se, que estaua no tempo de sizuda, Phæb. dicta decis. 78. n. fin. aonde tambem diz o mesmo, & que não basta prouar se, que respondeo a proposito, porque o furor se presume durar, & allega Menoc. cons. 82. n. 233. Suar. alleg. 1. n. 16. & outras doutrinas.

Quanto mais aqui, em que se prouou, & julgou, que a defuncta estaua em perpetua demencia, & nunca mais teue melhoria, & não se mostra q̃ ella tornasse a seu juizo, ou tiuesse dillucidos interuallos.

Nem obstou dizer o Taballião, 7
que entendia que estaua em seu juizo porque isso não toca ao Taballiaõ, ex Suar. allegat. 1. n. 8. Cabed. 1. p. decis. 97. n. fin. antes elle, & as testemunhas que differaõ (alem das contraditas particulares, a que se tenè respeito ho acordão) ficão ja interessadas, por não se dizer, que assistiraõ a hum acto nullo; & nisto mais se crê aos Medicos, ex regul. l. semel, Cod. de re milit. lib. 12. Gom. 2. tom. variar cap. 9. num. 5. Phæb. vbi proxime, num. 5. o que aqui não houue, pello que sendo a Testadora mentecapta, & estando em demẽcia depois da dita queda, continuando sempre, & accrescendo por sua muita idade, & velhice; não se póde dizer, q̃ tinha dillucidos interuallos, nem que no tempo do testamento estaua em seu juizo, pois nos taes se não dá melhoria.

O que supposto não teue lugar o segundo fundamento em quanto *ex aduerso* se quizeraõ valer os Padres do priuilegio da causa pia, trazendo para isto grande proua de textos, & DD. pera mostrar, que esta causa o he, & ninguem poderá negar; mas essa doutrina terá lugar quando o testamento, ou codicillo deixasse de valer por falta de solemnidade, como do numero de testemunhas, & outras, mas não pella mesma inhabilidade de direito das gentes, qual he esta da mentecapta, vt tenet Barth. in l. 1. num. 16. C. de sacros. Eccles. cap. relliatum cum vulgaribus de testam. & as doutrinas q̃ aci ma referimos. E as q̃ se segue em do insigne Dezembargador o D. Pedro Paulo de Souza, que deliberou no caso assi.

Titulo vigesimo quinto

Per peram fatigantur excipientes pugnando pro validitate testamenti, vel codicilli conditi à muliere demente, & insana; cũ certum sit testamentum eiusdem insanæ iudicatum fuisse nullũ ob defectum mentis, & iudicij, vt patet, ibi: (O que visto, & como estando a dita Testadora desaciſada, & mentecapta ao tempo que fizera o testamento era nullo) quæ sententia ex eo fundamento approbata fuit in Senatu, pariter codicilli eiusdem insanæ eodem morbo nullitatis laborant. l. ante tabullas, ff. de iure codicil. cum vulgar. præsertim quando nullitas prouenit ex defectu voluntatis, quæ non consideratur in persona insana, & demente. l. furioſi, 40. ff. de reg. iur. Nec insipientibus prodest allegatio causæ piæ, quia licet ad pias causas valeat sine solemnitatibus iuris, ex Valasc. allegat. 68. Phæb. 1. p. decis. 56. Gratian. forens. 2. cap. 235. â n. 27. & tomo 5. cap. 895. Valasc. cons. 67. & cõs. 74. Ægyd. in l. 1. p. 3. in initio, C. sacros. Eccles. non tamen valere potest sine substantia, quæ est voluntas testatoris; Ægyd. n. 9. vbi proxime, Clarus, §. testamentum, q. 5. n. 2. vers. furioſus hæc autem voluntas non datur in demente, igitur subterfugium piæ causæ non prodest, neq; causa pia potest supplere defectum voluntatis.

8 *Et quamuis excipientes probent per testes codicillares testatricem extare mentis compotem tempore quo condidit codicillos, contrarium probat exceptus multo pluribus alijs testibus, qui deponunt de actibus insaniæ visibiles, & ex depositione notarij infero eam extare dementem tempore codicillorum, quia affirmat illam quinquies dixisse; ita maxime, vulgo (que sim, & lho disse cinco vezes) qui modus loquendi non inuenitur nisi in muliere insana.*

d. *Eo maxime quia mulier, de qua agitur, non habebat dilucida interualla; sed perpetuam dementiam, & perpetuum mentis defectum causatum ex ruina, vel casu per scallam, & dementia illa in muliere decrepita non solet decrescere, sed crescit indies magis, & ruit in peius: vnde non est credendum, quod mulier iudicata insana ad testandum hodie, postea elapsis duobus annũ sit mentis compos, & habilis ad codicillandum, cum non minus noceat insania ad codicillandum, quam ad testandum, vt dictũ est.*

Facit

Facit pro excepto, quod in codicillis non fuit domus legata excipientibus, sed alienata à quodam donatario; nec excipientes exhibent codicillos, in quibus eis legata fuisset talis domus, quia in codicillis solum inueniuntur verba enunciatiua, ibi: (Tendo eu disposto dellas em meu testamento, como melbor me pareceo) si ergo in testamento legata fuit domus excipientibus, vt ipsi dãt intelligere; & testamentum iudicatum fuit nullum ex defectu mẽtis, & iudicij; quomodo subsistere poterunt legata, vel aliæ dispositiones inuentæ in tali testamento? ex quibus, & alijs, quæ dictus patronus excepti inculcat; exceptiones iudico non probatas.

E assi se julgou na dita causa, de que se pòde colligir muita doutrina, pella excellente disposiçaõ, & jurisprudencia das resoluçoẽs, q̃ ponho por espelhos em todos os titulos, & §§. em que
Decis. 38 tem lugar. E nesta forma conuieraõ os dignissimos Dezembargadores, os Doutores Rodrigo Rodrigues de Lemos, & Antonio de Sousa de Tauares, no dito anno, & Cartorio.

9 Supposto isto notemos, que aquelle que disser que o Testador estâ em seu juizo, tem por si a presumpçaõ de direito, conforme o qual se presume cada qual ter seu juizo perfeito, & as testemunhas que depoem, & juraõ do Testador estar em seu juizo, se preferem às que juraõ que está furioso, pella dita presumpção. l. nec codicillos, C. de codicillis, quo in loco DD. præsertim Barth. col. 1. vers. dicendum est ergo, & aquelle que disser, que o Testador está em seu juizo tem melhor direito, pella presũpçaõ da ley, de qúa text. notabilis in l. 2 Castellæ, vers. y *otro si dezimos, q̃ quando alguno de Castilla*, tit. 14. part. 3. tirada do texto in cap. fin. vers. nos causam, & vers. si vero, de successionib. abintest. facit text. in cap. indicas, 3. quæst. 9. & ibi glos. in verbo, *ostenderis*, & aliæ concordãtiæ, de quibus Dec. in cons. 489. in casu occurrenti, n. 13. & plenius idẽ Dec. in cons. 448. n. 9. cum seqq. DD. in cap. fin. de succes. abintest. maxime Abb. col. fin. vers. quid autem si vna pars, onde diz que mais se crem as testemunhas, que dizem estar o Testador em seu sizo, do que as que juraõ o contrario: idem tenet Cardin. in clement. 1. de homic. col. 2. vers. secũdo quæro, & Cornel. in cons. 217. Dec. dicto cons. 448. n. 10. cum seqq. singulariter Ias. in cons. 2. in themate præsupposito, col. 4. n. 8. lib. 1. dizẽdo, que mais credito se ha de dar a duas testemunhas, que juraõ estar o Testador em seu sizo, do que a mil que depoem que estaua louco, idem Ias. iterũ consuluit in cons. 178. in causa matrimoniali. n. 1. vers. secundo confirmatur. Boer. decis. 23. & quoad primam quæstionem, Gram. decis. 73. Paris. cons. 88. viso processu, n. 20. cũ seqq.

Com tudo bem se proua o furor, & doudice quando se prouar algũa cousa das seguintes.

Prima, se o Testador fallar palauras deshonestas, & se rir sem propo- 10
sito, & blasphemar com modo indecente contra o que costumaua, se julga, que está fora de seu juizo, ex textu

Titulo vigesimo quinto

in l. ob quæ vitia, in princip. ff. de ædilicio edicto. *In verbis: vel per vicos more insanorum derridenda loquatur*, quem text. singularem dicit ad hoc Angel. in l. si cum dotem, §. si maritus, ff. soluto matrimonio, column. fin. vers. in gloss. sup. verb. *cundem*, & dicit meliorem de iure Ias. in cons. 114. circa primum, n. 6. text. in l. 15, §. qui dicuus, & ibi gloss. in verb. *ex sermonibus*, ff. de tutor. & curat. dat. & etiam text. in l. 1. §. idem Iulianus, ff. de ædilicio edicto, ibi: *Et quasi demens responsa dare*. E que se proue das palauras a locura proua o texto no cap. fatuus, in principio, 96 distinct. & text. in l. idem Iulianus, §. constat, & ibi DD. ff. de leg. 1. & dos feitos, & dos ditos proua o texto na l. quidam in fine, ff. condit. instit. Alex. in d. l. si cum dotem, §. si maritus, col. penult. vers. nota in gloss. cũ seqq. latissime Paris. in cons. 63. n. 14. lib. 4. & assi bem constarâ da doudice quando as testemunhas jurarem que o Testador blasphemaua, fallaua palauras deshonestas contra seu costume, & juraua, querendose ir pellas ruas, Cardin. Paris. in d. cons. 87. n. 6 lib. 3.

Secundo, o mesmo he se o Testador apparecer nũ diante da gente, & quizer andar assi, Carol. Ruin. in cons. 67. in quæst. 1. n. 8. lib. 1.

Tertio, se proua a doudice, se o Testador ao tempo que fizer a disposiçaõ não tiuer memoria ordenada, ex text. in cap. filij, in princip. de hæret. lib. 6. & ibi notat Dominic. col. 1. vers. *Nota quod ille non est sanæ mentis*. Alexand. in l. si cum dotem, §. si maritus, ff. soluto matrimonio, col. pen. vers. quartus est.

Quarto, se proua quando o tal Testador he reputado por louco, por seus mesmos parentes que o tem por furioso, text. notabilis in l. octaui, in fine, ff. vnde cognati, & in l. si furioso puberi, ff. curat. furios. facit text. in l. de tutela, C. de in integr. restit. min. allegatur communiter ad hoc Bald §. furiosi inst. quib. non est permissum facere testamentum, Alex. cons. 3. breuiter, n. 3 lib. 6. idem cons. 54. col. 2. Dec. in cons. 86. viso puncto, col. 4. vers. vltima conclusio, Boer. decis. 23. vers. præterea, Paul. Paris. in d. cons. 87. n. 7 lib. 3.

Quinto, se proua com a fama publica, que sendo prouada he considerauel neste particular, secund. DD. & Alex. in cons. 54. ad quæsitum, col. 2. vers. vel si probatur, lib. 1. & melius idem Alex. in cons. 92. viso, & oportunê, col. 1. vers. præterea deponunt dicti testes, lib. 5. & Dec. d. cons. 86. col. 4. vers. vltima conclusio. E esta demẽcia se proua por testemunhas singulares, secund. Innoc. in cap. qualiter & quando, in 2. de accusat. col. 2. quem sequuntur DD. & Alex. in d. cons. 92. col. 5. vers. quia respondes, lib. 5. & plenius in d. cons. 141. col. 2. vers. præterea testes discordes, lib. 1. Paris. dicto cons. 87. n. 8. 9. & 35. lib. 3. referendo plures DD. & diz, que bastaõ testemunhas parentas, & domesticas, porque estas sempre se admittem nos casos de proua difficultosa, como he o adulterio, furto, & outros semelhantes, q̃ pella mayor parte succedem onde sò podem entreuir os domesticos, & pessoas inhabeis pera o juramento, de rigor de direito; mas nestes casos se admittem, Barth. in l. cunctos populos, n. 23. C. de Summa Trinit. & fide Catholica, Alberic. post cæteros, in l. consensu, C. de repud. vbi dicit: *Ea quæ domi fiunt (quoniam occultè fieri solent) per testes inhabiles probari*. Ioan. And-

in

in addit. ad Speculat, in tit. de test. §. 1. vers. item quod est mulier, & Marsil. in l. 1. §. ad quæstionẽ, n. 4. ff. de quæst. diz, que ainda que o domestico se não admitta regularmente, pello domestico na sua causa, com tudo quando se tratar de prouar cousas que se fazem em casa, as quaes somente saõ notorias aos domesticos, & familiares de casa, então se admittem. idem in pract. crim, §. diligenter, n. 84. & in l. infans in princip ff. ad leg. Cornel. de sycar. Tib. Decian. respons. 25. num. 1. vol. 2. Mascard. qui plures refert, de probat. volum. 3. concl. 1359. à n. 1. vsque ad n. 7. & concl. 1387. n. 4. & fallando do stupro, diz que se proua por testemunhas domesticas, & inhabeis, referindo a Iulio Clar. in pract. criminal. lib. 5. §. stuprum, vers. quæro nunquid stuprum, onde diz, que esta opiniaõ he practicada, & prouauel; porem Iul. Claro in loco citato, n. 2. diz, que na materia do stupro (que explico no tit. vlt. do quarto liuro) não fazem mais que indicio as testemunhas domesticas.

Finalmente quanto ao ponto que tratamos da proua do furor, & doudice notemos, que o furioso naõ póde fazer testamento, text. in d. l. furiosũ, vers. sancimus, C. qui testamenta facere possunt, & in l. in aduersa, ff. de testam. & in §. item furiosi. & in §. furiesi, infra, quib. non est permissum facere testamentum; & em tanto que nẽ *ad pias causas* val o testamento, Barth. in repet. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. col. 4 vers. 1. quæro, notat Dec. in l. negotijs contrahendis, n. 2. & vers. hoc patet quia, ff. de reg. iur. E quando o Testador tem dillucidos interuallos na doudice, que lhe naõ dá senão ás luas, & a tempos, se se naõ prouar que estaua em hora de sesudo ao tempo da feitura do testamento, se julgará *in dubio*, q estaua na occasiaõ do furor, mormente se tendo feito testamento perfeito quis no codicillo variar, textus iuncta gloss. cap. indicas, in verb. *ostenderis*, 3 q. 9. & in d. c. fin. de succes. abintest. Alberic. in l. nec codicillos, C. de codicillis, col. fin. Alexand. in d. cons. 92. col. 4. vers. quod autem, cum seqq. lib. 5. Suar. alleg. 1. col. 8. vers. quarto ad hoc, Ruin. cons. 67. in quæst. n. 9. cum seqq. lib. 1. Bertrand. cons. 48. n. 24. & 26. lib. 1. Paris. cons. 87. ad hæreditatẽ n. 13. & 41. lib 3. particularmente quãdo a doudice se considera proceder da idade, & nos velhos se julga q̃ cresce, & naõ que diminue, vt Doctores considerant in dictis locis, Paul. de Castro in l. qui testamento, §. nec furiosus, col. 2. vers. item quæro, ff de testament. Paris. cons. 67. quærela, n. 47. lib. 3. *Quia senectus debilitatem corporis inducit*, cap. si pro debilitate de offic. deleg. facit text. in l. senectus, C. de donationibus, & assi sempre se presume em semelhantes pessoas, que dura a doudice, ou porque a padeceo ja continuando, ou porque com os muitos annos vay crescendo, ex Barth. in l. 2 col. fin. in fine, ff. de bonorum possess. Paul. de Castr. in d. l. qui testamẽto, §. nec furiosus, col. 2. vers. item quæro, & est communis opinio: *Etiam in furioso habente dillucida interualla*, secundúm Ias. in l. patre furioso, n. 5. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris.

E tornando à continuaçaõ da nossa explicaçaõ, pera darmos fim ao titulo, dissemos acima quando tratamos dos modos porque se reuogaõ os codicillos, que saõ os mesmos porque se reuoga o testamento, referidos no titulo quibus modis testamenta infirmentur, & principalmẽte sendo feitos com

com o testamento, sendo elle nullo o fica sendo tambem o codicillo, como acessorio, o qual perece juntamente com o principal, como vulgarmente dizemos em direito: *Accessorium sequitur naturam sui principalis*, cap. super gratiam, de officio delegat. in 6. cap. accessorium, de reg. iur. eodem lib. Anton. Monach. decis. Florent. 56. Nouar. q. forens. 41. lib. 1. Surd. decis. 88 idem Monach. decis. Bonon. 27. posto que o principal não siga o accessorio, vt notatur in gloss. fin. in cap. si confirmationem de elect. in 6. Barth. in l. cũ pater, §. merito, n. 5. ff. de legat. 1. ou se trate de introduzir, ou de tirar o principal, vt in d. cap. super gratiam, & in l. 2. & 3. ff. de pecul. legat. Assi o codicillo toma forças do testamento seu principal, & sendo elle nullo, o he tãbem o codicillo, que com elle juntamente for feito, l. 1. C. eodem, & gloss. fin. in l. abintestato, 16. ff. eodem, por quanto o codicillo feito com o testamento recebe delle todas as forças, per text. in d. l. abintestato, in fine: & assi não aceitando a herança o herdeiro escrito, & nomeado no testamento não se deuem os legados do codicillo, l. si quis cum, §. fin. ff. eodem. E por estas rezoens dissemos no caso acima explicado, que o testamento dos furiosos naõ val, & em consequencia he nullo o codicillo: o que procede quando se proua (como no dito caso) a cõtinuaçaõ da demencia, & locura por tempo continuo de annos, & meses, vt per Menoch. lib. 6. præsumpt. 45. n. 66. Gama dec. 100. n. 3. Mascard. conclus. 815. n. 7. & 8. Castilho cum multis, cap. 28. lib. 4. n. 46. porque aliás bem póde o Testador estar sem juizo ao tẽpo do testamento, & ter sizo ao tẽpo do codicillo, vt late Castil. d. lib. 4. cap. 28. n. 22.

Tambem pello nascimento do posthumo se rompe o testamento, & o codicillo, que com elle for feito, l. 1. C. eodem: porem se o codicillo for feito sem testamento, neste caso o posthumo como abintestato, se julga rogado pera dar os legados deixados no testamento, d. l. abintestãto.

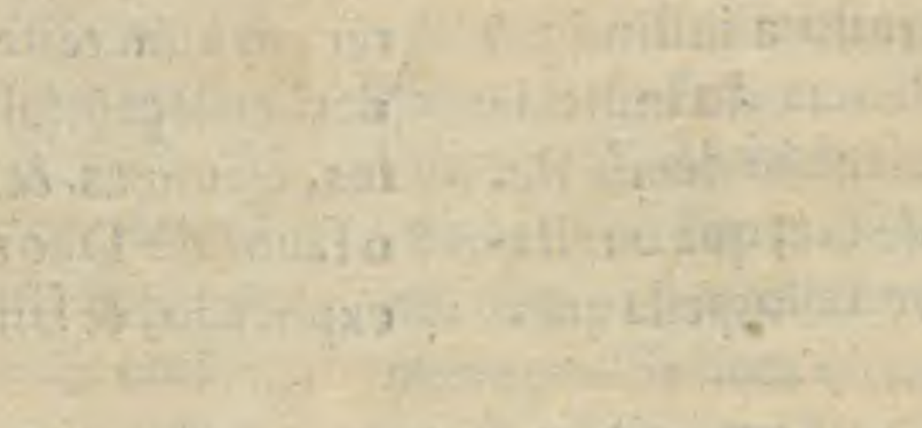
Finalmente temos aqui que fazer mençaõ da clausula codicillar, que he quando o Testador diz: *Se este meu testamento não valer como tal, valha como codicillo, & do melhor modo que puder valer*: de quo Barth. in l. 1. ff. eodẽ, Speculat. in part. 2. in §. compendiose sub n. 18. de instrument. edit. & vltra omnes Seraphin. decis. 53. lib. 3. E o principal effeito desta clausula he, que os successores abintestato saõ obrigados a pagar os legados, & fideicõmissos particulares, & vniuersais, que o Testador deixar, ou no testamẽto menos solemne sejaõ instituidos herdeiros, ou naõ, l. ex ea scriptura, 29. §. fin. ff. de testam. & l. ex testamento, 29. cũ ibi notat. C. de fideicommiss. & l. si iure non subsistit, 11. C. de testam. manu. E pera mayor clareza ponhamos exemplo. Se hum estranho for instituido herdeiro em hum testamento menos solemne, no qual ha algum defeito de testemunhas, ou no numero, ou no modo de naõ serem rogadas; & neste testamento foy posta a clausula codicillar: parecia que o herdeiro como he instituido em testamento imperfeito naõ pôde adir, & aceitar a herança, l. ex imperfecto, 3. C. de testamentis, porque aquelle testamento he nullo, por lhe faltarem as solemnidades requisitas, l. si vnus, 12. C. de testam. & por isso aquella herança fica sendo abintestato, & os herdeiros legitimos succedem: porem por se achar esta

vltima vontade ajudada da clauſula codicillar ſe conſerua, não como teſtamento, mas como codicillo, de modo que o herdeiro nomeado naõ recebe a herança direitamente, mas como por terceira peſſoa. ſ. pello herdeiro legitimo, a quem ſe defere a herança abinteſtato pella lei, & eſte ſe chama rogado pera que por aquella clauſula aceite a herança, & a reſtitua ao herdeiro eſcrito, & nomeado á maneira de fideicõmiſſo; & aſſi obra eſta clauſula no teſtamento imperfeito, que valha como codicillo; mas iſto procede quando o teſtamento he imperfeito por rezaõ da falta das ſolemnidades requiſitas: porem ſendo imperfeito por falta da vontade do Teſtador, defeito do juizo, ou anticipaçaõ da morte, com que não pode acabar o teſtamento, não obra nada a clauſula codicillar. Bart. in d.l. 1. ff. eodem. Deſta clauſula tambem ſe pôde ver Franch. in deciſ. 156. onde affirma, que obra quanto a ſubſtituiçaõ, ainda quando a inſtituiçaõ caducar por precedencia do inſtituido. E Antonio Theſaur. in deciſ. Pedemont. 128. onde diz, que o teſtamento declarado por nullo, pella queixa do irmaõ, ſe ſuſtenta por eſta clauſula, & o roto pello naſcimento do poſthumo, apud eundem Theſ. deciſ. 141. & ſe importa repetiçaõ, aos que ſuccedem abinteſtato? Guid. Pap. deciſ. 323. Capel. Toloſ. deciſ 456. Vincent. de Franch. deciſ. 156. Ioſeph Ludouic. deciſ. Peruſin. 118. Franciſc. Marc. deciſ. 172. part. 2.

Vide Pereg. de fideicommiſſ. art. 2. n. 17. & n. 18. & art. 18. n. 6. & 8.

E com iſto damos fim ao ſegundo liuro da Inſtituta, aduertindo que todas as materias que aqui tocamos, lhe puzemos ſomente os requiſitos principais, porque os mais ſubſtanciais, examinados com as duuidas, & caſos q̃ podem ſucceder, ſe repetem, ſem offenſa do referido, no tit. de actionibus, & particularmente eſtas vltimas vontades, ſe referem no tit. de actionibus, §. actionum, in actione de petitione hæreditatis, onde veremos quando ſe pede hũa herança, examinada a cauſa, & declaradas com mais erudiçaõ todas as circunſtancias, que podem concorrer em hum teſtamẽto, de inſtituiçaõ, desherdaçaõ, ſubſtituiçaõ, fideicõmiſſos, clauſulas, & tudo o mais que com o fauor de Deos vay elegantemente explicado, & ſairà breuemente a luz.

FINIS SECVNDI LIBRI IMPERIALIVM
Inſtitutionum ad laudem Omnipotentis DEI, & Beatiſsimæ, ac immaculatæ Virginis MARIÆ
æterni Teſtamenti Sacrarij.



EXPLICAÇÃO
DO
TERCEIRO
LIVRO DA INSTITVTA
DO EMPERADOR IVSTINIANO, COM TODA A DOVTRINA, E EXPOSIÇOENS DOS TEXTOS, OPINIOENS DOS DOVTORES, Deciſoés, & Regras conuenientes.

Commentado, recopilado, & compoſto

POR RAPHAEL DE LEMOS DE AFONSECA,
Bacharel na faculdade de Leys.

DE HAEREDITATIBVS, quæ abinteſtato deferuntur.

Titulus primus.

SVMMARIO.

Continuaçaõ deſte 3. liuro, & primeiro titulo com os antecedẽtes.

Moſtraſe que couſa ſeja ſucceſſaõ abinteſtato, & como ſe defere aos parentes quando não ha teſtamento?

Quando o defuncto não diſpoz de ſeus bẽs, ſempre a ley preſume q̃ os queria dar ao parente mais chegado. 3

Se com boa conſciencia póde hũ homem inſtituir per ſeus herdeiros peſſoas eſtranhas, tendo parẽtes? Referemſe todas, & as melhores opinioẽs. 4

Titulo primeiro

Origem desta ſucceſſaõ abinteſtato donde procedeo?

Como, & quando ſe pôde dizer, que morre hum homem abinteſtato? Referemſe todos os caſos.

Teſtamento ſem inſtituiçaõ de herdeiro, não val, & ſe valerà entre os filhos? Entendeſe a Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. in princip. & as opiniões de algũs DD. & continuase com os caſos, em q̃ ſe diz morrer alguem ſem teſtamento.

5

6

7

Text. *Inteſtatus decedit, qui, aut omnino teſtamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum, irritum vè factum eſt, &c.*

1 TRATOV o Empérador Iuſtiniano atè o preſente, do modo com que ſe faziaõ os teſtamentos, & como ſe acquiriaõ os bens por virtude das diſpoſiçoens teſtamentarias. E porque no §. final do titulo, *per quas perſonas nobis acquiritur*; diſſe, que de dous modos ſe entraua, & acquiria a herança de hum defuncto; ou por teſtamento, ou abinteſtato. Declara agora no titulo preſente, como ſe ſuccede àquelles, que morrem ſem teſtamento, que iſſo quer dizer, *Abinteſtato*, tendo ja no liuro precedente explicado as diſpoſiçoens teſtamentarias: porque quando tem lugar a ſucceſſaõ por teſtamento, ſe não admitte a abinteſtato: *Quia ſucceſſio ex teſtamento præfertur ſucceſſioni abinteſtato, quandiù enim, hæreditas ex teſtamento adiri poteſt, ſucceſſio abinteſtato locum non habet.* l. quandiú, 39. ff. de acquirend. hæredit.

A diffiniçaõ da ſucceſſaõ abinteſtato ſe pòde colligir do referido, porque quando hum homem faz teſtamento, he a diſpoſiçaõ, & herança ſua, & quando morre ſem teſtamento he a diſpoſição da ley; porque ſe defere a ſucceſſaõ aos parentes mais chegados pella ordem que a ley declara, & ordena, & aſſim propriamente ſe chama à ſucceſſaõ abinteſtato, legitima herança, que ſe defere pella ley: *Ideò legitima hereditas dicitur quæ abinteſtato per legem defertur.* textus in l. 3. §. de illo, ff. pro ſocio. E ainda que a herança por teſtamento ſeja legitima, ſecundum gloſſ. in d. §. de illo: com tudo chamamoslhe aſſi impropriamente, porque não he feita pella ley, ſenão pello Teſtador, com approuaçaõ daley: *Quia inſtituti hæredes lege approbante ad ſucceſſionem vocantur.* l. obuenire, 130. ff. de verborum ſignific. & conforme a iſto, ſe pòde dizer tambem, que a ſucceſſaõ abinteſtato he hũ direito, que a ley dà ao parente mais chegado, pera ſuceder ao que não fez teſtamẽto, & ſe defere a ſucceſſaõ de ſeus bẽs a ſeu parẽte, por cenſura da ley, & tacita vontade do defuncto. l. 2. §. hæreditas, & §. legitima, ff. de ſuis, & legitim. hęred. l. 1. §. gradatim, ff. vnde cognati. E diſſemos, q̃ por tacita vontade do defuncto, porq̃ como a ley preſume, q̃o defũcto ſẽpre ama mais o parẽte mais chegado. l. hac parte, ff. vnde cognati,

2

dà

dá a eſte parente a ſucceſſaõ abinteſta-
to preſumindo, que elle aſſi o faria ſe
teſtara. E deſta ſorte ſe entẽdẽ aquel-
las palauras do texto, in l. conficiun-
tur, vbi gloſſ. verbo, *quoniam credi-*
tur, ff. de iure codicill. & fica ſendo
eſta preſumpçaõ, *iuris, & de iure*,
pois a ley diſpoem ſobre o que preſu
me, & aſſi contra ella ſe não admitte
proua em contrario, ex glóſſ. in cap. is
qui fidem, de ſponſ. & in c. ferrum, 50.
diſtinct. & in l. ſiue poſſidetis, in gloſſa
fin. C. de probat. Menoch. in l. ab ea, n.
3. C. de fideicommiſſ.

Suppoſta pois eſta diffiniçaõ, & preſumpçaõ da ley, bem ſe collige delle quanto ajuſtada he com a rezão natural, pois não deixando o defuncto ſeus bens, nem declarando ſua vontade em teſtamento, a ley preſume que ao parente mais chegado, como he rezão, os quiz deixar, & lhe dá a ſucceſſaõ; porque tambem eſtranha muito deixaremſe as heranças aos eſtranhos, quando ha parentes, & tanto q̃ chega a prouar Anchar. in reg poſſeſſor. de reg. iuris in 6. 1. quæſt. prin-

cip. que o herdeiro eſcrito eſtá obrigado a reſtituir ao legitimo, no foro da conſciencia, os bens que pertencẽ ao tal parente legitimo herdeiro, a quem o Teſtador os não póde tirar cõ boa conſciencia, & pera iſſo ſe funda no texto in cap. ſi quis reliquerit, 30. diſtinct. & in c. quicũq; 2. 17. quæſt. n. 4 (porem iſto procede nos filhos como logo veremos) & he queſtaõ celebre ſe não tendo hum homẽ deſcendẽtes, nem aſcendentes, póde com boa cõſciencia deixar ſeus bẽs aos eſtranhos desherdando aos irmaõs, & mais parentes que lhe hauiaõ ſucceder abinteſtato? na qual ha varias opinioens dos Doutores, & pera que breuemẽte as cifremos ſem argumentos, he de notar, que ſempre deue nos amar mais os parentes, que os eſtranhos. D. Thomas Angelicus Doctor in 2. 2 q. 31. art. 9. Abb. in cap. 1. n. 19. de reb. Eccleſ. non alienand. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 3. num. 24. Gouarr. lib. 3. variar. capit. 14. num. 6. vnde dicebat Cato:

Ignotum tu tibi, noli præponere notis.

Charis- *nim præfert ſuos extraneis.*
l. cum acutiſſimi, & ibi Bald. in 1. not. Cod. de fideicommiſſis. Donde vem que ſe for deixado hum legado a Antonio, & houuer dous do meſmo nome, dos quaes hum ſeja parente do Teſtador, ou de quem deixar o legado, eſſe parente o ha de leuar pella preſumpçaõ de que foy mais amado, & prefere ao outro. Affict. de iure protomiſ. fol. 2. Surd. de alimeut. tit. 1. q. 93. n. 4. E o meſmo he quando o que tem o direito do padroado preſẽta dous idoneos, & hum delles he do ſangue do fundador, eſte deue o Biſpo preferir, pella rezão ſobredita. Roch. de Curt. in tract. de iure patronat. verb. *honorificum*, ex n. 45. E do meſmo modo deſcõcordãdo entre ſi os executores de hum teſtamento, ſe algum delles for parente do Teſtador, preualecerâ o ſeu conſelho. Palat. Rub. in repet. cap. per veſtras, §. 43. num. 8. pagin. 237. Roman. ſing. 539. Tiraquel. in præfat. de retract. lignag. numer. 44. Pello que por rezão, & obrigaçaõ natural, deuemos primeiro ſoccorrer aos filhos, em ſegundo lugar aos

domesticos, & depois aos estranhos. gloss. in verb. *fideles*, in cap. si qui filij, 30. dist. & gloss. in verb. *Domesticos*, in cap. non satis, 86. dist. tradit. à Rip. de pest. de præsert. num. 174. *Et quidem graue esse videtur, sanctos de quadam æquitate, bona venientibus abintestato auferri*, vt inquit l. final. Cod. de testamentis, & Baldus in l. final. per textum. ibi, Cod. quorum bonorum, inquit: *Non extantibus ascendentibus, neque descendentibus, successio consanguineus est quasi debita de iure naturali.* E por isso o grande Doutor santo Agostinho dizia, que não queria aceitar herança daquelles, que por desherdarem seus parentes deixauaõ os bens á Igreja: & est textus in capit. vltimo, 17. quæst. 4. desumptus ex D. Augustino, in sermon. de vita Cleric. 52. ad fratres in heremo, tomo 10. fol. 314. *Quicumque* (inquit) *vult, exheredare filio, hæredem facere Ecclesiam, quærat alterum, qui suscipiat, non Augustinum, imò Deo propitio neminem inuenict.*

Supposta estas doutrinas colligese dellas, que he muito justo sejaõ primeiro amparados, & remediados os parentes, que os estranhos; porem he certo, & opinião commua de todos os DD. que aquella doutrina do cap. sup. allegado, si quis reliquerit, procede nos filhos, aos quaes se deuem os alimentos, & a legitima, por rezão natural. l. scripto, in fine, ff. vnde liber. E assim de rigor de justiça não está ninguem obrigado a instituir por herdeiros os parentes, & transuersais. l. fratris, & l. fratres. Cod. de inofficioso testamento, nem ha ley, que ordene tal necessariamente, & assim pòde instituir herdeiro quem quizer, iuxta leg. 1. Cod. de sacros. Eccles. *Quia cum hoc faciat lege permittente, non peccat.* Gom. 1. tomo variar. cap. 11. de success. contra testamentum, num. 39. argum. l. Grachus, Cod. ad leg. Iuliam de adult. & ainda que os parentes sejaõ pobres não tem obrigaçaõ de rigor de justiça, de lhes deixar seus bens; porem se forem tam necessitados, que se pudessem considerar *in summa indigentia*, como aduerte Nauarro in manual. cap. 26. num. 36. neste caso faria cõtra a ordem da charidade, se lhes não deixara os bens, ou ao menos alimentos, cap. non satis, 86. & alij relati a Peralta in rubrica de hæredib. instituend. num. 12. como tambem se por rancor, & odio injusto for tirada a herança aos parentes, será peccado. Guilhelm. Benedict. in cap. Rainuntius de testament. verbo, *Testamentum*, 1. num. 7. porque com rancor, & mao animo, não podem ser excluidos os parentes, & por affeição particular bem pòde ser instituido o estranho. Ioan. Faber. in §. 1. num. 1. hoc nostro titulo, porque tal vez o bom amigo he melhor que o mais chegado parente. Cicero officior. lib. 1. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 11. num. 25. text. in l. sed si plures, §. in arrogato, in fine, ibi: *Amicus, & cognatus*, ff. de vulgar. & in l. Theopomphus, ibi, *Amici mei, & cognati* ff. prælegat. & in l. affectionis, ibi, *Amicos, vel necessarios*, ff. de donat. com o que fica certo, que nos descendentes he particular a doutrina, & nos filhos procede a que referimos como a pessoas a quem se deue a legitima, por rezão natural. Dos irmaõs, temos dito no tit. de inofficioso testamento, que regularmente se não podem queixar do testamento do irmaõ

que

que os desherdar quando elle instituir hũ benemerito, senão quando deixar por herdeiro algũa pessoa torpe. E que lhe deuaõ alimentos, dissemos no 1. liuro, tit. de iure naturali, & que com os parentes seja licita toda a charidade está prouado. & he sabido, vejamos agora a origem da successaõ abinteſtato, de que tratamos.

5 Do que temos referido se colli-ge claramente como a succeſſaõ abinteſtato procede, & foy inuentada pello direito ciuil. O mesmo refere recebido de todos Berengar. in l. 4. ad l. Falcidiam, cap. 1. num. 173. & se prouua da ley fratres, Cod. de inofficioſo teſtamento, & da ley 2. §. legitima. ff. de suis, & legit. hæred. onde he chamada herança legitima, porque he inuentada pello direito ciuil, & se defere pella ley, sem ministerio algũ de homem, vt explicat Alciat. in l. ob uenire, in principio, ff. de verborum ſignification. contra o que trazem alguns Expositores os Textos na ley final, Cod. quorum bonorum, verſ. *& ipſa lex naturæ ſucceſſores eos facit*, & cap. si pater, de teſtament. libr. 6. verſ. *portione iure naturæ debita*: com o que querem argumentar ser esta succeſſaõ introduzida pello direito natural, com tudo resoluem, que he certo o que temos dito *á principio*, & estes Textos fallaõ, & se deuem entender do direito natural tomado *late modo*, de maneira que hauemos dizer, que o direito ciuil fundado na rezaõ, & æquidade natural introduzio esta succeſſaõ. vt docet Bald. in dicta leg. final. Cod. quorum bonorum, & in l. 12. Tabularum, n. 1. Cod. de legit. hæred. & ſignificat l. C. in l. hac parte, ff. vnde cognati. Vejamos agora.

Quando morre hum homem abinteſtado?

NO principio deste nosso tit. 6 declara o Emperador como, & quando se diz que morre alguem abinteſtado; & breuemente resolue, que de varios modos, que resumidos vem a ser os seguintes. Primo, morre abinteſtado aquelle que totalmente não fez teſtamento, ou porq̃ não quiz, tendo direito para o fazer, ou porque não pode por impedimẽto de doença repentina. Dizem tambem que morrem abinteſtados aquelles que não podem de direito fazer teſtamento, dos quaes tratamos acima no tit. to, dos quaes tratamos acima no tit. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum: com tudo, estes propriamente não se chamaõ abinteſtados, se não inteſtaueis, porque não tem poder para teſtar. l. 1. in principio. verſ. plane, ff. de suis, & legit. hered gloſ. in l. cum in antiquioribus, in verbo, *fuiſſe*, C. de iure deliberand. Bologn. in notis ad Matheſilan. tract. de ſucceſſ. abinteſt. memb. 3 art. 1. num. 5. l. ob carmen. ff. de teſtib. l. is cui lege, §. 1. de teſtam. Barthol. in l. 1. ff. de suis, & legitim. hæred. Fulgoſ. in l. generaliter, in princip. C. de inſtit. & ſubſiſt.

Secundo, morre abinteſtado aquelle que fez teſtamẽto, porem não guardou nelle as ſolemnidades, & requiſitos, que apontamos acima no titulo de teſtamentis ordinand. & se contem na ley, hac conſultiſſima, 21. Cod. de teſtamentis, & na nossa Ordenaçaõ libr. 4. tit. 80. *Paria enim ſunt aliquid fieri, vel non fieri, ſed non rectè fieri*. l. quoties, 6. ff. qui latisdar. cogantur: & assi quando se tratar da

7 validade de algum testamento se ha de ver primeiro que tudo, se quem o fez tinha poder pera isso, ou se era daqueles nomeados no tit. quibus non est permissum facere testamentum. Secundo, se o fez com as solemnidades requisitas, instituindo herdeiro, que he o principal, & cabeça do testamento, sem o qual não val. l. proxime, §. Calphurnius, ff. de his quæ in testamẽto delentur, ibi: *Non potest vllum testamentum valere, quod hæredem non habeat.* l. vlt. ff. iure codicil. Gama dec. 196. & decis. 209. & probatur per argumentum ab speciali, ex Ordin. lib. 4. tit. 82. in princip. onde basta a tacita instituiçaõ a fauor dos filhos, que se julgaõ por instituidos: *Cum de iure cõmuni necessaria esset institutio.* l. hæredes, ff. de testam. Pereira decis. 78. â n. 1. & ate no testamento *inter filios*, se requere o titulo da instituiçaõ, aliàs he o testamento nullo. D. Valasc. cõs. 23. num. 1. & Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1. & in iudicando, & consulendo explicat Barb. in l. si cum dotem, §. si paternum 11. ff. soluto matrimonio, & concordat Aegydius in l. 1. p. 2. §. 3. n. 16. C. sacrol. Eccles. Carualho ad cap. Raynald. p. 4. cap. 1. n. 22. de testamẽt. E ainda que dissemos acima no tit. de testam. ordin. que no testamento feito entre os filhos senaõ obseruauaõ todas as solemnidades de direito, & valia sem ellas, com tudo isto se deue entender das solemnidades accidentais, & não das substanciais, que nem se podem remittir, nem faltar no testamento; & assi quando se admitte a tacita instituiçaõ, & julga, que os filhos saõ herdeiros nas duas partes, ainda que o pay disponha da terça, sem fazer menção delles, bem significa nisto a Ord. que atè entre os filhos he necessaria a instituiçaõ de herdeiro no testamento, a qual supre neste caso, & fora delle, nem entre os filhos valerá o testamento sem instituiçaõ de herdeiro expressamente, vt probat ipsa Ordin. d. lib. 4. tit 82. §. 1. in princip. D. Valasc. sup. citatis locis. E não obsta tãbem o que diz Menchac. de success. creat. §. 19. an. 1. per text. in l. fin. C. familiæ herciscund. que o testamento entre os filhos val sem instituiçaõ, porque se responde, que a diuisaõ de que trata a dita lei feita entre os filhos pello pay se ha de guardar nas partilhas, & quando diz, & trata de testamento, se ha de entender de testamento imperfeito por solemnidade accidẽtal, como por falta do numero das testemunhas, & não de solemnidade substancial, qual he a instituiçaõ de herdeiro, vt sentit ibi Barth. n. 1. Bald. 5. Salicet. 3. E posto que tambem Menchac. quiz trazer o texto in cap. relatum de testam. pera prouar, que *ad causas pias* valia o testamento sem instituiçaõ de herdeiro: cõ tudo diremos que esse texto sò quiz prouar, que sem as testemunhas requisitas valia o testamento *ad pias causas*, & sò com duas, como dissemos ja, & assi fallou tambem de solemnidade accidental. E assi que pera validade do testamento se ha de considerar a pessoa do Testador pera ver se podia testar, & o modo, pera que não falte nenhũa solemnidade das que apontamos. Tertio, morre abintestato aquelle que fez testamento com todas as solemnidades; porem depois de feito foy roto, & nullo por nascimento do posthumo, preteriçaõ, ou arrogaçaõ, como declaramos no tit. quibus modis testamenta infirmentur.

Quarto, aquelle que fez testamento tam;

tambem ſolemne, & legitimamente; porem foy irrito, & nullo depois por mudança de eſtado das que explicamos no tit. de capitis diminutione: por que o Teſtador foy condenado á morte natural, ou ciuil. l. eius qui, 8. §. 1. ff. de teſtam. & l. ſi quis filio, 6. §. irritū, & ibi Barth. ff de iniuſto rupto, irrito que facto teſtamento.

Quinto, quando o teſtamento eſtá em tudo perfeito, porem não tem inſtituiçaõ de herdeiro, & aſſi na forma ſobredita fica nullo, & morre abinteſtato aquelle q̄ não deixou herdeiro inſtituido, ou ſe o deixou, elle não quiz aceitar a herança; & tambem ſe o herdeiro inſtituido morrer em vida do Teſtador, ou ſe faltar a condiçaõ, debaixo da qual for inſtituido, vt hic, & in princip. ff. de ſuis, & legit. hæred. & §. poſteriore, ſup. quib. modis teſtamenta infirmentur.

Sexto, quando o filho com cauſa expreſſamente nomeada for deshердado, porem depois da morte do pay intentando eſſe filho a queixa de inofficioſo teſtamento, & propondoa, ſe o herdeiro naõ prouar a cauſa da ingratidaõ, fica o teſtamento nullo, quanto á inſtituiçaõ, & ſe ſuccede abinteſtato, declarandoſe por ſentença a inſtituiçaõ do herdeiro por nulla, & ficando em ſeu vigor os legados, & o mais cõteudo no teſtamento. Auth. ex cauſa, C. de liber. præter. & o meſmo procede quando *per poſſeſſionē cõtra tabulas* (que abaixo explicaremos no tit. de bonorum poſſeſſionibus) de direito pretorio ſe reuoga o teſtamento, & ſe ſuccede abinteſtato.

§. *In teſtatorum.*

SVMMARIO.

Modos com que ſe aceitaua a heraça dos que morriaõ abinteſtato. 1

Aos herdeiros ſeus pertence a heraça do abinteſtato. Referemſe quaes ſejaõ eſtes herdeiros ſeus? 2

Como ſe conſidera a prerogatiua do grao pera a ſucceſſaõ? 3

Como ſe conſidera a repreſentaçaõ neſtas ſucceſſoẽs abinteſtato, & em que caſos tem lugar? 4

1 EXplicaõſe neſte §. os modos, com que ſe aceitauaõ as heranças abinteſtato, & as peſſoas, a quem ſe deferiaõ pella antiguidade. Quanto aos modos, diz o Emperador, que a herança daquelle que morreo abinteſtato ſe podia aceitar pella ley das doze taboas, nas quaes antigamente eſtauão eſcritas as leys, & dellas hauia dez, & depois os Romanos fizeraõ mais duas com que ficaraõ ſendo as doze taboas das leys, & por ellas ſe aceitaua em primeiro lugar a herança do abinteſtato. Secundo, ſe aceitaua pello direito Pretorio. Tertio, pello nouo das Authenticas, o qual ſe obſerua, como vltimo, ex reg. l. poſteriores, ff. de legib. & da noua ordem que hoje ſe guarda trataremos no tit. de bonorum poſſeſſ. abreuiando agora iſto, que antiguidade obſeruaua, & nòs ſó deuemos ſaber de paſſagem, porque no que de preſente ſe pratica, temos obrigaçaõ de aſſiſtir, com applicaçaõ, & largueza.

2 As peſſoas, a quem ſe defere eſta ſucceſſaõ abinteſtato diz o noſſo Emperador, que ſaõ os herdeiros, ſeus, & eſta palaura, *ſui hæredes*, em direito tẽ varias ſignificaçoens, como diſcorre Bald. conſ. 80. in 4. porque em mate-

ria indifferente comprehende ate os herdeiros eſtranhos. Imola conſ. 21. Iaſ. in l. Gallus, §. etiam ſi parente, n. 13. ff. de liber. & poſthum. & Paul. de Caſtr. conſ. 374. col. 1. & conſ. 404. duo videnda ſunt, col. 1. lib. 1. entende dos ſucceſſores ab inteſtato, ſegundo a prerogatiua de ſeu grao. E Dec. in conſ. 253. col. 2. a entende pellos filhos, & deſcendentes, & Alex. conſ. 32. n. 5. Vol. 6. diz, que comprehende todos os parentes atê o ſeptimo grao, & foy ſentença de Angel. in l. fæmina, C. ad Turpil. porem concordandoſe todos, cõuem que a tal palaura cõprehende primeiro os deſcendentes como mais proximos, Crauet. conſ. 22. Magnificus, col. 1. E ſuppoſto iſto deuemos ſaber que aqui ſe entende a palaura referida na forma ſeguinte.

Primo, chamamos herdeiros ſeus, & ſeus herdeiros, & conforme o que refere Peregrin. de fideicommiſſis, art. 22. n. 38. he de aduertir, que dizia Decio (como de ouuida propria, affirma o meſmo Peregrino) que quando ſe fizeſſe menção de ſeus herdeiros, ſe entendia dos filhos que eſtauaõ no patrio poder; & quando ſe dizia herdeiros ou herdeiros ſeus, ſe hauia de entender dos herdeiros dos bens. Sabido iſto dizemos, que ſeus herdeiros ſaõ em primeiro lugar os filhos, aſſi machos, como femeas, que eſtaõ no patrio poder. text. in noſtro §. & não importa que ſejaõ naturais, ou adoptiuos, legitimos, ou legitimados, porque eſtando em poder do pay ſaõ ſeus, & *ſic ſui hæredes*, §. nec non eos, hoc tit.

Secundo, ſaõ ſeus os filhos poſthumos, que naſcem depois que o pay fez teſtamento, naſcendo em ſua vida ſaõ ſeus herdeiros, §. ita demum.

Tertio, ſaõ ſeus os netos, biſnetos, tos, terceiros neros, & os mais deſcendentes, com tanto que ninguem os preceda no grao. d. §. ita demum. Eſtes todos ſaõ ſeus herdeiros, ainda que ignorem, ou ſejaõ furioſos, nem he neceſſaria aos pupillos authoridade dos Tutores, nẽ o conſentimento dos curadores aos furioſos, §. ſui autem, porque como o pay, & o filho ſe reputem por hũa meſma peſſoa, nelle ſe cõtinua o dominio dos bens paternos, & por iſſo ſe eſcuſaõ cerimonias pera os herdar.

Diſſemos acima, que ſuccediaõ cõforme a prerogatiua do grao; porque eſta ſempre ſe obſerua, & primeiro ſe admitte o filho, excluindo o neto, & faltando o filho admitte ſe o neto, & exclue o biſneto, & ſic de cæteris. Authent. in ſucceſſ. C. de ſuis, & legitim. hæred. com tanto que o neto naſceſſe em vida do auò. l. ſi quis filio exhæredato, ff. de iniuſto rupto. l. 1. §. ſciendum, ff. de ſuis, & legit. hæred. & a rezaõ dâ elegantemente Gomes. 1. tom. var. cap. 1. n. 8. Michael Craſſ. de ſucceſſ. ab inteſt. q. 2. n. 16. & dizemos, q̃ o filho exclue o neto, excepto quando com o filho concorreſſem a ſucceſſaõ, netos, filhos de outro filho ja morto, do defuncto a quẽ ſe ſuccede, porq̃ entaõ he concurſo de hum tio com dous ſobrinhos filhos de ſeu irmaõ, & neſte caſo tem lugar a repreſentação, & repondoſe aquelles filhos do defuncto no lugar de ſeu pay, que repreſentaõ, entraõ cõ o tio igualmẽte, à ſucceſſaõ, como hauia entrar ſeu pai, ſe viuo fora, & ſuccedem *in ſtirpem, & non in capita*. §. cum filius, hoc tit. l. vt inteſtato, C. de ſuis, & legit. hæred. a rezaõ daõ largamente os DD. Couar. in præt. cap. 38. n. 5. Tiraq. de primogenitura, q. 40. num. 17. Monn. de

Hiſpan. primogen. lib. 3. cap. 7. num. 6. Ant. Gabriel lib 1. regularum ſucceſſ. abinteſt. concl. 1. & o meſmo procede no biſneto, concorrendo com o tio irmaõ do viſauò, que ſuccederà tambẽ *in ſtirpem*, repreſentando a peſſoa do auò. d. §. cum filius, porque nos deſcẽdentes tem a repreſentaçaõ lugar *in infinitum*, quando ſe trata da ſucceſſaõ de aſcendẽte. Gom. 1. tom. cap. 1. n. 15. Molin. lib. 3. cap. 7. n. 6. Coſta de patruo, & nepote, pag. 192. & nos collaterais entre os filhos de irmaõs, como logo veremos no tit. de bonorum poſſeſſ. & reſumindo eſte, vamos proſeguindo a doutrina, de que os filhos ſaõ em primeiro lugar os herdeiros ſeus: *quia partes corporis patris dicuntur.* l. cum ſcimus, §. vlt. C. de agricolis, & cenſitis, libr. 11. & hinc apud Ouidium.

Forſitan, & grauidam Dido ſcelerate relinquis
Parsque tui latitat corpore clauſa meo.

§. Interdum.

SVMMARIO.

I Como pello direito do poſtliminio ſe recupera o da ſuidade.

Crime de leſa Magestade faz que o filho uão ſucceda ao pay, porque perde os bens pera o fiſco. I

Netos como ſuccedem ao auô, com os tios pello beneficio da repreſentaçaõ. 2

MVitas vezes hum filho achãdoſe ao tempo da morte do pay debaixo de ſeu poder, I não podia com tudo iſſo ſer ſeu herdeiro. v.g. quando hum pai depois de ſua morte foy declarado por delinquẽte no crime de *perduelliam*, que he de leſa mageſtade, porque por eſte crime perde todos os bens, ficando deuolutos ao fiſco, & aſſi ſem herdeiros ſeus, porque poſto q̃ o filho, *ipſo iure* o foſſe ao tẽpo da morte, deixou depois de o ſer, por não ter bens, em que ſuccedeſſe. E poſto que com a morte ſe acabe ff. ime, ex l. 6. ff. de public. iudic. l. 10. & Medic. Turpill. l. 20. ff. de accuſar, p. 2. concl. 2. & 3 [illegible] pareça que o crime do pay não deuia prejudicar ao filho, com tudo neſte crime prejudica, porque ſe preſume que nos filhos continuarà, aſſi a mâ memoria, como o

crime

crime do pay, *quia sunt de genere improbato.* l. 31. §. 2. ff. de ædilit edict. E não se extingue com a morte por sua atrocidade; & os mais casos veremos no tit. de public. iudic. E o q̃ dissemos dos netos q̃ succedẽ como seus, quãdo lhes falta a pessoa precedẽte, cãbẽ succedem na herança de seu auò juntamẽte com seu tio, que he o irmaõ de seu pay, o qual se fora viuo igualmente com elle se hauia de admittir, donde vem, que se ficar hum filho a hum defuncto, & dous, ou tres filhos de outro filho, que saõ seus netos, tanta parte haõ de leuar os 3. netos, como o filho viuo: a qual succeſſaõ se chama *non in capita, sed in stirpes*, idest, não conforme a quantidade das pessoas que succedem, que isso he *in capita*: mas conforme às pessoas a que representaõ, q̃ isso he *in stirpes*, & o mesmo he nos bisnetos, e terceiros netos, *& sic deinceps*, como veremos abaixo quando tratarmos das succeſſoens, onde explicaremos como, & quando tem lugar a representaçaõ.

§. *Cum autem.*

SVMMARIO.

Neto como fica sendo herdeiro seu pera succeder ao auò?

MVitas vezes succede, que ao tempo da morte do defuncto hũa pessoa naõ pòde ficar sendo, mas isto com tudo é quando hum homem faz testamento, & nelle instituio hum herdeiro, desherdando hum seu filho; porque se o herdeiro naõ adir a herança, ou porque naõ pode, ou porque não quiz, & neste tẽpo o filho desherdado morrer, o neto filho deste filho, que ao tempo da morte do defuncto auò lhe não pôde ser seu, porq̃ o pay lhe precedia no grao, então será seu, pois neste tempo, em que o auó começou a ficar abintestado por o herdeiro não adir a herança, ja o pay lhe não precedia no grao, por ser ja morto; & o mesmo procede se hum neto nascer depois da morte do auò, com tanto que seja concebido em sua vida; porque se elle for cõcebido, & nascido depois da morte do auò, então por nenhum modo, nem nestes termos será seu, porque então, *nullo iure suitatis* está conjunto ao auô, o que tambem se verefica no neto adoptado pello filho emancipado; porque nenhum destes póde alcançar a herança como seu, nem como tal pedir os bens *per bonorum possessionem. Et hæc de suis heredibus.* E o que se ha de obseruar veremos ao diante largamente no tit. de bonorum posse.

§. *Emancipati.*

SVMMARIO

Filhos emancipados como succedem aos pays?

Os emancipados, que pella emancipaçaõ se liuraõ do patrio poder, perdem o direito da suidade: & assi de direito ciuil não saõ seus pera se admittirem como taes a herança do pay, com tudo o Pretor mouido de hũa natural æquidade fundada no apertado parentesco do filho pera com o pay lhe dá o remedio

per

per bonorum possessionem vnde liberi, pella qual se admittem â herança do pay, como se *verè, & realiter*, estiuerão no seu poder ao tẽpo de sua morte, de tal modo, que igualmente se haõ de admittir cõ os mais filhos q̃ ao tempo da morte do pai se acharé no patrio poder, mas com declaraçaõ, que estes emancipados, porq̃ saõ admittidos pello Pretor, se chamão, *bonorum possessores*, mas os outros porque saõ chamados pello direito ciuil, saõ herdeiros com a differença que ao diante veremos no tit. de bonorum possess.

§. *At hi, cum finalibus.*

SVMMARIO.

Filhos emancipados sendo adoptados por outrem, se se admittem a herança do pay natural?

DIssemos que os filhos emancipados eraõ admittidos, & chamados à herança pello Pretor, *per bonorum possessionem vnde liberi*, agora neste §. declara o Emperador, que isto procede nos emancipados, que naõ forem adoptados, & perfilhados por alguem, porque ainda q̃ sejaõ filhos, como estejaõ em poder do pay adoptiuo, não saõ dignos desta cõpaixaõ, cõ q̃ o Pretor os admittia â herãça, vt dicitur in l. fin. C. vnde liberi, o que procede estando o filho adoptiuo em poder do adoptante, ao tẽpo da morte de seu pai natural. E isto he pella differença, q̃ ha entre os filhos naturais, & os adoptiuos emancipados, que supposto não haja tanta em quãto estaõ no patrio poder, com tudo sendo emancipados ha muita, que declara o Emperador na l. iura sanguinis, ff. de reg. iuris. E porque isto saõ direitos antigos, que hauemos declarar no tit. de bonorum possess. na forma que hoje de presente se pratica, com os exemplos necessarios; vejamos o titulo seguinte, porque nos §§. que aqui deixamos, se trata de differenças entre os filhos emancipados, & adoptiuos; & porque tratamos da successaõ de todos, & do que hoje se obserua, no tit. 9. deste liuro, explicamos de passagẽ estes direitos antigos.

DE LEGITIMA AGNATORVM successione.

Titulus secundus.

SVMMARIO.

Os cognados, que saõ os parentes por linha masculina, succedẽ em segundo lugar ao abintestado, & como?

DIssemos no titulo acima, que antigamente hauia tres ordens de succe

ſucceder. A primeira era dos ſeus, q̃ temos explicado, que erão os filhos em poder do pay, & os que o direito admittia pello meſmo titulo. A ſegunda era dos Agnados: & a terceira dos Cognados. Temos dito da primeira ordem, que comprehende os filhos, & deſcendentes, paſſamos neſte titulo à ſegunda, em que diremos com breuidade (ſuppoſto hauermos de tratar no tit. de bonorum poſſeſſionibus de todas as ordens de ſucceder, que ſe obſeruão) algũa couſa deſta ſegunda ordem, que antigamente ſe guardaua, quãdo não auia herdeiros ſeus, filhos, nẽ filhas, nem netos filhos de filhas, os quaes eraõ admittidos à herança do auó, pellas conſtituiçoẽs Imperatorias, em falta deſtes pella ley das doze taboas ſe concedia a herança ao agnado mais proximo, como diz o Emperador neſte titulo, & o Iuriſconſulto na ley lex Cornelia, ff. de vulgar. & pupilar. ſubſt.

Agnados ſaõ aquelles, que nos pertencem por ſangue, & ſaõ noſſos parentes por linha maſculina, como os irmaõs inteiros, ou filhos do meſmo pay, & os filhos do irmaõ, & os tios irmaõs do pay, que todos eſtaõ conjunctos por linha maſculina, & ſaõ do meſmo ſangue, appellido, & familia, & eſtes em falta dos ſeus, ideſt, filhos, & netos, ſuccediaõ, excluindo os cognados, que ſaõ os que procedem de femeas, como logo diremos, de modo que nem a mãy ſuccedia ao filho, nem o filho à mãy. O que foy emendado, como veremos no dito tit. inſt. de bonorum poſſeſſ.

A terceira ordem era dos cognados, que ſaõ parentes por linha feminina, os quaes em falta dos agnados, eraõ admittidos à herança do defuncto, como declara o Emperador neſte titulo.

Porem notemos, que por direito nouo da Authentica foraõ introduzidas outras ordens de ſucceder. A primeira dos deſcendentes. A ſegunda dos aſcendentes. A terceira dos collaterais, que explicaremos no dito tit. de bonorum poſſeſſ. Em ſegundo lugar notemos, que a differença da emãcipaçaõ, & patrio poder, quanto às ſucceſſoẽs, eſtâ tirada, & aſſi a differença do ſexo, tambem pera a ſucceſſaõ, foi extincta, de modo, que os filhos em poder do pay ſuccedem com os emancipados ſem differença, & os machos, com as femeas igualmente ſaõ admittidos à herança paterna, & materna. Auth. in ſucceſſione, C. de ſuis, & legit. Em terceiro lugar aduirtamos, q̃ a differença nos parenteſcos tambem ſe tirou, de modo que indiſtinctamente, ſuccedem hoje os machos, & femeas, conforme a prerogatiua de ſeus graos. cap. ex his, 5. Nouell. 118. de hæred. abinteſt. ven. & a repreſentaçaõ, diremos os caſos em que tem lugar. ex Auth. poſt fratres C. de ſuis, & legitimis hæredibus, *per quam filij iure repreſentationis intrãt locum patris ſui, & gradum, licet vltra fratrum filios repreſentatio locum non habet*, vt infra tit. de bonorum poſſeſſ. videbimus. E porque là hauemos tratar tudo o q̃ ſe obſerua, aqui ſomente ſe dão as noticias, porque as rezoẽs de duuidar, & antynomias que ha neſtes Textos de direito antigo, trato no liuro latino, & entre tanto ſe podem ver em Pichardo as que elle aponta, & refere;

§. Cæterum.

SVMMARIO.

Refere ſe

Referemſe as diſpoſiçoẽs de direito, q̃ antigamente ſe obſeruauão nas ſucceſſoës das parentas.

I Antigamente ſe guardauaõ quatro diuerſas diſpoſiçoẽs de direito cõ asparẽtas agnadas, depois das irmãs, os quaes refere o Emperador neſte §. O 1. foi das doze taboas, pello qual não auẽdo ſeus, ſe admittiaõ âſucceſſaõ os agnados machos ou femeas, ſem differença, á maneira dos ſeus. O 2. era da lei Vaconia, q̃ ſe chamaua aſſi, porq̃ foi feita por Vaconio, a qual não admittia as femeas parẽtas por linha maſculina, não ſendo irmãs do defuncto; & os machos, ainda q̃ eſtiueſſẽ em 10 grao (q̃ iſſo quer dizer *longiſsimum*) os admittia à herança das femeas. De maneira, q̃ a herança de minha ſobrinha, ou de minha tia me pertencia a mim; & pello contrario a minha lhe não pertẽcia a ella, & ſó as irmãs ſe admittiaõ, porq̃ queria eſte Iuriscõſulto q̃ as heranças foſſem dos machos, que as acreſcentauaõ, & não das femeas que gaſtauaõ os bens.

O 3. era o direito Pretorio, pello qual o Pretor parecendolhe iniquidade excluir as femeas, como eſtranhas, admittia as agnadas *per virilem ſexum*, ainda q̃ não foſſẽ irmãs, à legitima ſucceſſaõ, *per bonorũ poſſeſſionẽ vnde cognati*, cõ os machos, em igual grao, não auendo ſeus. O 4. direito he o q̃ o Emperador refere no Codigo ordenando, q̃ as peſſoas deſcendẽtes pello genero maſculino, ainda q̃ não ſejaõ irmãs, ſe admittaõ á legitima ſucceſſaõ, mas ſe admittaõ á legitima ſucceſſaõ, ſegundo a prerogatiua de ſeu grao. d. §. cæterũ, verſ. quare etenim.

Hoc etiam habendum.

SVMMARIO.

Sobrinhos filhos da irmã, ou meia irmã ſe ſuccedem cõ os filhos do tio defuncto?

O q̃ dizemos acima das femeas agnadas q̃ ainda não ſendo irmãs erão chamadas à herança, o Emperador neſte §. applica a meſma doutrina pera cõ as cognadas, q̃ ſaõ aquellas peſſoas, q̃ ſaõ neſſas parẽtas pella linha feminina, cõ tanto q̃ ſe não extẽdeſta doutrina mais q̃ a hũ grao, quaes ſaõ os filhos da irmãa inteira, ou vterinos, q̃ ſaõ os filhos da meſma mãy, & de outro pay, a q̃ nós chamamos meios irmaõs. E aſſi q̃ eſtes ſobrinhos ſazẽ primeiro grao de cognados, & ſe admittẽ com os filhos, & filhas do irmaõ morto, q̃ fica ſendo tio, & o Emperador q̃ os trãsfere de cognados em agnados, ideſt, como q̃ ſe foraõ parẽtes pello genero maſculino, & ſe diuide a herança *non in ſtirpes, ſed in capita* §. hoc etiam, hoc tit. & l. penult. C. de legit. hæred. Com tãto q̃ não ſejaõ viuos o irmaõ ou irmãa do defuncto, porq̃ eſtes excluẽ os mais graos *tamquã ſemoti*.

§. Si plures.

SVMMARIO.

Como ſe conſidera a proximidade do parenteſco pera a ſucceſſaõ?

A Lei das 12. taboas não dâ a todos os agnados juntamente à herança, mas ſomẽte aos mais chegados, & por iſſo ainda q̃ ſejaõ muitos os graos dos agnados, a lei chama o mais chegado, & ainda q̃ haja duuida quando ſaõ muitos do meſmo grao, & quando ſe admittaõ, como iſto ſeja cõmũmente entre tios, & ſobrinhos diremos no tit. infr. de bon. poſſeſſion.

à ordem q̃ ſe guarda de direito nouo, porque referimos todos os modos de ſucceder, & peſſoas que ſuccedem.

§. Nouus.

SVMMARIO.

1 *Como ſe admittem à ſucceſſaõ os parentes mais chegados?*

1 POrq̃ diſſemos acima, q̃ ſe admitia â heráça o agnado mais proximo, pera ſe moſtrar proximo auemos ſaber, q̃ não ſo ſe atẽta o tẽpo em q̃ o teſtamento foi feito, mas tãbẽ quãdo caducou, *ex eo quod res abinteſtati cauſam reducitur*: porq̃ pôde ſucceder, q̃ por diſcurſo detẽpo, morrẽdo o mais proximo, o venha a ſer aquelle que o não era ao tẽpo da morte do teſtador, porq̃ ſe hũ homẽ morrer deixãdo por herdeiro hũ eſtranho, & ficãdolhe hũ irmaõ, & hũ tio; dilatouſe o herdeiro em ſe deliberar na aceitaçaõ, & em tãto morreo o irmaõ do defuncto, & oeſtranho repudiou a herança, logo entra nella o tio do defuncto, como mais proximo, pois o irmaõ que o precedia era ja morto.

§. Placebat.

SVMMARIO.

1 *Succeſſorio edicto o que contem, & o que comprehende?*

1 PEra entendimẽto do noſſo §. he neceſſario aduertir, q̃ cõforme aleidas 12. taboas não tinha lugar nos herdeiros ſeus hũ edicto, q̃ chamauão, *Succeſſorio*, vtex l. 1. §. ſciendũ. ff. de ſuis, & leg. hęred. E o mesmo ſe obſeruaua nos agnados, porq̃ repudiãdo o mais proximo a heráça, não ſe admittia o outro, mas paſſaua ao fiſco ex cluindo ainda os cognados. Iaſ. in l. qui ſe patris, C. vnde liberi, mas porq̃ era riguroſo, ordenaraõ os Pretores o edicto ſucceſſorio, pera q̃ não ſuccedẽdo o agnado mais proximo, ſuccedeſſem os cognados porq̃ de antes não ſe chamaua o agnado mais proximo, mas fazia õ tranſito *de capite agnatorum, ad caput cognatorum.*

E aſſi primeiro q̃ tudo ſe ha de ſaber, q̃ a ſucceſſaõ neſte lugar ſe chama quando o parente mais chegado não adir a herança, paſſa outro ao ſeu lugar: *Succeſſorium edictũ eſt, quo prioribus non petentibus hereditatẽ, ſequentes admittuntur.* l. 1. in fine. iuncta gloſſ. fin. ibi, C. eod. depois ſe ha de ſaber, q̃ eſte edicto ſe introduzio principalmẽte por reſpeito dos acreedores, pera q̃ as heranças não eſtiueſſẽ vacãtes por muito tempo, mas pera q̃ cumpreſſe q̃ as occupaſſe. E tambẽ em fauor do defuncto, porq̃ lhe importa ter herdeiro, *ne iniuria afficiatur.* §. 1. in fine. ſup. quibus ex cauſis manumittere nõ licet. E finalmẽte em fauor dos agnados ſeguintes, porq̃ repudiãdo hũs, entrauaõ outros por eſtes edictos, & depois haueмos ſaber, q̃ eſte edicto he de dous modos, & tẽ lugar hũas vezes *de capite in caput*, & outras *de gradu in gradum.* Neſte lugar ſe recebe por ordẽ de ſucceder, porq̃ como diſſemos acima, q̃ *de iure veteri*, eraõ tres as ordens de ſucceder, primeira dos ſeus. Segũda, dos agnados. Terceira, dos cognados, & a outra *inter virũ, & vxorẽ.* (E hoje ſaõ 4. as ordẽs. ſ. deſcendẽtes, aſcẽdentes, collaterais, & a outra meſma, *viri, & vxoris*) aſſi o ſucceſſorio edicto he *de capite in caput*, q̃ he hũa digreſſaõ de hũa ordem a outra. v. g. faltando os filhos, ſuccedẽ os agnados, & faltando os agnados, os cognados, e não ſuccedẽ do os

os cognados, ſe admittem à ſucceſſaõ o marido, & molher, pello q̃ ſe deue notar, q̃em todo o genero de ſucceder tambẽ tinha lugar o edicto, por q̃quãdo não auia ſeus, ſe admittiaõ os agnados & faltãdo eſta ordem, entrauaõ os cognados. porẽ por q̃ aos ſeus de direito ciuil conſtrangiaõ a adir a herança, não podia faltar a ordem dos ſeus, & não tinha lugar o edicto, mas reſpondeſe q̃ como o Pretor concedeo poder aos ſeus de ſe poderem abſter da herança ſe quizerem, & não poderẽ ſer cõſtrãgidos contra ſua vontade a ſer herdeiros, abſtendoſe eſtes, ou repudiando a heraça paterna, entaõ tinha lugar o edicto ſucceſſorio, *de capite liberorum ad caput agnatorum*. text. in l. defunctus, 6. C. de legit. hæred.

O 2. caſo he, *quando quæritur de ſucceſſorio edicto de gradu in gradũ*, & aſſi hauemos de ſaber, q̃ em qualquer cabeça, & ordem de ſucceder, pòde auer muitos graos, como nos filhos onde ha netos, biſnetos, &c. q̃ todos eſtaõ debaixo da propria ordem de ſucceder: mas porẽ em diuerſos graos: & aſſi na cabeça, & ordẽ dos agnados ha irmaõs, & filhos de irmaõs, ſobrinhos, &c. E o meſmo na ordẽ dos cognados. Duuidaſe agora: *An ſucceſſorium edictũ quoli bet capite, ſeu ordine ſuccedẽdi de gradu in gradũ, ſeu de perſona in perſonã locum habeat, ac de ſuis heredibus?* E ſe o filho em poder do pai abſtendoſe da heraça paterna, ſe admittirà a ſeguinte peſſoa, que he o neto? E reſpondiaõ, que não; porẽ iſſo era a ẽta a diſpoſiçaõ do direito ciuil, q̃ neceſſariamẽte obrigaua aos filhos, & ſeus, a adir a herança; porem como hoje tenhaõ o priuilegio pello direito pretorio pera ſe poderẽ abſter da herança, & ſer voluntaria, *â fortiori* tem lugar o ſucceſſorio edicto *etiam in ſuis heredibus*, tenet gloſſ. in l. qui ſe patris, in verbo *negat*, in fine, & gloſſ. in Rub. C. eodẽ: na ſucceſſaõ *vnde vir, & vxor* naõ tẽ lugar o ſucceſſorio edicto, porq̃ nella naõ pòde hauer muitos graos, de quo Iaſ. in d.l. qui ſe patris, n. 31. *& prædicta locũ habent in ſucceſſione abinteſtato*. Finalmente deixadas eſtas antiguidades vamos continuãdo cõ os titulos ſeguintes, porque neſtas breues noticias comprehendemos o q̃ baſta, & no tit. de bonor. poſſ. auemos reſumir com clareza tudo o q̃ ſe obſerua, & de direito nouo ſe pratica

DE SENATVSCONSVLTO Tertulliano.

Titulus tertius.

SVMMARIO.

1 *Explicaſe a introduçaõ deſte S. C. & o que continha, & as emẽdas que o Emperador fez nouamẽte.* 3

2 *Mãi não ſuccedia ao filho antigamẽte, hoje ſi.* 3

Molher como ſe conſidera ſugeita a ſeu pai, & a ſeu marido? 3

Molher eſteril ſe goza dos priuilegios do dote? 4

Titulo terceiro

1 ESte titulo he de direito antigo, & foy muito emendado pello nosso Emperador Iustiniano, concordaõ cõ esta Rubrica, outras in Digestis, & C. ad S.C. Tert: contem nelle hũas especies, ou seis diuersos direitos de succeder. O primeiro q̃ neste tit. se refere he da lei das doze taboas q̃ vzaua tam apertadamente do direito, q̃ excluia a mãi da successaõ do filho, & em tudo antepunha os machos, como dissemos. O segũdo era o direito pretorio, pello qual faltãdo os agnados, pera excluir o fisco, admittia a mãi á successaõ do filho, *per bonorũ possessionẽ vnde cognati.* 3. o Emperador Claudio ainda auẽ do agnados. pera cõsolaçaõ da mãi, q̃ perdeo o filho na guerra lhe cõcedia a successaõ. 4. por este S.C. Tert. q̃ se chama assi, porq̃ foi feito por Tertullo, & Maximo Consules, em o qual se ordenou, q̃ se a mãi ingenua parisse tres filhos, & a Libertina 4. excluidos os agnados, se admittisse à successaõ dos filhos, q̃ morriaõ sem filhos, & este direito se chamaua, *Triũ liberorũ.* O 5. foi a cõstituiçaõ do Emperador Constantino da qual se trata na l. 1. & 2. C. de legit. hæred. pell o qual a mãi, q̃ tinha o direito *Trium liberorũ*, lhe tiraua õ algũa porçaõ da herança, a qual daua õ ao tio, ou sobrinho do defuncto, & quando a mãi não tinha este direito *Triũ liberorum*, entaõ o tio do defũcto, ou o sobrinho leuaua duas partes da herança, & a mãi hũa. 6. Sobreueio a cõstituiçaõ do Emperador Iustiniano, pella qual indistinctamẽte se admitte a mãi á successaõ do filho morto, ou pariste tres filhos, ou não. l. 2. C. de iure liber. & §. sed nos constitutione.

Donde o Emperador respeitãdo ã trabalho da mãi, tirou o direito dos 3. filhos, & ordenou q̃ a mãi fosse preferida ao rio, & sobrinho, acrescentãdo, q̃se ficasse irmãs, leuariaõ a ametade das heranças, & a mãi outra ametade; & ficando irmaõs, & irmãs juntamẽte se distribuisse a herãça *in capita*, porẽ hoje nada disto está em vzo, pello direito nouo da Auth. porq̃ foi constituido, q̃ o pai, & mãi, ficãdo ambos viuos succedão ao filho abintestato juntamẽte. E ficando irmaõs, & irmãs juntamẽte cõ o pai, & mãi se repartira a herãça *in capita*, sem differẽça do sexo, nẽ do patrio poder, como declaramos na ordẽ das succesloẽs, & pellas não repetir, vejamos tres notabilidades do nosso tit.

A primeira he, q̃ a mãi hoje succede ao filho, ainda q̃ seja vulgoquæsito, q̃ he espurio, & somẽte he excluida da herãça, se dẽtro de hũ anno não pedir q̃ se dẽ curador ao filho *impubes*, q̃ he menor de 14. annos. l. 2. §. si mater, 23. ff. ad S.C. Tert. & ao diante diremos.

2. Que a filhafamilias casada estaua em poder de seu pai. l. si vxorẽ, 5. C. de cõdit. in sert. & isto quãto aos effeitos do patrio poder, porq̃ não pódia fazer testamẽto sem cõsentimẽto do pai, nẽ sem elle doar *causa mortis*. l. tantis, 25. §. 1. ff. de mort. caus. don. & acquire o vsufructu ao pai dos bẽs aduenticios; (porẽ, como dissemos no tit. quib. mod. ius patr. potest. soluitur, pello matrimonio se acaba o patrio poder, e diremos no tit. de bonor. possess) mas não dos bẽs do marido, em cujo poder está, quanto ao obsequio do matrimonio, quãto às obras, quanto à residencia, & à jurisdiçaõ.

3. Se ha de notar, q̃ a molher q̃ pare está em maior fauor, q̃ a esteril, isto a fauor do dote, porq̃ importa á Rep. q̃ haja cidadoẽs. l. 1. ff. solut. mat. mas nẽ por isso a molher q̃ não pare, deixa de gozar dos priuilegios do dote, cõforme a cõmũ opinlaõ: *quia nõ solũ propter sobolem*

sobolẽ, sed etiã propter fragilitatẽ sexus, & obsequia, quæ maritis præstant huiusmodi priuilegia cõcessa sunt, vt dicitur in l. assiduis, 12. C. qui pot. in pign. habeãt

porq̃ a esterilidade se não deue imputar âmolher, senão á natureza, pois q̃ o ter filhos procede da graça do Ceo, como parece do Psalm. 127. ibi:

Vxor tua sicut vitis abundans in lateribus domus tuæ:
Filij tui sicut nouellæ oliuarum, in circuitu mensæ tuæ.
Ecce sic benedicetur homo, qui timet Dominum, &c.

Donde se vè claramente, que o ser a molher esteril, ou fecunda, he juizo de Deos, & effeito da natureza.

DE SENATVS CONSVLTO Orficiano.

Titulus quartus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deste titulo, & se explica o S. Consulto Orficiano.*
2 *Filhos, & descendentes como succedem à mãy, & aos ascendentes?*

1 TRatamos no titulo precedente da maneira porque a mãy succede aos filhos pello beneficio do Senatus Consulto Tertulliano, & neste titulo se declara, & ensina o Emperador o modo porque succedem os filhos a mãy pello Senatus Consulto Orficiano, que se chama assi, porque foi feito por Orficio, & Rufo Consules. E concorda em direito com outro C. ad eodem in ff. ad S. C. Tertull. & Orfician.

1 E pera entendimento deste tit. hauemos saber, que pella lei das doze taboas não succedia o filho á mãi abintestato: nem era seu, porque a mãy por femea o não tinha em seu poder. §. fœminæ sup. de adopt. nem pella cabeça dos agnados succedia o filho á mãy, pello não ser seu, mas cognado: donde se diz, q̃ a ley das doze taboas entre a mãy, & o filho não daua lugar de serem herdeiros; porem porq̃ parecco iniquidade, o Pretor mouido de compaixão, & æquidade, q̃ sempre traz diante dos olhos, emẽdou a dureza daquella lei, q̃ parecia cruel, & chamou á successaõ da mãy os filhos *per bonorũ possessionẽ vnde cognati*, como dissemos no titulo precedẽte. Mas em falta dos agnados sobreueo o Senatus Consulto Orficiano, pello qual os filhos do primeiro grao, excluindo os agnados saõ chamados à successaõ da mãy, porque os agnados quando eraõ viuos, precediaõ o filho, & por este Senatus

Conſulto ſaõ excluidos, vt hic in principio. Donde foy introduzido pello Emperador o quarto direito, pello qual ordenou, que hoje os neros, & os mais deſcendẽtes ſuccedão à auò. E aſſi como debaixo do nome de filhos, ſe comprehendem tambem os netos, & os mais deſcẽdẽtes. l. liberorũ, 220. ff. de verbor. ſignificat. do meſmo modo ſuccedem *in infinitum*, os deſcendentes pella linha materna â mãy, como diremos na ordem das ſucceſſoẽs ao diante no tit. 10. ampliandoſe ainda aos eſpurios, & vulgo quęſitos.

§. final.

SVMMARIO.

1 *Como accreſcẽ aos coherdeiros que aceitaõ a herança, as porçoẽs dos que a não aceitaraõ?*

1 VLtimamente acerca deſte §. ſe ha de notar, que he regra geral, que hauendo muitos herdeiros abinteſtato, & huns aceitem a herança, & outros a repudiem, ou por cauſa da morte, ou por outra qualquer de impedimento não aceitẽ, hoc eſt, *non adeant*, a herança, então a parte daquelles que engeitaraõ ſe chama, *caduca, vel deficiens*, & accreſce aquella parte dos que não aceitaraõ a herãça aos outros, que eſtiuerem de poſſe della, de modo que o que huns não puderaõ, ou não quizeraõ aceitar, ſe accreſcenta na parte, & porçaõ dos que eſtaõ de poſſe, ideſt, dos mais coherdeiros. l. ſi ex pluribus, 9. ff. de ſuis, o que procede, ou a herança ſe defira ab inteſtato, ou de direito ciuil, ou Pretorio. Secundo procede entre os herdeiros eſcritos, & nomeados no teſtamento, & ẽtre os collegatarios, de modo q̃ accreſce aquella parte da porçaõ ao coherdeiro, quando o outro a repudia: & a porçaõ do repudiante ſe accreſcenta à do que aceitar a herança, & não ao que vem abinteſtato, do qual direito *accreſcendi*, & ſeus requiſitos mais largamente ſe pôde ver Barth. in l. re coniuncti, 89. ff. de legat. 3. Iaſon. in l. 1. C. quando non petent. partes peten. accreſc. & o veremos largamente explicado com todas as reſoluçoẽs na acçaõ de petitione hæreditatis in tit. de act.

DE SVCCESSIONE COGnatorum.

Titulus quintus.

SVMMARIO

1 *Parentes por linha feminina como ſe admittem à ſucceſſaõ, & aemẽda do direito nouo?*

1 PEra entendimento deſte tit. hauemos notar, que os cognados pella ley das doze taboas, ſenão

não admittiaõ à herança, ou os houuesſe, ou não. De modo que não hauendo agnados (que saõ os parentes pella linha maſculina) o fiſco ſuccedia, excluindo os cognados (que saõ os que nos pertencem pello ſexo feminino.) Porem parecẽdo iſto crueldade ao Pretor, ordenou, que em falta dos agnados ſe admitiſſem em terceiro lugar os cognados á ſucceſſaõ do defuncto, *per bonorum poſſeſſionem vnde cognati.*

Secundo, ſe ha de notar, que hauendo agnados, ainda de direito ciuil, ſe excluiaõ os cognados; mas pello nouo das Authenticas foy emendado aquelle direito, & tirada a differença entre a agnaçaõ, & cognaçaõ, & ſuccedem igualmente os agnados cõ os cognados, ſem differença mais que na preferencia do grao, como diremos ao diante nas ordens de ſucceder: o que ſe amplia ainda aos valgoquęſitos, que como não tenhaõ agnados, porq̃ não ſabem quem he ſeu pay, ſuccedem com os maternos cognados, como veremos na ordem em ſeu lugar, infra tit. 10.

§. final.

Hoje ſuccedem igualmente os parentes por linha maſculina, & feminina.

FInalmente hauemos aduertir, que os agnados ſuccediaõ atè o decimo grao, & os cognados atè o ſexto: & he commum entre os DD. que atè o decimo grao ſuccedẽ huns, & outros: porem a differença da agnaçaõ, & cognaçaõ eſtâ tirada, & ſe ſuccede hoje indiſtinctamẽte, conforme a prerogatiua do grao, vt inf. tit. 10.

De gradibus cognationum.

Titulus ſextus.

DEſte titulo não temos que dizer aqui, porque fica largamẽte explicado no tit. de nuptijs ſup. no primeiro liuro, onde moſtramos as aruores, & ordẽs de parẽteſco. Paſſemos ao ſeguinte.

DE SERVILI COGNATIONE

Titulus ſeptimus.

SVMMARIO.

1 *Entre os eſcrauos como ſe conſidera o parenteſco, & pera que?*

Eſcrauos vindo a ſer forros ſuccedẽ huns a outros, & ſe conſidera entre elles o parenteſco. 2

PEra entendimento do preſente titulo 3

tulo hauemos de aduertir, que o parẽtesco ſeruil, ideſt, dos eſcrauos, ſe toma pella neceſſidade do ſangue, que tal vez ſe miſtura com eſcrauos, ou entre elles, huns, & outros o ha por naſcimento; & ainda q̃ de direito ciuil os eſcrauos ſejão reputados por couſas, & não por peſſoas, *& raliter pro nihilo reputentur, & habeantur*, in l. quod attinet, 32. ff. de reg. iuris; com tudo o direito natural he immutauel, & ſempre fica entre elles. l iura ſanguinis, 8. ff. de reg. iuris. E do meſmo modo ſe contaraõ entre elles os graos de parenteſco, como entre os homẽs liures. Porem como o computo, & numero dos graos ſe introduzio por duas cauſas principais. A primeira, pera o matrimonio, pera que ſe abſtenhaõ em certos graos. A ſegunda, pera as heranças q̃ ſe chamaõ, ou deferem ab inteſtato, ſegundo a prerogatiua dos graos.

Hauemos ſaber, que na primeira aſſi como entre os homens liures he prohibido o matrimonio atê o quarto grao, aſſi entre os escrauos ha, & procede o meſmo impedimento, ou ſejão catiuos, ou forros, & iſto por razaõ da honeſtidade, que encontra casarem parentes com parentas, & como nos escrauos não ſeja mudado o direito de ſangue, ainda que o ſeja o politico, procede igualmente quanto à primeira eſta regra.

Quanto à ſegunda não procede nos eſcrauos, porque como a herança ſeja de direito ciuil, & nelle os eſcrauos ſejaõ reputados por nada, não ſuccedem ſendo catiuos, nem tem nada proprio, porque o que acquirem he pera ſeu ſenhor. §. item vobis, 3. cum ibi not. ſup. per quas per l. nob. acquir. Porem quando os eſcrauos chegaõ a alcançar a liberdade, ſuccedem abinteſtato huns a outros: *etiam ex cognatione*, donde ſeus filhos lhe ſuccedem excluindo o patrono, que he o ſenhor que o libertou, o qual ſe admitte faltãdo os filhos: porque ſempre o patrono tem lugar, & dominio na peſſoa do liberto, ao menos no obſequio, & nas obras, porque he obrigado o liberto, (que foy eſcrauo) a ſuſtentar de ſuas obras ao patrono. l. ſuo victu, 18. de operis libertorum. E deſtes obſequios hauemos tratar em outro lugar, & titulo particularmente.

DE SVCCESSIONE Libertorum.

Titulus octauus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ deſte titulo.*

2 *Patrono como ſuccede nos bens do liberto? Referemſe varias diſpoſiçoẽs de direito.*

3 *Direito de padroado, ou he Eccleſiaſtico, ou ſecular. Explicaſe hum, & outro.*

Dita,

DIta,& explicada a ſucceſſaõ dos liures,trata agora o Emperador da maneira porq̃ ſuccedem os libertos, que ſaõ os q̃ foraõ eſcrauos, & depois lhes foy dada carta de alforria. 1

Quatro diuerſos direitos ſe traſaõ do patrono nos bens do liberto. O primeiro foy das doze taboas, por cuja ley ſuccediaõ os patronos, que ſaõ os ſenhores,que deraõ a liberdade ao eſcrauo libertado,hoc eſt,ao liberto, não hauẽdo ſeus : porẽ ſe o liberto morria com teſtamento, era lhe licito desherdar ao patrono. Secundo:era o direito pretorio,em o qual ſe attẽdia a eſta eſpecie de ingratidaõ a tanto beneficio,como o de hauer recebido a liberdade ; & era obrigado o liberto a deixar ao patrono amerade de ſua fazẽda. Tertio, o direito da ley Papia Popea,que foy feita por Papio, & Popeo Conſules,pella qual ſe ordenou,que ſe o eſcrauo liure, hoc eſt, liberto morrer, & deixar hum patrimonio de mil cruzados,que antigamente era grãde, & ſe chamaua *Centum mille ſeſtertiorũ*, deixando eſte patrimonio, ſe deixar tres filhos, tanto lhes vem da herança como ao patrono que receberá quanto receber cada qual dos filhos do liberto, & iſto,ou morreſſe abinteſtato, ou com teſtamento. ficandolhe menos de tres filhos: porem ſe lhe ficaſſem tres, ou mais de tres filhos em tudo eraõ excluidos os patronos. 2

O 4. foy o direito do noſſo Emperador Iuſtiniano, & ſua conſtituiçaõ, que derrogou parte da l. Papia, ordenando, que o liberto que deixar mil cruzados, deixe ao patrono a terça parte de ſeus bẽs, ſe morreo ſem teſtamẽto, & naõ teue filhos, ou os desherdou, porque ſe teue filhos, & os inſtituio, não leua o patrono nada, & ſe naõ tiuer filhos, leuará tudo; & iſto, *ſi centenarij fuerint*, hoc eſt, ſe tiuerem de ſeu cem cruzados, porque não tẽdo a dita quantia, & teſtando não tem lugar o patrono; & abinteſtado lhe ſuccede, quando naõ ha filhos, que hauendoos ſaõ excluidos os patronos; & tambem quando ha pay, & irmaõs do liberto, como nota Minſing. hoc noſtro titulo.

Vltimamente no noſſo titulo haueмos notar, que o direito do Padroado he de dous modos. ſ. Eccleſiaſtico, & ſecular, ou temporal. O Eccleſiaſtico, ou eſpiritual ſe chama aquelle poder de preſentar o beneficio Eccleſiaſtico ſimples, & vagante, & que cõpete por fundaçaõ, ou dotaçaõ da meſma Igreja, ſecund. Abb. in Rubr. extra, de iure patron. o qual direito de padroado paſſa ao inſtituidor, ou fundador, & ſeus herdeiros quaesquer, ou de ſangue, ou eſtranhos, & niſto differe do ſecular, que naõ paſſa aos herdeiros eſtranhos. l. ſi operarum, 26. ff. de oper. lib. item, naõ sò aos herdeiros machos, mas tambem ás femeas: *Quia iura in hoc caſu non diſtingunt inter maſculum, & feminam*, ſecũd. Abb. in d. cap. 1. n. 3. per text. in cap. fin. de conceſſ. præbend. 3

O ſecular, ou temporal he o direito, & poder concedido ao ſenhor na peſſoa do ſeu eſcrauo liberto, que liberтou, & iſto *propter beneficium manumiſſionis*, & ſe cõſtitue eſte poder sòda manumiſſaõ. ſ. data da liberdade ao eſcrauo, ou eſcraua, porque tem o direito de ſucceder. E nas obras do liberto, que he obrigado a alimẽtar ao patrono. Secundo, porque o liberto ſem venia não póde chamar o patrono a juizo,

juizo, nem entre elles haacçaõ famosa, porque sempre a pessoa do patrono he respectiuel, santa, & honesta pera elles. l. liberto, 9. ff. de obseq. lib. & libert. pat. & patr. præst.

DE ASSIGNATIONE Libertorum.

Titulus nonus.

SVMMARIO

1 *Concordase este titulo com o antecedente.*

2 *Como se faz a assignaçaõ pera hum que foi escrauo ficar liberto de outrem, & deuendolhe obsequios.*

3 *Modos com que se acaba esta nomeaçaõ, ou assignaçaõ do liberto.*

1 TRatamos acima da succesſaõ dos patronos nos bẽs do liberto, áqual, como diſsemos, se admittẽ os filhos do patrono: agora trata o Emperador deste direito, que póde o pay concedello a qualquer de seus filhos, tendo mais de hum, & assignalo, pera que o liberto em seu lugar o reconheça por senhor, que foy, & patrono que he. Cõ este tit. concorda outro em direito, ff. de assignat. libert.

2 *Assignare libertum*, vem a ser o mesmo que declarar no testamento hũ homem, qual de seus filhos quer que goze o direito do padroado secular na pessoa do escrauo, a quem deu a liberdade, & só o tal filho assignado haja, & lhe pertença a herança do liberto, & as mais prerogatiuas que apontamos.

Podese fazer esta nomeaçaõ naõ sô ao filho, mas tambem ao neto, & neta; & só a pòde fazer aquelle que deu a liberdade ao escrauo, & o fez liberto. E pòdese fazer simples, ou condicionalmente, & se pòde fazer, ou em testamento, ou codicillo, por palaura, ou carta, ou quaesquer outras palauras idoneas. l. 1. §. assignare, & l. assignare 7. ff. eodem.

3 Expira, & acabase esta nomeaçaõ de muitos modos. Primò, por morte do nomeado. Secundò, pella emancipaçaõ feita depois da nomeaçaõ; porq̃ neste caso se vê que quiz o pai mudar a vontade, & revogar a nomeaçaõ. §. datur, hoc titulo: porem se se fizer a assignaçaõ, & nomeaçaõ depois do filho emancipado, entaõ val, & se pòde fazer conforme o texto na ley vtrum, & l. 2. ff. eodem.

Tertiò, se acaba a assignaçaõ pella subsequente desherdaçaõ, porque se hum pay fizer esta nomeaçaõ a hum filho, & depois o desherdar, entaõ naõ val a assignaçaõ, & nomeaçaõ. l. 1. §. sed & si post, ff. eodem.

Passemos agora ao titulo seguinte, que he tempo de chegar às ordens das succesſoens.

DE

DE BONORV̄ POSSESSIONIBVS.

Titulus decimus.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ, & concordancias do titulo presente: mostrase como se succede de direito Pretorio por estas posses dos bens.*

2 *Preior póde emendar, & suprir o direito ciuil, & como vsou deste poder na introducçaõ destas posses?*

1 COncorda este titulo em direito com outro in ff. de bonorum possessionibus, & in C. qui admitti possũt ad bon. possess. & a continuaçaõ delle procede, & se toma do §. fin. sup. per quas personas nobis acquiritur, onde o Emperador ensinou 4. modos, cõforme os quaes se nos acquiria por titulo vniuersal. O primeiro das heranças. s. como se succede *ex testamento*, por direito ciuil, & abintestato, do qual atè gora tratamos. Agora passa ao segundo modo, que he o presente, em que se succede por direito Pretorio *per bonorum possessiones. s. & sic per vniuersitatem nobis acquiritur*. As exageraçoẽs desta continuaçaõ, & rubrica, posto q̄ as refiro no liuro latino, aqui me não pareceo repetilas. Pichardo refere muitas, agora daremos sò noticia do q̄ conuem, porq̄ tambem tratamos esta materia no §. actionum, in act. de petitione hæreditatis: & de materia latè Vasques lib. 1. de success. resolut. §. 10. Crass. lib. 1. sent. § bonorũ possess. Saibamos agora pera entendimẽto disto, que a posse dos bens por direito pretorio he hum direito de acquirir, & reter as cousas, & bens do defuncto, & assi o diffine Vlpian. na l. 3. §. bonorum igitur possessionem, ff. hoc nostro tit. *Ita quod sit ius retinendi, & persequendi patrimonij, siue rei, quæ cuius q̄ cum moritur, fuit.* Adde gloss. 1. hic. Saibamos agora pera que foraõ introduzidas.

O Pretor introduzio estas posses, & meyos de se alcançarem os bens do defuncto, hũas vezes pera emendar, outras pera confirmar, & outras por razaõ de estabelecer o direito ciuil. Porque o Pretor não podia fazer nada contra o direito ciuil, ex l. 20. §. 2. ff. ex quib. caus. maior. porem como lhe era concedida a faculdade de suprir, & emẽdar o rigor do mesmo direito, no que o mesmo Pretor fez, não foy contra o direito, nem contra o que por elle he prohibido expressamẽte, mas suprio, & emendou o que nelle faltaua, *unde vna vox iuris ciuilis dicitur*. l. 8. ff. de iust. & iur. *& ideo non facit cõtra ea, quæ prohibita sunt ex odio, sed bene ex rigore*. E como a ley ciuil das doze taboas, que dispunha das succesſoens; não dizia, nẽ continha tudo o necessario, assi pera testar, como pera succeder, por isso o Pretor introduzio este direito pera accrescentar, & emẽdar aquella ley em certos casos; porq̄ pella

pella dita ley não succedião os filhos emancipados, & o Pretor os chama à herança *per bonorum posſeſſionem vnde liberi*. E os emancipados preteridos *per bonorum poſſeſſionem contra tabulas*; & tambem excluia a d. ley a mãi da ſucceſſaõ do filho, a quẽ o Pretor cõcedeo a outra poſſe, *vnde cognati*: & os cognados excluidos pella dita ley, os admitte o Pretor *per bonorum poſſeſſionem vnde cognati*: nos quaes caſos o Pretor mouido da equidade, ajudou & confirmou o direito ciuil, chamando, & admittindo às heranças aquelles que pella força, & rigor da ley ciuil ſe não admittião, eſtabelecendo a tê nos herdeiros inſtituidos, a quem concedeo o Pretor o remedio *per bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas*, & os agnados, & cognados, como temos dito, & vamos tratando, & os mais q̃ traz Plat. hoc noſtro tit.

§. Quos autem.

SVMMARIO.

Rezaõ porque o Pretor não faz herdeiros, ſenão dá a poſſe dos bẽs.

Em que combina eſta poſſe com a herança que ſe defere por direito ciuil, & como differem?

NEſte §. ſe dá commũmente a rezão porque aquelles, a quẽ o Pretor dá eſtas poſſes, ſe chamaõ poſſuidores dos bens, & não herdeiros? ſendo que parece, & eſtamos vẽdo, que combina eſta poſſe dos bens com a herãça? mas ainda que parece que he tudo o meſmo, como he, quanto ao effeito, pois ſuccede o poſſuidor dos bens no meſmo direito do defuncto, como o herdeiro, & juntamente alcança aſſi hum como outro o dominio das couſas herdadas, vt in l. 1. ff. eodem, *Cum in omnibus vicebare dum bonorum poſſeſſores habeantur*, vt etiam dicitur in l. 2. ff. eodem. E o meſmo nos commodos, & incommodos. Com tudo differem em muitas couſas, como traz D. Iaſon. in d. rubr. C. qui admitti ad bon. poſſ. E a primeira he, que a herança he de direito ciuil (accipiendo ſtrictè, vt in §. ſed iſtæ, infra de action.) & a poſſe dos bens he de direito pretorio, vt hic in noſtro titulo. Secundo, porque a herança ſe pòde aceitar só com o animo, ſem preſença & authoridade do juiz, nem neceſſita o herdeiro de ir â preſença do juiz, & ante elle declarar que aceita a herança, porque só com o diſtincto, & facto de exercitar os actos de herdeiro, baſta pera o ſer: porem a poſſe dos bens neceſſita de tudo o ſobredito, porque he neceſſaria a preſença do juiz, & não ſe pôde aceitar sò com o animo, mas he neceſſario, que ante o juiz ſe lhe julgue a poſſe dos bens; & antigamente era neceſſario decreto eſpecial do juiz, hoje baſta declarar ſe em ſua preſença, dizendo, que aceita a poſſe, & a pede. l. 3. §. ſi cauſa, ff. eodem. Tertio, porque a herãça ſe pòde aceitar por 30. annos, vt in l. licet, 8. C. de iure deliberand. & a poſſe dos bens, q̃ ſe defere aos filhos, ſe deue pedir em preſença do juiz dentro em hũ anno; & a dos cognados no termo de cem dias. l. 2. & l. emancipata, 4. C. qui admitti ad bonorum poſſ. poſſunt. Quarto, porque o tempo da acceitaçaõ da herança corre ao herdeiro que ignora, & não ſabe da herãça, & o da poſſe dos bẽs não. Vltimamente a herança ſe pede por acçaõ, q̃ ſe chama de

da hẽrança, & a posse dos bens se pede por petiçaõ da herança possessoria, como veremos no §. actionum, de actio-
2 nibus. Do que fica euidente a rezão, porque o Pretor não póde fazer herdeiros, porque como ser herdeiro he ser senhor. §. fin. sup. de hæred. qualitat. não podia o Pretor trespassar a outrem o dominio que não tinha. l. 20. ff. acquirend. rerum dom. porem como o Pretor vio, que os que pediaõ a posse dos bens tinhaõ justa causa para alcançar o dominio delles, subsituio as posses em lugar das heranças, dando no effeito, & vtilidade as posses dos bens, que directamente não podia dar, & porque saõ quasi herdeiros, lhes passaõ os commodos, & incõmodos da herança: *Ideo appellatione hæreditatis bonorum possessor comprehenditur, sed impropriè, quia vicem hæredis sustinet vtiliter, & effectualiter*, vt dicemus latè, in act. de petitione hæreditatis, & dicunt Doctores, quos refert Richardus, & Riciardus in hoc §. plura congerit, & latè disputationibus illustrat.

§. *Sunt autem.*

SVMMARIO.

Referemse todas as posses dos bens que o Pretor dà, & em que casos? Explicase cada hũa em particular, & as primeiras seis quando competem?

I VEjamos agora quantas saõ estas posses, & o nosso Emperador refere dez, que foraõ introduzidas pello Pretor, das quaes hũas se dão *ex testamento*, outras contra o mesmo no testamento, hoc est, *contra tabulas*, a saber, as primeiras duas; *ex testamento*. A terceira *contra tabulas*, que vem a ser contra o testamento, ou fosse escrito em taboa, ou em carta, ou em papel, & assi fica entendida palaura *contra tabulas*, que he contra a disposiçaõ da ley das doze taboas, & do testamento: nem obsta a consideraçaõ das palauras do Texto in l. quod vulgo. ff. hoc tit. de bonorum possess. contra tabulas, ibi: *contra legem*, explicão todos, que se ha de ler, *contra lignum*, como tem as pãdectas Florentinas, obseruat. Anton. Fabr. de erroribus, decad. 11. error. 7 & Cujac. lib. 11. 7. n. 11. obseru. c. 14. elegant. Pichar. ad tit. de exhær. liberor. in principio, num. 37. Outra se chama *secundum tabulas*, & as outras oito que se daõ abintestado. A primeira se chama, *vnde liberi*. Segunda, *vnde legitimi*. Terceira, *vnde decem personæ*, que se chama assi, porque se daua a certas pessoas, que se contaõ no §. præterea, sup. quibus modis ius patr. pot. soluitur. Quarta, *vnde cognati*. Quinta, *tanquam ex familia*. Sexta, *vnde patroni*. Septima, *vnde vir, & vxor*. Oitaua, *vnde cognati*. Destas posses tirou o Emperador quatro, que saõ a terceira, & a quinta, & a sexta, & oitaua, ficando somente seis, que saõ ordinarias, vt inquit Imperator hic in §. aliam, & vamos explicando de todas.

Quatro destas posses, ideſt, *bonorum possessiones*, saõ necessarias, abintestado hoje, & duas *ex testamento*, as duas saõ. A primeira *contra tabulas*, ideſt, contra o testamento, como fica dito, a qual se dá ao filho emancipado preterido no testamento do pay, & em seu fauor foy introduzida, & se exten-

extende aos netos, & aos emancipados, & aos que estaõ no patrio poder, sendo preteridos. s. esquecidos, & não nomeados no testamento, sem se fazer caso delles, ou excluindoos com causas expressas de ingratidão injusta, como dissemos no titulo sup. de exhæredatione liber. & aos posthumos, que dissemos no dito tit.

A segunda, que se dá *ex testamento*, he a posse dos bens, *secundum tabulas*, que se dá quando o testamẽto he perfeito, ou escrito (& não nuncupatiuo, que entaõ se dá a vtil, *secundùm nuncupationem*) se no tal testamento ha substituiçoẽs de herdeiros (& com esta se ajuda o direito ciuil) pera que se hũ herdeiro não aceitou a herança a aceite o outro substituido.

As quatro posses que se dão abinteſtado, he a primeira, que se chama, *Vnde liberi*, que compete aos filhos emancipados pera poderem succeder a seus pays, & aos filhos *in patria potestate*, como dissemos. A segunda he, *vnde legitimi*, que se dà aos agnados mais chegados, quando não ha seus. A terceira he, *vnde cognati*, que se dá àquelles. q̃ saõ nossos parentes por linha feminina (não hauẽ do descendentes, nem agnados, que saõ parentes por linha masculina) & esta se introduzio por equidade, pera excluſaõ do fisco, que succedia excluindo os cognados, antes desta posse dos bens. A quarta, & vltima he, *Vnde vir, & vxor*, que se dà à molher pera succeder ao marido, & ecõtra, ao marido, pera succeder à molher, excluindo o fisco, como diremos no lugar de sua succeſſaõ, infra de succeſſione inter virum, & vxorem.

§. *Septima autem.*

SVMMARIO.

Posses que se chamaõ extraordinarias, quaes saõ? Referem se quatro. I

TRata este §. das posses extraordinarias, & se chamão assi, por q̃ se podem dar *ex testamento*, ou *abinteſtato*, & não tem lugar certo, & estas especies de posses, *aut bonorũ possessiones*, saõ quatro. s. *ex legibus, Carboniana, veteris nomine, & litis agnoscendæ causa*. Vejamos de todas. I

A primeira que se chama *ex legibus*, que se dá *in genere, non specie*, & compete a qualquer pessoa (*ex nouis legibus*) que não he ascendente, nem descendente, nem agnado, nẽ cognado, do defuncto, nẽ chamado â herança pello direito ciuil, & pera cõpetir esta posse dos bẽs saõ necessarios os requisitos, que diz Iaſ. in l. fin. C. vnde legitimi. O primeiro requisito he, q̃ se defira & proceda esta constituiçaõ, *ex nouo lege*, como de Senatusconsulto, ou cõstituiçaõ do Princepe. v.g. ordenou o Emperador, ou Princepe, q̃ se extẽda a posse dos bẽs, atê o duodecimo graõ, ou até 40. annos. Neste caso he *ex nouo lege*, ou se ordenar, q̃ o estudante q̃ morrer na Academia abinteſtado não tendo parẽtes, lhe succeda no peculio castrense, ou quasi o Reitor, ou o Doutor mais antigo, neste caso se dà a posse por noua lei, porq̃ nem he de direito ciuil, nem pretorio. Secundo, q̃ sejaõ as nouas leis ciuis, & não pretorias. Tertio, q̃ por esta noua posse de bens se ordene, que se defira expressamente à posse dos bẽs por aquella cõstituiçaõ. Quarto, que este possuidor não esteja chamado pella ley das doze taboas: como tudo refere Iaſon. na dita ley final. & com muita rezão. porque no exem-

exemplo que puzemos, se o Emperador, ou o Principe mandar, que o estudante que morrer abintestado na Academia lhe succeda o Reytor, ou Doutor mais velho, claro está que como entre elles não ha parentesco, não he a herança de direito ciuil, nem pretorio, & em todo o caso he necessaria esta septima, & extraordinaria posse, pera se succeder por aquella noua ley.

A segunda posse extraordinaria se chama Carboniana, de qua titulus in ff. & Cod. de Carbon. edicto, que se chama assi, porque foy feita, & introduzida por Carbonio Pretor, & he extraordinaria, porque tambem se dá ou *ex testamento*, ou *abintestato*, & por ella não se alcança a propriedade dos bens, senão a posse, & tem lugar quando o filho *impubes* (que he antes de quatorze annos) he demandado pellos parentes que lhe mouem questão de seu estado, dizendo, que não he filho do defuncto, ainda que seja nomeado por tal no testamento. Neste caso concedia o Pretor esta posse dos bens, pella qual o dito filho *impubes*, he admittido à posse dos bens do defuncto, em quanto se não decide a questão do estado, & defere se esta questão, pera a idade de quatorze annos completos, que se chama, *puberis*, l. 1. in principio. ff. de Carbon. edicto.

A terceira posse extraordinaria se dá à molher em nome do filho, ou filha que tiuer no ventre, & por isso se chama *ventris nomine*, & he quando hũa molher fica prenhe por morte de seu marido, & neste caso por esta *bonorum possessio*, he admittida à posse dos bens do marido, & dáse entretanto hum Curador aos bens, que de tudo o necessario à viuua, conforme as posses, & qualidade do marido, & ella nesta posse até parir, ou constar, que não he prenhe. l. 1. §. mulier, 19. & §. fin. cum l. seq. ff. de vẽr. in poss. mitt.

A quarta posse dos bens extraordinaria se chama, *Litis agnitionis*, que se da ao filho emancipado, desherdado, ou esquecido, & preterido no testamento pera alcançar a licença de intentar a queixa de *inofficioso testamento*, à qual não são admittidos os filhos emancipados, por ser esta queixa de direito ciuil, que não reconhece o emancipado. Finalmente esta posse dos bẽs não dá propriedade, nem posse dos bens da herança, mas somente concede hũa licença, com que o filho emancipado, que aliàs de direito ciuil, não podia queixarse do testamento injusto de seu pay, por este remedio preparatorio, forma, & vem a intentar a queixa de *inofficioso testamento*, vt inquit Paulus de Castro in l. certum, & ibi Cyn. & alij, de qua est text. in l. Papinianus, 8. §. 1. & gloss. super verbo, *Bonorum*, ff. de ~~bonor. poss.~~ *inoff. test.*

He chegado o tempo (depois desta explicaçaõ) de vermos as nouas ordens de succeder, & saõ cinco. A primeira he dos descendentes. A segunda dos ascendentes. E a terceira dos collaterais. A quarta, do marido. & da molher. A quinta, & vltima do fisco, vt habemus in Auth. de hæred. abintest. venient. que trata das primeiras, da quarta se explica no tit. in ff. vnde vir, & vxor. E da quinta no l. vacantia. C. de bonis vacantibus, lib. 10.

Supposto isto, com a breuidade possiuel explicarei o que pude alcançar, temendo o deficio da empreza

Titulo decimo.

xia com o affecto da vontade, & authorizando o pouco que differ, com o muito que cuſinaõ os caſos, que aponto neſtas ſucceſſoens; nas principais entendo, que não faltaõ, poſto que não allegue exemplos em todas foy pellos deixar pera mayor eſcritura (*Deo fauente*) & por não faltar a meu propoſito, q̃ he não querer mais que o domeſtico pera eſta empreſa, & aſſim me não quiz valer mais que dos ſeitos que me acompanharaõ na ſolidão com que fiz eſte commento, & o tirei a limpo, pello que toda a calumnia cairá ſobre a fraqueza de meu talento; & ſe delle reſultar louuor, ſeja ſomente de Deos noſſo Senhor, & da ſempre Virgem Maria, com cujo fauor vejamos da primeira ordem dos deſcendentes.

PRIMEIRA ORDEM

Da ſucceſſaõ dos deſcendentes, & da ſucceſſaõ dos filhos?

SVMMARIO.

1 *Rezão porque os filhos ſaõ preferidos na herança?*

2 *Eſpecies que ha em direito de filhos?*

1 TEmos dito, que á ſucceſſaõ dos abinteſtados chamamos os deſcendentes, & em primeiro lugar os filhos, porq̃ donde os ha ſaõ excluidos os mais parentes; porque pera os filhos ſe preſume ſempre ajuntaõ os pays as fazendas, & deſejaõ deixarlhes muitas. l cum ratio, ff. de bon. damnat l. nihil interest, 50. ff. de bon. libert. l. ſcripto, 6. ff. vode liberi: *Prima nam̃q; eſt cauſa liberorum*, Authent. in ſucceſſione, Cod. de ſuis, & legitim. hæred. Explicamos ja as eſpecies, que ha de filhos, & ſabemos, que ou ſaõ legitimos, & naturais juntamente, por ſerem naſcidos de legitimo matrimonio: ou legitimados pello ſubſequente, vt in cap. tanta qui filij ſint legitimi. Tertio, ou ſaõ naturais ſomente. Quarto. ou eſpurios. Quinto, ou inceſtuoſos. Sexto, ou adoptiuos, como diſſemos no tit. de adoptionibus, & de cujas ſucceſſoẽs trataremos agora no preſente.

Da ſucceſſaõ dos filhos naturais, & legitimos juntamente.

SVMMARIO.

Palaura, Filhos, como ſe entende, & o que comprehende? 1

Filhos legitimos como ſuccedẽ a ſeus pays, & ſe ſe acharem netos, como ſuccederaõ. 2

1 SAibamos primeiramẽte, que a palaura, *Filhos*, ſe ha de entender ſegundo a natural, & verdadeira ſignificaçaõ de filhos, que parece ſaõ sô propriamente os que naſcẽ de legitimo matrimonio. l. filium eum definimus, ff. de his qui ſunt ſui, vel alieni iuris. E aſſi ſe diz, que os naturais ſomente ſe não cõprehẽdem debaixo daquelle nome abſoluto de filhos, vt late Surd. conſ. 89. n. 34. & ſequitur lib. 1. dicens: *quod filij legitimi ſunt qui ex iuſtu nuptijs procreantur*; & q̃ aqueles

les se digaõ propriamente filhos, que saõ legitimos, & naturais, proua o texto na dita ley filium eum definimus: & que os filhos naturais somente se não chamem propriamente filhos, diz outro texto na ley 2. §. legitimos, ff. de exculation tut. Surdus dict. cons. 89. num. 34. & seq. quem refert, & sequitur Pelaes de maioratibus, 2. p. quæst. 2. num. 2. O que se confirma com a doutrina de Angelo cons. 366. num. 3. que fallando desta materia diz: *Respondetur secundo loco, quod & si testator vocauerit filios Gasparis, tunc intelligi debet de legitimis, & naturalibus, non etiam de naturalibus tantum, quia hi non sunt propriè filij, vt dictum est, nec eis filij definitio conuenit, & dicuntur impropriè tales.* Ita quoque expressum est in proœmio tituli 7. partita 2. ibi: *Hijos segun la ley llaman aquellos que nascen de derecho casamiento.* E esta mesma resolução teue Soarnes Sychardus in dicta l. generaliter, §. cum autem, num. 5. ibi: *Ex quo in fero, quod appellatione filij, etiam in materia fauorabili non contineantur filij naturales tantum, &c.* Limitase esta conclusaõ nos homens mecanicos, & de segunda condiçaõ, aos quaes succedem os filhos naturais, como se saõ legitimos, ex Reinoso obseruat. 53. n. 10. & outros que com decisoẽs referirei ao diante.

Saibamos logo, quanto â succesaõ dos filhos legitimos, & naturais juntamente, que succedem igualmente a seus pays, ou sejaõ machos, ou femeas, emancipados, ou no patrio poder, porque hoje està tirada a differença que antigamente faziaõ as leys entre o sexo, & emancipaçaõ. E assim sem se attender a isto se admittem igualmente os filhos casados, com os filhos familias, & os machos com as femeas, succedendo *in capita* (que ja expliquei acima no primeiro titulo de hæreditatibus, quæ abintest. deferuntur, §. & è conuerso, in fine, o que queria dizer *in capita, & in stirpes*) excluindo todos os mais ascendentes, & descendentes *ex suo corpore nati*, idest, seus filhos, & todos os mais collateraes; porque o neto não succede ao auô, em quanto seu pay he viuo, que o precede no grao; & se se acharem na successaõ filhos de hum defuncto, com netos filhos do filho do defuncto, neste caso pello direito da representaçaõ succedem igualmente *in stirpes*, idest, recebem tanto da legitima, quanto receberaõ seu pay, ou mãy, se viuos foraõ. E isto se extende aos netos, bisnetos, & os mais descendentes. §. interdum, & §. æquum, supra de hæreditatibus, quæ abintestato deferuntur. E se não houuer filhos viuos, succedem somente os netos ao auô, *in stirpes*. l. 2. Cod. de suis, & legitimis hæredibus. E ampliase esta regra, que procede não sò nos netos, mas ainda nos bisnetos terceiros netos, & todos os mais descendentes, quando estaõ sós em igual grao. d. §. cum filius, & finali, supra 1. tit. huius libri. Secundo, se amplia, que procede ainda que sejaõ em outro grao iguais. v.g. concorrendo netos, ou bisnetos somente, & tambẽ sendo desiguais. v.g. porque concorreraõ tres netos de hum filho morto pera succederem ao auô, com cinco bisnetos de outro filho: porque neste caso pello direito da representaçaõ entraõ os bisnetos no lugar de seu pay, & se diuide entre eles, & os netos do defuncto a que se succede, a herança *in stirpes*, d. §. fin. & sup.

& ſup. libr. 1. capit. ſi quis igitur, ibi: *cuiuslibet gradus*, & verſ. in hoc enim ordine, in nouell. 118. Tertio, ſe nota por ampliaçaõ da ſobredita regra, que os deſcendentes alem do primeiro grao, ou ſejão iguais, ou desiguais no grao, ſuccedem *in ſtirpes*, o que procede não sò quando hum eſtà remoto do outro em hum grao ſomẽte, mas tambem quando de hum a outro diſtaõ muitos graos. v. g. morreo hũ homem, & deixou hum neto (que lhe he conjuncto no ſegundo grao de parenteſco) & tres terceiros netos (que eſtaõ cõ elle no quarto grao) ou quartos, ou quintos netos, tambem ſuccedem igualmente *in ſtirpes*, per textum in d. cap ſi quis igitur, d. nouell. 118. de hæredit. abint. venient. porque a repreſentaçaõ ſe concede infinitamente nos deſcendẽtes pera ſuccederem os mais proximos com os mais remotos por eſte beneficio, por ſer eſta ſucceſſaõ mais natural. l. cum ratio, 7. ff. de bonis damnat. o q̃ não he nos collaterais; onde cada hum procede de outro, & naõ do meſmo aſcendente, & aſſi he a ſua ſucceſſaõ ciuil, ſecundum Minſinger. in d. §. cum filius, & por iſſo entre elles não ſe dá a repreſentaçaõ mais que ẽtre os filhos de irmaõs, como ao diante veremos.

DA SVCCESSAO DOS filhos naturais ſomente.

SVMMARIO

1 *Filhos naturais quaes ſaõ?*

2 *Filhos naturais do homem plebeo ſe ſe admitẽ juntamẽte com os legitimos, & ſe extende aos netos?*

3 *E nos morgados inſtituidos por homem plebeo ſe ſuccedẽ os taes filhos naturais? Propoem-ſe hum caſo.*

4 *Nas couſas antigas ſe admittem teſtemunhas de ouuida de ſeus maiores.*

5 *Nobreza politica baſta pera que os filhos naturais não ſuccedão ao pai que viuer como nobre, poſto que o não ſeja de ſangue: entende-ſe a Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1. & outras opinioẽs de DD.*

6 *Confirmaſe o referido, & refere-ſe julgado.*

7 *Homem mecanico, & plebeo inſtituindo morgado, & chamando pera a ſucceſſaõ os filhos legitimos expreſſamente, ſe podem ſucceder os naturais? Propoem-ſe hum caſo, & refere-ſe julgado.*

8 *Filhas quando ſe comprehendem na vocaçaõ de filhos pera a ſucceſſaõ dos morgados?*

9 *Vontade do Teſtador ſempre ſe deue guardar, & quando he clara, não ſe recorre a conjecturas.*

10 TRatamos agora da ſucceſſaõ dos filhos naturais ſomente q̃ ſaõ aquelles, *quos ſola natura genuit non honeſtas coniungij*, & ſaõ naſcidos de hum ajuntamẽto não approuado pella ley. E ainda que todos os que naſcem *extra matrimonium*, parece que ſaõ naturais, com tudo propriamente ſe chamaõ naturais aquelles, q̃ naſcem *ex concubina*. E aſſi eſtes de q̃ tratamos, ſaõ aquelles, *qui nati ſunt ex concubina, domo retenta loco vxoris*, & eſtes

estes se chamão naturais. Consonat Ordinatio libr. 4. tit. 92. ibi: *Filhos naturais saõ os nascidos de solteiro, & solteira, não hauendo parentesco entre elles, ou impedimento pera poderẽ casar.* Pereira de Castr. dec. 12. n. 10. & acerca disto faremos duas regras: a primeira, se o pay não tem outros filhos legitimos, & naturais, nem he casado, então podem succeder os filhos naturais ao pay, & instituilos por herdeiros, & deixarlhes tudo, se não tiuer filhos legitimos. Secundo, se tendo filhos legitimos, deixou tambem naturais, então não pòde deixar mais que hũa parte aos naturais, senão forem muitos de muitas mancebas, porque então nenhum delles succede *in odium effusæ libidinis.*

O que não procede nos hômens
2 plebeos, porque seus filhos succedem com os legitimos, & ainda isto se extẽde à successaõ do morgado instituido por homem plebeo, a cuja successaõ se admittem os filhos naturais, cum Reinoso obseruat. 33. n. 11. & Molin. disp. 610. n. 3. vers. de iure. E esta successaõ se extende aos netos, porque os netos naturais succedem a seus auós mayormente sendo peoẽs, & mecanicos, he Ord. lib. 4. tit. 92. in principio, que posto que falla no filho, tãbem comprehende os netos, de modo que o neto natural succeda ao auô assi como hauia succeder seu pay, ita in communi defendit Gama dec. 317. n. 2. & decis. 312. n. 4. Cabed. 1. p. dec. 100. n. 8. & in simili, tenet gloss. vlt. in l. fin. C. naturalibus, lib. Soar. in l. 1. tit. 6. in legib. fori Clar. in §. testamẽtum, q. 32. n. 3. Gom. l. 9. Tauri, n. 6. & 7. & os filhos naturais dos plebeos, apud nos, saõ comparados aos filhos legitimos pera effeito de succederẽ, *ita vt in eo æquales omnino censeantur, quemadmodum de iure, aut æ censentur.* Auth. quib. mod. naturales efficiãtur legitimi, §. si quis vero.

Esta resoluçaõ de direito, & da nossa Ordenaçaõ, no tocante aos bẽs liures procede a respeito da successaõ dos morgados, e a respeito dos netos, porque he resoluçaõ commua, que ainda que o pay não possa conceder o morgado que instituir, ao filho proprio natural, ou espurio, pella prohibiçaõ da Auth. ex complexu. C. incest. nupt. Peralt. in l. cum quidam, n. 4. ff. legat. 2. Com tudo o filho que não foy instituidor, pòde delle vir o morgado a outro filho natural, iuxta gloss. verbo, *participium*, in Auth. quib. modis naturales, §. fin. collat. 7. receptam ex Molina lib. 2. de primogen. cap. 11. n. 33. & lib. 1. cap. 13. n. 16. Roland. cons. 87. n. 16. & 24. lib. 3. Clar. in §. testam. q. 31. Rojas in epitome, cap. 20. num. 43. Pinel. in l. 3. C. bon. mater. n. 21. Cou. de sponsal. 2. p. cap. 8. §. 8. n. 11.

Procede esta resoluçaõ mais indubitauelmente nos termos do caso presente, apud nos, nos morgados instituidos por homẽ mecanico, & piaõ, porque como pella dita Ord. succedaõ como legitimos verdadeiramẽte, sem limitaçaõ, nem restricçaõ tambem succedem nos morgados, vt in terminis resoluit Molin. Theolog. de iust. 3. tomo, disp. 616. n. 3. E assi como quer que o Testador sempre seja visto conformarse com a disposiçaõ de direito do Reyno de que he natural, tradit Cost. in l. Gallus §. & quid si tãtum, part. vlt. n. 43. he visto chamarã o neto seu descendente natural, & preferido aos collaterais.

E porque nos fideicõmissos se succede do mesmo modo que nas heran-

ças,& á semelhãça dellas l.peto,§. fratre,ff. legat. 2. E como neste Reyno o filho,& neto natural do peaõ succeda na herança de seu pay, & auò, bem se segue,que he capaz,& habil pera succeder no morgado que os taes instituirão. ex Molina vbi sup. & conforme a regra do Texto in d. §. si quis rogatus,sempre a successaõ dos morgados se ha de regular da pessoa do instituidor,ibi: *Sed hoc ex dignitate, & voluntate eius,qui fideicommisit,accipiendum est.* Prosequitur Mantic.vbi sup. n. 5. Crassus in §.fideicommissum,q.37.n. 3.Peregrin.eodem tit. art. 28.n.47. & assi bem se collige,*quod si maioratus fuit institutus â plebeo,vel inferioris conditionis, quem nulla sanguinis nobilitas illustrat, indubitanter naturalis admittetur ad successionem illius.* E pera decisaõ desta questaõ vejamos o caso seguinte,em o qual acharemos resoluçaõ muito douta,& magistral.

Fernaõ Lourenço Galas estando nas partes do Brasil no anno de 1575. fez seu testamento,& no fim fez vinculo de sua terça pellas palauras seguintes: *O que couber na terça deixo a meu filho mais velho, & não hauendo filho,ficarà â filha, em capella,com hũa missa. E esta obrigaçaõ teraõ,& ficarà, & se entenderá pera sempre, & sò em nossa geraçaõ andarâ sempre no filho, ou filha mais velho.*

Entrou na successaõ desta Capella Simaõ Soares filho do instituidor,o qual sendo solteiro teue hũa filha natural por nome Maria Leite,de hũa molher solteira:casou o dito Fernaõ Soares,mas morreo sem filho legitimo,& nomeou por sua herdeira a d.sua filha natural, & Antonio Negocios parẽte mais chegado do instituidor se habilitou por tal,& lhe julgaraõ a terça do instituidor,que eraõ os bens do morgado,& por estar ausente o dito Antonio Negocios, mandou S. Magestade por prouisaõ,que se entregassem com fiança os ditos bens a Sebastiaõ Dias seu cunhado casado com sua irmaã,& se lhe entregaraõ. E estando de posse, deu seu libello contra elles a dita filha natural Maria Leite, pedindolhe largassem os ditos bens, por lhe pertencer a successaõ da Capella, por ser descendente neta do instituidor, & filha natural do vltimo possuidor, & ser o dito seu auò, & toda sua geraçaõ gente plebea, & mecanica. Contrariarão os Reos,& precedendo os termos judiciais,julgou o juiz a successaõ da d. Capella aos Autores, Maria Leite filha do vltimo possuidor,& seu marido. por se tratar de successaõ de pessoas plebeas; mas o Ouuidor reuogou a sentença do juiz, negando a dita qualidade,& suppondo nobreza no dito instituidor,& excluisaõ de seus filhos, & netos naturais,na forma da Ord.lib.4 tit.92. & esta sentença do Ouuidor se confirmou na Rellação,ex seqq.

Porque por parte dos appellantes se allegarão os fundamentos sobreditos acerca da successaõ dos netos, & filhos dos homens mecanicos; aos quaes se respondeo,que supposto que as ditas resoluçoens sejão verdadeiras, com tudo na causa, de que aqui trato, se prouou que o instituidor tinha nobreza acquirida,& que seus mayores,& antepassados foraõ nobres, por testemunhas scientes,que os conhecião como de mais antigo, por ouuida a seus maiores, que he o modo q̃ o direito approua na justificação das cousas antigas,vt per Gabr.lib.1.communun.tit,de testibus, concl. 3. Afflict. dec.276.n.4. Valasc.de iure emphyt.

q.9.n.16. plures citat Barbosa ad Ordinat. lib.3. tit.55.concl.7.n.5.

De que resulta, que a filha natural, nem nas successoẽs hereditarias entra se o pay não for peaõ, porque somẽte succede com os filhos legitimos, quãdo o pay he peaõ. Valasc. cons.94. per totam, & procede ainda no filho do peaõ, & de escraua sua, ou alhea, que por sua morte ficou forro, lhe succede com os legitimos, Ord. d.tit.92. Pereira de Castro decis.12. Cab. d.1.p. decis.100. & aresto 88. Gama decis. 86. & decis.1312. & succede o filho a seu pay peaõ, posto q̃ tenha ordẽs menores. Ord.d.tit.92, §.1. Gama dec. 86. Thom. Vaz alleg. 6. Porem nas successoẽs indiuiduas, & de bens de morgado, em que se considera differença, sendo o pay nobre seria cousa ociosa disputar do contrario; pois os filhos naturais do pay, que somente andasse a cauallo, não succedẽ ao pay, conforme a Orden. lib.4.tit.92.§.1. Gama decis.322.n.4.

E assi que andando o instituidor a cauallo, & em grao de nobre ao tẽpo do nascimento da filha natural, & na estimaçaõ dos cargos honrados da Republica no lugar de nobre, exercitando officios, que os mecanicos não podem seruir, que he a segunda nobreza acquirida, posto que não seja do primeiro estado à Rege collata, basta pera não lhe succeder o filho natural, & fica tendo lugar a regra geral, de q̃ na successaõ dos morgados, & vocaçoẽs dos filhos, não saõ incluidos, nem chamados os naturais, vt per Cald. de nominat.q.19.n.12. Gama dec.2.& 3. & somente saõ admittidos os legitimos. l. filiũ, ff. de his qui sunt sui, vel alien.iuris. E o filho natural he excluido da successaõ da capella, ou morgado, & succede o irmaõ, ou outro parẽte transuersal, como resolue Senator Pereira de Castro decis.14.n.4. ibi: *Naturalem excludendum à successione capellæ, ad eamque inuitandum fratrem defuncti, &c.* E corrobora esta conclusaõ no numero 5. & responde a Ord. do liuro 4. tit.36. §.4. no num.7. resolue Molin. de primog. cap.4.n.46. & n.49. & agora nos mostrarâ a tençaõ seguinte dada neste caso pello doctissimo Dezembargador o Doutor Luis Pereira de Castro, que deliberou assi-

Quamquam ad successionem maioratus instituti ab homine plebeo admittamus filium naturalem, cum Reinoso obseru. 33.n. 11. & Molina disp.610.n.3.vers.de iure, & hanc successionem extendamus ad nepotem, ex Gama relato â Barbosa in princip. n.4. Ord. lib.4.tit.92. Cabed.1.p.decis.100. & aresto 108. nihilominus hæ in præsentiarum obtinere non possunt, cum non probetur Actricis parentem, & auum plebeæ conditionis fuisse, quinimo maiori testium numero, & ueriori probatione ostenditur altioris conditionis extetisse, quod satis est ne ad successionẽ admittatur, iuxta Ord.d.tit.92.§.1. & ne ad maioratum admittatur, ad cuius successionẽ naturales procul arceri solent, Molin. de primog.lib.1.cap.4.n.48. & lib.3.cap.3.n.vlt. Pelaes de ma-

maioratibus, 2. part. q. 2. á num. 1. Gabr. Pereira decis. 14. Æg yd. de priuileg. honest. art. 16. n. 17. qui plures refert, ex quibus sententiam auditoris confirmarem, reuocata iudicis sententia.

E do meſmo parecer foy o Dezembargador o Doutor Franciſco de Andrade Leitaõ, que confirmou o referido, & o ponto principal deque baſta que o homem viua à ley de nobre ao tempo do naſcimento do filho natural pera ſer excluido o tal natural da ſucceſſaõ do morgado; & ainda que o pay não naſceſſe nobre, nem de pays nobres, com tudo alcançando riqueza com officio, & trato com que viua como os nobres, baſta aquella nobreza politica, pera lhe não ſuccederem os filhos naturais como ſuccedem ao plebeo, & mecanico que viue ſempre como tal, conforme a deliberaçaõ ſeguinte.

Pera o filho natural ſucceder a ſeu pai ſe o ilha, & até ta o tempo deſeu naſcimẽto, ſe era o pay peão, ou ca alleiro. Ord. liv. 4. d. tit. 92. § 4. P hab. dec. 76.

Vtraq; inquiſitione diligenti ſtudio perlecta iudicem ab Auditore rectè reuocatum opinamur: quia ſi non naturalem, ac ciuilem nobilitatem maioratus inſtitutor habuit in principio, quo inter plebeos natum, verſatumq; dicitur, politicam ſaltem adeptus eſt, priusquam Actrix nata, ſiue concepta fuiſſet, quod ſane ſufficit, vt à maioratus ſucceſſione arceatur, iuxta Ord. lib. 4. tit. 92. ſic Auditore confirmato.

Deciſ. 39 No que conjeraõ os ſobreditos Doutores com o doutiſſimo, & digniſſimo Dezembargador o Doutor Franciſco de Almeida Cabral, Rellator da ſentença, na cauſa de Domingos Leitaõ Baginha, & ſua molher Maria Leite, cõtra Sebaſtiaõ Dias Canhardo, & ſua molher, todos da Villa da Atalaya.

Vejamos agora outro caſo, em o qual tambem foraõ excluidos os naturais, & foy que

Claudio Gil homem plebeo, & mecanico, fez hum morgado cõ obrigação de duas miſſas, chamando à ſucceſſaõ delle por ſua morte a Antonio Gomes ſeu ſobrinho, & dahi por diante a ſeus filhos legitimos, & deſcendẽtes por linha direita, põdo as mais prohibiçoẽs neceſſarias. Quizſe meter neſta ſucceſſaõ Antonio menor, por ſer filho natural do dito Antonio Gomes mecanico, dizendo, que como a tal lhe ſuccedia, conforme a ley, de qua gloſſa in l. filius familias, in §. cum quis, ff. legatis 1. Pereira deciſ. 14. n. 8. Reinoſo obſerv. 53. n. 10. Porem viſtas as palauras da inſtituiçaõ, & vocação, foy excluido o dito menor filho natural, & a ſucceſſaõ do morgado ſe julgou a Antonio Pires filho de hũa irmaã do dito inſtituidor, com os fructos da lide conteſtada em diante por ſentença do juiz da Villa do Redondo, & do Ouuidor da ſereniſſima Caſa de Bargança, confirmada em Rellação, pellos fundamentos ſeguintes,

na

na dita causa de Antonio Pires A. appellado, contra Antonio menor (filho do d. Antonio Gomes) & seu tutor.

Primo, porque das palauras do Testador, ibi, *filhos legitimos por linha direita*, se tira, que quiz excluir os filhos naturais, & assi ainda que fosse mecanico, se não admittem, *ex generali regula*, in l. in conditionibus, 19. ff, de condit. & demonstrat. l. ex facto §. si quis rogatus. ibi, *volentis*, iuncto ibi, *voluntate*, vbi notat gloss. & scribẽtes, ff. ad Trebellian. *Et vbi nulla est ambiguitas, cessat voluntatis quæstio.* l. ille, aut ille, 27. ff. legat. 3.

Secundo, porque ainda que o pay possa deixar no testamento algũa cousa aos filhos naturais, com tudo isso he voluntario, & não forçoso, & por isso naõ pòde ser constrangido. l. humanitatis, 8. innẽta glossa, & Auth. licet, C. de naturalibus liberis. O que procede ainda nos homẽs mecanicos, & gente de segunda condiçaõ, que ainda destes instituindo morgado. & chamando à succession os legitimos expressamente, de nenhum modo succedem os naturais, ex his, quæ Surdus decis. 191. n. 19. & cons. 89. num. 38. Hond. cons. 64. n. 49. libr. 1. Sfortia de compendiosa, 6. part. art. vlt. como considerou, & confirmou o doctissimo Mestre, & illustrissimo Dezembargador o Doutor Martim Affonso de Mello, deliberando assi.

Quando testator expressè filios legitimos vocauit, nullo modo naturales admittuntur, etiam in hominibus, & per sonis secundæ conditionis, ad ea, quæ Surdus decis. 191. à num. 19. & cõs. 89. n. 38. Hond. cons. 64. n. 49. lib. 10. Sfortia de compendiosa, 6. p. art. vlt. quando enim apparet de voluntate testatoris, quod naturales filios excludere voluit, non admittuntur ex generali reg. in l. in conditionibus. ff. condit. & demonstrat. ex quibus verbis, cum nulla sit ambiguitas cessat omnis voluntatis quæstio. l. ille, aut ille, 27. ff. legatis, 3. & in specie obseruat Ripa in d. §. si quis rogatus, n. 30. Mantic. de conied. lib. 11. tit. 9. art. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 78. n. 67.

Decis. 40 Com o qual cõuieraõ os doctissimos, & dignissimos Dezembargadores os DD. Iorge da Sylua Mascarenhas, & Antonio de Sousa de Macedo, Relator na confirmaçaõ da sentença do Ouuidor, na dita causa, anno de 1650 Escriuaõ Leonardo da Costa Leal seu pai, no dito Cartorio.

E desta decisaõ se tira tambem cõfirmaçaõ daquella resoluçaõ dos DD. que dizem, que a filha succede no morgado faltando seu irmaõ macho, ainda que na instituiçaõ se diga, que succederaõ os filhos, & descendentes machos, porque sem embargo disso passa à filha o morgado, porque nestas cõcessoẽs comprehende o masculino o feminino, & nas doaçoens, & porque he fauoraueł, & o nome do filho se poem por qualquer descendente por linha masculina. Bald. in cap. 1. verb. *linea masculina*, de alienat. feudi, n. 6. & Alex. in l.

Titulo decimo.

in l. Gallus, §. constituens, in fine, ff. de liber. & posthum. & ibi Ias. n. 25. Palac. Rub. in reperit. rubr. de donat. §. 69. n. 25. & 26. cum seqq. fol. 52. Posem isto não procede quando expressamẽte saõ excluidas as femeas da successaõ, porque esta prohibiçaõ produz effeito, que se não póde revogar. Auiles in proœm. gloss. *I. Reynè*, n. 8.

Do mesmo modo tratando desta successaõ do filho natural no morgado instituido por homem plebeo, & o successor tambem mecanico, he certo pella exclusaõ expressa, tirada das palauras, ibi: *Filhos legitimos por linha direita*, não ter nenhum lugar a ley, q̃ dispoẽ succedaõ os filhos dos peoẽs, & mecanicos a seus pays, como se forão legitimos igualmente: porque isto se entende quando o testador não os excluir expressamente pella rezão sobredita, porque o Testador expressamente chamou os legitimos, & excluio os naturais, & ainda que fosse mecanico, sempre sua vontade se ha de guardar; porque a vontade do Testador se tem por ley. Authent. de nuptijs, §. disponat, collat. 4. l. 1. Cod. sacros. l. si fratres, §. idem Papinianus, ff. pro soc. Surd. dec. 62. n. 6. & 149. n. 22. lib. 1. Valasc. consult. 108. n. 2. & tamquam lex obseruatur. Negreir. 5. c. 13. n. 8. Nauar. lib. 3. tit. 5 de empt. cõs. 5. n. 15.

E que as vontades dos Testadores se hajão sempre de guardar. Negreir. c. 14. n. 29. & alios refert Phæb. 2. p. dec. 142. n. 2. Vaz alleg. 61. n. 23. *& testamentis dominatur*. l. in conditionibus, 19. ff. de condit. & demonstrat. l. si mihi, 12. §. in legatis. ff. leg. 1. Nauar. lib. 3. tit. de testament. n. 2. & n. 4. in forma specifica Phæb. p. 1. dec. 47.

Nem he necessario recorrer aqui às conjecturas, l. ex facto, §. si quis rogatus, o 1. ff. ad Trebel. pois temos prohibiçaõ expressa do testador que não quiz que succedessem nestes bens filhos naturais, *& in claris non est locus coniecturis*. l. ille, aut ille, §. cum in verbis, ff. legatis 1. E com isto fica entendido o nosso caso, pello modo das doctissimas tenções, & sentença referida.

Da successaõ dos filhos legitimados.

SVMMARIO.

Legitimaçaõ se faz por tres modos, & quaes, & como succedem os legitimados? 1

Filho legitimado succede ao pay como que se fora legitimo. 2

E se succederá nos morgados, & se poderâ succeder nos de seus auós, ainda que haja clausula na legitimaçaõ. 3

A Legitimaçaõ se pôde fazer por tres módos, como expliquei no 1. liuro tit. 9. §. por o subsequẽte matrimonio, por prouisaõ & merce do Principe, & por a offerta, q̃ chamamos, *per oblationem curiæ*. E assi saibamos que 1

Quando os filhos saõ legitimados pello subsequente matrimonio, succedem do mesmo modo que os filhos legitimos, & naturais juntamente na forma que referimos; porque em tudo ficão legitimos. cap. tanta extra qui filij sint legitimi; & se se incluẽ na cõdiçaõ, *siue filijs*, explicaremos no tit. de verbor. obligat. Molin. lib. 3, cap. 1. n. 6. Cald. de nominat. emphyt. q. 21. à n. 34. Fusar. de subst. q. 409. à n. 31. & q. 386. à n. 3. & nos bens da Coroa decide

decide a Ord. lib. 2. tit. 35. §. 12.

No segundo caso hauemos distinguir deste modo: Se o filho for legitimado por prouisaõ Real succede ao pai excluindo todos os parentes ainda por linha masculina, idest, agnados. Bart. & Las. in l. Gallus, §. & quod si tamẽ, ff. de liberis, & posthum. & he certo, que o filho legitimado em forma não se differẽça em direito dos legitimos. Authent. quibus modis nat. effic. sui, §. illud tamen, coll. 7. tradit Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. num. 18. & lib. 3. cap. 3. num. 4. E por isso deue o pay instituilos, ou desherdalos, aliàs lhes compete a queixa contra o testamento, & os mais remedios concedidos aos filhos legitimos. Barth. in l. is qui pro emptore, 3. quæst. vers. itẽ quæritur, ff. vsucap. Cabedo 2. part. decis. 69, Alexand. cons. 11. vol. 1. Valasc. de partit. cap. 12, num. 39.

Porem não póde succeder o espurio legitimado nos morgados de seus auòs, porq̃ o Princepe não deue legitimar pera a successaõ do morgado aquelle, de q̃ o testador não cuidou. l. si testamento, Cod. de testamentis, nem prejudicar aos successores legitimos, Fortun. Gracia, & alij in l. Gallus, §. quid si tantum, col. 137. ff. de liber. & posthum. Menchac. de succes. creat. §. 1. num. 29. lib. 1. Gama decis. 278. & ibi Mena concl. 5. & 6. Molin, de primogen. lib 1. cap. 8. num. 81. & lib. 3. cap. 3. E assi quando na legitimaçaõ ha clausula pera succeder nos morgados, se entende nos nouamente instituidos, & não nos antigos de familia, pera os quaes não habilita o Rey em prejuizo dos substitutos. Molin. d. cap. 3. n. 27. Menoch. cons. 181. n. 24. & 25. & cons. 202. n. 168. Fachin. lib. 3. controuers. cap. 59.

3. Se o pay tiuer filhos legitimos, & na perfiaõ fizer menção delles, dizendo q̃ os tem, & o Princepe com tudo lhe conceder prouisaõ pera legitimar o filho natural, entaõ succede com os legitimos: porem se não fizer mẽçaõ dos filhos legitimos, se julga a prouisaõ, & legitimaçaõ por subrepticia, & não val. Alex. in l. ex facto, ff. de vulg. & pupilar. Do 3. modo da legitimação *per oblationem curiæ*, se não vza nos nossos tẽpos, & por isso o não explico.

Da successaõ dos filhos espurios.

SVMMARIO.

Filhos espurios quaes saõ, & se podem succeder ao pai? 1

Filho espurio succede á mãi, & aôs maternos. 2

FIlhos espurios saõ aquelles q̃ tãbẽ se chamaõ *vulgo quæsiti*, por q̃ não podẽ mostrar pai, & saõ filhos de molheres, q̃ tẽ comercio cõ varios homẽs, & não sabẽ qual delles he pai de seus filhos. E assi estes pella incerteza do pai saõ excluidos da herãça paterna, & de todos os ascendẽtes paternos. l. si spurios, ff. vnde cognati: porem á mãi q̃ sempre he certa, succedẽ os espurios, abintestato, como se fossẽ filhos legitimos, §. nõ nouissime sup. de Senatus C. Orfic. & l. hac parte 3. ff. vnde cogn. E amplasse isto q̃ succedẽ os filhos espurios não sò á mãi, mas tãbẽ a auó materna, & aos mais ascendentes pella linha materna. l. Modestinus, 8. ff. vnde cognat. 2. se amplia, q̃ não sò succedẽ abintestato, mas tãbẽ *ex testamento*, á mãi, & não sendo instituidos herdeiros, ou desherdados cõ justa causa lhes cõpete a queixa de *inofficioso testamento*, cõtra o testamẽto

da mãi. l. si suspecta, 19. §. de inoffic. ff. de inoffic. test. 3. Succedem não sò à mãy, mas tambẽ se depois a mãi casar, lhe succedem juntamente com os filhos de legitimo matrimonio, secund. Ang. in d. §. nouissime, per text. d. l. hac parte, & §. vulgo, 4. sup. de succeff. cognat. porque estes, como a mãy he certa, seguem em tudo sua condiçaõ, até sendo a mãy natural do Reyno, o fica sendo o filho espurio. Ord. lib. 2. tit. 55. §. 4.

Da successaõ dos filhos hauidos de ajuntamento reprouado pella ley.

SVMMARIO.

Mostrase quaes saõ os ditos filhos de ajuntamento reprouado, & como não succedem ao pay, nem â mãi.

OS filhos nascidos de ajuntamento illicito, & reprouado pella lei, quaes saõ os nefarios q̃ saõ os filhos nascidos de ascẽdẽtes, & descẽdẽtes, & incestuosos, q̃ saõ os filhos de parentes collaterais em grao prohibido, & adulterinos, q̃ saõ os nascidos de casados, por ajuntamẽto illicito: estes não succedem, nẽ ao pay, nẽ à mãy, nem *ex testamento*, nem *abintestato*. Authent. ex complexu, C. de incest. nupt. antes de rigor de direito se lhes não dauão alimentos; porem por equidade canonica se lhes concedem, como disse, & apontei julgado no tit. 2. do 1. liuro, sup. de iure natural. gent. & ciuil. & de direito he sem duuida, quanto às successoẽs, & heranças, que os filhos de parentes atè o quarto grao, & os nascidos de ajuntamento condemnado, & reprouado pella ley, não succedem ao pay, nem â mãy. Ord. lib. 5. tit. 17 §. 2. Barthol. in l. final. vers. *quæro, an succedat matri*, ff. his quibus vt indign. Afflict decis. 96. Gama decis. 136. 1 u n. 1. Phæb. decis. 44, à num. 14. Valasc. consult. 29. n. 9. Aegyd. de priuileg. honest. c. 13. num. 4. Carualho in cap. Rainald. part. 1. á num. 5 o 2. & se poderá succeder aos irmaõs, & parentes por parte da mãy? vide Ord. lib. 4. tit. 93.

Da successaõ dos filhos adoptiuos.

SVMMARIO.

Filhos perfilhados como succedẽ ao pay adoptante? Referemse tres regras, & distincçoẽs nesta successaõ.

QVanto aos filhos que a ley fingio, & a natureza não gerou, de que dissemos no tit. de adoptionibus no primeiro liuro, notemos as regras seguintes.

Os filhos perfilhados por estranho, em quanto estáo em poder do pai adoptiuo, succedem igualmente com os filhos naturais, & legitimos juntamente, assi ao pay adoptiuo, como ao natural. Secundo, succedem ao pay adoptante abintestado, excluindo os pays, & ascendentes do adoptante. l. 2 §. liberi, ff. ad Senatus C. Tertull.

A segunda regra he, que os adoptados por ascendentes succedem somente ao adoptante, à maneira dos filhos naturais, & legitimos, durante a adopçaõ *ex testamento, & abintestato, perinde, ac legitimi, & naturales*, faciũt §. sed hodie, supra, de adopt. l. 10. §. si vero pater. C. de adopt. Assi sendo preteri

preteridos, & esquecidos no testa mẽto do pay, ou desherdados sem causa justa, lhes compete a queixa de inofficioso testamento, & impugnar o testamento do auo, §. adoptiui, supra, de exhæredatione liberor. §. 1. supra quibus modis test. infirmentur. l. 1. & l. non putauit, §. si quis, ff. de bonorum possess. contra tabulas.

A terceira regra he dos filhos arrogados, & ja sabemos que filho arrogado he o pay de familias, que não tem pay natural, em cujo poder esteja, & assi sendo *sui iuris*, se sugeita ao poder de outrem, & à maneira de seu filho passa a seu poder pella arrogação, & perfilhação, §. 1. supra, de adopt. E assi o tal arrogada succede abintestato ao arrogante, assi como o filho legitimo, & natural, não sô nos bẽs q̃ trouxe a poder do arrogante, mas em todos os bẽs do mesmo arrogante. l. pen. §. fin. C. de adopt. & ampliase isto q̃ procede, & succede não sò abintestato, mas *ex testamento*, & assi quãdo o pay arrogãte não instituir por herdeiro o filho arrogado, ou o desherdar com causa justa, supposto que lhe não compete a queixa de inofficioso testamento, com tudo dãselhe a condicçaõ da ley *Diui Pij*, pera alcançar os bens com que entrou em poder do arrogante, & alem disso a quarta parte dos bens do mesmo arrogante. l. Papinianus, 8. §. si quis impubes, ff. de inofficioso testamento. E limitase, que não procede isto. Primó, quando o arrogado foy emancipado com conhecimento da causa, entaõ se lhe restituem seus bens, & não ao arrogante: porem se elle o emancipar sem conhecimento da causa, entaõ alẽ dos bẽs com q̃ o arrogado entrar em seu poder, se dará ao arrogado a quarta parte dos bẽs do arrogante. Secũdo se limita, que não procede nos morgados, porq̃ o arrogado não succede ao arrogante nos bẽs de morgado, não sendo arrogado pello auò paterno, *cui alids in maioratu succedebat*, ou sendo concedido pello Principe, que possa o arrogado succeder nos bẽs do morgado, secundum Feudistas, in d. cap. adoptiuus, si de feudo defuncti fuerit controuers. que entaõ succederà nos nouamente instituidos.

SEGVNDA ORDEM
Da successaõ dos ascendentes.

SVMMARIO.
Continuaçaõ desta successaõ. I

NAõ hauendo filhos, o segũdo lugar nas successoẽs he dos ascendentes. §. si igitur, Authent. de hæred. abintest. venient. & assi que vejamos desta ordem algũa cousa, II

Da successaõ dos pais legitimos, & naturais jantamente nos bens de seus filhos.

SVMMARIO.
Se do filho ficar seu pai, & juntamẽte irmaõs, como succederaõ? 1
E se ficarem tambem seus auos? 2
Pai he legitimo, & vniuersal herdeiro do filho abintestado na forma da Ord. lib. 4. tit. 91. pera cujo entendimento se propoẽ hũ caso. 3
Luiz pòde fazer pagamẽto pellos bẽs do casal á pessoa q̃ for acreedor. 4
E se o tal acreedor tiuer feito penhora 5

penhora em algũa couſa, ſe tem direito nella, ou ſe ſe lhe pòde pagar de outra parte?

6 *Refere ſe diſcidido, como o pay heher deiro do filho.*

1 COnſideremos duas cabeças neſta ſucceſſaõ. Prima, ou hũ filho deixou aſcendentes ſomente, ou com os aſcendentes deixou irmaõs, & irmaãs.

Na primeira cabeça, ſcilicet, quãdo o filho deixar aſcendentes ſomente, & ficarẽ ſeu pay, & mãy viuos, ſuccedem igualmente ao filho, ou filha.

2 §. conſequens. Authent. de hæred. abinteſt, venient. E ſe ficarem viuos os auós, ſendo iguais no grao, ſuccedem *in ſtirpes, non in capita*, ainda que ſejão deſiguais no numero, tanto recebem os auòs paternos, como os maternos, & tanto hum de hũa linha paterna, como dous da materna. Exemplo. O auò, & auô paternos ficarão viuos por morte de ſeu neto orfaõ, & juntamente ficou viuo o auò materno ſomente, neſte caſo tanto recebe da herança o auó materno ſomente, quãto leuarem os auo, & auò paternos ambos juntos & ſaõ iguais as porçoẽs, com o que fica entendida a propoſiçaõ acima, com eſte exemplo que cõfirma o Texto no d. §. conſequẽs. Authent. defuncto, Cod. ad Senatuscõſultum Tertullianum. Gom. 1. tom. var. cap. 1. n. 4. & in l. 6. Tauri, n. 5. & ſeq. & dicemus in §. actionũ. E ſẽdo os aſcẽdentes deſiguais. v. g. concorrendo hum auó paterno, com hum viſauò materno, o mais proximo exclue o mais remoto, & aſſi a auò exclue o viſauò como mais chegada. d. §. conſequens.

Na ſegunda cabeça que propuz neſta ſucceſſaõ, ſcilicet, quando o filho deixar com os aſcendentes juntamente irmaõs, & irmaãs, obſeruaremos eſtas regras.

Primeiramente ſabemos ja que as differenças da emancipaçaõ, & do patrio poder eſtaõ tiradas, & aſſi ſendo os irmaõs inteiros filhos do meſmo pay, & mãy, ſuccedem igualmente *in capita*, com os aſcendentes. §. ſi igitur, Auth. de hæred. abinteſt. venient. d. Auth, defuncto, & ibi gloſſ. & DD. C. ad S. C. Tertull.

E concorrendo os ſobrinhos filhos de irmaõs com os tios ſe guardará o que explicarei abaixo na terceira ordem dos collaterais. Agora ſaibamos que os aſcendentes ſaõ preferidos a todos, & às meyas irmaãs. dict. Authent. defuncto, & notat Alexand. conſ. 45. vol. 7. & que o pay he legitimo herdeiro do filho, como nos enſinará o caſo ſeguinte, que dà larga doutrina neſta ſucceſſaõ, & em caſos ſemelhantes, confirmando tudo o ſobredito. 3

Ioaõ Fernandes Falleiro foi primeira vez caſado, & houue tres filhos, a ſaber hũa filha, que caſou com Manoel Gomes, outra com Antonio de Araujo, & outro filho que ſoy Clerigo por nome Miguel Neto. Morreo a dita primeira molher chamada Catherina Collaça, em o anno de 638. ſendo em 13. de Feuereiro de 640. veyo a morrer abinteſtado o dito Padre Miguel neto, & ficou o dito ſeu pay Ioaõ Fernandes Falleiro por ſeu vniuerſal herdeiro na forma da Ord. do liuro 4. tit. 91.

Antes de ſe acabarem de fazer as partilhas da dita Catherina Collaça, o dito

dito

37 pag. 37

ō dito Manoel Gomes seu genro demandou ao dito seu sogro por hum resto de dote, que ainda lhe deuia, & com que era obrigado á vir á collaçaõ nas partilhas, & estandose procedendo nellas o appellante Manoel Gomes maliciosamente, fez penhora em hũa herdade do appellado seu sogro, & a poz em pregaõ, q̃ estaua no lanço de hum Antonio de Araujo.

Vieraõse a concluir as ditas partilhas, em que o dito Appellante entrou com o seu dote à collaçaõ, & se lhe fez pagamento do que se lhe deuia do seu dote, pellos bẽs do casal, na forma que manda a Ord. lib. 4. tit. 97. §. 3. ibi: *E se elle ainda nõo for entregue*, ex his quæ Valasc. de partition. cap. 15. num. 86.

Queixouse hora na causa, de que tratamos, o dito appellante Manoel Gomes, appellãdo das ditas partilhas, dizendo, que o juiz lhe fizera aggrauo em lhe não dar em pagamento do resto do dote aquella mesma fazenda, & herdade, em que elle tinha feito penhora por sentença que houue contra o dito seu sogro pello ditoresto do dote. Porem esta queixa lhe não foi admitida no Senado.

Porque o mesmo appellãte cõfessou, q̃ o maior lãço era do d. Antonio de Araujo, & assi no caso em que se houuera de vẽder, & arrematar a dita herdade, hauia de ser ao d. Antonio de Araujo, ou a outrem q̃ mais lançasse, & ao appellante somente se lhe hauia pagar do dinheiro da arrematação, & assi não hauia obrigaçaõ pera nas partilhas se lhe adjudicar a propriedade, q̃ se hauia de arrematar a outrẽ, & podia o juiz das partilhas fazer pagamento ao appellãte do resto do seu dote nos bens do casal, que lhe parecessem, ex Ord. Valasc. supra citatis, §. si famiiæ hercircund. infr. de offic. iudic.

E he cousa notoria, & vulgar, que em quanto a propriedade, que pello acreedor he tomada á penhora se não arrematá, & vende sempre o dominio della fica em poder do deuedor, & por qualquer modo que o acreedor for pago, fica cessando a tal execuçaõ, & não vay por diante, que o direito que se acquirio pella filhada do penhor ao acreedor, he somente para a preferencia, a respeito de outros acreedores, que na mesma coula vem fazer execuçaõ, mas a respeito do senhor, & deuedor não tem direito algum pera fazerem effeito vender o penhor, quã, do aliás se lhe paga.

E conforme a isto, que he notorio, não tem fundamento a dita queixa de Manoel Gomes, em dizer, que se lhe hauia fazer pagamento do resto de seu dote na propriedade que elle tinha tomado á penhora, & que se hauia arrematar no maior lanço:

Esta foy a primeira queixa que referi aqui (ainda que pareça fora de lugar) porque se considerou, & concorreo na mesma causa, que aqui refiro julgada, com a segunda queixa, que mais pertence ao nosso caso, & he a seguinte.

Ioaõ Fernandes Falleiro appellou tambem das ditas partilhas, & se lhe deu prouimento, porque o juiz errou ex seqq.

Porque como acima dito he, a dita Catherina Collaça, de cuja herança se tratou, morreo em anno de 1638. & alem da molher do dito Manoel Gomes, & da outra filha, deixou outro filho, & herdeiro o P. Miguel Neto, o qual morreo no anno de 640. & ficou por seu herdeiro o dito seu pai.

Titulo decimo

E assi nas partilhas de Catherina Collaça se hauia fazer a partilha entre tres filhos, como que se todos foraõ viuos, & a parte que hauia de hauer o dito Padre Miguel Neto seu filho, se viuo fora, se hauia entregar a seu pay, como seu herdeiro, que este he o ponto com que se proua a doutrina da nossa succeſſaõ, em que digo, que o pay he herdeiro do filho, ainda quãdo deixa irmaõs, & irmaãs, como foy neſte caſo, em que se mandaraõ emendar as partilhas, porque não se hauia feito o quinhão do dito Padre Miguel Neto defuncto, como se viuo fora, & que se entregaſſe ao dito seu pay, pelos fundamentos referidos, & a mais doutrina que conſiderou doctiſſimamente (como coſtuma) o Doutor Pedro Paulo de Souſa, reſumindo breuemente os dous pontos referidos, com a deliberaçaõ ſeguinte.

Immerito conqueritur appellans Emmanuel Gomes de cõfirmatione partitionum facta, cùm illi nullatenus noceant, non enim iuri conſentaneum eſt, vt ipſe faciat executionem pro reſiduo dotis ſibi promiſſæ, cum ſoluta non ſit tempore diuidendæ hæreditatis, imo ſua legitima portione debet eſſe contentus, circa Ordinationem in lib. 4. tit. 97. §. 3. ne ſit Actor quatenùs creditor, & Reus quatenûs hæres contra quem fieri debet executio reluctante regula, l. mutius. ff. pro ſocio, & quæ Surd. deciſ. 24. n. 10. Gratian. forenſ. tom. 5. cap. 891. Scacia de comerciis, §. 6. gloſſ. 1. n. 24. nec etiam conuenit, quod ipſe recuſaret partitores, ſi cauſa recuſationis non erat noua, vt ipſe confeſſus ſuit apud iudicem.

Attamen appellanti ſecundo loco ſubuenire placet, quia defuncti illius vxore tres filij ſuperſtites remanſerunt, quorum vnus qui Clericus erat matris fatum ſecutus fuit, & pater appellans illius eſt hæres legitimus, Ord. lib. 4. tit. 91. in principio, ideoq; matris hæreditas diuidenda erat in tres partes, quarum vna pertinet ad patrem, & cum aliter factum eſſet emendari debent partitiones, ita vt appellans filij legitimam obtineat, reuocato in hoc iudicis decreto.

E neſte ponto conuieraõ vniformemẽte o excellentiſſimo Iurisconſulto o inſigne M. Primario, & doctiſſimo Dezẽbargador o D. Marçal Cazado Iacome, & o Doutor Duarte Aluers de Abreu Rellator na ſentẽça ſeguinte.

SENTENÇA.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado he pellos juizes

Decis. 41

zes louuados em fazerem pagamento, pellos bens do casal ao appellante Manoel Gomes, mas não foi por elles bem julgado em fazerem dous quinboẽs somente da herança, de que se trata; reuogando nesta parte sua sẽtença, cumprase o confirmado por seus fundamentos, & o mais dos autos, os quaes vistos, & como ao tempo que morreo a defuncta Catherina Collaça, era viuo o Padre Miguel Neto seu filho, que depois morreo antes de feita a partilha, nos quaes termos o appellante Ioaõ Fernandes Falleiro seu pai ficou seu herdeiro, & lhe pertence tambem o quinhaõ que a elle lhe pertencia nos bens da dita defuncta sua mãi; mandaõ, q̃ se lhe faça o dito quinhaõ, & condemnão ao appellante nas custas dos autos. Lisboa 23. de Iunho de 1643.

Abreu. D. Casado. Sousa.

Da successaõ dos pays nos bens dos filhos legitimados.

SVMMARIO.

1 O mesmo procede nas successoẽs dos pais nos bens dos filhos, do que nos filhos dos bens dos pais legitimados.

1 DOs filhos legitimados tenho dito atras na sua successaõ particular acima referida, & o mesmo que tenho explicado acerca do modo com que os filhos succedẽ aos pais pella legitimaçaõ, se entenderà aqui correlatiuamente, pera os pais succederem aos filhos: *Nam correlatiuorum eadem est ratio, & quid statuitur in vno, si par vtriusque ratio sit, idem & in alio statutum esse videtur*, l. fin. C. de indicta viduitate toll.

Da successaõ dos pais nos bens dos filhos naturais.

SVMMARIO.

Correlaçaõ que ha na successaõ dos filhos, & pais naturais. 1

Filho natural se morre com testamẽto, como disporá dos bens, & tẽdo pai; & mãi o que farâ? 2

E se não fizer testamento, como succederà o pai? 3

Mãi natural, & mais ascendentes maternos, como succederaõ ao filho? Distinguese entre quando fez testamento, ou não: & quando deixou o filho descendentes, ou não. 4

1 DEsta successaõ dos pais naturais hauemos de notar com distincçaõ, & continuaçaõ seguinte. Quanto á continuaçaõ, saibamos, que os mesmos casos, em que os filhos naturais succedem aos pais nos mesmos succedem elles aos filhos, & a mesma rezaõ, com que os pays se

compadecem dos filhos naturais, conforme a ley, assi pera a succeſſaõ, como pera os alimentos, a meſma deuem os filhos conſiderar nos pays naturais cõ igual piedade, Auth. licet, in fine, C. de naturalib. lib.

2 E quanto á diſtincçaõ notemos, q̃ entre o pay, & a mãy naturais ſe diſtingue aſſi. Primo, ou o filho natural morreo com teſtamento, ou abinteſtado, ſe morreo com teſtamẽto, pòde inſtituir ſeu pay natural por ſeu herdeiro vniuerſal, ou em parte de ſeus bẽs. d. Auth. licet, in princ. iuncta l. fin. C. de natural. liber. Porem iſto tem algũas limitaçoẽs. Prima, ſe o filho natural tiuer filhos naturais, & legitimos juntamente de legitimo matrimonio, entaõ não pòderà inſtituir o pay mais que na terça. cap. discretis, 12. & Nouell. 89. quib. modis naturales efficiantur ſui. Secunda, ſe o filho tiuer ſua mãy natural viua, porque entaõ póde o filho deixar todos ſeus bens ao pay natural, tirando a legitima, que ſempre ſe ha de deixar à mãy natural. arg. l. ſi ſuſpecta, 28. §. de inofficioſo, ff. de inofficioſo teſtamẽto; & d. Authẽt. licet.

3 Secundo, ſe diſtingue, ſe o filho morrer abinteſtado, então lhe ſuccede o pay em duas partes da herança, & bens do filho natural. O que procede ſe o filho natural não deixar deſcẽdentes naturais, & legitimos, ou ſua molher, porque ficando algum deſtes, não ſuccede o pay, ainda que o filho lhe ſucceda a elle, conforme diſſe na ſua ſucceſſaõ; porem conforme os Doutores, no caſo em que o pay for neceſſitado, deue ſer alimentado dos bens do filho natural, ainda que lhe fiquem molher, ou deſcendentes na meſma forma que diſſe na ordem da ſucceſſaõ dos filhos naturais: & as peſſoas que là diſſe que excluiaõ o filho da herança do pay natural, digo aqui q̃ as meſmas excluem o pay, das quaes peſſoas ſe trata nà dita Authent. licet.

4 E quando ſe tratar da mãy natural, & dos mais aſcendentes por linha materna, como ſuccedem ao filho natural? tambem ſe diſtingue, ou o filho morreo com teſtamento, ou abinteſtado. Se morrer com teſtamento, ſem deixar filhos, he obrigado a deixar a ſua legitima à mãy. arg. d. l. ſi ſuſpecta, §. de inofficioſo; & ſe morrer ſem teſtamento. I, abinteſtado, tambẽ diſtinguiremos tres caſos. Ou a mãy ficou ſò ſem outros deſcendentes, nem aſcendentes, & ſuccede entaõ ſò abinteſtato em todos os bens dò filho natural. §. fin. ſupra, de Senatusconſulto Tertull. l. ſi ſpurius, 4. ff. vnde cognati. Ou fica o pay natural juntamẽte cõ a mãy natural, & entaõ ſuccede o pay em duas partes, diuidindoſe a herança em doze partes ſe chama em direito, *As*, a toda a herança, & eſta ſe diuide em doze partes, que todas tem ſeus nomes proprios, a ſaber, *vncia*, que he a duodecima parte da herança, *Sextãs* que he a ſexta parte, ideſt, *duas vncias*. *Quadrans*, que quer dizer quatro onças. *Trions*, tres onças, ideſt, partes. *Quincunx*, cinco partes. *Semis*, que ſaõ ſeis onças, que vem a ſer ſeis partes, q̃ he ametade da herança diuidida em doze, & aſſi ſe chama, *Semũ*, quaſi *ſemi as*. l. hac lege, Cod. metal. *Septunx*, q̃ ſaõ ſete partes, *bes*, ideſt, oito onças, *Drodans*, noue, *dextans*, dez, *Deunx*, onze partes, & *as*, que he a ſoma de todas as doze partes da herança. gloſſ. in §. hæreditas ſup. de hæred. inſt. vñ de verſus.

As, obolus pondus, as eſt poſſeſſio tota.

Conforme a eſta antiguidade, quã

do

dolermos na Instituta, ou glossa, que quando o pay natural, & a mãy, ficaõ ambos viuos, & cõcorrem na succesſaõ do filho natural, succede o pay *in duobus vncijs*, que he a duodecima parte da herança: ou com o pay, & mãy ficaraõ tambem irmaõs inteiros do meſmo concubito, & ſuccede o pay *in duobus vncijs*, que he em duas partes da herança, & a mãy com os mais irmaõs nas dez partes reſtantes na forma ſobredita, ſecund. Salic. in Authent. defuncto, C. ad S.C. Tertull. & da materia diremos na acção de petiçaõ de herança, in tit. de act. §. actionum, & dicit Valaſc. conſ. 29.

Da ſucceſſaõ dos pays nos bens dos filhos, que ſe chamaõ vulgo quæſitos.

SVMMARIO.

1 *Filhos eſpurios não ſuccedẽ ao pai, nem o pay a elles, mas a mãy lhes ſuccede.*

2 *Filhos inceſtuoſos não ſuccedem ao pay, nem à mãy, nem os pays a elles, nem a herança inceſtuoſa pôde ſer occupada, nem preſcreuer por ſeus aſcendentes, ou deſcendentes, & ſe ſenão pedir em tẽpo vay ao fiſco.*

3 *E ſe deuem alimentos os filhos inceſtuoſos a ſeus pais?*

1 NEſta ſucceſſaõ dos pays dos eſpurios, & que chamamos em direito, *vulgoquæſitos*, ſe diſtingue tambem entre os aſcendentes por linha paterna, & os aſcendẽtes por linha materna. No primeiro caſo he certo, q̃ como os filhos eſpurios não podem ſucceder a ſeus pays, pois ſaõ incertos, aſſi os aſcendentes paternos ſaõ excluidos della ſucceſſaõ, vt notatur in l. ſpurius, ff. vnde cognati. No ſegundo caſo he reſoluçaõ certa, que a mãy ſuccede indiſtinctamente ao filho eſpurio, como que ſe fora legitimo, vt in d.l. ſi ſpurius. O que os Doutores ampliaõ, que procede ainda que a mãy ſeja illuſtre, vt tenet Ioan. Gutierr. (contra Antonium Gom. l. 9. Tauri, n. 10.) lib. 3. pract. quæſt. 108. per totam, tenet etiam Matienç. in l. 7. tit. 8. lib. 5. recopil. gloſſ. 6.

Não tenho que dizer da ſucceſſaõ dos filhos inceſtuoſos, & naſcidos de ajuntamento condemnado, & reprouado pella ley, porque nem elles ſuccedem ao pay nem à mãy, nem os pais a elles. Auth. excomplexu, C. de inceſt. nupt. de maneira que nem os aſcendentes, nem deſdendentes deſtes podem reter a herança inceſtuoſa, & retendoa, lhes não preſcreue, nẽ por trinta annos, ſecund. Bald. in l. id quod pauperibus, 24. in pen. col. C. de Epiſcop. & Cleric. & o meſmo Bald. in l. certum, 5. Cod. vnde legitimi, & vnde cognati, diz, que os parentes, a quem aliàs pertencem eſtes bens, deuem ſer acautelados, porque ſe não cobrarem dos aſcendentes os bens deſtes inceſtuoſos, & ſe aquietarem por eſpaço de dous annos, põde o fiſco tomalos, & tirarlhos todos como a indignos. Limitaſe iſto vltimamente, de modo que no caſo de neceſſidade tem obrigaçaõ eſtes filhos inceſtuoſos de alimentar os pays, aſſi como elles ſaõ alimentados no meſmo caſo, pella æquidade canonica in cap. cum haberet extra

extra de eo, qui duxit quam poll: de q̃ tratei com decisaõ no 1. liuro, tit. 2. de iure naturali gentium, & ciuili.

TERCEIRA ORDEM:

Da successaõ dos collaterais.

SVMMARIO.

1 *Continuaçaõ desta ordem de succeder. Referemse os generos que ha de irmaõs, conforme a direito.*

2 *Irmaõs succedem faltando os ascendentes, & descendentes.* 1

Ficando com os irmaõs sobrinhos filhos de outros irmaõs, se pella representaçaõ excluem os mais irmaõs? 2

Se no morgado instituido por transuersal, pôde ter lugar a representaçaõ, & como? Propoemse hum caso. 3

Religiosos se pdẽ succeder em morgados? 4

Proximidade se se ha de considerar a respeito do instituidor, ou do vltimo possuidor? 5

Mosteiro em commum he capaz de succeder nos bens do morgado, quando não ha expressa exclusaõ, ou conjecturada, & se podem succeder as Freiras de S. Clara? 6

Religiosos se julgão, & reputão por mortas pera o mundo, & como se entende isto pera as succesſoens? 7

Mosteiro quando exclue o substituto, professando nelle o grauado, com condição se morrer sem filhos. 8

Testador sempre se conforma com a ley. 9

Ao possuidor não se succede senão ao instituidor. 10

Qualidades pellas quaes se julga o morgado saõ quatro: referemse todas. 11

Em direito só se considerão duas linhas 12

1 Heguemos à successaõ dos collaterais, q̃ he o terceiro grao, a que se defere a successaõ abintestato, quando hum homem morre sem deixar filhos, nem pay, nem mãy, nem ascendentes, & neste caso saõ chamados pella ley os collaterais, conforme a prerogatiua de seus graos. cap. si igitur defunctus neque. 3. Nouell. 118. de hæredit. abintest. venient. Supposto isto, notemos por principio, q̃ em direito ha tres generos de irmaõs. Primo, chamamos *Germani, aut vtrinque coniuncti*, & saõ os irmaõs inteiros do mesmo pay, & mãy. Secundo se chamão *Consanguinei*, que saõ os filhos do mesmo pay, mas de diuersas mãys. Tertio, ha outros, que se nomeaõ *Vterini*, porque saõ filhos de hũa mesma mãy, mas de diuerso pay, §. secundo gradu, & ibi DD. ff. de gradibus cognation. & conforme a esta repetição, vejamos de cada qual, & primeiro.

Da successaõ dos irmaõs inteiros.

SVMMARIO.

nhas a do possuidor, & do seu primogenito, & como?

13 *A Ord. lib. 4. tit. 100. distinguio dous generos de transuersais, & quaes saõ?*

14 *E se pòde ter lugar entre elles a representaçaõ?*

15 *Formalidade da vocaçaõ exclue a representaçaõ.*

16 *Representação entre os meramente transuersais tem lugar quando concorre hum sobrinho filho de irmaõ com hum tio, ou com outro sobrinho, & o vltimo possuidor, he tio irmão do pay, ou mãy; & fora deste caso não. Refere se julgado.*

17 *Se a faculdade de nomear concedida ao primeiro administrador, se extende aos mais, propoem se o facto de hũa causa.*

18 *Quando no nome da pessoa ha duuida, se recorre às conjecturas da maior affeiçaõ.*

19 *Testador sempre se julga tratar da pessoa que he viua, & não da defuncta, posto que do proprio nome. se não declarar o contrario.*

Representaçaõ não se dá se não entre filhos de irmaõs.

20

21 *Rezão de duuidar contra o sobredito.*

22 *Confirma se tudo o referido nestas questoẽs com graue doutrina.*

23 *Quando alguem tem faculdade de nomear, se está obrigado a seguir a lgũa ordẽ, ou se pòde nomear quẽ quizer?*

Parente mais chegado ao vltimo possuidor sendo do sangue do instituidor se admitte á successaõ. 24

Quando o que tem poder de nomear morre sem fazer nomeaçaõ, succede o parente mais chegado da geraçaõ do instituidor. 25

Forma da instituiçaõ se deue considerar primeiro que tudo. 26

Representaçaõ se admitte quando não consta o contrario da vontade do instituidor. 27

Duuidando se das palauras do Testador se ha por expresso o que dellas se collige, & resulta das conjecturas. 28

Morgados de Hespanha saõ à maneira dos fideicommissos particulares, & em que differem? 29

NEsta successaõ he de aduertir que se não ficarem descendẽtes, nem ascendentes do defuncto, & somente collaterais, se chamão em primeiro lugar os irmaõs, & irmaãs do defuncto inteiros, filhos do mesmo pay, & mãy, & succedem *in capita*, excluindo todos os mais parẽtes, tirando os filhos de irmaõs. Authent. cessante, C. de legit. hæredib. E procede isto assi nos irmaõs machos, como nas femeas, sem differença do sexo, vt in d. Authent. cessante. 1

E se o defuncto deixar irmaõs, ou irmaãs inteiros, ou sobrinhos filhos de irmaõs, estes todos excluem os meyos irmaõs, pello direito da representaçaõ, pello qual se lhes concede o lugar de seu pay, que se viuo fora, excluira o meyo irmão; & do mesmo

modo

modo o exclue seu filho pella representaçaõ. Authent. post fratres, Cod. de legit. hæredib. E pera melhor a entendermos, vejamos os casos seguintes taõ realçados de doutrina, como de eloquencia, ainda que por minha parte faltos da boa disposiçaõ, que merecião, vendo primeiro quando não tem lugar este beneficio, & em segundo lugar quando se admitte.

Se no morgado instituido por transuersal, sendoo tambem o vltimo possuidor, pòde ter lugar a representação.

SEndo em tres dias do mes de Março do anno de 623. fez seu solemne testamẽto Anna de Mirãda, & nelle, entre outras disposiçoẽs, instituio hum vinculo, por estas palauras.

Deixo a meu sobrinho o Doutor Estevão de Miranda a herdade de cabeça de Vrra, & o olival dos Penedos gordos em capella, & morgado, com obrigaçaõ de sete missas rezadas em cada hum anno, pera sempre, & não poderaõ vẽder, alhear nem trocar, nem escambar, nem obrigar, & fazendo o contrario, a não herde, & tendo filhos corra ao meu herdeiro mais chegado da minha linha dos Vellezes, cõ a mesma obrigaçaõ das ditas sete missas rezadas em cada hum anno pera sempre, & nenhum dos herdeiros, & successores a quem succeder esta fazenda não a possa vender, nem alhear, nem trocar, nem escambar, nem obrigar, & fazendo algũas cousas destas em contrario, corra por diãte a dita linha, &c.

Depois do fallecimento da defunta, entrou na successaõ da capella o Doutor Estevão de Miranda primeiro chamado, que falleceo sem filhos: & depois entrou seu irmão o Padre Fr. Eugenio Religioso Carmelita. E logo hum Pedro Fernandes Morujo alcançou a successaõi, & se meteo de posse da herdade, & olival, & Manoel Fernandes Tabalião, & sua molher Britis Velles deraõ libello contra o dito Pedro Fernandes Morujo, & sua molher Ioanna Velles, pedindolhes os ditos bens por representaçaõ, por quanto eraõ primos filhos de irmaõs, de modoq̃, primô, regulando os parentescos a respeito da instituidora assi o d. Manoel Velles pay da dita Ioana Velles como o pay do Autor saõ, seus sobrinhos. Secundò, regulando o parentesco, a respeito do vltimo possuidor o Padre Frey Eugenio respectiuamente à dita linha dos Vellezes; vem a ser primos com irmaõs, tanto na primeira, como na segunda estaõ no mesmo grao, auentejandose o dito Manoel Velles no sexo masculino, porque a dita Brites Velles molher do A. era filha de Francisco Velles, & Manoel Velles pay de Ioanna Velles, molher do Reo, era filho legitimo de Ioanna Velles, tambem meyo irmaõ da instituidora.

Com tudo isto o Corregedor de Portalegre condemnou os Reos largassem aos A A. o dito morgado com os fructos da lide contestada em diante, a qual sentẽça se reuogou na Rellaçaõ, ex seqq.

Com dous fundamentos deu o Corregedor a sentença, & se disputou a causa. Primo, se foy o Padre Fr. Eugenio legitimo possuidor, por ser frade? mas este está vencido com duas rezoẽs. Primeira, porque quando no morgado não ha anexa dignidade, &

juris-

jurisdicçaõ,nem excluſaõ expreſſa,ou conjecturada, & o moſteiro em cõmũ he capaz de beas,he conforme reſoluçaõ entre os DD.que ſe admittem os Religioſos,vt tenent plures ibi,vt vni ca allegatione omnes adducam, quos citauit Caſtilho lib. 3. controuerſ. c. 12. â n.54.

Porem he ſuperfluo examinar eſte põto,porq̃ em paſſar,ou não paſſar o morgado a Frey Eugenio,não fez regreſſo a ſucceſſaõ a grao diſtincto, por quãto era irmaõ do d.Dezembargador Eſteuão de Miranda, & aſſi não variauão os oppoſitores no grao, ou Eſteuão de Miranda foſſe o vltimo poſſuidor, ou o foſſe ſeu irmaõ.

O segũdo fundamẽto,q̃ ſe achou ſuperfluamẽte diſputado,he a intelligencia daquellas palauras da vocaçaõ: *cor ra ao meu herdeiro mais chegado*, vtrum nẽpè a palaura, *mais chegado*, ſe haja de referir à inſtituidora,como querem os AA. ou ao vltimo poſſuidor, como querem os RR. mas que importa iſto? quando em hũ, & outro ſentido eſtas partes eſtaõ no meſmo grao, como prouei na propoſiçaõ do facto.

Mas ſe he neceſſario exame deſta duuida,não póde hauela,porq̃ a proximidade declarada pellas dd. palauras ſe ha de referir ao vltimo poſſuidor; porq̃ eſte he o ſentido de direito, ſeguido pella Ord.do Reyno, lib. 4. tit. 100.§.2. Molina de Hiſp.primog. lib. 3.c.9. Caſtilho tit.12.c.9.n,137.quos citat,& alios adducit Barb.in d.§.2.n. 2. quibus addendi ſunt Pereg.de fidei cõmiſſ.art.20.n.3. Valenſ.conſ.97.n. 17.Fuſar.de ſubſt.q.488.per totã, Fontanel.dec.35.n.22.& ainda no ſentido duuidoſo manda a lei interpetrar a mẽte do Teſtador,conforme o q̃ o direito entende,latiſſimè cõprobat Decian. conſ.1.num.14. vol. 2. & alij, quos lata manu refert Caſſanate conſ. 6.n. 26. vbi ſingulariter dicit, *teſtatorem cenſeri ſemper conformaſſe intelligentiam verborum ſuorum cum intelligentia verborum iuris*, Mieres de maiorat. part. 1. q. 2. num. 5. Fontanela deciſ.93.n.21.

E quanto ao exame em que ex aduerſo fizeraõ muito fundamento, dizendo,que por ſer frade o d. P. Frey Eugenio não podia leuar os bens do morgado.

Alem do que referi, de q̃ quando não ha anexa dignidade,& jurisdiçaõ, ou excluſaõ expreſſa,ou conjecturada ſe admitte o moſteiro. Manoel Rõiz tom.3.q.29.art.14. Sanch.in decalog. lib.7.cap.12.n.2. plures, Tamburinus de iure Abbatiſſ. diſp 8 quæſt. 9. n. 1. porque os Frades,& Freiras retem o direito do ſangue, & parenteſco, que ſe conſidera pera a ſucceſſaõ dos bẽs, ainda de morgado, Molina lib.1.c.13. n.68. Cabed. 1. parte,deciſ. 63. Gama deciſ 6. Pelaes 2. parte, q.3. num.15. Mantica de coniectur. libr. 8. tit. 12. num. 33: deuemos notar, que até nos moſteiros onde póde hauer mais duuida procede,como, v.g. nas Religioſas de S.Clara,vt per Honded. conſ. 60. n. 6. as quaes auerigua daméte dizẽ ſaõ capazes de ſucceder em cõmũ nos bẽs q̃ lhe forem deixados,probat etiã Cardinal.Zabarel.in clement. vt profeſſores de regularib. col.vlt. verſ. *ſæpe timo quæro*, gloſſ. verbo *obedientiam*, in clement. 1. de Religioſ. domib. & in clemẽt. cum ex eo, verbo, *tertio*, de ſentent.excõmunicat. Capic.dec.10. â n.1.Cephal.conſ.56.n.46.lib.1.Burſat. conſ.60. num. 21. lib. 1. & cum multis Hond. dicto conſ. 60. num. 5. libr. 2. & cum multis alijs Caſſanat.conſ.26 â

n.2. cum seqq. onde diz que isto procede mais sem duuida, estante a Bulla de Vrbano IV. que instituio a regra de Sancta Clara, & dispoz que as Religiosas da dita Ordem pudessem succeder em todos os bens, & ter, & possuir proprios em commum; & acrescenta mais no numero 30, que hoje he isto sem duuida pella disposição do sagrado Concilio Tridentino sess.25. de regularibus, cap. 5. que expressamente permitte a quaesquer mosteiros, assim de Religiosos, como de Religiosas mendicantes, possuirem bens em commum, excepto os Religiosos Capuchinhos, & Menores da obseruancia; & que pellos eminentissimos Cardeais foy entendido, & declarado o sagrado Concilio naquella excepção dos Menores da obseruancia, que se não comprehendião as Religiosas de Sancta Clara, como refere Hõded. dicto cons. 60. num. 6. referindo a Armendares, & a Celio, & que assim o dicidio a sagrada Congregação.

7. De maneira, que ainda que o Frade, & Freyra se julguem por mortos pera o mundo depois de professos, & pera os bẽs obre os mesmos effeitos esta cõsideraçaõ, vt per Barth. in l. cũ pater, §. hæreditatẽ, ff. de legatis 2. & post Baldum ibi Angel. in d.l. ex facto, & in eadem, l. in §. si quis rogatus, col. 2. Paulus, & Imola, ff. ad Trebell. Alexand. cons.13. col. 1, & 2. Boer. decis. 354. num. 11. Paris. cons. 65. in primo dubio, vol 2. Crot. in repet. §. & quid si tantum, sub num. 13. ff. de liber. & posthum. Com tudo isto não tira o direito do sangue, & vtilidade do parentesco, ou descendẽcia, que nunca deixa de se considerar, & a prohibição contraria, procede nos mosteiros incapazes de bens: & quem com mais curiosidade quizer ver a resolução de muitas questoens neste particular, veja Peregrino de fideicommissis, o qual in art. 28. n. 58. diz o modo com que o mosteiro exclue o substituto, quando nelle professa o grauado debaixo de condição, se morrer sem filhos, & conforme a direito ciuil, & canonico o resolue; & no n. 76. repete quando não exclue em rezão do fideicõmisso, ou quando o Testador excluio os filhos por interpetração de direito, vt n. 77. & declara logo no num. seguinte, como só em vida do Frade aque pertence, possue somente o mosteiro os bẽs, como tambem veremos antes que acabe de tratar das succesoens. 8

Tornando pois à continuação do nosso caso, he certo q̃ o Testador sempre se conforma com a disposição da lei: *& certum est, quod testatorum voluntates, & hominum dispositiones ad mentem iuris sui municipalis debent esse redactæ*, sicuti adnotauit Bart in l. vt ius iurandi, §. si liberi, ff. de oper. libert. Bald. in l. si duo, ff. de acquirẽd. hæred. *Quinimo voluntas testatoris in conseruãdis bonis in sua familia, attenditur, sicuti per statuta disponitur.* Corneus. cons. 263. n. 3. in princip. Ias. cons. 142. n. 9 & 10. faciunt dicta per Ruin. cons. 143. n. 9. & 10. 9

E não tira este verdadeiro sentido aquella palaura, *meu herdeiro*, porq̃ sempre fica salua, aindaq̃ se regule a succes saõ a respeito do vltimo possuidor, por q̃ nunca a elle se lhe succede, senão ao instituidor, como he vulgar, & se nota pello Texto in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legat. 2. 10

Porque as qualidades, porq̃ vulgar, & regularmente se costuma julgar a succeſſaõ de qualquer morgado, saõ 11

quatro

quatro. ſ. linha, grao, ſexo, & idade, d. cap. 1. de natur. ſucceſſ. feud. l. cum ita, § in fideicõmiſſo, ff. de leg. 2. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 1. proponunt Molin. lib. 3. cap. 4. n. 13. & 14. & cap. 6. n. 34. Mires de maiorat. 2. parte, quæſt. 6. num. 29. Valéſuel, cõſ. 97. n. 13. & 14. Caſtilho lib. 5. cap. 93. à num. 3. & c. 67. à n. 23.

Nem obſta a conſideração q̃ fez o Corregedor em ſua ſentença. ſ. que por quãto a A. era filha de irmão, & o dito Manoel Velles filho de irmãa, eſtaua melhorada na linha, por ſer melhor a maſculina, que a feminina, & que como foſſe primeiro a qualidade da linha, que a do ſexo, hauia de preferir a dita Autora, por melhorada nella ao d. Manoel Velles, poſto que foſſe macho.

Por quanto ſe nega, q̃ o pay da A. 12 fizeſſe linha perlatiua, pois he certo, que em direito sò ſe admittem duas linhas, ſ. a do poſſuidor, & a do filho primogenito deſſe poſſuidor, & não ſe admitte outra terceira linha, nem a lei da qual ella ſe poſſa fingir. Ita reſoluit Molina lib. 3. cap. 6. num. 34. cum ſeq. Phæb. 1. part. deciſ. 44. num. 9. verſ. *remoti ergo*, Pereira dec. 59. n. 5. & 6. E eſta he a opinião q̃ ſeguirão os Meſtres antigos Conimbricenſes, & o D. Antonio da Cunha in lege cum ita, 35. §. in fideicõmiſſo, ff. de legat. 2. poz eſtas palauras (em proua de que sò ſe admitte a linha do poſſuidor, & a do filho primogenito deſſe poſſuidor, como diſſemos)

Secundo, aduerte, quod ſecundũ veriorẽ ſententiã regulariter in hac materia, nõ conſiderantes, niſi lineã poſſeſſoris, & primogeniti, reliquas vero lineas, tamquam fictas, ſine legis authoritate, ſeu potius commentitias, non eſſe attendendas probabilius exiſtimo, & non ſemel in Senatu Supplicationis iudicauimus, &c.

A meſma doutrina enſinou tambẽ o inſigne D. Ruy Lopes da Veiga, a quem trasladou Souſa in l. fœminæ, ff. de reg. iuris, 1. p. n. 293. ibi: *Verũ licet ex dictis hæc tertia lineæ reſolutionẽ ſit omnino improbabilis, probabilius tamen eſt, & ſecurius eſſe exiſtimo, eius rationẽ, habendam non eſſe in ſucceſſione maioratus, quantum ad excludendum reliquos gradu, ſexu, ætateq̃ præcedentes, 1. quia in re tãti ponderis ſine lege inducere prærogatiuam ad excludendos eos, quibus ſecundum regulas ſucceſſio debebatur, ſecurum non eſt, &c.*

E ſe ſe differ q̃ quando pella qualidade da linha não haja de ter lugar a A. para preceder ao d. Manoel Velles, tia de precedello pella qualidade da repreſentaçáo, pella qual repondoſe no lugar de ſeu pay varão, ha de preferir à mãi do d. Manoel Velles femea.

Por quanto ſe reſpõde, negando, q̃ no caſo preſente tenha lugar a repreſentação, & affirmamos, q̃ a não ha, aſſi pella qualidade da ſucceſſão, como pello modo com q̃ a teſtadora fallou, & por não eſtarmos nos graos della.

Quanto ao 1. a noſſa Ord. lib. 4. tit. 13 100. diſtinguio dous generos de tranſuerſais, hũs q̃ deſcendẽ do inſtituidor, & outros q̃ delle não deſcendem: nos primeiros admittio repreſentação, nos ſegũdos manda guardar, o q̃ dispoẽ o direito cõmum, diſtinguit inter alios Pereira deciſ. 116. n. 8.

Plané de direito cõmũ fica certo aqui não ter lugar a repreſẽtação, poiseſtà o negocio entre tranſuerſais meramẽte transuerſais. E quãto ao ſegũdo da formalidade da vocação cõſta daquellas palauras, ibi: *corra ao herdeiro mais chegado*, que ſaõ o meſmo que chamar

a inſtituidora ao parẽte mais chegado, que houueſſe ao tempo da morte daquelle ſucceſſor, q̃ falleceſſe ſem deſcendente, & quando ha eſta forma de vocação, exclue a repreſentação, como
15 mo ſaõ textos. in l. ſi libertus, 23. §. 1. ff. de bon. liberror. l. 3. §. proinde, ff. de legit. tutor. q̃ ſe não podẽ limitar as eſpecies de que fallão; porq̃ aſſi como as ſucceſſoẽs dos libertos ſe deferẽ por direito de ſangue, aſſi as ſucceſſoẽs dos morgados, vt plures (vt vno ictu multi citẽtur) citat Valenſuel. conſ. 23. â n. 105. Caſtilh. lib. 3. c. 19. à n. 100. & ita in ſpecie tenet poſt alios Oſaſc. conſ. 32. à n. 10. Menoch. conſ. 269. n. 49. lib. 3. Alex. Rand. conſ. 142. n. 40. inter conſilia vltim. volunt. lib. 2. Hieron. â Laur. deciſ. Ariniocenſ. n. 37. in fin. Anton. Theſaur. dec. 65. n. 1. & 2. Craſ. recept. ſentent. §. fideicõmiſsũ, q. 11. n. 9. Mantic. lib. 8 de cõiect. tit. 9. n. 10. Ant. Fab. de error. pragm. decad. 55. errore 9. pag. 118. in med. Gom. in l. 40. Tauri, n. 41. Cou. pract. cap. 38. n. 4. verſ. 3. Tiraq. lib. 1. de retract. §. 11. gloſſ. 9. n. 1. Gramat. deciſ. 1. num. 4. Gregor. Lop. in l. 2. tit. 15. part. 2. gloſ. magna, verſ. ſed ſi aliquis, Paul. Caſt. conſ. 164. n. 5. verſ. 2. respondetur, lib. 2. Tiraq. de primog. q. 40. n. 159. Menoch. lib. 4 præſumpt. 95. n. 21, Valenſuela eleganter conſ. 23. n. 89. Robles de repræſentatione, lib. 3. c. 11. num. 5. ex noſtris, Valaſc. quæſt. 50. num. 36. Cald. de nominat. quæſt. 17. n. 24. Coſta de patruo, & nepote, pag.
16 130. quidquid Reinoſo, obſeruat. 25.

E quanto ao terceiro de eſtarem os pretendentes fora do grao da repreſentaçaõ, moſtraſe, porque eſta sô cede o direito, ainda no caſo, em que a ha, que a admittamos nos morgados entre os meramente tranſuerſais, quã do hũ ſobrinho filho de irmão concorre com hum tio, ou com outro ſobrinho, & he o vltimo poſſuidor tio, irmão de pay, ou mãy. Authent. poſt fratres, C. de ſuis, & legit. hæredibus, Authent. ceſſante, Cod. eodem titulo. Authent. de hæred. abinteſtato. §. ſi igitur, collat. 9. & neſte ſentido fallão os DD. do Reyno, que aſſi admittem a repreſentação, etiam inter hos tranſuerſales, Pereira deciſ. 116. n. 8. & allega Caſtilho, Guterr. & Couas, eleganter Souſa in l. fæminæ, 1. p. de reg. inr. reſpiciens etiam ad hos terminos vltimum poſſeſſorem, Flores ad Gamã deciſ. 59. verſ. prima ſupponit, Barb. ad d. tit. 100. n. 5. & tradit iudicatum Peregrin. de fideicomiſſ. art. 21. n. 22.

Planè, nem o vltimo poſſuidor era irmaõ de algũa deſtas partes, nem concorria ſobrinho com outro irmão: & poſto que concorreſſem primos com irmãos, não era a reſpeito do vltimo poſſuidor, tio, irmão do pay, ou mãy, ſegueſe pois, que eſtamos fora dos graos da repreſentaçaõ, & que aſſim por nenhum principio póde ella aqui ter lugar. E aſſim que fica largamente explicada a ſucceſſaõ deſte morgado, que ſeruirá de exemplo pera os mais ſemelhantes, concluindo com o intento, que no morgado inſtituido por transuerſal, & o vltimo poſſuidor delle, era tambem transuerſal, não tem lugar a repreſentaçaõ. Authent. poſt fratres, Cod. legitim. hæredib. *Et differtur ſucceſſio proximiori in gradu, & cum multi dentur pares gradu præcedit maſculus, qui erat Emmanuel Velles tempore delatæ ſucceſſionis fœminæ.* Molina lib. 3. cap. 4. num. 14. Guterres canon. 2. cap. 14. à numer. 48. Phæb. 2. part. deciſ. 104. num. 47. Valaſc. & Magiſter meretiſſimus de iuſta

ẽclamatione, 2.p. decis. 104. à n. 1 E assi o consideraraõ elegantissimamẽte os doctissimos Dez embargadores os DD. Antonio de Sousa de Macedo, Pedro Paulo de Sousa, & Luis Delgado de Abreu; Rellator na sentença seguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Não he bem julgado pello
Decis. 42 *Corregedor da cidade de Portalegre, em condemnar ao Reo largue a Capella, de que se trata, â A. appellada, revogando sua sentença, vistos os autos, pellos quaes se mostra vagar a capella, de que se trata, que instituio Anna de Miranda na pessoa de seu sobrinho o Doutor Estevão de Miranda Dezembargador da Relação do Porto, por morte do P. Frey Eugenio frade de nossa Senhora do Carmo, & o pay da R. estar em o tal tempo, no mesmo grao de parentesco, assi com a instituidora, como com o vltimo possuidor, em que estâ a A. por serem a A. & o pay da R. filhos de dous irmaõs da instituidora, & ser vivo ao tempo da morte do dito Frey Eugenio, por quanto Manoel Velles pay da R. era filho de Ioanna Velles irmãa da instituidora, como tambem o era Francisco Velles pay da dita A. que ambos eraõ seus meios irmaõs, nos quaes termos como o morgado, & capella não fosse instituido por ascendente, senão por transuersal. E os pretendentes não sejaõ irmaõs, ou filhos de irmaõs do vltimo possuidor, nos quaes termos não podem ter lugar a prerogatiua da melhor linha, ou representaçaõ, & como em igual grao de parentesco seja preferido o parente macho â femea, julgaõ pertencer este morgado á molher do appellante, a quem absoluem do pedido pellos appellados, que não tem direito para pedir a dita capella por hauer precedido ao tempo da morte de Frey Eugenio pay da R. que ao tal tempo era viuo, por macho, & o direito que o dito Manoel Velles defuncto tinha, que era primo com irmaõ da Autora passar á Rè sua filha, & paguem os Autores as custas dos autos. Lisboa 30. de Abril de 1650.*

D. Abreu. Sousa. Sousa de Macedo.

Escriuaõ meu pay Leonardo da Costa Leal.

Titulo decimo

Com o que tenho explicado baſtantemente eſta ſucceſſaõ, em que cõcorreraõ dous primos com irmaõs no meſmo grao, julgandoſe que não tinha lugar a repreſentaçaõ, veja nos agora outro caſo, em que tambem não teue lugar a meſma prerogatiua, & foy morgado, em que entrou tambem a nomeação, pella qual ſe ſuccedia nelle na forma que ao diante veremos com larga doutrina, que ſeruirâ de exemplo em todos os caſos ſemelhantes.

Se a faculdade de nomear concedida ao primeiro adminiſtrador ſe extende aos mais, & como ſe entenderà?

17 DEmandou por libello Manoel Tarouco, & ſua molher da Villa de Caſtello da Vide a Pedro Barrento por certas propriedades de capella, ou morgado que inſtituio o Padre Ioaõ Nogueira o velho, & na contrariedade pediraõ os Reos por reconuençaõ aos AA. certas propriedades do meſmo morgado.

Sobre iſto houue varias contrariedades, & repoſtas judiciais. E ſuppoſto o facto notemos que o dito inſtituidor o Padre Ioaõ Nogueira o velho vinculou ſeus bẽs em capella & morgado, & chamando pera primeira ſucceſſora ſua ſobrinha Maria Barba, juntou as palauras que ſeguem.

E poderâ nomear peſſoa por ſua morte que na dita capella haja de ſucceder, que ſeja de geração de Margaida Alures, & aſsi poderá nomear por ſua morte hum de ſeus filhos, ou filhas, qual mais quizer, & não tendo filhos, nomearaõ hum dos parentes mais chegado da noſſa geração qual mais quizer. E neſta forma ſuccederà na dita capella atè o fim do mundo, por nomeação, & morrendo o vltimo poſſuidor ſem nomear, ſuccederâ ſucceſſor na dita capella parente mais chegado, que for na dita geração dos Nogueiras.

Fallecido o dito inſtituidor, ſuccedeo a dita Maria Barba, & depois por ella fallecer abinteſtada, ſuccedeo ſeu irmaõ o Padre Ioaõ Nogueira, q̃ foy Prouiſor na cidade de Eluas. E no teſtamento, com que falleceo, nomeou a Manoel Bello Nogueira ſeu ſobrinho, anexando mais outros bens, & accreſcentando encargo de leis miſſas, & que ſe fizeſſe hũa hermida na ſua horta; & eſte Manoel Bello no teſtamento com que falleceo, nomeou ao A. pera a ſucceſſaõ do dito morgado, ou capella, por ſer da geraçaõ dos Nogueiras, & ſeu primo com irmaõ, como ſe vio do ſeu teſtamento.

E porque o R. ſe foy injuſtamẽte inueſtir na poſſe dos ditos bens, foy neceſſario ao A. dar libello contra elle, que o R. contrariou, querendo articular que não podia hauer lugar a nomeaçaõ, por quanto o dito inſtituidor mandara que não nomeando ſuccedeſſe o parente mais chegado, & que a nomeaçaõ hauia de ſer nos filhos de Margarida Aluares, & que aſſi q̃ não nomeando a dita Maria Barba foy buſcar a ſucceſſaõ a deſcendencia da dita Margarida Aluares, que era auò delle R. que era o parente, ou neto macho, & mais velho, que della ficara, & que aſſi a elle ſe deuoluia a ſucceſſaõ, & q̃ ja o P. Ioaõ Nogueira irmaõ da dita Maria Barba poſſuira injuſtamente, & q̃ nem elle, nẽ Manoel Bello Nogueira podiaõ nomear.

Na replica moſtrou o A. a pouca juſtiça do Reo, porque articulou, que

sò no caso da nomeaçaõ se lhe poz, q̃ fosse da geraçaõ de Margarida Aluares, mas que naõ nomeando chamou o parente mais chegado da geraçaõ dos Nogueiras, & que assi podia succeder seu irmaõ o Padre Ioaõ Nogueira que era parente mais chegado ao vltimo possuidor, & que em caso que assi não fora, que aquella Margarida Aluares se deuia entender da mãy do A. q̃ era viua ao tempo que o Testador fez o testamẽto, & que elle falleceo, & lhe tinha feito muitos, & bõs seruiços, & a quem o Testador queria muito, & que desta Margarida Aluares era o A. filho, & que quando fallecera a dita Maria Barba era inda viua Margarida Aluares mãy do A. & assi nunca tinha o R. direito ainda em caso q̃ se houuera de succeder abintestato, & sem nomeaçaõ. Com os mais artigos se assinou dilaçaõ, & feitas prouas, foy o feito a final ao juiz de fora, que deu sua sentença, pella qual julgou á successaõ deste morgado ao A. com taõ verdadeiros, & solidos fundamentos, que sendo considerados no supremo Senado da Casa da Supplicaçaõ foy confirmada a sentença pellas doutrinas que se seguem.

Das palauras que referi *á principio* se manifesta, que o Testador quando deu póder a Maria Barba pera nomear entaõ disse que nomearia em filho de Margarida Aluares, mas quando fallou em que morrendo algum dos succeſſores, sem nomear, chamou sò o parente mais chegado da geraçaõ dos Nogueiras. E assi neste caso não era necessario ser descendente de Margarida Aluares, porque isto foi so naquelle caso da nomeaçaõ, q̃ se não póde repetir l. sub conditione, ff. de hæredib. instituendis. l. quæ conditio. ff. de cõditionib. & demonstrationib. l. final. §. Seio, ff. de legatis, 2. l. legatum, ff. de adimendis legatis. l. peculium, §. final. ff. de legatis, 1. Peregrin. de fideicommiss. art. 16. n. 107. E assi tanto que a dita Maria Barba morreo sem nomear hauemos de vzar da vltima clausula, q̃ he ir buscar o parente mais chegado da parte dos Nogueiras, que era seu irmaõ, o Padre Ioaõ Nogueira, que succedeo, assi por via da dita clausula, como por via de direito, que sempre succede o parente mais chegado do vltimo possuidor, conforme a Ord. lib. 4. tit. 100, §. 2. Cabed. 2. p. decis. 52. n. 5. & 6. Mantica lib. 8. de coniect. tit. 12. n. 30. Couas practicar. cap. 38. n. 3. Gama decis. 6. & 7. & assi bem se segue, que o a elle nomear no dito Manoel Bello, & o dito Manoel Bello no A. que precede ao Reo pella nomeaçaõ.

E dado que se não houuera de regular este morgado por de nomeaçaõ sempre se hauia de dizer, que por morte de Maria Barba succediaõ os descendentes de Margarida Aluares mãy do A. porque ella era viua no tẽpo da morte do instituidor, & ella lhe merecia lembrar se della, porq̃ lhe fazia muitas, & boas obras, & quãdo por rezaõ do nome ha duuida, sempre se recorre á rezão da affeiçaõ. l. si ita legatum, ff. de rebus dubijs, ibi: *& duo sint æqua charitate coniuncti*: o q̃ aqui não houue, por que sò a mãy do A. era muito querida do Testador, por boas obras que lhe tinha feito.

Alem disso era viua no mesmo tẽpo, como o juraraõ as mesmas testemunhas, & assi conforme a direito, della foi visto o Testador tratar. l. si cognatis, ff de rebus dubijs, Menoch. cons. 106. n. 51. Phæb. dec. 104. n. 34. & 51.

Molina de iustitia,disp.191.§.4. E assi nunca pòderia entrar o R. que não he filho da dita Margarida Aluares, & sò era neto de Margarida Aluares a velha, de quem o Testador não tratou.

E dado que se houuera de tratar da mesma Margarida Aluares a velha, & que houueramos de dizer,que o Testador della entendeo, como pello cõtrario querem,ainda nestes termos,nenhũa justiça tem o R.pera se defender porque no tempo que falleceo Maria Barba era viua Margarida Aluares mãy do A. filha de Margarida Aluares a velha,porq̃ como se vio de certidão,a dita Margarida Aluares a velha falleceo no anno de 1590.& o dito instituidor falleceo em vinte & oito de Iunho do anno de 1619.& no mesmo anno falleceo Izabel Aluares mãy do R. & Maria Barba primeira successora desta capella falleceo em 14.de Iunho de 1623.& Ioão Nogueira seu irmaõ em 4.de Março de 1627. & Margarida Aluares molher de Frãcisco Fernandes, mãy do A. & sobrinha do Testador, & filha de Margarida Aluares a velha falleceo no anno de 1639.como tudo se vio de certidão.

Assi que venceo muitos annos em vida a dita Maria Barba, & assi sendo ella sua prima com irmaã, & o R. que nesse tempo quer succeder, seu sobrinho filho de Izabel Aluares, tambem prima com irmaã da d. Maria Barba, bem se segue,que precede o A. pello grao.l.cum ita,§.in fideicommisso,ff. de legatis 1.

Ao que não obstou dizer,que o R. era filho da filha mais velha, por quãto sua mãy Izabel Aluares era fallecida muito tempo antes da dita Maria Barba, pois falleceo em fate de Ianeiro de 1619. sendo que a dita Maria Barba falleceo dahi a muitos dias, em 14. de Iunho de 1623. & assi não se pòde tratar della. Ia menos pòde tratar por via de representação, por quanto estamos em morgado instituido por transuersal, como he o dito Loaõ Nogueira,a respeito destas partes,& que succedem á transuersal, como he a dita Maria Barba, & assi não quiz a Ordenação neste caso dar representação, & dispoz que se seguisse a disposiçaõ de direito commum, como se vè da Ordenação lib.4.tit.100. in fine principij.

Planè de direito commum não se dá representaçaõ entre transuersais, senão entre irmaõs, & entre os filhos dos irmaõs. Gomes l.8. Tauri, n. 18. Menoch.lib.4.præsumpt.5.n.13. Mantica lib. 8. de conject. tit.9.n.4. Robles de repræsentatione,lib. 2.c. 29. n.8. Gabr. Pereira decis.116.n.8.& seqq. pello que nunca o R. que está no quinto grao de consanguinidade a respeito da dita Maria Barba prima com irmaã de sua mãi, & q̃ fica ja foradostermos da Authent. post fratres, fratrum que filios, podia pretender representaçaõ;& assi por nenhũa via tem razão de defesa, & por isso a sentença se confirmou pellos fundamentos referidos, que o juiz seguio na forma q̃ aqui propuz, pera melhor entẽdimẽto da decisaõ,proposição de facto, & rezoẽs da confirmação. 20

Contra a sentença & direito sobredito se allegou por parte do R.que elle,& o A. erão primos com irmaõs filhos de duas irmaãs;porem que o R. era mais velho, & filho de filha mais velha, & ambos netos de Margarida Aluares a velha, irmaã do instituidor. Do que se entendia,que quando o Testador 21

dor

ſtador chamou as peſſoas da geração de Margarida Aluares, entendeo de Margarida Aluares a velha ſua irmaã, & não da moça ſua ſobrinha: porque o intento do Teſtador fora chamar os de ſua geração dos Nogueiras, como logo chamou, ibi: *Dageração dos Nogueiras*, quæ declarat præcedẽtem Menoch. conſ. 110. num. 25. & de arbitr. caſu 74. n. 23. Cabed. 1. parte, deciſ. 168. n. 8. Caſtilh. controuerſ. lib. 4. cap. 4. n. 22. E aſſi que a geração de Margarida Aluares a velha, irmaã do inſtituidor era a propria geraçaõ do inſtituidor, por ſerem ambos filhos de hum pay, & poſto que não foſſe da geração affectiua do Teſtador, porq̃ não tinha deſcendentes, era da geração, ou linha contẽtiua; porque o Teſtador, & a irmaã ſe comprehendião debaixo da meſma linha contentiua do pay de ambos. Gratian. forenſ. c. 773. n. 1. Menoch. conſ. 233. n. 18. lib. 3. & conſ. 1250. n. 25. Mieres de maiorat. 2 p. q. 7. n. 40. Caſtilh. lib. 5. cap. 93. n. 24. Pello que ſe deuia preſumir, que o Teſtador chamando os da geração de Margarida Aluares, quiz chamar os da geração da d. ſua irmaã.

E que ſe hauia de fazer differença entre a vocação dos cognados, & entre a vocação dos da geração de algum cognado; porque quem chamou cognados, não chamou a ſeus herdeiros, & deſcendentes, como diz o Texto na l. ſi cognatis, ff. de reb. dubijs, Menoch. conſ. 106. n. 217. & 219. Caſtilh. lib. 4. cap. 56. n. 38. E que neſta cauſa não fora a vocação de cognados, ſenão dos da geração de cognados: & aſſi não era neceſſario, que Margarida Aluares a velha foſſe viua, & baſtaua que houueſſe deſcendentes, ou peſſoas de ſua geração, pera ſe comprehenderem na vocação do Teſtador, ſem que obſtaſſe ſer ella fallecida; porque o Teſtador não chamou a ella, ſenão os de ſua geração, que baſtaua que foſſem taes, pera ſerem chamados. l. cum ita, §. in fideicommiſſo, ff. de legat. 2. & conforme a iſto hauia de preceder a geração de Margarida Aluares a velha, & em conſequencia o Reo appellante como mais chegado, & de melhor linha da geração.

Porem nenhum deſtes fundamentos contrarios ſe admittio, porque a elles ficarespondido largamente, no q̃ tenho referido acima, principalmente no §. das palauras que referi, &c, ſup. neſte meſmo caſo. E pera confirmação de tudo vejamos a reposta q̃ deu o inſigne Meſtre Primario, & digniſſimo Dezembargador o Doutor Gonçalo Alua Godinho, primeiro juiz neſta cauſa, que deliberou, & reſpondeo aos fundamentos na forma ſeguinte.

Quamuis quæſtio ſit, vtrum in capellis, ſeu maioratibus nominationis (qualis eſt hæc, de qua agitur) nominandi facultas primo adminiſtratori conceſſa ad ſequentes ſucceſſores extẽdatur? de qua Gab. Pereira deciſ. 21. á n. 3. Cabed. 1. p. dec. 143. n. 4. Greg. Lop. l. 32. verbo, No valdra, verſ. aduerte, 9. part. 6. Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. n. 62. Gama deciſ. 18. ad finẽ, Aluar. de coniect. mente defunct. lib. 2. cap. 2. n. 28. Larrea deciſ.

21

decis. Granat. 31. per totam.

Attamen in præsenti dubitandum non est, hanc facultatem nominandi ad omnes successores corrigendam, propter voluntatē expressam testatoris, ibi. E o fim do mundo por nomeação. Et hanc voluntatem, & dispositionem seruandam decent legislatores in l. in conditionibus, 17. ff. de condit. & demonstrat. l. verbis legis, 120. ff. de verborum significat. Authent. de nupt. §. disponat, col. 4. Gabr. Pereira dec. 8. n. 1. & quoad intentum, Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. á num. 1. alter Molina disp. 629. â principio, Reinos. observ. 25. n. 11. & 12. Castilh. lib. 4. cap. 6. n. 6. & cap. 10. n. 25. Cabed. 1. p. dec. 121 n. 12.

Et quando datur eligendi facultas, etiam ex certa generatione, non tenetur quis ordinē seruare, sed liberū est ex duobus in æqua li gradu constitutis, vnum eligere, quem maluerit, alias eligendi facultas nihil operaretur, Barth. in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, 14. n. 4. & 6. Gabr. Pereira decis. 25. n. 5. Neq; curandum an nominatus fuerit masculus, an fœmina, senior, aut iunior iuxta liberam eligendi facultatem, Cabed. 1. p. decis. 143. num. 1 Molin. de primogen. d. lib. 2. cap. 5 n. 4. & 6.

22
Porē quando a nomeação se hade fazer ē pessoa certa, não se nomeādo ou nomeando pessoas erradas pera ē estaua dada liçēa, hee o mesmo q̄ não vzar da faculdade, colligitur ex Ord. lib. 4 tit. 87. in princ. ib. pera si, e certas pessoas, explicat costa de success. Regni, pag. 198 per tot. incip. quæ plures, 20. ff. de vsufruct. legat. nōdisse colligē q̄ se aquelle que he nomeado fizer a tal nomeação, se extingue a faculdade de denomear, inauzindo aquella clausula pessoa que nomear. se remissamente nomear. iuxt. reg. text. in l. sthuū qui meus cris 6 ff. leg. 1. prosequitur Cald. de nominat. q. 7 n. 6. vbi plures.

Secundo, est etiam præmittendum Institutorem duos casus cōsiderasse. Primus est in persona primæ nominatæ, cui facultatē concessit nominandi successorem huius capellæ, dummodo persona nominata fuerit ex linea, & generatione Margaritæ Aluares, adijciens sic nominatum, si filios habeat, posse ex eis nominare vnum ex consanguineis proximioribus Institutori: quæ duæ clausulæ locum habent in quocumq; successore, ibi: E nesta forma se sucederá tè o fim do mundo por nomeação. Secundum casum expressit testator, quando vltimus possessor decedit sine nominatione, in quo proximiorem ex sua generatione dos Nogueiras, vocat, vt constat ex verbis: E morrendo o vltimo possuidor sem nomear, succederá o parente mais chegado, que for da geração dos Nogueiras. Quæ clausula valde conformis est iuris cōmunis dispositioni, secundum quam proximior vltimo possessori, & ex familia Institutoris omnino alijs præferatur Ord. lib 4. tit. 100. §. 2 Gama decis. 354. n fin. l, pronuntiatio, ibi: proximus agnatus familiam

miliam habeto, l. cum ita, §. in fideicommisso, ibi, primo gradu, l. peto, §. fratre, ibi proximus quisq; ff. legatis 2. Mantica de cõiect. lib. 8. tit. 10. n. 67. Gabriel Pereira decis. 8. n. 7. Menoch. cons. 211. n. 49. Molina lib. 1. cap. 6. n. 47. & lib. 3. cap. 8. n. 9 & 10. Castilho lib. 5. cap. 6. n. 20. Sousa in l. fœminæ, 1. parte, n. 54.

Quibus sic actis authoris causam potiorem iudico, nam sumus in secundo casu, quando, scilicet, vltimus possessor non nominauit, si consideremus vltimum possessorem esse considerandam Mariã Barba Nogueira, quæ fuit prima administratrix ab institutore nominata, & absq; nominatione decedens, vnde ex dispositione testatoris debuit succedere consanguineus proximior ex generatione dos Nogueiras, iuxta d. clausulam supra relatam, ibi: E morrendo o vltimo possuidor sem nomear, &c. quæ dispositio iurisprudentiæ maximè consonat, quia si ille qui habet potestatẽ nominandi ad maioratum absq; nominatione decedit, ille succedit, & censetur nominatus, qui est proximior, & de generatione instituentis, arg. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. & lib. 4. tit. 38. §. 2. Gama dec. 258. n. 4. vbi additionator concl. 1. & decis. 354. n. 9. Molin. lib. 3. cap. 9. n. 2. quos refert, & sequitur Gabriel Pereira decis. 8. n. 1. vers. primo: cumergo constet Mariã Barba non nominasse, & Ioannem Nogueira esse consanguineum eius proximiorem,

24 *quia erat legitimus ipsius defunctæ frater, & ita de generatione dos Nogueiras, ex qua erat ipse institutor, vt constat ex actis, successionem capellæ legitimè occupasse dicendum est, & per consequens bene potuit nominare successorem secundùm dispositionem institutoris ex generatione Margaritæ Aluares, iuxta dispositum in primo casu, sicut nominauit, videlicet Emmanuelẽ Bello, qui erat ex generatione Margaritæ Aluares Nogueira, & ipse Emmanuel potuit nominare actorem appellatum, pro vt nominauit, qui est nepos dictæ Margaritæ Aluares, & proximior consanguineus, licet aliás Reus sit senior, & in eodem gradu, secundum liberam nominandi potestatem vnicuiq; successori concessam, quæ in primo nominato non fuit extincta, ex his quæ supra permittendum duximus.*

Ex quibus cessant quæ pro Reo adducuntur, dum contendit Ioannem Nogueira, à quo actor ius suum deriuare videtur, successionem

cessionem nialè occupasse mortuas prima nominata Maria Barba Nogueira, quæ absq; nominatione decessit, quia debuit succedere alter consanguineus proximior ex generatione Margaritæ Aluares, qualis erat Elizabet Aluares Nogueira filia senior d. Margaritæ mater rei, de cuius generatione nominationis electionem faciendam esse, instituerat institutor in primo casu. Atq; ita eandem vocationem voluisse credendum est ea non nominante, ac per consequens dictus Ioannes Nogueira fuerat excludendus, quia non erat ex eádem cognatione.

Sed respondetur ex supradictis, testatorem declarasse in secundo casu non factæ nominationis, velle quod succederet proximior ex generatione dos Nogueiras, qualis erat dictus Ioannes Nogueira consobrinus masculus institutoris, ac ipsius nominatæ frater, & ita in claris non est locus coniecturis, iuxta vulgaria, eo maximè quando ea interpetratio sumenda est quæ consonet iuris dispositionibus, quæ dictant proximiorem vltimo possessori esse præferendum alijs, iuxta supra allegata. Neq; in dubio coniecturandum esset contra dictum Ioannem, vtpotè proximiorem primæ nominatæ, & consobrinum masculum institutoris, clericũ, sicut ipse fuit, & eiusdem nominis, & generationis, iuxta coniecturam, de qua textus in l. cum auus ff de condit. & demonstr. expendit latè Temudo 1. p. decis. 73. n. 10. vbi plures refert.

Deinde non constat, quod testator vocauerit descendentes ex Margarita Aluares seniori, an ex altera Margarita Aluares Nogueira, quæ fuit mater actoris, & non leues adsunt coniecturæ, quod testator senserit in fauorem descendentium ex iuniori Margarita, quia constat ab eo valde dilectam, & bene merentem, & tẽpore institutionis factæ, erat viua, vt per testes; altera vero Margarita iam mortua, vnde de Margarita iuniori censisse credẽdum est. ex l. si cognatis, ff. de rebus dubijs, Molin. de iustitia, disp. 191. §. 4. Phæb. decis. 104. n 34. & 51. faciunt ea, quæ DD. notant per textum ibi, in l. Aurelius, §. Titius ff liberat. leg. Menoch. de præsumpt. præsump. 16. & 106. Barbos. ad Ord. lib. 4. tit. 105. à principio.

Sed datum, quod intellexisset de descendentibus Margaritæ Aluares senioris, adhuc mater actoris foret admittenda ex his, quæ supra diximus, ex quibus sententiam indicis confirmarem, tam in

conuentione, quam circa reconuentionẽ, & reum appellantẽ ad restitutionẽ bonorũ ad capellã spectantiũ, actori originario faciendã cõdẽnarẽ cũ fructib⁹.

Este voto foi seguido *in totum*, pelos doctissimos Dezembargadores os DD. Ioaõ Velho Barreto, & Esteuão de Foyos rellator na confirmaçaõ da sentença dada na d. causa de appellaDecis.43 ção de Castello de Vide, entre partes Manoel Tarouco, & sua molher Guiomar Barrenta, contra Pedro Barreto, & sua molher, anno de 1646. em 20. de Nouembro no dito Cartorio de Antonio Roiz da Costa.

Supposto isto, deuemos na decisaõ das causas dos morgados attentar primeiro q̃ tudo á instituição do morga25 do, & á forma das vocaçoẽs, vt est text. notabilis in l. cũ ita legatur, §. in fideicõmisso, ff. de leg. 2. in verbis: *Qui nominati sunt*, & text. in l. fin. ibi: *Nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta*. C. verb. sign. probatur ex l. 40. Tauri, tenet Paul. de Castro cons. 164. n. 2. vers. 2. lib. 2. Episcop. Septiman. lib. 1. de primog. Hisp. c. 2. Burg. de Pace in proœm. ll. Tauri n. 126 Molina de Hisp. primog. c. 2. n. 27. facit Bald. in l. voluntas, in fin. C. de fideicõmiss. E por isso dissemos acima, q̃ a representação se admitte quando não consta o contrario da vontade do Testador, ex Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. porq̃ a disposiçaõ, & vontade vltima do homẽ faz cessar a prouisaõ da ley, Tiraq. in l. si vnquam, verb. liber. n. 8. & 9. Molina lib. 1. c. 2. n. 27. & quando ha duuida nas palauras do instituidor, sempre 26 se julga, q̃ em tudo se conforma com a disposição do direito cõmum, l. si duo ff. acquir. hæredit. l. hæredes mei, §. cũ ita, ff. ad Trebell. & por isso quando diz que institue morgado, & faz vinculo, logo se julga q̃ poem todas as vocaçoẽs que se costumão pôr pera perpetuaçaõ do morgado, Castill. lib. 2. cõtrouers. c. 22. n. 3. ratione confirmat Molina de primog. lib. 1. cap. 3. n. 1. & seq. porque muitas vezes succede não se achar por escrito tudo o q̃ o Testador quiz dispor, & assi hauemos supor, & entender, q̃ basta a vontade tacita colligida juridicamente das palauras, & tenção do instituidor, porque não chamamos vontade áquella q̃ das palauras consta, mas tambẽ á que delas conforme a direito se segue, & tira por conjecturas legais, vt tenet expres. sẽ Bald. in repet. l. & si post tres, col. 5. vers. sed quid si, ff. si quis caut. & in l. etiam, C. de iure dotiũ, cum similibus, quorum meminit Carol. Molin. in cõs. 1. annalytic. n. 38. tradit eleganter in nostris terminis Maiorat° Ludou. Molin. lib. 1. Hisp. primog. c. 4. n. 28. *quia expressa dicuntur esse non solum illa quæ apparent ex verbis expressis, verùm & ex coniecturis*. l. licet Imperator, ff. de leg. 1. l. si quis locuples, ff. de manum. test. *Voluntatem enim defuncti ex coniecturis aliquando colligimus*. l. generaliter, §. cum autẽ, C. de inst. & substit. l. cum acutissimi, C. de fideicõm. l. cum auus, ff. de condit. & demonstrat. facit text. in l. si vnquam, cum similib. C. de reuoc. donat. *& id obseruamus, quod verisimile est testatorem voluisse*. l. tale pactum, §. fin. vbi gloss. ordinaria, ff. de pact. l. Lucius Titius, in fine, ff. de hæred. inst. l. ex facto, §. si quis autẽ, ff. ad Trebell. l. voluntatis quæstio, C. de fideicõmiss. *Videmus, enim, dispositionem puram conditionalem effici ex iuris interpretatione, & ad id plus dictũ, quã scriptum præsumimus*, ex d. l. cum auus vbi

vbi latè Socin. probatur, in d. l. si vnquã, & in l. Titia Seio, §. Imperator, ff. de leg. 2. bonus text. ad intentum, in l. vnũ ex familia, §. si omissa, ff. eod. tit. & in l. errore, C. de testamẽt. multis citatis, Afflict. dec. 44. *Verisimilitudo, enim, plurimum potest in interpetrandis voluntatibus defunctorum.* l. in obscuris, vbi Dec. ff. de reg. iuris, Cravet. cons. 61. n. 9. lib. 1. *& verisimilitudo habetur pro lege*, vt ait Oldrad. cõs. 3. in fin. *& ideo voluntatis quæstio in rectæ existimatione iudicis residet*, vt in d. l. voluntatis quæstio, C. fideicõmiss. dicit notanter Ludouic. Molin. lib. 4. de Hisp. primogen. c. 4. n. 6. E assi se exclue a representação quando o Testador claramente por palauras, ou tacitamente por conformação, q̃ faz com a ley, a não admitte, como acimà mostramos com as decisoẽs referidas, & o proua Cancer. lib. 3. variar. c. 21. n. 289. Robles de repræsent. lib. 2. c. 13. latè sequitur Mendes á Castro in praxi Lusitana, 1. p. c. 2. lib. 3. n. 10. & seqq.

2 Em segundo lugar deuemos notar, que os morgados de Hespanha saõ hũs fideicõmissos particulares perpetuos (ja expliquei no 2. liuro, tit. 23. de fideicõmiss. hæredit. &c. q̃ cousa era fideicõmisso) que se deferem aos primogenitos, & se julgão os taes morgados à maneira dos fideicommissos, ex text. in l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, ff. de leg. 1. tenet Anchar. cons. 82. col. 4. vers. sed in contrariũ, n 10. in fine, Paul. de Castr. cons. 164. col. 1. & 2. lib. 2. Abb. cons. 85. col. 2. lib. 1. Dec. cons. 397. n. 6. & 7. Cou. lib. 3. var. c. 5. n. 4. & lib. 1, c. 15. n. 14. Peralta in l. 3. §. qui fideicommissum, n. 91. in fin. & n. 137. ff. de hæred inst. Padill. in rub. C. de fideicõmiss. n. 4. in princip. & n. 7. in fine, D. Valasc. de iure emphyt. 1. p. q. 50. n. 4. em algũas cousas porem, saõ differentes, como aduerte Molin. lib. 1. de Hisp. primogen. c. 1. n. 7. & remissiuè idem Molin. eodem lib. 1. c. 4. n. 18. & c. 7. n. 9. quod prius sensit Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 3. p. n. 100. vers. si ob æquitatem. Donde se pôde ver cõ mais elegancia, & eu o deixo pera mayor escritura (*Deo fauente*) vejamos agora quando se admitte a representaçaõ o q̃ nos acclararaõ as proposiçoẽs seguintes. *Exceptio etenim regulam in contrarium firmat*; & por isso disse primeiro dos casos em q̃ se não admittia este beneficio, & prerogatiua, pera vermos quando tem lugar.

DA REPRESENTAÇÃO.

SVMMARIO.

1 *Representaçaõ o que he, & pera o q̃ foi introduzida?*

2 *Casos em que este beneficio se concede, & quaes saõ? & por q̃ se dá infinitamente quando se succede a ascendente, & entre os trãsuersais sò entre os filhos de irmaõs.*

3 *Resumẽse algũs casos, em q̃ não tem lugar a representação, & quando se admitte em outros, & por que?*

4 *Concorrendo sobrinho com tio, como se admitte a representaçaõ? Proposemse o facto de hum caso.*

Enten-

5 Entendese a opiniaõ dos que admitem a representação nestes casos, & do D. Gabriel Pereira decis. 116. à n. 4.

6 Todas as vezes que não consta o cõtrario da vontade do Testador, se admitte a representação.

7 Linha se considera primeiro na succeſſaõ dos morgados, & como se constitue esta?

8 Descendencia do filho primogenito chamado em quanto dura não se faz salto a outra linha.

9 Entendese a Ord. lib. 4. tit. 100. in fine principij, sobre se admittir a representação entre os transuersais, q̃ não descẽdẽ do instituidor?

10 Nos morgados, q̃ saõ como fideicommissos se succede á maneira da succeſſaõ abintestato, & como?

11 Refere se julgado o d. caso em que se admitte a representaçaõ.

12 Concorrendo dous primos com segũdas filhas de dous primos irmaõs inteiros, se se admitte a representação? Propoem se hum facto.

13 Instituição quãdo se perde, se proua por testemunhas, & se succede no morgado da maneira, de que se costuma succeder em Hespanha.

14 Direito formado no pai, posto q̃ não chegue a succeder, se passa ao filho?

Linha do chamado à succeſſaõ se julga tambem chamada por censura de direito. 15

Tanto q̃ ha algũ dos q̃ tem direito acquirido para a succeſſaõ, não se admitte o de outra linha, & ain- 16

da q̃ o primogenito, morra ẽ vida do pai sempre os de sua linha preferem.

E nas succeſſoens dos morgados se respeita ao legitimo succeſſor, posto q̃ não chegasse a herdar. 17

No morgado instituido por ascendẽte tem lugar a representação. 18

Applicaõse ao caso proposto as ditas resoluçoens. 19

Confirmase o referido cõ graue doutrina: emendese a Ord. lib. 4. tit. 100. in princip. vers. o q̃ não somẽte, & outras opinioẽs. 20

A Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. posto que chame o mais chegado, não exclue por isso a representação, mas sò se resolue dahi a controuersia, se se ha de considerar a proximidade a respeito do instituidor, ou do vltimo possuidor? & resolue se q̃ se ha de attentar ao possuidor, sendo da familia do instituidor, entendese a mesma Ord. 21

Sentença dada contra o caso da ley, & sua disposiçaõ he nulla. 22

Põdera se a decisaõ do caso proposto, & como se considera a linha do primogenito, & se admitte a representaçaõ entre os trãsuersais, & como se não ha de fazer regresso na succeſſaõ em quanto dura a linha do possuidor. 23

No Reyno se succede da maneira q̃ nos morgados, & se tẽ lugar a representaçaõ nos pretendentes da succeſſaõ do Reyno. 24

Titulo decimo.

25 *Refere-se em ſuma conforme o ſobre quo o direito comque ei Rey N. S. D. Ioaõ o IV. recuperou a ſucceſſaõ deſte Reyno, & como lhe era legitimamente deuida.*

26 *Morgado inſtituido condicionalmente purificada, & cumprida a condição, ſe extingue a diſpoſiçaõ nos outros caſos, & como? Propoë-ſe hum facto.*

27 *Vocaçaõ de familia pera conſeruação com clauſulas de não alhear induz morgado.*

28 *Morgado regular vaiao parẽte mais chegado do vltimo poſſuidor, não hauendo vocaçaõ eſpecial.*

29 *Cumprida a condição fica a diſpoſiçaõ do Teſtador corrente, & pura, ſugeita â diſpoſiçaõ das leis.*

30 *Extenſaõ não ſe ha de fazer a couſas diuerſas cõtra o q. Teſtador quiz, & as palauras ditas ſimplesmẽte, ſe entendẽ do primeiro acto.*

31 *Diſpoſiçaõ não paſſa das peſſoas de que ſe trata nella.*

32 *Confirma-ſe o referido com doutrina, & reſolução do Senado.*

33 *Quando ha conjunçaõ de hũa meſma couſa, & das palauras na meſma inſtituiçaõ, ſe julgaõ conjuntos na ſubſtituiçaõ.*

34 *Condiçaõ hũa vez cumprida dá perpetuo ſer ao acto, & como ſe applicaraõ eſtas reſoluçoẽs ao caſo propoſto que ſe refere diſcidido.*

35 *Poſſuidor de mâ fè dos bẽs de morgado os reſtitue cõ os fructos da indeuida occupaçaõ, & pera a reſtituiçaõ dos fructos, ſe attenta a boa, ou màfê, & não áinjuſtiça do titulo, & como ſe proua a màfé?*

36 *Tendo ſentença, ou papel em ſeu poder porq̃ poſſa ſaber lhe não pertẽcem os bẽs, & retendoos, ſe julga, & preſume a má fé.*

37 *E ſe preſume tambem no que nega o que ſabe, ou deue ſaber.*

38 *Erro do facto regularmẽte ſe induz delle boa fè, & do erro de direito ſe induz a mâ fe, conſiderãdoſe pera acquirir os fructos, ou reſtituiles a ſciencia, ou ignorancia da couſa ſer alhea, & como?*

39 *Parte que não contradiſſe o q̃ ſe articulou, ou moſtrou, ſe julga q̃ o approuou, & como ſe induz da approuação a màfè? Refere-ſe o caſo diſcidido.*

40 *Morgados foraõ introduzidos peraçaõ ſeruaçaõ das familias, & outros fins á q̃ ſe referẽ, & por iſſo paſſa logo ao ſucceſſor o direito dos bẽs vinculados, morto o vltimo poſſuidor*

41 *Morgado quãdo he inſtituido por titulo de doaçaõ, ſe julga ſerẽ tãtas as doaçoẽs quantas foraõ as vocaçoẽs, & ſe entra nelle ſuccedendo ao inſtituidor.*

42 *Dõde ſe infere q̃ ſe hũ dos chamados ao morgado der cauſa pera elle ſer reuogado, não prejudica ao ſucceſſor.*

43 *Alheando-ſe os beus de morgado, ſe ſe pòde reuogar a alheação, & reuẽdicar os bens?*

44 *Inſtituidor tãto q̃ poz as prohibiçoẽs de não alhear, logo ſe não pòde*

fazer acto algum de que se induza alheação, o q̃ procede quãdo consta q̃ sã̃o os bẽs vinculados

45 *Os bẽs sempre se presumem liures, & não sujeitos a vinculo, nem encargo, em quanto se não proua o contrario?*

46 *Conjecturas de que se induz serem os bẽs de morgado, ainda quando não apparece instituiçã̃o basta possuirem se por de morgado, & outras conjecturas que se referem.*

47 *Do encargo de missas não se induz morgado, propoem se hum caso, & mostra se julgado.*

48 *Successor a quem pertence a capella, ou morgado, que no nosso Reyno he o mesmo, se pôde litigar em vida do possuidor pera ser declarado por successor?*

49 *Resumẽ se os casos em q̃ se presume, & ficã̃o sendo os bẽs de morgado.*

50 *Bens sujeitos a encargos de missas, se se podem alhear, & se poderã̃o ser obrigados, & como? Propoẽ se hum caso.*

51 *Bẽs ainda que tenhã̃o vinculo, pòdẽ ser subrogados, & trocados com outros com prouisã̃o del Rey.*

52 *Pay em quanto he legitimo administrador do filho, pòde tratar dos bens que lhe pertencem, & em sua vtilidade, & assi os mais administradores, & procede isto muito mais na subrogaçã̃o, que o pay faz dos bẽs, ainda q̃ pertẽçã̃o ao filho.*

53 *Casado de idade de vinte annos se reputa por maior, & pera inda sazir consentimento, basta o longo tempo, & como?*

Herdeiro está obrigado pello cõtrato q̃ fez o defũcto a quẽ succedeo. 54

Fideicõmisso não passa das pessoas nomeadas, & como? & applica se a doutrina ao caso proposto.

Confissã̃o feita em petiçã̃o, & preces judiciais faz proua plena. 55

Refere se julgado o caso proposto.

Diuidas do instituidor do morgado; como se deuem pagar? 56

O Principe pôde dar licença pera se alhearẽ os bẽs do morgado, cõcorrendo justas causas, & quaes? & se procederá o mesmo quando na instituiçã̃o haja prohibiçã̃o de se não alcançarem semelhantes prouisoẽs? Respondese que si, & refere se julgado. 57

Irmã̃os legitimados pello subsequẽte matrimonio, succedem como os legitimos. 58

E como succederã̃o os naturais somente? 59

A Vemos saber, q̃ a representaçã̃o he hũ beneficio especialmẽte introduzido pella lei nas successoẽs abintestato, pello qual o filho entra no lugar de seu pai morto, pera ser admittido à herança q̃ o d. seu pai auia de herdar, se viuo fora, & colligitur ex text. in Auth. de succes. §. ceterum igitur, ibi: *In parentum iura succedunt*, cum alijs, de quibus Gama decis. 307. n. 7. A rezão da introducçã̃o deste beneficio foi, porq̃ como segũdo as re-

gras ordinarias, o proximo no grao, sempre exclue o mais remoto da succeſſaõ, §. proximus, ſupr. in titulo de legitima agnatorum ſucceſſione, ſendo o filho mais chegado que o neto, claro eſtâ que o deue excluir, & ſer admittido. Porem porque o pay, & filho ſaõ hũa meſma peſſoa, ex l. fin. Cod. de impub. & ſe reputaõ aſſi, conforme a direito, de maneira q̃ morto o pay, ainda parece preſente na peſſoa do filho, vt per Tiraq. de iure primogenit. q. 40. n. 34. foy conuenie̅te concederſe ao filho o beneficio da repreſentaçaõ, pera que repondoſe no lugar do pay alcance a herança que a elle lhe pertencia.

2 Sabido iſto deuemos notar, que eſte beneficio foy concedido ao filho em dous caſos. O primeiro, quando trata de ſucceder a algum aſcendente *in infinitum, cùm hæreditas aſcendentiũ magis debita ſit deſcendentibus, per quos conſeruatur.* l. cum ratio, Cod. de bon. damnat. l. lege, ff. de verborum ſignif. Gama vbi ſup. n. 10. Molina lib. 3. cap. 7. n. 6.

O ſegundo caſo he, quando o filho trata de ſucceder a hum tio, que entaõ tem lugar a repreſentaçaõ pella proximidade do primeiro grao entre os transuerſais, pera que o ſobrinho poſſa ſucceder a ſeu tio, repreſentando a peſſoa de ſeu pay morto. Auth. de hæredit. abinteſt. collat. 9. §. ſi igitur, cum ſeqq. Auth. vt fratrum filij, d. coll. 9. & fora deſtes caſos não tem lugar a repreſentaçaõ, & ſe ſuccede cõforme a prerogatiua do grao. Valaſc. de iure emphyt. q. 50. n. 30. E a rezão de ter lugar a repreſentaçaõ entre os aſcẽdentes, & deſcendẽtes *in infinitũ*, & entre os transuerſais sò no caſo referido, he pello meſmo que temos dito que a herança he mais deuida aos deſcendentes, que aos transuerſais.

E tambem deuemos ſaber, q̃ ainda que a repreſentação foſſe só introduzida pera as ſucceſſoens abinteſtato; com tudo terà tambem lugar nas diſpoſiçoẽs em que conſtar, que a peſſoa que diſpoem quer que ſe obſerue na tal diſpoſição a ordem da ſucceſſaõ ab inteſtato: porque entaõ ſe obſeruarâ a repreſentaçaõ em os dous caſos, como referimos na ſucceſſaõ abinteſtato, conforme a vontade da diſpoſiçaõ. Dec. Couarr. & alij relati à Valaſc. vbi ſup. n. 41. aliâs não terà lugar o tal beneficio, porque como eſpecial, & como he priuilegio introduzido pella ley, ſem ella ſe não pòde extender. Pera o que ſe deuem conſiderar os caſos ſeguintes.

Primo, nos prazos foreiros de nomeaçaõ ceſſaõ todos os requiſitos referidos da repreſentaçaõ, & procede a doutrina de Bartol. in Authent. poſt fratres, vbi tenet, *quod in his quæ habẽtur ex conceſsione dominica, non habet locum repræſentatio.* Sequitur Ord. noſtra Rega in lib. 4. tit. 36. §. 2. Valaſc. q. 50. n. 6. relat. à Coſta in q. de patruo & nepote circa bona maioratus patrimonialia, 2. p. n. 16. porem ſe o tal prazo for concedido pera o foreiro, & ſeus herdeiros, vt in d. Ord. lib. 4. tit. 36. §. fin. entaõ ainda que ſe julgue auerſe respeito à ſucceſſaõ hereditaria, vt Bart. in l. iusiurandi, ff. de oper. libert. terà lugar a repreſentação, vt per Corneum conſ. 131. lib. 2. Molina lib. 3. cap. 7. n. 19. *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 1.*

Secundo, nos morgados da Coroa Real não tem lugar a repreſentaçaõ, attenta a Orden. lib. 2. tit. 31. §. 1. Coſta ſup. in d. p. 1. quæſtionis de patruo, & nepote, n. 21. Valaſc. ex n. 13.

Terà

Tertio, quando nos morgados patrimoniais se fizer menção da morte na forma da d. Ordenação, lib. 2. tit. 35. v.g. *Succederâ meu filho maior que for viuo ao tempo de minha morte*, cessa a representação, Costa vbi sup. n. 14. & Valasc. n. 19. & Manoel Mẽdes de Castro na sua praxi Lusitana 1. p. lib. 3, cap. 11. n. 8. vay deduzindo os casos em que a representação se admitte, ou não, & poem primeiro este caso que agora referimos aqui em terceiro lugar; & em segundo poem quando o instituidor do morgado chama o filho ou successor, que ao tempo de sua morte for mayor: & no num. 14. diz, que tambem cessarâ a representação, se o Testador chamar hũ seu parente mais chegado: *Nam vbi proximior vocatur, filius non repræsentat personam patris.* Couarr. pract. cap, 38. n. 4. Costa de patr. & nepot. pag. 130. & outros casos em que não tem lugar a representação, referem commũmente os DD. v.g. se se puzer a clausula, salua a prerogatiua do grao, ou se for chamado o filho menor, ou mais velho, *vel filius emancipatus, vel filius cum aliqua qualitate, vel etiam filius, & descendentes*, de quibus Bald. in l. si viua matre, Cod. de bonis maternis, de qua Costa de maiorat. bonorum patrimon. 2. part. n. 2. & 3. part. de succeſſ. Regn. n. 32. verſ. *hinc consequenter in foro quod si hodie*, &c. Couarr. loco citato sup. verſ. 4. Molin. ex n. 16. Valasc. d. q. 50. & ex n. 36. Gama decis. 307. ex n. 5. Mendes à Castro in prax. citato loco, onde refere os principais casos, em que se não admitte a representação.

E pello contrario nos casos seguintes tem lugar a representação. Et primo, nos feudos, cap. 1. §. vero de succeſſ. feud. Tiraq. d. q. 40. n. 20. Molin. lib. 3. cap. 6. n. 47. Secundo, quando he concedido per a si, & seus herdeiros, Molin. in annot. §. 7.

Tertio, quando constar que o Testador quiz que se guardasse a ordem das successoẽns abintestato, vt in specie fatetur Valasc. d. q. 50. n. 41.

Quarto, quando o filho morrer na guerra, porque entaõ o neto exclue o tio irmaõ de seu pay, ainda nos morgados da Coroa: *Quia qui per patriam occumbit in bello, quasi per gloriam viuere censetur.* argum. text. in l. bello, ff. de excusat. tut. in specie, Gama dec 307. n. 14. Valasc. n. 16. ante finem, Costa in l. qui duos, §. cum in bello, verbo, *quasi filius ante perisset*, n. 2. de reb dubijs, & de maiorat. Reg. Coronæ 2. p. n. 34. & 35.

Quinto, tem lugar a representação no direito do padroado das Igrejas: *Et sic in iure patronatus Ecclesiarũ, anniuersarijs, emphyteusi priuata, non Ecclesiastica, quoniam hæc iure hæreditario deferuntur.* Couar. pract. c. 38. n. 13. Molina lib. 3. cap. 8. n. 19. Valasc. de iure emphyt. 1. p. q. 50. n. 10. & se tẽ lugar no *retractu iure sanguinis*, declara Tiraq. de vtroque retract tit. 1. §. 11. gloss. 9. & quando as cousas se deferẽ por direito de sangue, ou hereditario, declara Molina lib. 1. cap. 8. num. 6. Finalmente deuemos notar, que a representação tem sô lugar quando se trata de herança de ascendente, ou detio, porque sò entre estes tem lugar; & nos morgados, conforme a Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. que nos manda respeitar sempre a pessoa do vltimo possuidor, como ensinaraõ os casos seguintes.

Primeiro caso, em que se admitte a representação.

Titulo decimo

Concorrendo o sobrinho com tio, como se admitte a representaçaõ?

GAspar Affonso,& sua molher deraõ libello contra Antonio do Casal Neto,& sua molher & propuzeraõ, que Izabel Vaz donzella no testamento com que falleceo instituio hum morgado, & capella, cõ dous moyos,& tres alqueires de trigo que tinha de renda na herdade que nomeou no dito testamento,com obrigação de duas missas rezadas em cada hũ anno,nomeando por primeiro succesor delle a seu tio Francisco Vaz,& q̃ por seu fallecimento viesse a Christouão Vaz seu filho,& que dahi por diãte andaria em seus descendentes, precedendo o macho à femea , & que se não poderia a dita renda alhear, nem vender;& que fallecendo a dita Izabel Vaz viera a succeder nos ditos dous moyos,& tres alqueires de paõ, Francisco Vaz seu tio,& primeiro chamado, & q̃ por seu fallecimento succedera no dito morgado Christouão Vaz seu filho : o qual possuira os ditos dous moyos , & tres alqueires de paõ muitos annos,tè fallecer.

E que do dito Christouão Vaz ficarão dous filhos.s.Simão Rodrigues, & Phillipa Gouernada molher do R. & que o dito Simão Rodrigues não chegara a possuir os bens do dito morgado , por fallecer em vida de seu pay Christouão Vaz: porem que nesse tempo era elle A. viuo, & que assi pella representaçaõ da pessoa de seu pay,excluia a R. sua tia, que pedia largasse os bens cõ os fructos da indiuida occupaçaõ tê real entrega. Deraõ o juiz de fora da Villa de Arrayolos,& o Ouuidor sentença contra o A. absoluendo aos RR. porem vindo ao Senado por appellação, se reuogaraõ as ditas sentenças a fauor do A. pellas rezoẽs seguintes. Iâ fica proposto, que por morte de Francisco Vaz primeiro chamado, succedera Christouão Vaz seu filho,& que o A. era neto de Fraõcisco Vaz filho de seu filho varão, fallecido em vida do auò , & nestes termos he sem genero de duuida a resoluçaõ a fauor do A. pois temos a questaõ, *patrui,& nepotis*, decidida ja pella Ord. do Reyno, lib. 4. tit.100. a fauor do neto cõtra a tia,ou tio.

Porque estamos em grao que cõcorre o sobrinho com tia , nos quaes termos tem lugar a representaçaõ,porque explicando o Doutor Gabriel Pereira de Castro na decisaõ 116. â n. 4. a d. Orden.diz, que resolue quatro casos: primeiro em quanto concede representaçaõ perpetua aos descendentes do instituidor. O segundo,em quãto dispoem o mesmo nos transuersais descendentes do instituidor. O terceiro,nos transuersais *ab vltimo possessore*. O quarto , que omittio,quando os transuersais a respeito do primeiro instituidor saõ descendentes do vltimo possuidor, & este he o nosso caso presente.

E no numero 9. diz, que a Ordenaçaõ não discidio este caso , porem que o poz por exemplo ,& assi supposto que nos outros casos admittio a representaçaõ, a mesma se ha de admitir nestes transuersais. E no n. 10. diz estas palauras: *Quare veriùs videtur hic vltimus casus virtualiter comprehensus sub vltimo vers. huius legis, vt sicut in transuersalibus â primo, & vltimo repræsentatio solùm vsq; ad secundum gra-*

dum

dum conceſſa eſt, ſic pariter in deſcendẽ. te ab vltimo, ſi à primo non deſcendat.

Plane è eſte he o grao em que eſtamos. ſ. no ſegundo, concorrendo ſobrinho com tia, logo, ſem duuida tem lugar à repreſentaçaõ, & aſſi o traz julgado o meſmo Pereira, ainda em caſo mais forte. ſ. ſendo femea a peſſoa que pretendia a repreſentaçaõ, ibi: *Ex quibus cum filia in præſenti patrem repræſentet, quia vſq; ad illum gradum repræſentationi eſt locus, dicta Authenti capost fratres, licet ipſa â prima nõ deſcẽdat, ſed tantum ab vltimo poſſeſſore, vt ſupra dixi, pro illa iudicauimus, & hanc ſententiã ſcripſim°, ſcriba Ioãne Cardoſo.*

No meſmo numero 10. refereo meſmo Doutor Gabriel Pereira de Caſtro eſtas palauras.

Vel dici poteſt, quod in tranſuerſalibus â primo, qui ab vltimo deſcendunt, quando, ſcilicet, eius pater poſſedit maioratum, tunc eius primogenitus perpetuam habeat repræſentationem, non ex hac Ordinatione, quæ eam non concedit, nec de iure commuui, quod ad deſcendentes á primo dirigitur, ſed ex quadam interpretatione collecta ex ſuperioribus cauſis, quia cum Ordinatio Regia, quæ noſtrorum ius cõmune eſt, perpetuam repræſentationẽ admiſerit primo caſu, congruum eſt vt vltimo caſu concedatur, ſuppoſito quod lex Regia iam
6 *repræſentationem contra nepotẽ admiſit.*

Com o que fica muito mais ſem duuida hauerſe de admittir a repreſentação, & a rezão he, porque todas as vezes que não conſta outra couſa da vontade do Teſtador, ſempre ſe admitte a repreſentaçaõ. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Reinoſ. obſeru. 25. n. 11. nem obſta, que no caſo preſente a Teſtadora chamaſſe ao filho mais velho de Chriſtouão Vaz, porque da vocação do filho mayor não ſe exclue a repreſentação. Couar. pract. cap. 38. n 7 verſ. 3. Molin lib. 3. c. 8. n. 19. Reinoſ. ſup. n. 10.

Deinde na ſucceſſaõ dos morgados primeiro ſe conſidera a linha, Molina dict. lib. 3. cap. 4. n. 14. Guter. canon. lib. 2. cap. 14. à n. 48. Phæb. 2. p. deciſ. 104. Valaſc. de iuſta acclamat. 2. p. §. 1. à n. 1. 7

A qual linha ſe julga conſtituida tanto que o filho mais velho foi chamado, porque eſte filho de tal modo conſtituio linha de ſucceſſaõ de morgado, que ainda que morra primeiro do que ſucceda com effeito no morgado, com tudo ſeus filhos, & deſcendentes ficão repreſentãdo ſua peſſoa, & excluindo os mais que o pay excluira, ſe viuo fora: *Quia filius ille maior naſcendo præoccupauit ius primogenituræ ad omnes ſuos deſcendentes.* Molina vbi ſupra, cap. 6. n. 37. Gama dec. 306. n. 11. Menoch. conſ. 211. à n. 98. lib. 3. Reinoſ. obſeru. 23. à n. 2.

Donde ſe collige, que em quanto dura a deſcendencia daquelle filho primogenito chamado não pòde a ſucceſſaõ do morgado fazer ſalto a outra linha, c. 1. de natur. ſucceſſ. feud. l. cũ ita, §. in fideicõmiſſis, ibi: *qui nominati ſunt*, & ibi: *aut poſt omnes eos extinctos*, ff. leg. 2. Molina 3. cap. 4. n. 14. & c. 6. n. 50. Phæb. 1. p. deciſ. 22. n. 9. & 2. p. dec. 104. n. 46. & 47. Farinac. dec. 510. n. 5. p. 1. Gama dec. 307. & deciſ. 364. Cou. d. c. 38. n. 6. Caſtilho controu. lib. 3. cap. 19. Valenſuel. conſ. 25. á n. 1. 8

E aſſi que o A. neſta cauſa de que tratamos, he filho de Simaõ Rodrigues primogenito que foy de Chriſtouão Vaz, & chamado pella Teſtadora, ibi: *A ſeu filho, ou filha mais velha*: & aſſi q̄ como o Simaõ Rõiz naſcendo, conſtituiſſe primogenitura, & direito no ſucceder neſte morgado pera ſi, & ſeus deſcen- 9

descendentes,o A. seu filho de nenhũ modo se deue excluir, antes conseruarse,& perpetuarse a linha da primogenitura,de modo que em quanto esta linha durar,não se ha de fazer salto da succeſſaõ a outra linha. ſ.à tia,que não he da primeira linha de Chriſtouão Vaz,mas conſtitue outra,& fica fazendo pello A. a opinião do Doutor Gabriel Pereira de Caſtro deciſ.116.n.9. Nem obſta que os collitigantes não deſcendão da Teſtadora, porque iſſo não tira que ſe admitta neſte caſo a repreſentação. E a rezão he , porque a

9 Ord. d. tit. 100. in fine principij,diz: *E ſe os tranſuerſais não forem deſcendentes do inſtituidor ſe guardarà o que he d ſpoſto por direito commum.* E o direito cõmũmẽte admitte repreſentaçaõ atè os filhos deirmaõs. Auth.poſt fratres, C.legit.hæred. *igitur dicendũeſt ex dicta Ord.dari repræſentationem inter tranſuerſales non deſcendentes ab inſtitutore;& maiori cũ ratione admitteretur repræſentatio in deſcendentibus á poſſeſſore ſaltem in filio repræſentante patrem primogenitum.* Surd. conſ.385. n.14. Monach. Lucens deciſ.64. á n.35. cui reſolutioni adſtipulatur doctrina Caſtri deciſ. 5.n.8. verſ.vnde fit, ibi: *Semper præfertur quilibet ex deſcendentibus ab aliquo poſſeſſore,ille enim poſſeſſor ſe, & cæteros deſcendentes à ſe admiſit, vt ſuo ordine cæteris æquatis præferãtur*;& ibi: *Cùm enim eius auus, vel proauus ingreſſus fuerit ſucceſſionem, hoc ius prælatio eis ad ſucceſſores tranſmiſit,ne de eius linea ad aliam ſit tranſitus.* Guter.conſ. 13.n.11. Surd.conſ.403. á n.16.

Finalmente ſe aduerte, que nos fideicommiſſos deixados á familia , ſe defere a ſucceſſaõ à maneira da ordem de ſucceder abinteſtato. l. vlt. C. verborũ ſignificat. Alex.conſ.124.num.3. lib.7. Menoch.de præſumpt. præſumption.94.n.19. Peregrin.de fideicommiſſ.art.21.n.5. Craſſ. in §. fideicommiſſum, q.16. n. 2. Magon. Florent. deciſ.37.n. 15. Gama dec. 206. n. 25. Ceuall. cõmun. q.762. num.72.& 73. Fuſar.de ſubſtit.q.481. à n. 1.

E por iſſo os DD. na deciſaõ das ſucceſſoens dos morgados argumentão das ſucceſſoens abinteſtato,vt Caſtilho quotid.tomo 5.cap.67.num.29. verſ.nec obſtat. Alex. Randenſ. libr. 1. reſponſ.1. n.111. Ceuall.q.778. n. 38. Fuſar.d. n.1. Planè,nas ſucceſſoens ab inteſtato , o neto filho do filho defuncto ſuccede ao auò igualmente cõ ſeus tios irmaõs de ſeu pay, como diſſemos no §. cum filius,ſupra de hæreditatibus,quæ abinteſtato deferuntur,& he iſto pello beneficio da repreſentaçaõ; da meſma maneira o A. Gaſpar Affonſo na ſucceſſaõ do morgado , q̃ poſſuia ſeu auó , concorrendo com a R. ſua tia a exclue,repreſentãdo a peſſoa de Simão Rõiz ſeu pay, que ſe viuera a excluia. E aſſi ſe julgou na dita cauſa que tinha lugar a repreſentação neſte caſo, com a ſentença ſeguinte. 10

Dccif.44 *ACordão os do Dezembargo,&c. Não he bem julgado pello juiz, & Ouuidor em abſoluerem aos Reos do pedido pellos AA. julgando por ſucceſſora do morgado de que ſe trata,a R. Phillipa Gouernada,reuogando ſuas ſentenças, viſtos os au-*

os autos, & como se mostra que o A. Gaspar Affonso he neto de Christouão Vaz vltimo possuidor do d. morgado, & como a tal lhe pertence a successaõ delle pello beneficio da representaçaõ, ainda que seu pai Simaõ Roiz não succedesse: a qual representaçaõ tem lugar no caso presente, & como o A. está na melhor linha do possuidor, na qual entrou a successaõ, & em quanto duraõ os descendentes della, não póde a sũcessaõ fazer salto a outra linha, & a prescripçaõ neste caso não tem lugar, por estarmos em materia de morgados, nos quaes em caso que haja prescripçaõ, he necessario maior espaço de tempo do que houue no caso presente, & o mais que dos autos consta julgaõ ao A. a successaõ do morgado, que lhe seja restituido pellos RR. com os fructos da lide contestada em diante, & paguem os RR. as custas dos autos. Lisboa em 11, de Março de 651.

D. Abreu. *Sousa.* *D. Fregoso.*

E assi conuieraõ na forma sobredita os doctissimos Dezembargadores os Doutores Pedro Paulo de Sousa, Luis Delgado de Abreu, & Sebastião da Guarda Fregoso, Escriuão meu pay Leonardo da Costa Leal.

E daqui podemos colligir a doutrina pera todos os casos semelhantes necessaria, & pera maior confirmação notemos outro caso em que tambem se julgou ter lugar a representação, com varias doutrinas que apontarei. Foy a questão.

12 *Concorrendo duas primas com segũ das filhas de dous primos irmaõs inteiros, se se ha de admitir a representaçaõ?*

SVpposto isto vejamos o caso, & foy que Lourenço Velles o velho instituio hum morgado, ou capella, cuja instituição se não mostrou, nem pareceo, porque Violante Lopes a queimou, & assi se julgou o morgado por testemunhas, porq̃ quando se perde a instituição, sempre se succede no morgado pello modo que se costuma succeder nos morgados de Hespanha, quando consta por testemunhas que o instituidor fez morgado, Molina de primog. lib. 1. cap. 3. n. 1. 13

De modo que constou nesta causa que aqui refiro discidida, que Lourenço Velles instituio hum morgado na cidade de Portalegre, & seu termo, succedeo nelle por morte do instituidor sua filha Anna de Miranda, & por sua morte o D. Esteuão de Miranda seu sobrinho, & depois Ioanna Velles veio pedindo como A. por seu marido Pedro Fernãdes Morujo à R. Maria Velles a dita capella, por ser a A. filha de Manoel Velles mais moço, & a R. filha de Lourenço Velles mais velho, & estes dous irmaõs erão netos de hum filho do dito instituidor Lourenço Velles.

Supposstos estes parentescos succedeo

cedeo, como disse od. Doutor Esteuão de Miranda, & por sua morte ficarão viuos hum irmão frade, & os pays da A. & da R. & se meteo de posse do morgado o pay da Ré por morte do Doutor seu primo com irmão. Depois quiz o frade tirarlhe o morgado, & o pay da R. lho largou, por não querer sustẽtar a demanda. Antes de morrer o d. frade, morreo o pay da R. & ficou seu primo pay da A. & depois por morte do Padre a R. se meteo de posse do dito morgado, & passados algũs meses, morreo o pay da A. sem fazer demãda.

Veyo logo a A. contra a R. com libello, dizendo, que por morte do d. Padre Frey Eugenio vltimo possuidor, não hauia outro parente tam chegado nem tam velho como seu pay della A. pois o pay da R. ja era morto antes do dito Padre, & que assi como ja em seu pay della A. estaua formado o direito ao dito morgado, se lhe transferio a ella A. ainda que seu pay depois morresse, sem entrar na posse do dito morgado, allegando pera isso os textos, in l. hæredem, ff. de reg. iuris. l. 2. §. ex his, ff. de verborum signif. Iason. in l. si emancipata, n. 15. C. qui admitti, Menoch. lib. 4. præsumpt. 201. per totam, Phanut. de inuenta 6. p. n. 73. porem sem embargo de tudo isto, & do que mais se allegou, absolueo o Corregedor de Portalegre à R. da restituiçaõ do morgado pedida pella A.

14 Porque o d. Lourenço Velles não chamou pera a successaõ da capella a Manoel de Miranda seu filho como a A. queria, senão a linha dos Vellezes; mas seja como for, sempre â R. se deu a vantagem, & melhor justiça: porque se chamou Manoel de Miranda filho do segundo matrimonio, sem chamar depois delle os de sua linha, por censura de direito ficou chamada a linha do primogenito, Molina de primog. lib. 1. cap. 1. n. 17. & lib. 3. cap. 6. n. 29. Valascus consult. 122. n. 15. & seq. Surdus cons. 362. n. 12 & cons. 403. n. 10. Reinos. obseru. 23. & como a linha da Rè procede de Francisco Velles filho varaõ do instituidor, fica sendo a legitima successora desta capella; porq̃ enquanto houuer descendentes da primeira linha, não se póde fazer salto â segunda, & todos os descendentes da primeira saõ chamados com preferencia aos da segunda linha, vt post alios tradit Molina lib. 3. cap. 6. n. 29. E esta he a verdadeira resoluçaõ, de qua Molina dicto lib. 3. cap. 6. n. 29. Pereira de Castro dec. 59. n. 6. Menoch. cons. 1082 à n. 9. Grat. forens. cap. 436. n. 12. & 43. Raymon. cons. 100. n. 487. Castilho controuers. lib. 3. cap. 19. n. 95. 106. & 188. & lib. 5. cap. 93. n. 5.

E desta resoluçaõ fazem todos a consequencia seguinte, que tanto que ha algum daquelles que acquirio o direito do primogenitura, se não admitta outro que proceda de outra linha: & inferem tambẽ que em respeito da vocaçaõ da linha, ou expressa, ou tacita pella ley, ainda que succeda que o filho primogenito morra em vida de seu pay, sempre os de sua linha preferẽ aos outros da segunda linha: & estas duas resoluçoẽs saõ proprias pera o caso de que aqui trato, as quaes fizeraõ Molina dicto cap. 6. n. 29. & seq. Menoch. Gratian. Castilho proximè relati Auendanh. l. 40. Tauri, glossa 1, n. 15. & glossa 16. n. 2.

E applicando estas resoluçoẽs ao caso precedente deuia a Rè succeder (como succedeo) na capella de Lourenço Velles, por ser da melhor linha pera de Francisco Velles filho varaõ mais

varão mais velho do instituidor, q̃ ficou fazẽdo a primeira linha dos Velle zes, q̃ o testador chamou, & procede esta verdade, ainda q̃ o pai da R. morresse primeiro que o vltimo possuidor Fr. Eugenio, conforme a segunda resolução, de qua proximè.

Porq̃ nẽ Fr. Eugenio, nẽ seu irmão o D. Esteuão de Miranda eraõ legitimos successores destes bẽs. como disseraõ as testemunhas, q̃ essa fora a causa porq̃ a mãi queimou o testamento de Louréço Velles, & se nẽ os irmaõs
17 ambos, nẽ seu pai foraõ chamados senão os da linha dos Vellezes, claro está q̃ melhor linha era a de Frãcisco Velles auò da R. & pello conseguinte ella he a legitima successora desta capella. E isto he o q̃ diz o direito, q̃ nas successões dos morgados se hade ter respeito ao legitimo successor, posto q̃ não chegasse a herdar. Gam. decis. 93. Matienc. l. 5. tit. 7. gloss. 4. n. 4. lib. 5. recopilat. Castilh. lib. 3. c. 19. n. 188. Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. ibi: *Posto que seu pai não houuesse succedido.*

Com tudo isto, na instancia da appellação no supremo Senado foi reuogada a sentẽça do Corregedor, mandando restituir â A. o morgado da contenda, por ser seu pai o paréte mais velho do sangue do instituidor, q̃ estaua viuo ao tempo da morte de Fr. Eugenio vltimo possuidor.

Mas a esta sẽtẽça veio a R. Maria Velles com embargos dizendo, q̃ ainda q̃ quãdo falleceo o asserto vltimo possuidor fosse fallecido Lourenço Velles pai da R. embargante, cõ tudo a R. representaua a pessoa do d. seu pai, por ser o morgado instituido por ascendẽte, termos em q̃ conforme a Ordenação allegada acima. d. tit. 100. tinha lugar a representação. E posto q̃ Manoel Velles pay da A. fosse viuo ao tẽpo da morte do vltimo possuidor, com tudo era mais moço q̃ Lourenço Velles, & assi representando a R. a pessoa de seu pai, q̃ era mais velho, & de melhor linha que o dito Manoel Velles lhe fica pertencẽdo o morgado.

Com a materia sobredita se mudou de parecer, reuogando a sentença embargada, confirmãdo a dojuiz, por q̃ esta capella foy instituida por Louréço Velles, & se perdeo a instituiçaõ, como ja se disse acima. E hauẽdo se de succeder neste morgado pello modo que se costuma succeder em todos os morgados de Hespanha, não póde hauer questaõ, por ser resolução certa, q̃ a R. embargãte tẽ melhor direito nesta causa. O q̃ se proua de duas rezoẽs clarissimas. A primeira, porq̃ a R. Maria Velles he filha de Louréço Velles, & este foy filho de Francisco Velles filho mais velho do instituidor Lourença Velles, como consta do q̃ temos dito.

Porem a A. Ioãna Velles he filha de Manoel Velles, q̃ foi filho de Ioanna Velles, filha 2. do instituidor, & mais moça q̃ Frãcisco Velles, de quem a R. procede. como cõsta da mesma aruore, & testemunhas referidas.

Vejamos agora quẽ he rezão q̃ leue este morgado, se a R. embargante, que procede do filho primogenito do instituidor; se a A. q̃ procede da filha segũda genita do mesmo instituidor? & he certo, q̃ deue succeder a R. por ser descendente do filho primogenito, q̃ he a melhor linha, vt resoluũt Mol. de primog. lib. 3. c. 6. n. 29. Per. de Cast. dec. 59. n. 6. Menoc. cons. 1082. â n. 9. Gratian. forens. c. 439. n. 12. & 43. Castilh. controu. lib. 3. c. 19. n. 95. & n. 106.

Outro fundamẽto por onde a R. deuẽ succeder, & não póde ser tirada da pos-

se desta capella, he porq̃ ainda q̃ seupai morresse primeiro q̃ Fr. Eugenio, que diz ser vltimo possuidor desta capella, & nesse tẽpo fosse viuo Manoel Velles pai da A. nẽ por isso fica sendo a A. a parẽta mais chegada do vltimo possuidor, antes a R. tem esse lugar, porq̃ necessariamente ha de representar a pessoa de seu pai Lourenço Velles, q̃ era mais velho, & de melhor linha q̃ Manoel Velles pai da A. como se prouou.

18 E este morgado foi instituido por ascendẽte destas partes, & em semelhãtes morgados sempre tẽ lugar a representaçaõ, como expressamente diz a Ord. lib. 4. tit. 100. in princ. & de direito he ja hoje cousa sem controuersia nos morgados instituidos por ascẽdẽtes, ex Oldrad. cons. 224. Molin. de primog. lib. 3 c. 6. n. 2. Menoc. lib. 4. præsump. 95. á n. 14. Guter. pract. lib. 5. q. 66. à n. 16. Castil. lib. 3 c. 19. à n. 104.

E tem lugar esta resoluçaõ, ainda q̃

19 o pai da R. não houuesse ẽtrado na successaõ morrendo primeiro q̃ o vltimo possuidor, & tẽ lugar a Ord. d. lib. 4. tit. 100. ad fin. ẽ quãto dispoẽ, q̃ sẽpre o filho, & seus descendẽtes legitimos por sua ordẽ representẽ a pessoa de seu pai, posto q̃ o d. pai não ouuesse ẽtrado no tal morgado; & he resolução de direito, que basta a esperança neste caso. vt post Tiraq. & alios tradit Per. à Cast. dec. 59. n. 6. Castilh. lib. 3 c. 19. n. 172. De maneira q̃ pello beneficio da representação fica a R. sendo parenta mais chegada do asserto vltimo possuidor, & do sangue do instituidor, & assi com euidencia lhe fica pertencendo o primeiro morgado.

Principalmente, porque Fr. Eugenio não foy legitimo successor, se não intruzo, como se mostrou, com q̃ fica mais clara a justiça da R. porq̃ se Frey Eugenio não foy legitimo successor, & o morgado vagaua por morte do Doutor Esteuão de Mirãda seu irmão, como nesse tempo era viuo o pay da R. & era de melhor linha, & mais velho, & parente mais chegado do d. Esteuaõ de Miranda, a elle lhe ficaua pertencendo o morgado, & pello conseguinte á R. sua filha. Gama decis. 93. Matienc. l. 5. tit. 7. gloss. 4. n. 4. lib. 5. recopil. Castilh lib. 3. c. 19. n. 188.

Disse o D. Martim Affonso de Mello na sua deliberação, que o morgado pertencia á A. por ser parenta mais chegada do vltimo possuidor, na forma da Orden. lib. 4. tit. 100. §. 2. mas respondese, q̃ como a R. representa a pessoa de seu pay, que era mais velho q̃ o pay da A. por esse beneficio da representação fica mais chegada ao vltimo possuidor, & lhe fica pertencendo o morgado. Alem do q̃ a A. não he mais chegada parenta do vltimo possuidor, porque ambas estão em igual grao, R. & A. como se prouou, pelloque não tẽ aqui lugar a Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.

E se a A. fica sendo parenta mais chegada do vltimo possuidor por representar seu pay Manoel Velles, que era viuo quando morreo Fr. Eugenio, tambem a R. ha de representar a pessoa de seu pay, q̃ era mais velho, & de melhor linha q̃ o pay da A. & pello cõ seguinte lhe ha de preferir na successaõ deste morgado, como de feito preferio, & assi o julgaraõ os doctissimos Dezembargadores os DD. Antonio Pereira de Sousa, que em sua deliberaçaõ considerou, & discidio o ponto da successaõ, explicando a Ord. & confirmãdo o sobredito na forma seguinte. E he diuerso este caso do q̃ propuzemos acima entre Vellezes, porq̃ neste foy instituido o morgado por ascendente, & no outro por trasuersal, & cõcor-

rem

rem nelle diuerſas reſoluçoẽs, pois no outro não teue lugar a repreſentação, & neſte ſi, como moſtra a douta deliberaçaõ, que ſe ſegue.

De primo maioratu inſtituto â Laurentio Velles tantũ contendit impediẽs, ex eo quod ab aſcendente inſtitutus fuerit, & ipſa patrẽ repræſentãs tamquã ſeniorem patre Actricis impeditæ, in ſucceſſione debeat præferri, & actricem vincere, vnde petit ſententiæ impeditæ reuocationẽ in hac parte. Et meo iudicio res eſt extra controuerſiã, quia cum maioratus fuerit inſtitutus ab aſcendente, licet vltimus poſſeſſor illius collateralis fuerit contẽdentiũ, repræſentatio debet admitti in infinitũ, ex Ord. noſtra lib. 4. tit. 100 in princip. verſ. o q̃ não ſomente. Reinoſ. obſerua. 26. n. 6. Caſtilh. 3. controuerſ. c. 13. n. 91. q̃o. l. autẽ contendentes deſcendant ab inſtitutore Laurẽtio, & quod pater impedientis vocatus etiam Laurentius fuerit ſenior Emmanuele patre actricis impeditæ, notoriũ eſt ex actis.

transuerſales ab vltimo poſſeſſore, & à primo inſtitutore, & tunc nõ attẽditur linea ſed proximitas, ita intelligit Gab. Per. dec. 59. n. 7 & dec. 5. n. 87. & de his tã ſuerſalibus loquitur Pabx. dec. 44. n. 12. p. 1. & dec. 104. n. 13. fe.

Neq; contrarium ex eo deduci poteſt, vt opinabatur ſapientiſſimus dñs, qui dixit 2. loco, quod Ord. d. tit. 100. §. 2. vocat proximiorẽ; vnde exiſtimabat fieri locum diſceptationi, an per vocationem proximioris excludatur repræſentatio? de qua Molin. de primog. lib. 3. c. 8. n. 11. Caſtilh. 2. cõtrou. c. 20. à n. 7. quia non eo tendit diſpoſitio Ord. nec mens legiſlatoris talis fuit ſed ſolũ illam dirimere controuerſiã, an proximitas deberet regulari ab inſtitutore, vel ab vltimo poſſeſſore? & decidit inſpiciendũ eſſe poſſeſſorẽ, dummodo non ſit talis proximior extra parentelam inſtitutoris. De quo Reinoſ. d. obſerua. 26. n. 3. Phæb. dec. 104. à princip. Cald forenſ. q. 19. á princip. Peireira de Caſt. dec. 5. a n. 3. & dec. 48. à n. 1. aliter, enim, legislator eſſet ſibi contrarius in hoc §. 2. cum in principio contrariũ decisum reliquiſſet. Qua difficultate doctus impeditæ patronus opreſſus confugit ad autra, aſſerẽs in inſtitutione vocatũ fuiſſe proximiorẽ, atq; ita ex inſtitutione excluſam fuiſſe repræſentationẽ; quod quidem ex actis confunditur, vbi patet manifeſtè inſtitutionem combuſtam fuiſſe, & non operare, & ſic omnino ſequi debemus iuris diſpoſitionem, & Ord. allegatam.

21 Ord. lib. 4. tit. 100. quæ admittit proximiorẽ vltimo poſſeſſori, ſine linea conſideratione. Hæc Ord. etiã intelligẽda eſt illi quæſtionẽ de iure cõmuni cõtroverſam dirimere in tur proximũ vltimo poſſeſſori, & primo inſtitutori & poſſeſſore decidit, & loquitur quã do ad ſucceſſionem maioratus concurrũt

Nec ex eo quod in impedimentis nullitas non allegatur ſententiæ, reiectioni illorum accedere licet, quando ex actis in inſtitia illius notoria eſt, in quibus terminis illa æquiparatur nullitati: plures allegãs Salgado de protectione Reg. 3. p. c. 9. n. 5. Mareſcot. var. lib. 1. c. 86. n. 29. & cap. 87. n. 33. imò, & ſententiam latam contra caſum legis nullã eſſe, ex text. in l. 1. §. item eum. ff. quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindatur, tenent Vant. de nullitat. lib. tit. ex defectu proceſſus, n. 118. Tuſc. litera S. concl. 141. num. 9. ex quibus impedimenta reciperem, & ſententia impedita reformetur.

Decis. 45 23

E assi foy admittida a representaçaõ na forma sobredita, revogada a sentença do Senado, & confirmada a do juiz, na forma que acima apontei, pellos doctissimos Dezembargadores os Doutores Antonio Pereira de Sousa, Martim Affonso de Mello, & Iorge da Silua Mascarenhas, Rellator da sentença, anno 1649.

Do que tudo hauemos tirar regra certa de que sempre se ha de considerar a linha do filho primogenito, & a ella se ha de attender. Præceptor Primarius â Cunha in l. cum ita §. in fideicommisso, ff. de legat. 2. porque o primogenito do possuidor do morgado onde quer que nasce, logo transfere, & trespassa o direito de succeder em seus descendentes, de modo que sempre lhes compete o direito da representaçaõ, ainda que não descendão do instituidor, Pereira decis. 59. num. 5. & 6. Molina de primogen. lib. 3. cap. 6. num. 34. vbi additionatores, & cap. 4. num. 14. & 15. *Quia iuxta supradictos, illud ius primogenituræ, quod nascendo statim primogenitus acquisiuit, considerabile est, & transmissibile;*

A segunda regra he, que supposto a Ordenaçaõ não admitta representaçaõ nos transuersais, quando não saõ descendentes do instituidor, vt considerat Gabriel Pereira dec. 116. n. 9. cõ tudo isto se deixa na disposiçaõ do direito commum, conforme o qual o filho representando a pessoa de seu pay, exclue o tio, ou tia irmaã do pay, que elle excluira, se viuo fora. *Nepos q. patruo semper præferendus est in successione maioratus*. Vt per multos, quos refert, & sequitur Giurb. de feudis, §. 2. glossa 1. à num. 1. Robles de repræsentat. lib. 2. cap. 3. per totum, Molina de iustitia, tom. 3. disput. 626. Gratian forens. cap. 456. Menoch. cons. 211. Flores ad Gam. decis. 308. Castilho lib. 3. cap. 19. num. 104. cum seqq. & lib. 2. cap. 20. Molina de primogen. lib. 3. cap. 6. Fusar. de subst. quæst. 485. nem a Ordenaçaõ do liuro 4. tit. 100. vers. *& se*, exclue a representação nos transuersais descendentes do primeiro instituidor, mas somente dispoem que se recorra ao direito commum, & este ordena que a representaçaõ se admitta atè o segundo grao. Authent. post fratres a. 2. Cod. de legitim. hæredib. Authẽt. de hæredit. abintest. §. si igitur, collat. 9. Castilho dicto cap. 19. num. 71. Valasc. de iure emphyteut. quæst. 50. num. 3. Molina de iustit. disput. 326. Pichard. ad titulum de hæredit. quæ abintestato deferuntur, §. 2. num. 21. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 95.

E assim o que está na melhor linha do possuidor, em a qual entrar a successaõ, não se ha de fazer regresso em quanto houuer descendentes della capit. 1. de nat. succes. feud. Cuma decis. 93. num. 1. Molina lib. 3. cap. 4. num. 14. Castilho lib. 3. cap. 19 num. 95. Cancer. var. 3. parte, cap. 21. num 296. *& in terminis quod linea possessoris præferri debet*, tradunt Castilho lib. 5. cap. 93. num. 4. Pereira decis. 5. num. 67. Molina dicto cap. 4. num. 13. & seq. & esta he a opiniaõ mais prouauel, que na dita causa de Arrayolos, & em outras muitas seguio & affirmou ter ensinado nas escholas Conimbricenses o doctissimo, & insigne Mestre o Doutor Sebastiaõ da Guarda Fregoso.

Final

24 Finalmente nesta parte notemos por regra, que no Reyno se succede á maneira dos morgados, & a representaçaõ de que tratamos, tem lugar nos pretendentes da successaõ dos Reynos de Hespanha, & entre os collaterais se dá, & tenet Couas pract. cap. 38 n. 10. vers. *tertio ad intellectum*. Costa de patruo, & nepote 3. p. n. 59. Molin. lib. 3. de Hispan. primogen. cap. 7. n. 10. Matienc. in l. 5. tit. 7. lib. 5. nou. recopilat.

25 Supposto isto, & conforme as doutrinas que a este intento applique i nos casos sobreditos bem se vè o direito, & legitima successaõ deste Reyno pertencente a sua Magestade, que Deos guarde, elRey Dom Ioaõ o Quarto nosso Senhor, por ser filho do serenissimo senhor o Duque Dom Theodosio, & neto da sereníssima senhora Dona Catherina, a qual era filha do senhor Infante Dom Duarte filho do senhor Rey Dom Manoel: & do mesmo senhor Rey era filha a senhora D. Izabel mãy de elRey Phillippe Segundo de Castella, que ficaua sendo primo da sereníssima senhora Dona Catherina, por ser filho de sua tia, irmaã de seu pay. De modo que pondo a successaõ do Reyno em questão vinha ella a ser entre o dito Phillipe Segundo de Castella, & a sereníssima senhora Dona Catherina de concurso de dous primos com irmaõs, succedendo ao Cardeal o senhor Dom Henrique Rey vltimo entaõ dos Portuguezes, o qual era irmaõ da dita senhora Dona Izabel, & do senhor Infante Dom Duarte, pay da sereníssima senhora Dona Catherina, auó delRey nosso senhor Dom Ioaõ o Quarto, que Deos guarde felices annos.

E conforme a isto, morrendo elRey Dom Henrique sem filhos, hauemos buscar pera ser Rey o parente trãsuersal mais chegado, & q̃ estiuesse na melhor linha delRey D. Manoel, o qual foy o vltimo Rei de Portugal, q̃ deixou filhos, & por isso o d. senhor D. Henrique tãto q̃ morreo elRey D. Sebastião sem filhos, foi entregue do Reyno, por estar ao tal tẽpo na melhor linha delRey D. Manoel, & preceder na idade a seu irmaõ o d. S. D. Duarte, & no sexo masculino, á senhora D. Izabel.

De maneira que conforme as leys, & costumes obseruados, deuemos cõsiderar duas linhas, q̃ procedem delRey Dom Manoel por seus filhos o senhor D. Duarte, & a senhora D. Izabel, das quaes não ha duuida q̃he a melhor a do S. Infante D. Duarte, por ser masculina, & preferida à femea. Donde se segue, q̃ sendo a sereníssima senhora D. Catherina auó delRey N. senhor, filha do d. senhor Infante D. Duarte, & elRey Phillipe segundo, filho da dita senhora Dona Izabel, não ha duuida, que como melhorada de linha a d. senhora D. Catherina, exclue a elRey Phillipe segundo de Castella da successaõ do Reyno de Portugal, & legitimamente lhe pertence, & em consequẽcia a seu neto elRey Dom Ioaõ o IV. nosso senhor, que o Ceo conserue dilatados annos, com prosperos augmẽtos de seu Reyno, & victoria contra os inimigos de sua justiça.

Alem do que dissemos acima, que as qualidades por onde os morgados se julgaõ, saõ quatro, a saber, linha, grao, sexo, & idade. De modo que o que está na melhor linha exclue aos mais parentes que com elle concorrem á successaõ (do morgado, ou Reyno, onde he igual a doutrina) ainda que elles estejão mais chegados

em grao ao vltimo possuidor, & prelaçaõ no sexo, & idade. E sendo muitos na mesma linha, succederá o que estiuer em grao mais chegado, ainda q̃ na idade, & sexo seja vencido, & estando todos no mesmo grao, & na mesma linha, se preferirá o macho à femea, ainda que seja menor na idade: & se todos estiuerem na mesma linha, grão, & sexo iguais, succederá o que for mayor na idade.

Donde infalliuelmente se segue, que a senhora D. Catherina auó delRey nosso Senhor, ainda q̃ fosse mais moça na idade, ha de ser preferida a Phillipe II. como quem está em melhor linha constituida, & pella primeira prerogatiua vence ao dito seu primo, conforme todo o direito.

Finalmente pello beneficio da representaçaõ, que como tenho dito, se admitte neste caso, claro está que representando a sereniſſima senhora D. Catherina a pessoa de seu pay o senhor D. Duarte, excluia da succesſaõ do Reyno a elRey D. Phillipe II. & a sua mãy a senhora D. Izabel, que era excluida pello dito seu irmão, se viuo fora, assi pondose em seu lugar a sereniſſima senhora D. Catherina, não ha duuida que nenhum direito podia ter elRey Phillippe de Castella, pera se introduzir na posse deste Reyno, que legitimamente pertẽce a elRey D. Ioão nosso Senhor, que Deos guarde, & cõserue em sua felice restituiçaõ, largos annos, com prosperidades, & augmentos de seu Imperio.

Tudo isto se proua com a doutrina que acima referi acerca do beneficio da representaçaõ, & tudo tem largamente mostrado os grandes, & doutiſſimos Authores, que sobre esta materia escreuerão, principalmente o insigne Doutor Antonio de Sousa de Macedo, cujos singulares escritos em mayor credito da patria, excedẽ os mais subidos louuores, como sua eloquencia as mayores victorias da espada. Notemos nòs agora de passagem esta lembrança pera nos confirmar o que hey de dizer no tit. de interdictis, §. recuperandæ. E saibamos que elRey de Castella Phillipe o II. foy o primeiro que conheceo não tinha direito neste Reyno, & assi o não quiz pòr em termos de justiça, antes com violencia de armas se introduzio por força nelle, esquecendose do peccado que nisto fazia contra Deos, despresando a justiça, da força que lhe fazia, & mao exemplo que de si daua em a não obseruar, & da escrauidão em que punha os pouos, partes todas de ambicioso, como bem disse o Philosopho: *Hoc maximum malum habet ambitio, quod non respicit, vel Deum, vel se, vel alios, sed per fas, & nefas, & mille pericula ad dignitatem tendit, quam appetit.* E conforme a isto a guerra que elRey Phillipe nos faz, defendendo o peccado da semjustiça de seu auò, he o meyo por onde ha de ser vencido, porque quem contra direito, & rezão defende sua culpa, prouoca a ira de Deos, & busca sua perdiçaõ. Digamoslhe pois com o grande Doutor S. Agostinho, perguntandolhe: *Tu factus es peccati tui defensor, quomodò eris Deus liberator? vt sit ipse liberator, & tu aste accusator.* Assi parece que libertou Deos esta Monarchia Lusitana, restituindoa a elRey D. Ioaõ o IV. nosso senhor, porque estaua offendido da perseuerança que os Castelhanos fazião em sua injustiça, & por isso quanto mais a forem defendẽdo, tanto mais se vão accusando pera alcançarmos as victorias deuidas à justiça

Relat. in lib. 2. cõtra epist. Parmen. c. 18. Facit D. Hieron. in 11. in lib. 2 Reg. c. 18. & D. Greg serm. de Sal. D. Ambros. 3. Reg. 21. n. 20. D. Greg. Magnus. 2. Moral. c. 15.

ſtiça,& elles terem o caſtigo de ſua cegueira. E ſeguros por eſta rezão podemos pelejar, & piamente crer foy Deos o que alumiou os entendimẽtos Portuguezes pera reſtituirem a Coroa vſurpada a elRey N.S.D.Ioão o IV.dando aos fieis vaſſallos luz de ſua juſtiça,& depois a todos conhecimento deſta verdade, a qual não quiz pór em exame elRey de Caſtella, antes ofuſcando a luz,recorreo à força, & por iſſo Deos lhe atalhou o paſſo, dando luz,acclarando a juſtiça,& moſtrãdo que toda eſta obra he ſua, & como tal a ha de amparar,defender, & augmentar felicíſſimos annos. Bem confirma iſto o Euangeliſta S.Ioaõ cap.1. quando diz: *Fructus lucis in omni bonitate, & iuſtitia, & veritate.* Et cap. 3. *Omnis,enim,qui male agit,odit lucem,& non venit ad lucem, vt non arguantur opera eius: qui autem facit veritatem, venit ad lucem, vt manifeſtentur opera eius,quia in Deo ſunt facta.*

Com tam boa confirmaçaõ,com tanta juſtiça, & com taes effeitos da verdade,não ha que temer,mais que a Deos,& pagarlhe com boas obras eſte amor,conſeruandoo pera nos conſeruar.

E tornando â explicaçaõ do noſſo titulo, ja que tratamos de morgados,vejamos o caſo ſeguinte, de que ſe póde tirar muita doutrina, & foy a queſtaõ.

Morgado inſtituido debaixo de condição, ſe purifica da ella expiraõ as mais diſpoſiçoẽs.

26 NO teſtamento com que falleceo Leonor de Brito,inſtituio hum morgado, & capella em cinco moyos de trigo na herdade das Meſtras,& hum foro em hum moinho com obrigaçaõ de certas miſſas, que mandaua dizer em S. Francisco de Euora,pera ſempre, chamando pera a ſucceſſaõ delle a Thereza de Brito, & Mecia Loba ſuas irmaãs, & a ſeus filhos,ſe ellas cazaſſem, excluindo ſeu irmaõ Nuno Fernandes, & ſeus deſcẽdentes, com prohibição de alheaçaõ, & diuiſaõ *in perpetuum*. E que ſendo caſo que as ditas ſuas irmaãs ſe meteſſem freiras, queria ficaſſẽ as ditas propriedades aos meſmos moſteiros,onde ellas eſtiueſſem, com os meſmos encargos & que por ſuas mortes ficaſſem aos proprios moſteiros, que queria foſſem os herdeiros dos taes bẽs, como tudo ſe deixou ver da inſtituiçaõ.

Caſou eſta nomeada Mecia Loba & teue hum filho chamado Fernaõ Lobo de Brito, o qual ſuccedeo neſte morgado corrente pera ſeus ſucceſſores,& teue filhos, & a filha mais velha deſte,chamada Anna de Vaſconcellos que foy freira no conuento de S.Bento da dita Cidade, & por morte de ſeu pay ſe meteo o moſteiro de poſſe,por tocar a ſucceſſaõ á dita Religioſa, & lograr os fructos do d. morgado em ſua vida; & fallecendo a freira, ſe meteo de poſſe Luis Lobo de Brito ſobrinho da freira,biſneto do dito Fernaõ Lobo de Brito pay della, & poſſuidor que foy do vinculo,& por cenſuras do Conſeruador do Conuento foy reſtituido o Conuento a ſua poſſe, de que differaõ que o dito Luis Lobo de Brito o hauia por força esbulhado.

Empoſſandoſe o Conuento dos ditos bens com eſta violencia de ſeu Conſeruador, & fallecido o dito Luis Lobo,ſeu filho Philippe Lobo da Silueira

ueira deu libello contra o d. Conuento, pedindolhe a reuendicaçaõ destes bens de morgado, & restituiçaõ do q̃ injusta, & violentamente possuhião, & depois de grandes dillaçoẽs o vieraõ a contrariar, defendendose com dizer que estes bens eraõ liures, sem terem vinculo, nem encargo, & proprios da Religiosa Anna de Vasconcellos, cujo herdeiro foy o mosteiro, & que por isso o A. não tinha auçaõ pera os pretender, negando hauer tal instituiçaõ, houue replica, & juntas as prouas deu o juiz a sentença em q̃ condenou o mosteiro largasse a posse dos ditos bẽs por serem de morgado pertencente ao A. como legitimo successor, & descẽdẽte do primeiro chamado filho da irmaã do instituente: do q̃ se appellou, mas não se deu prouimento à appellaçaõ.

Porque as appellantes ja conuencidas da instituiçaõ deste vinculo de capella, & morgado apresentada reconheciaõ, desistindo do que na contrariedade tinhaõ articulado, em dizerẽ eraõ bens liures, dizendo que pella mesma instituiçaõ pertencia a successaõ ao mosteiro, por a instituidora assi o dispor, & ordenar que ficassem os ditos bens ao mosteiro com os mesmos encargos; de maneira que ja toda a questaõ não vem a ser mais do que aueriguarse, se toca o vinculo ao mosteiro? ficando ja lhano serẽ de morgado, & ser o A. & legitimo contẽdedor bisneto do primeiro possuidor Fernaõ Lobo de Brito filho da irmaã da instituidora, pella vocaçaõ dos filhos della; no que tambem não podia hauer duuida, pois o mosteiro o não negou, & foi cousa patente pella proua dos autos, & o julgou a sentẽça, & não se impugnou nisto.

E que seja tambem vinculo de morgado ordinario não se pôde duuidar, vistas as vocaçoẽs, & clausulas *de non dividendis, & non alienando*, q̃ saõ as clausulas, que induzem morgado, ainda que não seja nomeado por tal, senão com titulo de capella, ou sem titulo. Molin. d: primog. lib. 1. cap. 5. n. 9. Cabed. 1. p. decis. 96. num. 1 cum seqq. Gama dec. 48. Valasc. cons. 82. Pelaes de maiorat. 2. parte, quæst. 5. Phæb. 2. p. dec. 120. Reinos. obseruat. 22. & he cousa certissima, & vulgar em direito. 27

Como tambem he vulgar, & sem questaõ, que os morgados regulares se deferem ao parente mais chegado do vltimo possuidor, não hauendo vocaçaõ especial, por assi o dispor a Ordenaçaõ do Reyno, lib. 4. tit. 100. §. 2. Gama dec. 7. & dec. 354. n. 9. Cald. de renouat. q. 9. n. 36. Valasc. cons. 121. ân. 2. Cabed. p. 2. dec. 51. n. 6. assi q̃ não se duuidando que o A. seja o parẽte mais chegado desta Religiosa possuidora, seu sobrinho, bisneto de seu pay della possuidora q̃ foy do tal morgado, não ha duuida ser elle o verdadeiro pretensor, assi por ser do sangue da instituidora, como descendente dos filhos de sua irmaã primeira chamada. 28

Fica sò em questaõ a disputa, que ex aduerso propuzeraõ, & somente mouem nestas suas allegaçoẽs. s. de q̃ a instituidora deixou o morgado ao mosteiro, & naõ aos descendẽtes das irmaãs. Porem a dispositiõ està tam clara contra o mosteiro, como breuemente se mostrarà.

Porque as primeiras palauras da instituiçaõ dizẽ, que deixa estes bẽs a suas irmaãs Thereza de Brito, & Mecia Lopes Loba, & que casando ellas, fiquẽ a seus filhos os mais velhos, se os houuer, & naõ os hauendo, a hũa

ſua parenta de ſua geraçaõ mais che gada qùe for pobre, & virtuoſa, & co mo quer que a dita Mecia Lopes Lo ba caſaſſe, & tiueſſe filho, que foy o d. Fernaõ Lobo de Brito, como eſtâ pro uado, & confeſſado pellas RR. pois o tal morgado ſe deferio a ſua filha An na de Vasconcellos Religioſa no d. moſteiro, por cuja profiſſaõ ſe acquirião ao moſteiro os fructos. & commodidades, durãte a vida da religioſa, ja a condiçaõ ficou purificada, aſſi no caſamento da irmaã da defuncta inſtituidora, como no ter filhos, que foy o q̄ ſuccedeo.

29 E he regular, que cumprindo ſe a condiçaõ modal, como eſta foy, logo a diſpoſiçaõ fica pura, & corrẽte pera os actos ciuis, & ſugeita à diſpoſiçaõ do dircito ordinario. l. que cõditio. ff. condit. & demonſt. l. ſub cõditione ff. hæredib. inſtit. E tanto que hũa vez eſſe morgado entrou na linha de algũ ſucceſſor, logo não pòde della paſſar, atè que a linha deſte de todo ſe não extingua, & acabe. Cald. conſ. 9. n. 51. plures congerit Reinoſ. obſeru. 23. n. 8. pello que tanto que chegou o primeiro caſo de que a irmaã caſou, & teue filhos, ja as outras diſpoſiçoẽs em falta deſta condiçaõ ficaraõ extinctas, & ficou o morgado competindo a todos os deſcendentes deſſes filhos chamados.

E neſta conformidade he de pouca, ou nenhũa conſideraçaõ o que a inſtituidora dispoz mais abaixo em o outro caſo. ſ. que ſendo caſo que eſtas ſuas irmaãs ſe meteſſem freiras naq̃lla Cidade, deixaua entam aos moſteiros, em que ellas eſtiueſſem os bẽs, com o meſmo encargo pera ſempre: porque eſte caſo não chegou a ſucceder, por ter ſuccedido o primeiro de caſar, & ter filhos, & não chegou nunca o ſegũdo, porque eſtas irmaãs não ſe meteo freira nenhũa dellas, nem a freira que foy no moſteiro R. era irmaã da defuncta inſtituidora, ſenão ſua neta deſcendente, & como a diſpoſiçaõ foſſe que não caſando as irmaãs, & ſendo freiras deixaua aos moſteiros os ditos bens, não ſe pôde extendera outras peſſoas. l. vt gradatim, § & ſi, ff. munerib. l. 1. C. de ſanctiſſimis Episcopis.

E nunca ſe pòde dizer, que a diſ- 39
poſiçaõ que eſta teſtadora fez no ſegũdo caſo, de que metendoſe freiras as irmaãs, ficaſſem os bens ao moſteiro, ſe ha de repetir nas deſcendentes de ſuas irmaãs; porque ſeria extenſaõ a couſas diuerſas contra o intento da inſtituidora. l. 4. §. toties, ff. damn. infect. l. quod conſtitutum, ff. milit. teſtamento. *& verba ſimpliciter prolata de primo actu intelliguntur.* l. dotis promiſſio, ff. iure dot. l. boues, §. hoc ſermone, ff. verborum ſignif.

Aſſi que como a inſtituidora fez dous caſos: o primeiro, de que caſando foſſe a ſeus filhos, & ſucceſſores, 31
& em falta delles, à parenta mais chegada, & em falta deſta á Miſericordia: & o ſegundo foy, que não caſando, metendoſe freiras, ficaſſe ao moſteiro; tanto que ſuccedeo o primeiro, & caſou, & teue filhos, ja ficou ceſſando o ſegundo caſo, como ſe o não houuera; nem ainda que não caſaraõ, ſe ſe não meteraõ freiras, ja não tinha lugar a diſpoſiçaõ de ficar o morgado ao moſteiro aonde profeſſaſſem, pois faltou a condiçaõ. l. fin. §. fin autem, C. communia de legat. nem iſſo podia extenderſe a outras peſſoas, quando ſe fez especial pera ellas; *Quia diſpoſitio non egreditur perſonas, de quibus loquitur.* d. l. vt gradatim, ff. muner. *Nec*

diſpoſi

dispositum ad vnum, dispositum censetur ad alios, quibus namq; vbi nõ conueniũt, nec vtiq; dispositio. Castilh. controu. lib. 5. p. 2. cap. 82. n. 11. l. hos accusare, §. omnibus, ff accusat. l. Maxima, ff. manumiss. testam.

E em resoluçaõ pareceo indigna questão esta á vista da disposição, & clareza della, pois não succedendo o caso segundo de serem freiras as nomeadas, antes o primeiro de casarẽ, & deixarem filhos, herdeiros, & successores do tal morgado, mal se podia tirar o direito acquirido ja aos descendentes do sobrinho, onde o morgado entrou pella vocação, nem querer que a sobrinha tiuesse o mesmo direito q̃ a instituidora tinha dado sò às irmaãs.

Contra esta resoluçaõ se allegarão por parte das Religiosas algũas coulas que por serem ja referidas, não he rezaõ se repitaõ, & menos era o dizerẽ se, por serem injustas: porque o vnico fundamento em que se estribaraõ, era quererem deixar a primeira condiçaõ ja cumprida, & purificada, pera recorrerem à segũda, que a instituidora poz em caso que não houuesse filhos, como acima disse. Constando pois que isto he morgado, hauemos seguir a disposiçaõ da testadora, & entender suas palauras conformẽ a significação propria, como naquellas da instituiçaõ, ibi: *E casando ellas fique a seus filhos mais velhos*; ainda que depois disse sse outras palauras em fauor do mosteiro, essas teriaõ lugar quando se não cumprisse a primeira condiçaõ de casar, & ter filhos a dita sua irmaã; & pois os teue, não se ha de julgar senão que a testadora quiz dilatar, & estender sua geração, & não acabala, em ficarem seus bens a hũa freira, que não constitue linha, nem póde ter filhos. Como tudo excellentemente considerou, & apontou o doctissimo Dezembargador o Doutor Lourenço da Gama Pereira primeiro juiz na dita causa, que deliberou com a elegancia, & zello q̃ costuma, na forma seguinte, & com elle concordaraõ os doctissimos Dezembargadores os DD. Martim Affonso de Mello, Pedro Paulo de Sousa, Luis Delgado de Abreu, & Ioseph Mendes Salas, que todos conuieraõ no ponto principal da confirmaçaõ da sentença, quanto à successaõ do morgado; & somente discreparaõ na condemnaçaõ dos fructos, porem *in totũ* se confirmou a sentença, como ao diãte mostrarei.

14 *Institutam esse capellam successionis in prædio dos Mestres ex voluntate testamentaria constat, & pro ea, quæ DD. in l. nihil proponi, ff. de legat. 1. Reinos. obseru. 68. & quæ Castilh. lib. 5. quotidianarum, cap. 98. §. 14. Egyd. l. 1. p. 5. §. 2. vers. 16. Cod. de sacros. Eccles. Carualh. in cap. Rainald. p. 2. num. 140. & RR. non inficiantur, nec eius patronus in suis orationibus; contenditur tantum dictam capellam ad easdem RR. pertinere per verba testamenti, sed immeritò, quia ibi non instituit testatrix dictum monasterium successorem, nisi moniali viuente, alias, enim, poterat ipsa dictum cœnobium ingredi virtute dictorum bonorũ*

quos

quod ipsa noluit, sed proprijs se dotare, & verba secundum proprium significationem sunt interpetranda. l. non aliter, cum vulgaribus, ff. de legat. 3. & in proœmio institutionis, in quo dixerat. E casando ellas, fique a seus filhos mais velhos; tamen licet postea deluxisset verba, in fauorẽ monasterij, intellexit ipsis vinẽtibus, quia expressum dicitur, quod ex coniecturis colligi potest. Molina de primog. lib. 1. cap. 1. n. 12. & lib. 3. cap. 3. n. 43. vers. sed quamuis, & etiam, quia per verba antecedentia posteriora declarantur. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 68. & 69. Castilh. tomo 2. quotidianarum. cap. 22. n. 39. & cap. 146. n. 46 Mascard. concl. 1285. n. 6. & 1417. n. 17. Mant. de coniect. lib. 6. cap. 13. facit quia per illa verba vocauit successionem, vt aduertit Molina d. lib. 1. cap. 5. n. 39. Castilho tomo 5. cap. 143. n. 40. vers. 3. principaliter, & cap. 93. §. 5. n. 3. 4. & 10. Fusar. de subst. q. 177. n. 10. & q. 322. n. 54. & q. 384. n. 5. & 6. quæ vocatio etiam sub conditione de linea ad lineam intelligitur, Caualcan. decis. 17. n. 40. & 50. p. 3. Mantic. decis. 375. n. 28. Fusar. de subst. q. 480 n. 51. & 52. & cum moniales lineam constituere non possint, non est credendum ipsam testatricem, quæ suam familiam dilatare constituit per dictam capellæ institutionẽ illam extinguere velle, vel ad aliam familiam deuoluere, vt accidere poterat, propter incapacitatem monialium, & legis prohibitionem lib. 2. tit. 18. quæ licet pro nunc in suspenso sit, alioquin poterit practicari, ipsa enim facere non poterat, quod leges nostræ in suo testamento locum non habeant. Planè cum ad eas huiusmodi maioratus, seu capellæ successio deueniri non valeat, & A. probet se immediatum successorem in forma Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. bene ei adiudicatur per iudicem, quem placet confirmare.

Depois desta sentença confirmada como fica dito, pellos sobreditos Doutores, vierão as RR. com embargos, dizendo, que destes bens de que tratamos, se hauia fazer separação, porque forão deixados pella instituidora Leonor de Brito a suas irmaãs, Mecia Lopes, & Thereza de Brito, & que a ametade pertencente a Mecia Lopes, que casou, & teue filhos, de quem o A. era terceiro, & quarto neto, lhe pertencia ao A. & que a outra ametade pertencente a Thereza de Brito, que casou, & não teue filhos, ha de pertencer ao Conuento pella pessoa de Anna de Vasconcellos, que nelle professou.

Porem vistas as palauras da instituiçaõ, ibi: *As ditas minhas irmaãs sejaõ herdeiras no dito quinhaõ de minha herdade, & do moinho, &c.* se induz hũa con-

33

cõjuncçaõ da couſa,& das palauras na meſma oração. l. re coniuncti, & ibi DD. ff. de legat. 3. & aſſi conforme a direito,eſtes conjunctos *re, & verbis*, na inſtituição, ſe julgaõ tambem conjunctos na ſubſtituiçaõ. l. cohæredi, §. qui diſcretas, ff. de vulgar. & pupilar. ſubſt. Peregrin. de fideicommiſſ. art. 9 n. 14. Menoch. lib. 4. præſump. 75. n. 4. Suppoſto iſto, como a inſtituidora na dita diſpoſição diſſe, que caſando ſuas irmaãs,& tendo filhos,ſuccedeſſem no morgado os taes filhos, & deſcendentes, & os parentes mais chegados,& eſtas irmaãs caſaraõ ambas, & hũa dellas teue filho chamado Fernão Lobo de Brito, que ſuccedeo nos ditos bens,& aſſi ficou cumprida a cõdiçaõ em hũa das ſubſtitutas *reconiunctas*, & nella,& em ſeus deſcendentes ſe rádicou, & formou o direito do d. morgado em todos os bens, *in ſolidũ*, porque a condiçaõ hũa vez cumprida, & purificada, dá perpetuo ſer ao acto: *Et conditio cum exiſtit, actus permanet in perpetuo eſſe, & non curatur, quod poſtea accedit.* Gabriel communium, lib. 4. concl. 8. n. 2. ſub tit. de fideicõmiſſ. Peregrin. eodem, art. 29. n. 3. Reinoſ. obſeru. 34. n. 11. Gratian. forenſ. cap. 58. n. 1. & aſſi ainda que a dita Anna de Vaſcõcellos foſſe freira, como era deſcendente, neta da dita Mecia Lopes Loba, filha de ſeu filho Fernão Lobo primeiro poſſuidor do morgado, ja na ſua peſſoa ſe não podia fazer ſeparação do morgado, que eſtaua radicado, & vnido na peſſoa de ſeu auò, & ſeu pay pera todos ſeus deſcendẽtes. Alẽ do que sò no caſo em que as ditas duas irmaãs da teſtadora foſſem freiras, ſe deixauão eſtes bens ao conuento onde profeſſaſſem, como ſe vê das palauras, ibi: *Sendo caſo que as ditas minhas irmaãs ſe meteõ freiras.* E aquella palaura, *ditas*, he reſtrictiua à peſſoa relatada,& de nenhum modo ſe eſtenderà aos herdeiros, nem ſubſtitutos, nẽ ainda aos netos, vt ex Menoch. Cravet. & alijs tradit Barboſ. de dict. vſu freq. dict. 87. n. 8. E com iſto ſe venceo a dita allegação, a outra foy acerca dos fructos, cuja queſtaõ aueriguou doctiſſimamente o Dezembargador o Doutor Ioſeph Mendes Salas na deliberação ſeguinte.

34

35

Para a reſtituição dos fructos ſe attenda á boa, & mà fe, & não ao tit. ſer juſto, ou iniuſto,

Circa fructuum reſtitutionem mihi tantum incumbit dicere, ad quorum perceptionem, & acquiſitionem ante litem conteſtatam ſolùm bona, vel mala fides attenditur, non verò tituli iniuſtitia. l. bonæ fidei. ff. de acquirendo rer. dom. Surd. deciſ. 25. n. 15. Menoch. recup. remed. 15. n. 539. Giurb. deciſ. 87. n. 16. & merito, quia cum mala, vel bona fides facti ſit, & in animo conſiſtat (prout diximus fructuum acquiſitionẽ operatur) tituli iniuſtitia attendi non debet: potuit enim quis ex cauſa, & titulo iniuſto moueri ad putandum rem eſſe ſuam, & communiter in bona fide eſſe. Optimè probat text. in l. igitur, §. 1. ff. liberali cauſa, Baldus communiter receptus ex Maſcardo de probat. concl. 224. n. 17. Afflict. deciſ. 49. n. 11. Boer, deciſ. 42. n. 45. DD. in §. ex

§.ex maleficijs,n.28. inſt.de act. vnde attenditur,an probetur mala fides in RR. aliàs namq; bonæ fidei poſſeſſores reputari debent. d.l. bonæ fidei, Cabed.1.p.dec.68.Phæb.dec.60.n.7.

36 Neſta raõ ſe colligio a máſe porq̄ as RRes ſabião q os bẽs emẽ de capella, & q̄ sè em vida de Anna de Paſconcellos pertencião ao cõuẽto, & por ſua morte vinhão ao legitimo ſucceſſor, do q̄ tinhão ſentença ẽ ſeu poder, & conforme a ella deuião ſaber q̄ os bẽs nã eraõ ſeus. Q̃ nega o q̄ ſabe, ou deue ſaber cõmette dolo, & mà fè.

Primo,igitur,colligitur mala fides ex eo quia RR. ſciebant bona de quibus agitur eſſe capellæ, & non libera, vt probatur vbi poſſeſſionem bonorum auocauerunt ab abnepte Ferdinandi Lobo,eo quod capellæ bona erant, & viuente Anna de Vaſconcellos in monaſterio profeſſa ad ipſam pertinebãt,vnde iam præſumuntur ſcire, propter hanc ſententiam, mortua moniali,aliena bona eſſe;ratione cuius,ad ea reſtituenda tenebantur: ex qua ſententia penes ipſas exiſtente, ſatis mala fides probatur,Menchac. Illuſtrium,cap.8.n.11. Ægyd.5.part.l.1.n.110 Cod.de ſacroſ. Eccleſ.Pereira deciſ.50. n.6.

Secundo ex eo,quia in negante quod ſcit,mala fides, & dolus præſumuntur. l. ſi quis affirmauerit, ff.de dolo, Barth.in l.dolum,Cod.eodem titulo, Surd. deciſ.165.n.14. alius Hermoſilha gloſſa 1.l.18.à n.27. tit.5.part.5. Moniales autem cùm ſcirent bona,de quibus agitur, capellæ eſſe,propter ſententiam in ſui fauorem prolatam,ac tamen hoc in contrarietate negarunt,ad effectum ea non reſtituendi,ex quo dolus eſt,ex ſup.dictis,& mala fides,quod idem eſt.Barboſ. in rubrica de præſcript.n.54.

Tertio,ex eo quia A. pater,mortua moniali, vltima capellæ poſſeſſore,apprehendit legitimè poſſeſſionem,â qua tamen iniuſtè expulſus fuit,vt inſinuant teſtes,in quo etiam mala fides eſt, & magis in eo,quia ſcientes capellæ poſſeſſa bona eſſe,cum extraneæ ſint,in mala fide cenſentur eſſe, quia poſſident contra vocationes. Ex alijs probat Barboſa in rubr.n.391.Cod. præſcript. 30.vel 40. de quibus ſciebant Moniales, vt patet ex earum petitione,cùm igitur ex hoc,& quia ſine titulo aliquo legitimo poſſeſſionem apud A.patrem exiſtentem occupauerint,& ex ſcientia rei alienæ,& negatiuæ illius,quod monialibus notum erat, mala fides,ſatis oſtendatur, non video cur à fructibus ab occupatione liberari debeãt. conuenio igitur cum primo domino,& proximiori.

E com eſte parecer conformes ſe ſuſtẽtou a condẽnaçaõ dos fructos da indeuida occupaçaõ atẽ real entrega, na forma da ſentença acima referida; & cõfirmada por outra,em rejeição dos embargos,pellos doctiſſimos Dezem

bargadores os DD. Lourenço da Gama Pereira, & Luis Delgado de Abreu, & Ioseph Mendes Sallas, que na segũda instancia dos embargos tornou a dizer sobre os mesmos fructos doctissimamente na forma seguinte.

Segunda deliberação em confirmação dos fructos.

Satius monialibus foret in facto, quã in iure errasse, namfacile error regulariter bonã inducit fidẽ. l. Celsus, ff. de vsucap. melior text. in l. fin. ff. de vsucap. pro suo. Bald. in d. l. celsus, n. 13. glossa fin. in c. 2. de his quæfiũt á Prælatis: error verò iuris regulariter malã fidẽ inducit. l. nunquã, ff. de vsucap. l. quẽadmodũ, in fine, C. agricol. & censit lib. 11. cõmunem opinionem dicit, & sequitur Molina lib. 2. de primogen. cap. 6. num. 6. vers. contrariam. Marescot. lib. 1. variarum, cap. 13. n. 6. distinctionem approbat ex alijs, Barbosa in rubrica, n. 140. Cod. de præscript. 30. & hæc quoad vsucapionem, quod verò ad acquisitionem fructuum, solum attenditur scientia, aut ignorantia rei alienæ, ex l. bonæfidei, ff. acquir, rerum dom. l. sed si leges, §. scire, ff. de petit. hæred. optimê Bald. in d. l. Celsus à n. 17. vbi inter vsucapionem, & fructuum acquisitionem distinguit: & sic differentia inter errorem iuris, & facti quo ad fructus, de quibus agitur, non attenditur de iure allegato, quin ad recantationem recurrere necessar iũ sit, melius enim cantat, qui iuribus congruentibus alloquitur. planê præsumptiones approbatas ad scientiam rei alienæ in monialibus adsunt; vt in deliberatione dixi, à qua nil video quod

39 *suadeat recedere.*

Acrescentando, que a mà fê se considera terem as freiras desde aquelle tempo, em que com censuras lançarão da posse o pay do Autor. como tudo se collige do sobredito, & de não impugnarem as RR. o artigo, em que isto se deduzio. Vnde succedit resolutio Mascardi, conclus. 1224. à num. 1. Castro in praxi 2. parte, lib. 1. cap. 3. onde diz, que se se offerecer em juizo hũa procuração nulla, ou defectuosa, por lhe faltar algũa clausula, ou por não ter a parte qualidade pera a fazer, se a parte a não contradisser, valerá o acto, & tudo o que por ella se fizer; do mesmo modo tendo o Autor por si a presumpção da ley, & allegandoa em artigo que a parte não contradisse, se julga que o approuou. Ex his, quæ Gratian. discept. forens. cap. 76. num. 25. & decis. 105. n. 16. Cald. de renouat. emphyteus. cap. 17. num. 10. col. 3. in fine, faciunt quæ Surdus decis. 199. num. 8. E tambem tornarão as RR. com as censuras injustamente a posse, lançando della o pay do Autor, que a tinha ja de antes hum anno, & assim sem duuida, & com muita rezão, & justiça foraõ condemnadas na restituiçaõ dos fru-

ctos da indeuida occupação, porque, como ſe prouou que o pay do A, era poſſuidor mais antigo, ſempre a poſſe das RR. fica ſendo clandeſtina, & viciosa. Gom. l. 45. Tauri, n. 178. Menoc. remedio 15. recuperand. n. 384. Gratian. cap. 431. n. 5.

No que tudo conuieraõ os ſobreditos Doutores, na cauſa de Euora de Phillippe Lobo da Sylueira appellado, com as Freiras de S. Bento da dita Cidade, em Março de 1652. no dito Cartorio de Antonio Rõiz da Coſta.

Decis. 46

Donde hauemos tirar por concluſaõ certa, que o fim do morgado he peraq̃ pella diuiſaõ dos bẽs ſe não extinguaõ as geraçoẽs, caſas, & familias, mas q̃in teiras ſe conſeruẽ, pera ornato, & ajuda da Republica, do Princepe, & dos parentes pobres, & pera ſe perpetuar a memoria do inſtituidor. Couar. lib. 1 reſol. c. 15. in fin. & lib. 3. c. 5. verſ. 3. Pinel. in l. 1. C. de bon. mat. 3. p. n. 99. verſ. *ſed pro ſucceſsione*, & n. 102. verſ. *Sed reſpondeo*, multis cit. Tiraq. de iure primog. q. 61. n. 7. E conforme a iſto he certo, q̃ nos bẽs de morgado, morto o vltimo poſſuidor, paſſa logo *ipſo iure*, a poſſe ao ſucceſſor, ſem ſer neceſſario outro acto, & aſſi o que a toma *debet vocari inuaſor*, & comete força. cap. 1. §. Marchio, vbi DD. col. 1. de his qui feud. dar. poſſunt, pois he certo q̃ a poſſe não póde eſtar em dous, iuxta textum in l. 3. §. ex contrario, ff. de acquirend. poſſeſſ. vbi Barth. facit l. vt certo, §. ſi duobus vehiculum, ff. como dat. Pinel. in l. 2, C. de bon. mat. & procede o ſobredito mais indubitauelmente, quando o morgado for inſti-

40

tuido por titulo de doação, em certos bens ſugeitos a reſtituiçaõ, & aque

41

faõ chamadas muitas peſſoas por ordem ſucceſſiua, no meſmo inſtante, em que ſe inſtituio o morgado, ſoraõ feitas tantas doaçoens, quantas ſaõ as peſſoas que a elle foraõ chamadas, (ſ. por titulo de doação) & no meſmo inſtante que ſe purifica a condição, ou chega o tempo em que ſe hade entrar, acabada a ſucceſſaõ do primeiro chamado, entra no morgado o ſeguado *ex propria perſona inſtituentis*, & não por direito algum que lhe dé o poſſuidor, depois do qual ſuccede. Molina de primog. lib. 1. c. 1. n. 17. Paul. Caſtr. in l. ſi pecunia, in princip. ff. condit. ob cauſ. n. 11. & conſ. 164. n. 19. 20. & 21. cum ſeqq. Tiraquel. de primogen. quæſt. 40. num. 108. cum ſeqq. & 116. Doctores communiter, vt per Molin. vbi ſup. *Cùm de natura maioratus ſit eſſe perfectum, & non ſit nouum, vt ex vnico verbo plures dentiones, & ſubſtitutiones deducantur.* text. in l. coheredi, §. discretas, ff. de vulgar. Aret. ibi, & laſ. n. 5. l. 1. C. impuber. & alijs ſubſtit. l. iam hoc iure, ff. de vulgari, & pupillari ſubſt. Molina de primogen. lib. 1. cap. 4. n. 16. Pello que ainda que hum dos chamados ao morgado dè cauſa pera ſer reuogado em parte, ou em todo, por ſer ingrato, ou conſentir que o inſtituidor do tal morgado irreuogauel, ou outra qualquer peſſoa, *directè, vel indirectè*, reuogue o vinculo do morgado, iſſo não ſerà baſtante pera prejudicar ao morgado, & bens vinculados, & ao direito dos ſucceſſores: & aſſim que a cauſa por que ſe póde reuogar a doação de conſentimento do donatario, ſcilicet, por ingratidaõ, ou outra qualquer ſemelhante, não tem lugar no morgado, & ſubſtituiçoẽs. Molin. de primog. lib. 4. c. 11. n. 46. & lib. 1. cap. 9. n. 58. text. in l peto, §. fratre, cum ſimilibus, ff. de legat. 2. *facto enim alieno ius alteri ius*

42

non mutatur. l. nam satis, §. fin. ff. quemadmod. seruit. amittatur, & quis non debet alterius facto prægrauari. l. si quis in suo, §. leges, ff. de inoffic. test. regula non debet, de reg. iur. in 6. vbi Din. Surd. cons. 22. n. 29. & 145. num. 20. & 177. num. 84. & etiam, quia alieno facto nullus oneratur. l. in causa, ff. de procur. *& factum vnius alteri nocere non debet*. l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pact. l. de pupillo, §. si plurium, ff. noui oper. nunt. l. pater famil. ff. de heredibus instituend. l. nõ debet alteri, vbi Dec. ff. de reg. iuris, l. hæredes, §. in illa, ff. familiæ herciscund. l. cohæredi, ff. eodem. l. debitorum pactionibus, Cod. de pactis, Menochius cons. 346. num. 26. Surd. decis. 102. num. 1. Farinac. cons. 40. num. 45. lib. 1. E a rezão disto he, pera que se conseruem as familias sem diminuiçaõ do credito do instituidor, iuxta textum in l. 1. §. sed si seruus, ff. de vent. inspiciend. tenet Couarr. in cap. Raynuntius, in principio, de testament. num. 24. & lib. 3. variar. cap. 5. num. 6. Matienc. in l. 1. gloss. 1. tit. 7. num. 13. lib. 5. recopilat. & tudo se introduzio a fauor do bem publico, que, como disse, he credito da Republica, & bem commum hauer morgados, & conseruaremse as familias. E daqui veyo tambem o admittirse a opinião dos Doutores, que dizem
43 que aquelle, que alhear os bens de morgado, & seus herdeiros, saõ admittidos a reuogar a alheação, & podem recuperar por reuendicação os taes bens, per textum in l. quemadmodum, Cod. de Agricol. & censit. lib. 11. l. iubemus, §. sane, Cod. de sacrosanct. Eccles. vbi Baldus num. 1. tenet idem Aretin. cons. 123. num. 7. Socin. cons. 79. num. 47. libr. 4. Aymon Crauet. cons. 200. num. 6. 7. & 8. Tiraquel. de retract. linag. §. 26. glossa 2. num. 6. Gratus cons. 91. n. 25. lib. 1. Andreas ab ex ea, de pactis, num. 229. Curt. iun. cons. 175. n. 10. in fine, Grammatic. decis. 93. n. 8. & 9. Afflict. in decis. Neapolit, 140. n. 8. idem in constit. Rubric. 5. num. 7. & in cap. 1. §. si Titius, num. 15. si de feudo fuerit, controuers. Peralta in Rubric. de hæred. inst. n. 95. cũ seqq. firmat, & in hæredis persona notat Molina de primog. lib. 4. cap. 1. num. 16. & num. 17. o qual Molina no mesmo cap. 1. n. 2. vers. *qua in re*, in fine, & n. 3. diz q̃ tãto que o instituidor institue morgado com as clausulas necessarias, de que lego faremos mẽçaõ, fica o successor prohibido a fazer todas as cousas de q̃ se possa induzir alheaçaõ, & diuisaõ dos bẽs, l. codicillis, §. matre. vbi Barth. & DD. ff. de legat. 2. Tiraq. multis relatis, de retract. linag. §. 1. glossa 14. num. 14. Molin. d. libro 4. cap. 1. num. 8. & naturalmente pella força, & natureza da prohibiçaõ, se não podem alhear os taes bens. l. peto, §. fratre, & §. prædium, cum similibus, ff. de legatis 2. & tacitamente se induz nas palauras de instituição de morgado a prohibição de não alhear. l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebell. l. fin. §. sed quia, & fin autem, C. commun. de legat. & assi quem diz: *Instituo morgado de meus bens*, ainda que não declare que os taes bẽs se não possaõ vender, tacitamente fica por força das taes palauras, & censura da ley prohibida a alheação delles, vt dictum est: o que procede quando o vinculo he perfeito, & consta que os bẽs saõ de morgado.

Porem he de notar, que os bens em direito sempre se presumem liures, & não sugeitos a morgado, nẽ a fidei- 44

fideicõmisso, que he o mesmo, como acima prouei cap. 1. § inter filiũ, & ibi Bald. n. 2. ff. de feud. fuerit controuers. Alexand. cons. 85. lib. 1. Anton. Gabr. qui plures refert lib. 3. communi. opin. tit. de feudis, conclus. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsump. 99. Molin. de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 11. n. 15 E assi quem allegar que os bẽs saõ de morgado, o deue prouar; porque de todo o vinculo se não induz morgado, vt per Molin. d. lib. 1. cap. 5. nem quaesquer conjecturas fazem presumpção de morgado, mas sò prouas concludẽtes, & euidentes sinais da võtade do testador, vt eleganter tenet Bursat. lib. 1. cons. 51. n. 9. lib. 1. Cæphal. cons. 447. n. 16. lib. 3. E assi o Testador ha de dizer expressamente: *Instituo morgado*, ou mandar que seus bens se não alheem, vendão, nem escambem, antes se conseruem em sua familia, dandolhe ordem de successaõ. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. n. 6. 16. & 34. per text. in l. si quis solidũ, 30. §. pen. ff. de leg. 2. quãuis hũc text. non citet Molin. d. loco. Gama decis. 286. n. 1. vbi dicit, *hoc copulatiuè requiri, nempè bona oneri perpetuo esse affecta, & prohibita alienari, & relicta familiæ, seu lineæ.* Doctores in l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de legat. 1. prosequitur Gama dicta decis. 286. chamando successores, & fazendo conseruação de familia, vt Molina dicto cap. 5. n. 7. E se proua serẽ os bẽs de morgado por andarem sempre vnidos em hũa familia sem se diuidirẽ, nem alhearẽ, affirmãdo as testemunhas que assi o ouuirão a seus antepassados. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. Menoch. cons. 251. n. 18. Garcia de nobilit. in diuis, à princip. n. 55. Gama decis. 215. n. 1. Lara de anniuers. lib. 1. cap. 5. núm. 38. Salazar de vsu, & consuetud. cap. 12. n. 27. Molin. Theolog. tract. 2. de iust. disp. 390. vers. 30. Castilh. lib. 5. cap. 93. §. 7 à princip. Valasc. cons. 97. n. 4. & 11. & cons. 111. n. 8. & cons. 132. n. 16. Rein. obseru. 22. n. 20. & 21. & obseru. 70. n. 43. Pereira dec. 1. n. 8. o q̃ se proua mais cõ a qualidade dos bẽs, & da nobreza, & lustre da familia. *quia nobiles magis amantiores sunt conseruationis familiæ, & in illis magis præsumitur vinculus maioratus.* Molin. lib. 1. cap. 11. num. 4. Manal. lib. 1. variar. quæst. 17. num. 41. Thesaur. decis. 270. n. 11. Surd. cons. 369. n. 21. Cassanat. cons. 20. n. 14. Gratian. forens. cap. 834. n. 8. Fontanel. dec. 32. n. 18 1. part. Giurb. de feud. §. 1. gloss. 8. n. 33. Guter. lib. 2. canon. q. 14. n. 13. Fusar. de subst. q. 384. n. 4. & assi andando os bens em familia, & com prohibiçoens, sem se alhearem, bem se presume serem de morgado. Porem bem póde o Testador deixar seus bens com encargos de missas, & prohibir a alheação delles, sem attender á familia, mais que sô á alma, & ficar com isto passando a propriedade sobre quem a impoem, sem ser morgado. l. nihil proponitur, ff. de legat. 1. Gama dec. 30. n. 1. & dec. 286. n. 1. como tambem nos mostrará o caso seguinte ventilado no Senado, em hum feito de Torres novas, entre partes Manoel Fernandes contra Frãcisco Dias R. & a proposiçaõ do caso, & questão he.

46

Do encargo de missas, se se induz perpetuidade, ou vinculo de morgado?

COmeçou o A. appellado Manoel Martins, por hũa petição requerẽdo se exhibisse a doação, q̃ seus pais Affonso Iorge, & Ines

Titulo decimo

Ines Fernandes fizeraõ a sua filha Maria Iorge irmaã do appellado, dizẽdo que a nãopodiaõ fazer, de certas casas, em rezão da verba do testamento, pella qual queria persuadir que soy visto instituirse morgado das ditas casas, & junto o instrumento de dote feito à irmaã. o juiz recebeo os embargos: houue contrariedade, & indo a final, pronunciou o dito juiz, que os ditos Affonso Iorge, & Ines Fernandes não podião dotar as ditas casas a sua filha, & que julgaua pertẽcer a d. successaõ ao appellado, por filho mais velho dos sobreditos, & hauer sido a doação nulla, & que sò em sua vida dos dotadores poderia ter lugar a respeito do rendimento das casas.

De modo que veio a ser o processo entre dous filhos dos mesmos pais & mãis q̃ ainda eraõ viuos, & possuião os bens. & pretendia o A. como filho mais velho, q̃ se pronunciasse que os bẽs eraõ de morgado, & que a elle pertenciaõ por morte da mãy, a quem foraõ deixados pella verba do testamẽto do theor seguinte.

E disse mais, que deixaua as suas casas, quintal, & poço a Ines filha da Penim, com obrigaçaõ de duas missas cada anno, hũa pella alma de sua mãy delle testador, & outra pella alma de seu auó, com tal condiçaõ, que nãopossaõ ser trocadas, nem alheadas, nem escambadas; & sendo caso que façaõ o contrario, deite a Igreja de S. Pedro maõ dellas.

Porem como estas palauras não vem a ser mais que hũa imposiçaõ de missas, não a fauor de ascendentes, ou da agnação, mas sò em rezão de querer que das casas se dissessem as ditas missas, disse as palauras, *que se não trocassem*, &c. as quaes como não respeitem à familia, & agnaçaõ, como he necessario pera se poder julgar, que os bens saõ de morgado, não induzem successaõ delle, como nos mostrará a deliberação seguinte do doctissimo Dezembargador o Doutor Luis Delgado de Abreu, primeiro juiz nesta causa, que considerou o ponto, & magistralmente resolueo com a doutrina seguinte.

48 *Negatiuã partẽtenet Gam. dec. 6 secutus Gomes l. Taur 40. n. 79. & alios relatos per Padilb. in l. 1 n. 29. C. de fideicõmiss. Pinel. l. 1. 3 p. n. 7. C. de bon. mater. de quo latissimè Valasc. cons. 184. per totam.*

Successorem maioratus, vel capellæ posse agere quod declaretur, successor ipsius maioratus, seu capellæ, & de ipsius successione agere, viuente adhuc possessore ipsius maioratus, decidit ex alijs Pereira dec. vlt. n. 2. Maximè alienatione bonorum data: vnde cùm bona, de quibus agitur, sint capellæ, & maioratus pertinent ad A. tanquam ad filium maiorem, ad quem deueniunt bona, quæ diuidi non possunt, & ad vnum vẽtura sunt. l. vltima, ff. fide instrument. vbi notatur, Ord lib. 4. tit. 100. & citati à Barbosa, & in domo proponitur onus missarum perpetuum cum prohibitione alienandi, vnde videtur constituta capella, seu maioratus: multis citatis tradit Barbosa ad Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53. á n. 1. Tamen non dicerem in casu præsenti fuisse inductum maioratum, quia testator familiæ non prospexit, quod necessarium est

eſt, vt capella iudicetur, vel maioratus. Gama deciſ. 236. à prin cipio, Molina de primog. lib. 1. cap. 5. â n. 6. cum ſeqq. optimè do ctus patronus pro appellante, & quod prohibitio alienandi non fuerit facta fauore familiæ, oſtenditur ex vocatione in caſum alie nationis, vbi vocantur Clerici Eccleſiæ S. Petri: & maioratus, ſeu capella non cenſetur conſtitutus ex ſolo onere miſſarum im- poſito, nec ex impoſitione inducitur, l. nihil proponi, ff. legat. 1. Valaſc. conſ. 82. n. 8. multis citatis, & aliás bona poſſunt diuidi inter hæredes per eſtimationem iuxta ſupra citatos, ex quibus excludendus venit actor tanquam actione carens, reuocata iudi cis ſententia, &c.

E aſſi conuieraõ na reuogação da ſentença do juiz na forma ſeguinte.

SENTENÇA.

Dẽciſ. 47. *ACordão os do Dezembargo, &c. Não he bem julgado pello juiz em declarar as caſas da contenda por dẽ mor- gado, & pertencerem ao appellado por filho mais velho da dotadora ſua mãy, julgando não ter a doaçaõ effeito, reuogãdo ſuã ſentença, viſtos os autos, & verba do teſtamento, do qual conſta que ainda que haja prohibição de ſe venderem, & eſcambarem cõ obrigação de duas miſſas, com tudo como ſe colhe que a prohibi- ção não reſpeita à conſeruação da familia, não induz morgado, nem capella, & attendendo pera o pouco valor das caſas, he certo que a dita prohibição foi poſta ſomente pera andarem em hũ poſ- ſuidor que haja de mandar dizer as duas miſſas, o que não impe de diuidirem-ſe por eſtimaçaõ, abſoluem ao appellante, & julgaõ a doação por boa, & declaraõ que o appellado não tem por hora aução pera a impugnar, nem contradizer, & o condemnão nas coſtas dos autos. Lisboa 2. de Março de 1649.*

Lemos. D. Abreu.

Cõm o dito Dezembargador o doctiſ ſimo Doutor Rodrigo Rodrignes de Lemos no dito anno, & cartorio.

E aſſi fica com iſto certo, que o en- cargo de miſſas com clauſula de que ſe defira a ſucceſſaõ ao parente mais chegado, feita mẽção da familia, in- duz morgado. Gama deciſ. 48. alias a tal clauſula ſó o não introduz, nem pro duz mais que o effeito ſobredito: tam bem as coſtuma das palauras com que regularmente ſe faz morgado, como

são as referidas nas decisoẽs que nesta terceira ordem de succeſſão apontei, induzem morgado, ex Gama decis. 345. E quando não ha tanta ſolemnidade, baſta poſſuirem ſe os bẽs por de morgado, por largo tempo. Gama dec. 215. & dec. 345. n. 1. Cabed. p. 1. decis. 121. Valaſc. conſult. 131. n. 17. & conſult. 111. n. 8. onde diz, que baſta que os bens chegaſſem a dous poſſuidores que os poſſuiraõ como de morgado; & quando a inſtituição he duuidoſa, reſoluem os Doutores, que concorrendo o eſpaço de dez annos, & coſtume de ſe poſſuir como morgado, ſe preſume ſerem os bẽs ſugeitos a vinculo. vt per Molin. lib. 2. c. 6. n. 57. & o Doutor Gama dec. 218. & ſe entẽde morgado, ainda que o Teſtador lhe chame capella. Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53. & tradunt Phæb. 2. p. dec. 120. à n. 16. Cabed. 1. p. deciſ. 21. n. 1. Gama deciſ. 224. n. 4. & o meſmo Gama diſta deciſ. 218. diz, que quando paſſaõ os bens á terceira geraçaõ, nelles ſe ſuccede com titulo de morgado (ſ. cõtando as geraçoẽs na forma das aruores que fiz acima no primeiro liuro, no tit. de nuptiis, in principio, quando trato dos eſpoſorios) deſte modo: Inſtituio hum pay hum morgado duuidoſamente, poſſuio, com tudo, ſeu filho os bens por de morgado, he hũa geração, chegou atẽ ſeu biſneto, que he a terceira geração nadeſcendencia, o qual os poſſuio tambem por de morgado, paſſandoſe em tudo quarenta annos, fica morgado. vt per d. Gamá d. deciſ. 218. E ainda que a ſucceſſaõ ſe defira ſó a hum ſucceſſor, ſe o inſtituidor declarar nella perpetuidade, tambem fica morgado, ex Gama dec. 224.

E depois diſto vejamos pera confirmação do ſobredito (de quando as miſſas só não fazem morgado, porem ſe com ellas ſe reſpeita á familia, ſim) o caſo ſeguinte, em o qual depois de nos confirmar o referido, acharemos tambem doutrina pera o modo com que ſe ha de fazer ſubrogaçaõ de algũa propriedade, ou terra de morgado, vendendoa com licença, & pondo outra em ſeu lugar, na forma que aqui veremos julgada.

Bens ſugeitos a encargo de miſſas ſe ſe podem alhear, & ſe poderaõ ſer ſubrogados, & como?

NVno da Coſta Monis deu libello contra Antonia Gonçalues viuua de Diogo Fernãdes Branco, pedindolhe hũa terra, que eſtá no termo da Cidade do Funchal junto á hermida de S. Luzia. O fundamento da auçaõ foy dizer, que Branca de Vares tomou eſta terra em ſua terça, & a deixou a ſua ſobrinha D. Izabel com encargo de cinco miſſas rezadas, & que por ſua morte vieſſe ao filho, ou filha que ella nomeaſſe; & que a d. D. Izabel nomeara o A. ſeu filho, & q aſſi lhe ficaua pertencendo.

Houue contrariedade, deduzindo nella, que Ioaõ de Betancor, & ſua molher pay, & mãy do A. fizeraõ hũa petição a S. Mageſtade pera poderẽ vender a dita terra, ſubrogando em lugar della hũa fazenda que tinhão no Porto nouo, chamada o Rochão, & q precedendo as informaçoẽs neceſſarias ſe paſſara prouiſaõ pera ſe fazer eſta ſubrogação, & que o pay do A. em Janeiro de 625. em rezaõ da d. prouiſaõ vendera a Diogo Fernandes Branco marido da A. a terra, por eſcritura, & que ſubrogara em lugar della o ſer-

rado

rado do Rochão, no qual ficara impo-
sto o encargo das missas, & que com
este titulo junto, entrara o marido da
R. a possuir a terra da contenda, fazen
do nella benfeitorias, em que conti-
nuarão o pay do A. & seu filho o A.

Houue replica, & treplica, & com
os papeis juntos indo a final ao doctis
simo Dezembargador o Doutor Luis
Gomes do Basto Corregedor da Cor
te do Ciuel, absoluco a R. do pedido
pello A. ex seqq.

Porque he cousa certa, que ainda
que os bens tenhão algum vinculo q̄
51 podem ser trocados com outros, pre
cedendo informação, & entreuindo
prouisaõ do Dezembargo do Paço,
pella Ordenação do liuro 1. tit. do re-
gimento do Paço, no §. 109. & he cou
sa que cada dia se concede, & de jure
latè probat Molina de primog. lib. 4.
cap. 4. n. 1. cum seqq. & Castilh. tomo
5. quotidian. cap. 65. n. 62. vers. vide-
licet; & entreuindo a authoridade do
Principe pera a subrogação, fica posto sem duuida.

Constou què Ioaõ de Betancor,
& sua molher D. Izabel, pay, & mãy do
A. fizerão petição, relatando que a
terra da contenda ficaua no termo da
Cidade do Funchal, & que elles erão
moradores na Villa de S. Cruz, aonde
hauia mais fazenda da Testadora Bran
ca de Vares, & que lhe ficaua mais a
proposito vender esta terra, & cõprar
com o preço della outra na d. Villa de
S. Cruz, & depois da informaçaõ, &
aualiação da terra se lhe cõcedeo pro
uisaõ pera a subrogaçaõ, & em virtu-
de della se vendeo a terra ao marido
da R. & se subrogou em lugar della
outra que valia cento, & outenta mil
reis.

A segunda circunstancia que se
considerou foy a vtilidade de ficar to
da a fazenda *motu* vnida, que he a cir-
cunstancia a que se tem grande respei
to, ex his quæ Molin. de primog. lib. 4.
c. 4. n. 19. vers. *Existimarem eam esse iu-
stam causam concedendi facultatem, vt
res illa alienaretur, aliàs in domicilio
instituzoris, & vbi maior pars, &c.* &
val mais hum pedaço de terra, por mà
que seja junto da outra fazenda, do q̄
outra terra melhor fora de mão: & assi
que ficando o encargo das missas pos-
sto no serrado do Rochão subrogado,
& sendo aceito pello juiz dos Resíduos
& registado nos liuros do tombo da
capella se ficou dando cumprimento
as qualidades, com que foy concedida
a prouisaõ.

Contra isto não obstou o que se
considerou por parte do A. dizendo,
que quando se alcançou a prouisaõ pe
ra se fazer a subrogaçaõ, era viua Do-
na Izabel mãy do A. & que quando se
fez a escriptura pello pay do A. era ja
fallecida hauia quatro, ou cinco annos
porque a morte succedeo em Mayo
de 624. & a escritura se fez no anno
de 625. & que por morte da mãy do
Autor lhe ficou a elle logo pertencen-
do a terça, & que ja seu pay não tinha
direito. A este fundamento, & diffi-
culdade se satisfez por varios meyos,
& he certo.

Primò, que o pay he legitimo
administrador de seus filhos, & pòde 52
obrar aquillo que entende que he pro-
ueito delles, porq̄ por rezão do amor
paternal confiaraõ muito as leys dos
pays, em quanto tem seus filhos no pa-
trio poder, ex l. 1. C. de bonis matern
l. cum oportet, l. final. C. de bonis, quæ
liberis: *Et potest pater tam in indicio,
quàm extra, omnia gerere, etiam in his,
quæ requirunt speciale mandatum.* Pi-

nel.in d.l.1.2.p.n.63. Cald.verbo, *lesis*, n.233. Castilho de vsufructu, cap.3. n.10. Fontanel. de pactis nuptialibus, 1.tomo, clausula 4. glossa 7. n.14.

Pello que, supposto q̃ o Autor fosse filho familias, podia o pai como seu legitimo administrador effeituar a subrogaçaõ, pois não alheaua, senão melhoraua a fazenda de seu filho, que he geralmente admittido em todos aquelles que administraõ fazenda; porque ainda que não possaõ alhear por via da regra, cõce delhes no caso de euidente vtilidade. Ex notatis in l. cũ hi, §. eam transactionem. ff. de trãsact. & por este respeito os bẽs de dote, & os bens da Igreja, que não podem ser alheados, se podem vẽder no caso de vtilidade, *Vt fundus vtilior ematur*, & in specie, no Tutor, & Curador, & no filho familias o notaõ Molina de primogen lib.4.cap.4.n.23. & 24.

E em termos que o pay hé legitimo administrador dos bens do filho, os possa alhear por sua propria authoridade, & sem decreto, concorrendo justa causa: tradunt Guter. de tutelis, parte 2.cap.5.n.22. Simonclus de decretis, tit.8.n.1. & seq n.9. Pinel. l.1. p.3.n.45. vers. *quiomnes*, Peregrinus de fideicommissis, art 42. n. 95. vers. *simile est in patre legitimo administratore aduentitiorum filij: nam hic ex causa potest alienare bona hæc*. Balthez. Thomasius de tutoribus, tit.19.tract.7.n. 3059. pello que podia o pay do A. effeituar a subrogaçaõ por virtude da prouisaõ, pois concorreraõ causas justas approuadas pello Princepe na mesma prouisaõ.

E não obstou, que apontaraõ *ex aduerso*, que era neste caso necessario hauer vista o Autor, como immediato successor, & darselhe curador, porque supposta a prouisaõ de sua Magestade, & ser o pay o que contrataua, não era necessaria mais solemnidade, ex supra resolutis: o que he indubitauel, quãdo não ha alheaçaõ de bens, mais que somente subrogaçaõ, vt expresse decidit Ord. tit. do Regimento do Dezembargo do Paço, §. 109. & na administraçaõ, & disposiçaõ dos bens, em que o pay tem vsufructu, não he necessario dar curador ao filho. Valasc. de part. cap.7.n.43. prope finem.

Secundo, alem da rezão referida, concorre outra, de que depois deste contrato assi feito, o A. o approuou, & ratificou, por quãto esteue, & estaua de posse do serrado do Rochão, & nunca reclamou o contrato, nem fez diligencia algũa judicial, & ainda que quizera dizer, que quando seu pay fez o contrato, era elle menino de pouca idade, com tudo depois disso cresceo, & quãdo intentou esta auçaõ em juizo, era ja de 25. annos de idade, & casado; & os que saõ casados tanto que chegaõ a vinte annos, se reputaõ por mayores, como está expresso na Ord. lib. 3. tit.42. § 3. & o longo tempo he bastãte pera induzir consentimento, ainda quando elle se requere *pro forma*, em algum acto, ex l. si filius, 10. Cod. de petit. hæredit. l. qui in aliena, §. sed si nõ adierit, ff. de acquir. hæred. Gabriel lib.1. commun. tit. de præsumpt. Gama decis. 51. circa finem. §. 144. per totum, Gratian. forens. cap. 365. n.74. Valasc. cons. 189. n. 25. latè Tuscus litera S. concl. 322. Menoch. lib. 3. præsumpt. 132. à n.45. & 55.

Pello que sendo passada tanta quãtidade de annos, se induz consentimẽto, & approuação, ex supracitatis: & bastaõ dez annos pera se dizer tempo diuturno; & por si somente meterse

de

de posse, he acto de acceitação. Elegan ter Pereira decis. 48. num. 13. *Vnde sufficit vltimi possessoris approbatio, saltem tacita, dum possedit hæc bona sine vinculo, dum vixit, nam vbi consensus requiritur ad validitatem actus, probatur interuenisse spatio longi temporis.*

Tertio, o A. foy herdeiro de seu
54 pay, & está obrigado a estar pello contrato, & não póde desfazer o que o pay fez, pella regra da l. cùm à matre, C. de reiuendicatione. l. vindicrici. l. si fundum, C. rebus alienis non alienand. l. ex qua persona, ff. de reg. iur. l. vindicantem, ff. de euictionib. Suar. in l. quoniam in prioribus, ampliat. 7. n. 7. C. de inofficioso testamento, Gomes l. 40. Tauri, n. 34. post medium, Molina de primogen. lib. 4. cap. 5. n. 16. & 20. Menoch. cons. 89. & 8. 34. Peregrin. de fideicommissis, art. 14. n. 50. Pinel. selle&arum lib. 2. cap. 8. n. 2. cum multis alijs. E esta he a mais cõmua opinião, & se proua expressamente do texto in l. filiusfamilias, §. cum pater, ff. de legat. 1: *Vbi habetur quod si pater prohibuit fundum alienari extra familiam, filius ille illum alienauit, nepos vbi hæres patris alienantis non potest vendicare fundum.*

E posto que pella opinião contra-
55 ria nos morgados haja alguns Doutores, com tudo he de notar, que aqui não ha morgado, nem capella, porque Branca Vares em seu testamento somente poz encargo de missas na sua terça, & deixou a Dona Izabel sua sobrinha, & que por sua morte ficasse a hum filho, ou filha, que ella nomeasse, & assi na pessoa do A. que foy o filho de Dona Izabel, ficou o vinculo do fideicommisso acabado, & a fazenda liure pera poder ser alheada, cõ encargo de missas: *Quia fideicommissũ nen egreditur personas nominatas.* E morto o vltimo, se extingue o fideicõmisso. l. qui solidum, §. penultimo, ff. legatis 1. Molina de primog. lib. 1. c. 4. n. 1. Peregrin. de fideicommiss. art. 52. n. 2. pluribus Castilho lib 2. c. 22. n. 45.

Em confirmaçaõ do que mais se deue aduertir, que posto que a Testadora disesse, que o encargo das missas que punha nos bens da contenda era pera em quanto o mundo durasse, todauia não fez fideicommisso, ou morgado absolato, ou perpetuo, por quanto chegando ás vocaçoens, somente disse, que succederia sua sobrinha D. Izabel, & que por seu fallecimento ficaria a seu filho, ou filha, a qual ella nomeasse; & que não tendo filho, nem filha, poderia nomear quẽ ella quizesse, com tanto que fosse do sangue della Testadora, & não acrescentou outras algũas palauras, que denotassem perpetuidade nas succesoens, & por tanto como o encargo das missas não seja bastãte pera induzir vinculo perpetuo. Valasc. consult. 82. n. 7. ficou pella restricçaõ das vocaçoẽs o fideicommisso temporal, & não perpetuo, & durando somente, ou na vida do filho, ou filha nomeada, em a falta deste na outra pessoa que se nomeasse. vt in terminis, multorum allegatione, tradit Castilho lib. 2. d. c. 22. ánum. 44. cum seqq.

Nem obstou o testamento de D. Izabel mãi do A. em quanto vinculou a terça, & lhe poz clausulas, & condiçoens, porque a terça de Branca de Vares era do A. seu filho, & não se lhe podia pòr encargo algum, ex l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2. l. 3. ff. de interdictis, & releg. Valasc. cõsult. 27. n. 8. D. Pereira decis. 25. n. 9. & assi que a terça

a terça de Branca de Vares,& os bens a ella tocantes,se hão de considerar liures,sem vinculo de morgado,& o A. os podia alhear com encargos de missas,como o que se ficou verificando, q̃ não podia vir contra a subrogação, q̃ seu pay fez.

Nem menos obstou dizer,que seu pay tiuera muitos herdeiros, & q̃ elle não ficaua obrigado mais que por sua porção hereditaria, porque se respondeo,que foy herdeiro de seu irmaõ Pedro de Betancor. E tambem suas irmaãs D.Branca,& D. Brites lhe fizerão doação de seus bens , por elle o confessar em hũa petição , que offereceo em juizo,dizendo nella: *Diz o Capitão Nuno da Costa Monis por si,& como doado de suas irmaãs.* E esta confissaõ feita em juizo,em petiçaõ, & preces judiciais, faz proua plena. l.cum preces,C.de liberali causa. Mascard. concl. 368. Valasc. de iure emphyt. q.7.d. num.27.cum seqq. Barbos. ad Ord.lib.3.tit.59.in princip.n.4. Gratian. tomo 5.cap.857.n.1. De maneira que por aquella certidão se prouou, q̃ o A. foy herdeiro *in solidum* de seu pai & assi não podia encontrar a subrogação.

56

E sobre tudo a sentença do Prouedor dos Resíduos , que approuou a subrogaçaõ, por achar,que a fazenda era bastante,com o que se conuenceo tudo o contrario;& as testemunhas, q̃ a fauor do A. juraraõ, & pella aualiação dos aualiadores do conselho pera isso deputados,que jurarão ser a dita terra subrogada muito equiualente, como tudo considerou o dito doctissimo Dezembargador, julgando por valiosa a dita subrogação,por ser permitido o fazerse quãdo ha justas causas, conforme a ley do Reyno. E inda que o A. fosse menor , & não se lhe désse Curador pera esta subrogação,tendo ja direito acquirido na capella,por ser morta sua mãy,não he isto causa pera a inualidar, por quanto seu pay legitimo administrador era viuo , & com elle se celebrou a venda , & considerando, & especificando tudo o sobredito, na forma que fica referida , em absolnição da R. Antonia Gonçalues na causa da Ilha da Madeira do d. Antonio da Costa Monis cõtra a dita Antonia Gonçalues viuua de Antonio Fernandes Branco. Escriuão Pedro de Almeida de Betancor, & a sentença dada em 29.de Nouembro de 1652.pello doctissimo Corregedor.

57

E do mesmo modo que a subrogação,quando he justa,val,tambem he certo, q̃ as diuidas contrahidas pello primeiro instituidor do morgado,deuẽ ser pagas por qualquer successor,iuxta textum in Authent. res quæ,C.cõmun.de legat.probat text.de fideicõmisso loquutus , in l. filiusfamilias, §. Diui,2. ff.de legat. 1. probatur etiam ex l.pater filium 36. §.1. ff.de legat. 2. l.peto,69. §.prædium, ff. eodem tit. & a prohibição nunca se entende da alheaçaõ necessaria, iuxta reg. l.1. ff. de fund.dotal. probat Ord.lib. 3. tit. 93. §. final. & ex l.alienationes, ff. familiæ herciscund. Molina de primog. lib.4. cap. 4. O que procede, quando o successor do morgado he vniuersal herdeiro do defuncto,que o fica representando; porem quando o morgado for instituido por titulo de doaçaõ,ou de algũa parte dos bens em q̃ se succede por direito de sangue,& parẽtesco, & por titulo particular , não passaõ os encargos das diuidas ao successor, iuxta text. l. 3.ff. de interdict. & relegat. l.1.§. si hæres,ff.ad Trebell. l.æris alieni,

ui, C. de don. Molin. lib. 1. c. 10. n. 8. & 10. Valasc. doctissime disputans cons. 111. n. 2. & 16. & latè n. 14. porem isto se entende hauendo outros bens, de q̄ se paguem as diuidas, alias até o successor particular as deue pagar, porque o instituidor não podia com a cõstituiçaõ particular prejudicar seus acreedores. text. in d. §. Diui, 2. tradit Carualh. ad cap. Raynal. part. 2. n. 261. E tambem quando os taes bẽs do morgado estauão obrigados, & hypothecados por diuidas antes da instituiçaõ, indistinctamente fica sempre obrigado qualquer successor á satisfaçaõ. iuxta cap. ex literis, de pignorib. Carualho vbi sup. n. 263. & assi se hão de pagar as diuidas dos bens liures do Testador, & não os tendo, dos fructos do morgado, & não bastando estes, se venderaõ os bẽs do morgado. l. pater filium, in fine, ff. de legat. 3. Carualho vbi sup. ex quibus declaratur Ord. d. tit. 93. in principio, per Barbos. Vimarens. ad Ord. lib. 4. tit. 101. §. 1. n. 2. E assi se pede ao Princepe licẽça pera se poderem vender os bens do morgado, concorrendo causa justa, como he a satisfação da diuida, que redunda directamente em vtilidade da Republica, consideratis ijs quæ Mol. de primog. lib. 1. cap. 8. n. 31. Dec. cõs. 468. n. 27. & 498. n. 18. & Iun. Socin. cons. 76. n. 18. lib. 1. Iulius Clar. §. feudum, q. 76. Couas variarum lib. 3. c. 6. n. 7. Menchac. succes. creat. lib. 1. §. 1. n. 30. E conforme a estas resoluçoẽs, a opinião cõmũmente recebida he, q̄ quando concorre justa causa, póde S. Magestade tirar o direito acquirido, ou seja *in re, aut ad rem*, & assi o proua o Texto na l. item si verberatum, §. 1. ff. de reiuendicat. plura cumulat Barbos. 7. part. leg. 1. à n. 14. ff. soluto

57 matrim. Cab. d. 1. p. decis. 12. n. 4; & p. 2. decis. 2. l. hæb. 1. p. decis. 94; Castilho lib. 2. cap. 8. & lib. 3. cap. 28. Menoch. de arbit. q. 48. G. l. lib. 2. obseru. 56. cum seqq. Gabriel. libr. 3. communium. tit. de iure quæsito, conclus. 15. cum seqq. Cancer. variarum, tit. de rescriptis, n. 45. & seqq. E não póde hauer mais justa causa pera se cõceder prouisaõ pera vender bens de morgado, do q̄ pera pagar diuidas do instituidor, pois he de direito, cõforme a Ord. lib. 3. tit. 93. vbi plures glossatores a qual resoluçaõ procede, ou as diuidas sejão contrahidas antes, ou depois da instituição do morgado l. fin. §. Lutius, ff. de don. Palac. in rubr. de don. §. 16 n 14. Padilh. in l. vnũ ex familia, § si de falcidia, n. 7. ff. de leg. 2. Molin. lib. 4. de Hispan. primog. c. 2. n. 8. Castilho lib. 4. c. 3. n. 47. & alheaçaõ necessaria nunca se julga prohibida, & sempre se permitte. l. 3. ff. de fundo dotal. alienat. l. Diuus, ff. de petit. hæred. Castilho in repet. cap. Raynald. 1. p. n. 367. de testam. q̄ falla em alheação dos bẽs do morgado; & do mesmo modo procede esta resolução em transacção necessaria pera pagar diuidas, ou sustẽtar se, ou remediar necessidades. E conforme a isto he absurdo dizer, que o Rey não tem poder pera conceder a dita licença, por ser isto que digo, obseruancia quotidiana, & parecer sacrilegio duuidar do poder Real, pera que procede o sobredito, ainda que na instituição do morgado haja clausula expressa, de que se não alcançaraõ semelhantes prouisoens, nem se alhearão de nenhum modo os bens, porque não obstante a tal clausula, póde o Rey conceder a prouisaõ, ainda q̄ o supplicante em sua petição não faça menção da tal clausula, & prohibição,

vt per Molin. de primog. lib.4. c.3.n. 28. similiter alter Molina Theologus, disp.650.per totam. E não só em vida do instituidor,mas depois de sua morte,pòde ser concedida a tal licença,cõ correndo causa justa. Ord. lib. 2. tit. 35.§ 18.cum seqq.quod iuri consonũ est extraditis á Valasc.vltra alios,consult. 72.à n. 22. & assi o julgarão os doctissimos Dezembargadores os Doctores Francisco da Mesquita, Domingos Homem de Almeida,& Pedro de Castro de Mello, em hum feito de Lis
Dccis.49 boa, entre partes Manoel Pinto Leitaõ A. contra D. Maria de Azeuedo, em q̃ foi parte o D.Francisco de Valladares Sotomayor,anno de 1640,no dito Cartorio.

E deixando esta materia dos morgados pera maior escritura(*Deo fauente*)saibamos em conclusaõ da terceira ordẽ da successaõ,pois temos dito dos irmaõs legitimos,& naturais juntamẽte. Aduirtamos agora,q̃os legitimados succedẽ do mesmo modo,sendo a legitimaçaõ feita peilo subsequẽte matrimonio. De modo q̃ teue hũ homem filhos de hũa molher dõzella , cõ quem não era casado, nẽ elle, ou ainda q̃ elle o fosse, casou depois cõ a tal molher, ficarão os filhos q̃ de antes eraõ naturais, legitimos pello subsequẽte matrimonio,& succedẽ como legitimos. c. tanta, ext. qui filij sint legitimi. Porẽ se os taes forẽ legitimados por prouisaõ Real succedẽ ao pai, excluindo todos os agnados,vt per Barth.& Ias. in l.Gallus,§.&quod si tamen,ff.de liber. & posth. O q̃ procede se o pai na petição pera legitimaçaõ fez menção de q̃ tinha outros filhos legitimos,&na prouisaõ se declare,não obstãte ter filhos legitimos, porq̃ fazendo esta menção, ou achandose na prouisaõ a tal clausula , succede o legitimado igualmente com os filhos legitimos,& naturais,& não se fazendo a tal menção, he a prouisaõ subrepticia,& não val. Alex. & DD.in l.ex facto,ff.de vulgar. & pupillar.subst. Do terceiro modo.s.*per oblationem curiæ*, como não está em vso, não ha que dizerdelle. Saibamos agora,que do mesmo modo que dissemos isto dos filhos pera succederem aos pays,assi procede nos irmaõs naturais, que saõ aquelles filhos hauidos de manceba tida em lugar de molher,q̃ succedem igualmente com os irmaõs legitimos, quando os taes foraõ legitimados pello subsequente matrimonio. Barth.in §.ad hoc. Auth. vt liceat matri, & auiæ. O q̃ procede em todos os mais collaterais, que como legitimos deuem ser admittidos: & se a legitimação for feita por prouisaõ, succederá o legitimado sò ao pay,&não aos mais parentes do pai, nẽ ascendentes, nẽ descendentes,nem collaterais;nem pello contrario elles succederaõ aos taes legitimados,abintestato s. Auth.,quib. mod. natural. efficiantur sui. §.filium, ex testamento, bem poder ser herdeiros huns de outros, porque a instituiçaõ he liure,na forma que fica explicada. Saibamos agora da successaõ dos collaterais naturais somente.

Successaõ dos irmaõs,& mais collaterais naturais somente.

SVMMARIO.

Irmaõs collaterais naturais somente como succedem hũs a outros? Distinguese entre os que descendem por linha paterna, ou materna. 1.

E Nesta successaõ façamos differença entre os que vem por linha pater- 1

paterna,& os que saõ nossos parentes por linha materna. E nos que forem por parte do pay, diremos, que os taes irmaõs naturais não podem succeder hũs aos outros. §. vulgo quæsitos, sup. de succeſſ. cognat. & isto procede, ou sejão ambos naturais, ou concorra hũ legitimo com hũ natural. d. §. filiũ, in d. Auth. quib. mod. natur. efficiãtur sui.

E sendo os taes irmaõs, ou parẽtes pella parte da mãi, succedẽ hũs aos outros, ou sejaõ todos naturais filhos do mesmo pai, ou de diuerso, ou hũ natural, outro legitimo, & natural. l. si spurius, & l. hac parte, ff. vnde cognat. & entre elles tẽ lugar a representaçaõ entre hũs, & outros da linha materna na forma sobredita. Resta agora tratarmos dos collaterais espurios.

Dos irmaõs, & collaterais espurios.

SVMMARIO.

Espurios não succedem aos collaterais pella linha paterna, & aos da materna si.

ESaibamos, q̃ os transuersais espurios não podem succeder ao pai, nẽ aos da linha paterna, por terem pai incerto. l. si spurius, ff. vnde cognat. & por isso os filhos espurios nascidos do mesmo pai, & de diuersas mãis, não podem succeder como irmaõs huns aos outros. §. vulgo quæsitos. Porem se tratarmos da mãy, podem os taes espurios succeder huns a outros da linha materna, do mesmo modo que dissemos dos naturais.

Dos transuersais nascidos de ajuntamento condemnado, & reprouado pella lei.

SVMMARIO.

Nascidos de ajuntamento reprouado pella lei, não succedẽ hũs aos outros. 1

E os adoptados, & perfilhados por estranho, tambẽ não succedẽ hũs a outros; & se forem perfilhados por ascendente, como succederaõ? 2

NOtemos por regra geral, q̃ estes taes nascidos de ajuntamẽto condẽnado, & reprouado pella lei, como saõ incestuosos, nefarios, adulterinos, de q̃ tratei no principio do tit. de adopt. 11. lib. 1. Estes taes não succedẽ hũs aos outros de nenhũ modo, ou sejão nascidos ambos *ex coitu damnato*, ou hũ só. Auth. ex cõplexu, C. de incest. nupt. & §. fin. nouel 89. quib. mod. naturales efficiantur sui. E a mesma regra geral assentemos, q̃ procede nos parentes adoptiuos, os quaes posto q̃ por ficçaõ da lei fiquẽ irmaõs adoptiuos, ou arrogados, sendo a taal arrogação, ou adopção feita por estranho, não temos taes irmaõs entre si a succeſſaõ mutua, nem succedem hũs a outros. l. cũ in adoptiuis, C. de adopt. porem se forẽ adoptados, ou arrogados por ascẽdẽte (na forma explicada no d. tit. de adopt.) então succedẽ huns aos outros. Angel. & DD. in §. fin. sup. de legit. agnat. succeſſ. §. nullam vero. Auth. de hæred. abinteſt. veniẽt.

Eporque em falta destes collaterais dos q̃ referimos capazes, & dos ascendẽtes, & descendẽtes, chama o Pretor à succeſſaõ da molher o marido, & à succeſſaõ do marido a molher. *Deficientibus enim omnibus descendentibus, & ascendentibus, ac etiam collateralibus vsq; ad decimũ gradẽ, Prætor vocat virũ ad ſucceſſionẽ vxoris, & è cõtrario*, vt habetur in tit. ff. & C. vnde vir, & vxor. & em falta de todos os referidos. s. descenden-

Titulo decimo.

cendẽtes, aſcendẽtes, collaterais, molher, & marido ſuccede o fiſco, vt in l. vacantia, C. de bon. vacant. lib. 10. Vejamos o titulo ſeguinte, em q̃ ſe explica a ſucceſſaõ do marido, & molher, & depois veremos a do fiſco, pera complemento das cinco ordẽs de ſucceder que propuzemos no principio.

DE SVCCESSIONE inter virum, & vxorem.

Como ſuctede o marido á molher, & pellocontrario?

SVMMARIO.

1 *Pera ſucceder o marido á molher, & pello contrario, & ſe cõmunicarẽ os bẽs entre os caſados, ſe attẽta o coſtume do lugar onde ſe recebẽ, & o modo por que caſaraõ. Refereinſe tres modos porque ſe caſa neſte Reyno.*

2 *Quando ſe caſa por carta de ametade como ſe cõmunicão os bens entre os caſados?*

3 *E quanto he licita eſta comunicaçaõ q̃ o direito introduzio, & as leis?*

4 *Pera ter lugar a communicação dos bẽs entre os caſados, he neceſſaria copula, & conſumaçaõ do matrimonio, & ſe baſtarà a precedẽte, ou q̃ falte por culpa de algũ dos coniuges? Entendeſe a Ord. lib. 4. tit. 46. §. 1. Propoemſe hũ caſo.*

5 *Refereſe julgado, q̃ faltando a copula por culpa de algũ dos cõjuges, ſe julga o matrimonio por cõſumado.*

6 *Argumẽtaſe contra a deciſaõ: moſtra ſe como a copula ſe requere por cõdiçaõ, & ſe deue cumprir in forma ſpecifica.*

7 *Actos feitos na priſaõ ſaõ nullos, por ſe preſumirẽ miticuloſos, & feitos por medo, & o acto celebrado por medo, he nullo.*

8 *Reſpondeſe aos argumẽtos cõtrarios em confirmaçaõ do diſcidido.*

9 *Quando os contrahentes caſarem por dote, & arras, como ſe communicaraõ entre elles os bens?*

10 *Quando ha pacto expreſſo de cõmunicar os acquiridos, ſe entende hauendoos ao tempo da ſeparaçaõ do matrimonio.*

11 *Molher q̃ caſar por dote, & arras, ſe teue filhos, ficou ceſſando a cõdiçaõ, & ſendo meeira nos bens do marido, eſtâ obrigada pella ametade que lhe toca, como meeira, Propoemſe hum caſo.*

12 *Argumento à cõtrario ſenſu val em direito.*

13 *O que ſe dá debaixo de condiçaõ, ſe tira faltando ella.*

14 *Pondoſe na eſcritura, q̃ não tendo filhos ſe ſairà cada hũ cõ ſeu dote, hauẽdo filhos ceſſa a condiçaõ, & ficão caſando conforme a lei do Reyno. Refereſe diſcidido.*

15 *Cõmunicaçaõ dos bẽs, & acquiridos depende do contrato dotal, & pera a hauer, ſe ha de declarar nelle, q̃ ſe cõmunicaraõ todos os bẽs, que por qualquer via acquirirem.*

16 *Molher que caſa por dote, & arras, não eſtà obrigada às diuidas, q̃ o marido contrahio, durãte o matrimonio, pellos priuilegios do dote.*

E ſe

17 E se estarà obrigada às q̃ o marido contrahio antes do matrimonio?

18 Penhora feita em vida do marido por diuida contrahida antes do matrimonio, se valerá, posto q̃ se ache por sua morte que prejudica aos acquiridos que tocão â molher? Propoemse hum caso, & refere se julgado.

Pondera se sobre o discidido outra
19 questão acerca dos acquiridos, cõstãte matrimonio, & diuidas contrahidas pello marido, & quando a molher nãoestâ obrigada a ellas. Refere se discidida.

Argumenta se contra a decisaõ.
20
Quem fica em posse, & cabeça de ca-
21 sal tem obrigação de pagar as diuidas: pondera se argumentando como a molher que fica de posse, deue pagar as diuidas do marido.

Responde se âs objecçoẽs pera paga-
22 mentos das diuidas. Entende se a Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4.

Acreedor priuilegiado posto q̃ prefi-
23 ra aos mais, não pode obrigar ao deuedor, que restitua o que pagou por mandado de justiça.

24 Sempre se presume pagar aquillo a que está mais obrigado.

Feita a partilha, cessa a posse de ca-
25 beça de casal, & passa a auçaõ cõtra os herdeiros pro rata.

Se aceitando a herança a beneficio
26 de inuentario se confundem as acçoẽs, ou pòde o herdeiro ser ainda acreedor?

Pagamento feito com dolo não deso-
27 briga, mas he necessario prouar se o dolo, que se não presume.

Pagamento feito por mandado de ju-
28 stiça, faz que se não presuma dolo em quem paga.

Bens do morgado se estão obrigados
29 às diuidas pellos fructos? Entende se a Ord. lib. 4. tit. 103.

Quando no morgado ha clausula, q̃
30 as rendas delle não estaraõ obrigadas de hũ possuidor aoutro, por nenhũa causa, se tem lugar a d. Ordenação?

E quando a diuida se cõtrahio por re-
31 zão dos bens do mesmo morgado?

Confirma se o referido com a conside-
32 ração do caso, & decisaõ do Senado supremo.

Diuida cõtrahida antes do matrimo-
33 nio, se pagarâ da ametade dos acquiridos, pertencẽtes ao deuedor.

Acquiridos saõ como herança do de-
34 functo, & assi se contão depois de sua morte, porque se não chamão bens do defuncto, senão o q̃ resta, pagas as diuidas, & dinheiro alheo.

Refere se outro caso discidido acerca
35 das diuidas contrahidas antes do matrimonio, que seguem os bens do deuedor.

Pera se cõmunicarem os bens entre
36 os casados, não he necessaria entregareal delles, porque basta o contrato.

Differenças entre acõmunicaçaõ dos
37 bẽs

bẽs q̃ se faz pello casamento, & o que se faz pello contrato de sociedade vniuersal.

1 SEgue se a quarta ordem, ou grao de succeſſaõ. ſ. do marido, & molher, da qual tratão largamente os titulos in ff. & C. vnde vir. & vxor.

Como se pede o dote, & quẽ he obrigado a dotar, & como se deſcontão as diuidas, & outros muitos requiſitos dos dotes se explicão ne §. fuerat, inſ. in tit. de action. & das preferẽcias dos dotes, com os mais acreedores no titulo quibus modis re cõtrahitur obligatio.

Pera eſta ſucceſſaõ ſe deuem conſiderar tres requiſitos principais. Primeiro, ſe ſe fizerão pactos, & eſcrituras dotais, ou não? Segundo, que faltãdo eſtes concertos, & eſcrituras dotais ſe ha de attender ao coſtume do lugar onde ſe celebrar o caſamento. Terceiro, ſe deue aduertir, que em falta do contrato dotal, & conſtituição do Reyno, ou lugar do caſamento, ſe ha de obſeruar a diſpoſição do direito commum, vt per DD. in l. ſi extraneus, ff. de condit. cauſ. dat.

Neſte noſſo Reyno ſe caſa por hũ de tres modos. Primeiro, ou cõforme a Ord. do liuro 4. tit. 46. que diſpoem que todos os bens ſejão cõmuns, *ſimpliciter*, dos contrahentes. Segundo, por dote, & arras, de que trata a Ord. do liuro 4. tit. 47. que diſpoem q̃ não excedaõ a terça parte dos bens dotais. Terceiro, ou por dote ſem arras, cõ cõuençoens particulares, & contratos, q̃ ao pè da letra manda guardar a Ord. do liuro 4. d. tit. 46. explicat elegãter Pereira de Caſtro, deciſ. 53. à n. 1. E quando os contrahentes não declarão algũa couſa das ſobreditas, ſe entẽde, que caſaõ por carta de ametade. Ord. lib. 4. tit. 46. & tit. 95. in princip. & §. 4. Senator Homem tract. numer. quinar. cap. 23. à n. 1. & allegat. 4. n. 4. E quãdo ſe caſar conforme o primeiro modo. ſ. por carta de ametade, ſendo conſumado o matrimonio, ſe cõmunicão
2 entre os taes caſados, *ad inuicem*, todos os bens que tiuerem, & depois acquirirem, como ſe foraõ ſocios de todos elles, de modo que ainda que o marido ſeja pobre, & à molher rica, ou pello contrario, ſempre tem lugar a communicaçaõ dos bens, tanto que caſaraõ por carta de ametade, como ſe entre elles fora contrahida hũa ſociedade vniuerſal, & tem lugar a regra. l. 3. §. cum ſpecialiter, & l. 1. verſ. fin. l. 2. & l. cum duobus, 52. §. fin. ff. pro ſocio, explicat eleganter Valaſc. de part. cap. 5. n. 5. Pereira deciſ. 53. à n. 1. Phæb. deciſ. 115. á n. 6. E eſta communicaçaõ he muito louuada, & approuada pellos Doutores: porque ſe entre os caſados ſe communicão os corpos de tal ſorte que ficaõ reputados por hũa meſma peſſoa: *Et erunt duo in carne vna*; claro eſtá que communicãdoſe iſto, que he o mais, ſe ha de communicar a fazenda, que he o menos: vt probatur ex cap. non debet, de conſanguinitate, & affinitate, & ex l. in pecudum, ff. de vſuris. E como tambem vimos no tit. 6. do 1. liuro, quando tratei das excellencias do matrimonio, prouada a inſeparauel vnião, que deſte Sacramento reſulta, pois Deos Noſſo Senhor o inſtituio à maneira, & imitaçaõ dos eſpoſorios, & matrimonios eſpirituais, como largamente prouei, ja parece que iſto, que aqui dizem os Doutores ſoy primeiro enſinado nas ſagradas letras, vt ſupra dicto titulo 6. & in illo Cantic. 7. *Ego dilecto meo & ad me conuerſio eius*: & quem vir as combinaçoẽs da inſtituiçaõ do matrimonio, não duuidarà, q̃ o corpo, fazẽda, & bens he rezão que ſejaõ cõmũs entre os caſados: & muito mais juſto he o q̃ aqui ſe enſina pera euitar as diſcordias que podia hauer entre o marido, & molher, ſe ſeus bens não foraõ com-

3

cõmmũs: porque andariaõ ſempre a apartar huns dos outros, ſeguindoſe logo diſſo a guerra, pois he certo, que eſta foy occaſionada da diſtincçaõ dos dominios, & dequerer hum dizer: iſto he meu, outro defendelo. Facit dictũ Barth. in l. ex hoc iure, n. 2. ff. de iuſt. & iure. E neſte ſentido deuia de fallar o glorioſo Apoſtolo S. Paulo, Corint. 7. quando diſſe: *Tribulationem carnis habebunt huiusmodi*: porque o eſtado de caſado, aſſi como he bem auenturãça pera os que obſeruão ſeus preceitos, he condemnação, & guerra viua pera os que vzão mal delle.

Aſſi que obſeruemos por regra certa, que os bens ſe cõmunicão igualmente entre os caſados por carta de ameta de, como que ſe entre elles houuera ſociedade vniuerſal, ex iuribus, & Doctoribus citatis. Porem pera eſta regra ter lugar conforme a direito ciuil, he neceſſario que haja copula, de maneira que ſe hum homem ſe recebeo com hũa moça, & não conſumou o matrimonio, não tem lugar a communicação dos bẽs, vt ſupra diximus. Vejamos agora hũa excepçaõ, & quãdo ha communicação ſem hauer copula.

4

Se ſe podem communicar os bẽs entre os caſados, não hauendo copula, nem conſumação do matrimonio; & ſe baſta faltar por culpa de algum?

MAnoel Nunes de Lemos foi preſo pella deſloraçaõ de Martha Encenſa pera caſar cõ ella, como deſeito caſou, maspor raiua da dita priſaõ ſe auſentou, & não quiz nunca fazer vida cõ ella, ſendo pera iſſo notificado à inſtancia da A. a qual, morto o marido, quiz ſer meeira em ſeus bẽs. & ainda q̃ hauia duuida q̃ não hauião conſumado o matrimonio, com tudo como por ſua culpa, & maldade faltou a copula, que a Ord. requere, ſe julgou que por ſua morte, a A. era meeyra em ſeus bens, pellas razoens que aqui veremos apontadas. Poſto que a Ordenaçaõ lib. 4. tit. 46. §. 1. requere neceſſariamente copula pera o effeito do marido, & molher, ſerem meeyros nos bens, & pro forma neceſſarió requiri tenet Barboſa 2. p. rubric. ff. ſolut. matrim. n. 110. Rebello de obligat. iuſt. p. 2. lib. 6. q. 1. n. 2. faciuntque Barboſ. in l. diuortio, §. interdum, n. 30. Gratian. 1. forenſ. cap. 27. n. 4. vbi tenent, *quod forma legis debet præciſe obſeruari*, & ita refert iudicatum Valaſc. conſ. 137. n. 8.

Com tudo hade ſe fazer diſtincçaõ neſte caſo, quando falta a copula por culpa de algum, ou da molher, ou do marido, ainda que a Ordenaçaõ falle geralmẽte; no caſo em q̃ faltar, por culpa de algum, como diſſemos, ou por falta, & culpa do marido, ou da molher, ſe julga o matrimonio por cõſumado, como que ſe não faltara a copula, pera effeito de ſerem meeiros nos bẽs, como ſe julgou na d. cauſa de Tauira de Martha Encenſa, contra Manoel Nunes de Lemos, no anno de 1641. na qual foy primeiro juiz o Doutor Pedro de Caſtro de Mello q̃ fez ſobre o ponto a conſideraçaõ ſeguinte.

Bonorum communicationi in præſenti locum eſſe dicimus,

quia & si matrimonium, de quo agitur, non fuisset consumatum, vt est in confesso, & requirit Ord. lib. 4. tit. 46. §. 1. satis tamen est, quod culpa defuncti viri non consumaretur, vt affirmãt exceptæ testes, vt illud quoad hunc effectum pro consumato habeamus, ex traditis per Barbos. 2. p. rubr. n. 111. & in l. 2. in principio, 5. p. n. 153. ff. solut. mat. quorum opinio magis placet, licet non desint qui contrariam secuntur opinionem.

Ao qual se seguio a mesma opinião na doctissima tençaõ do Dezembargador o Doutor Fernando de Matos de Carualhosa, & por terceiro o insigne Mestre Primario, lustre & gloria da Iurisprudencia, o Doutor Marçal Cazado Iacome, com a consideraçaõ seguinte.

Ordinatio nostra lib. 4. tit. 46. induxit inter coniuges illam bonorũ cõmunicationem, quam iam apud Romanos in primis nascentis, eorum imperij cunabulis inductã fuisse, tradũt Rinuald, in hist. iur. ciuil. cap. 4. & alij quos refert Barb. ad dictam Ordinationem, & extat vestigium in l. aduersus, C. crimine expiatæ hæreditatis; sed vt eidem sit locus, requiritur, quod subsequatur copula, vt ipsa Ordinat. §. 1. conditionaliter requisita, quæ cum non interuenisset in casu, de quo agimus, debebat cessare legis dispositio. At verô sufficienter probatur ex parte vxoris, defecisse matrimonij consumationem ex culpa, & præuaricatia mariti, quo casu in odium ipsius, matrimonium debet haberi pro consumato, iuxta doctrinam illorum, quos refert Barbos. ad dictum §. 1. num. 7. Ex simili probatur, nam ad reciprocam coniugum successionem requiritur mutua cohabitatio. Ord. lib. 4. tit. 94. prout etiam requiritur insuper, Ord. lib. 4. tit. 95. & tamen certum est, quod si culpa alterius ex coniungibus defecit cohabitatio, eo respectu habetur pro non defecta, vt successioni sit locus, prout ex regula textus, in l. iure, ff. conditionibus, & demonstrationibus, l. si quis ita, ff. eodem, l. qui quatuor, ff. legatis, 3. nouiter, Costa in cap. si pater, 1. p. verbo, vxorem, n. 23. Gama dec. 103. insignis Barb. 2. p. rubricæ, n. 4, & 56. Valasc. cons. 55. & 137. Caldas forens. q. 17. n. 5.

E nisto conuierão todos os ditos DD. confirmando a sentença do juiz, que assi o hauia julgado.

Decis. 50

Não obstantes os largos argumẽtos que pella contraria opinião, se podem fazer, dizendo: primò, que a dita Ordena-

Ordenação falla geralmente, & requere copula como condiçaõ que se deue cumprir, & purificar *in forma specifica.* l. qui hæredi, l. Mæuius, ff. condit. & demonstrat. Menoch. cons. 1. n. 410, & assi sem outra ley não se deuia limitar a geral, estendendo se geralmente, iuxta l. non distinguemus, ff. de recept. arbitr. l. in fraudem, in fin. ibi: *Quia generalis est ista determinatio*, ff. de militari testamento: *Et quod lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* l. de pretio, ff. de publiciana.

E menos, que conforme a direito canonico o matrimonio contrahido por medo, he nullo *ipso iure.* text. in
7 cap. cum locum, cap. veniens, 2. de spõsalibus, cap. 2. de his qui vi. alia iura referens, tenet Couar. de spousal. 2. p. §. 5. n. 1. & que o carcere he justo medo, & todos os actos feitos no carcere saõ nullos, probat text. in l. qui incarcerem, vbi Barth. ff. quod metus caus. Meno ch. de arbit. casu 136. n. 3. Ord. lib. 4, tit. 76. §. 1. & seqq. in specie matrimonij ita tenent Cou. d. 2. p. §. 4. n. 25. & que sendo o R. preso pera casar com a A. era nullo o matrimonio, por ser contrahido por medo, ex locis citatis.

8 Porque, não obstante nada disto se póde responder, primò, que posto q̃ a dita Ordenaçaõ falle geralmente, & requeira a copula como cõdição, pera ter lugar a cõmunicaçaõ, cõ tudo faltã do ella por culpa de algũ dos casados se julga, que não faltou, & tem lugar a communicação, ex his quæ supra allegauit Magister Primarius, & tambem porque a condiçaõ se julga por cumprida quando falta o complemẽto por aquelle que estaua obrigado a cũprilla: *Et tunc obligatus ad factum tenetur ad interesse, quando est in mora.* vt ducitur in l. si quis ab alio, ff. de re iudicata, vbi Ias. & Barth. in l. stipulationes non diuiduntur, n. 30. ff. de verborum obliga., Surd. de aliment. tit. 4. q. 23 n. 26, & 27.

Secũdo, se póde responder, q̃ ainda que o matrimonio fosse contrahido da prisaõ, nem por isso he nullo, porque a d. prisaõ foy feita por causa da defloração, & assi *ex inditio clausulæ*, sempre he valido o matrimonio. Fõtanel. de pact. nupt. tomo 2. clausula 5. gloss. 5. n. 41. Sot. in 7. distinct. 29. art. 5. Auendanh. de metu, lib. 2. cap. 19. n. 91. & cap. 41. n. 55. cum seqq. text. in l. continet, 3. §. si vim, ff. de eo quod metus causa.

E assi por todas as vias he a d. sentença muito conforme a direito. Vejamos como se casa do segundo modo s. por dote, & arras.

9 E se o matrimonio for contrahido do segũdo modo, que acima dissemos, por dote, & arras, de quo Valasc. de part. cap. 23. n. 2. & 3. & Barb. in d. §. fin. n. 67. neste caso não ha communicação de bens entre os casados, mais que aquella que for declarada no pacto, & escritura dotal. Ord. lib. 4. tit. 47. & tit. 46. in princip. ibi: *Saluo quãdo entre as parties outra cousa for acordada.* & d. tit. 95. §. 3. ibi: *Saluo em aquelles bens, em que por virtude do contrato deuem ser meeiros.* Donde nem os acquiridos, constante matrimonio, se cõmunicão quando não ha expressa declaraçaõ, mas cada qual sae com o seu dote, & como o que por sua industria acquirir, circa notata in l. quintus ff. donat. inter vir. tradit Barbos. in l. 1. n. 33. cum seqq. & part. 4. n. 99. ff. soluto mat. Valasc. consult. 103. Aduertindo, que quando ha pacto expresso
19 de communicar os acquiridos, se entende

tende, hauendoos ao tempo da separaçaõ do matrimonio. O que veremos claramẽte explicado nos casos seguintes, que muito conuenientes me parecerão a este lugar.

Molher que casa por dote, & arras, tendo filhos, como fica sendo meeira, se està obrigada á ametade das diuidas do defuncto?

11 FRancisco Cordouil deuia duzẽtos mil reis a rezão de juro a Matias Pinto de Vasconcellos; tinha feito hũa escritura de dote, & arras, em caso que a molher falleceſſe sem filhos, ou elle, se lairia cada hum com o seu, com tudo tiuerão filhos, & por morte do dito Francisco Cordouil foy a molher meeira nos bens do marido, por hauer cessado a causa, & condiçaõ da escritura dotal; repudiarão os filhos a herança paterna, & pedindo o A. a sua diuida, foy condemnada a viuua na ametade della, como meeira que foy nos bens, & da sentença se appellou sem ter prouimento, pellas rezoens que apontarei.

Porque em o juiz hauer por meeira a molher nos bens do casal, & como tal a condemnar na ametade desta diuida, se conformou com as partilhas, por fallecimento do d. seu marido, em que como meeira nos bens, & hauer casado por carta de ametade, se lhe fez pagamento da sua, que lhe coube hauer nas ditas partilhas.

Depois disto conformouse com outra sentença dada em Rellação, de que fez menção na sentença, em que a mesma R. não teue prouimento.

De maneira que pellas ditas duas sentenças ficou ja este ponto determinado, de hauer a R. casado por carta de ametade, & bastaua pera se não duuidar. per text. in l. post rem iudicatã, ff. de reg. iuris. Surd. decis. 94. n. 3.

Porque posto que se fizesse a escritura de dote, a que a R. se pegou, em que se declarou, que os bens com que entraua seguirião a natureza de bens dotais, & não se poderião vẽder, trocar, nem escambar, com tudo foy com declaraçaõ no caso somente, em que falleceſſe sem filhos viuos, aſsi quer ella morreſſe primeiro, quer o d. seu marido. Vzauão em ambos os dd. dous casos da mesma declaração: dizẽdo: *Com declaração, q̃ sendo Deos seruido de leuar a elle Francisco Cordouil primeiro que ella D. Izabel, sem lhe ficarem filhos viuos nascidos de entrambos, em tal caso ella se sairà com o tal dote por inteiro, & com a ametade dos acquiridos.* E na mesma forma o declararão aſsi, no caso contrario em que ella morreſſe primeiro.

Da qual dispoſiçaõ se colhe que sò no caso em que morreſſem sem filhos de entrambos viuos, quererem ficar casando por contrato de dote, & seguirem os bens com que a R. entraua a natureza de bens dotais; (& porẽ constou dos autos ficarem lhe filhos viuos, como ella mesmo declarou no termo da continuação do inuentario) cũ valeat argumẽtũ â contrarijs. Euerard. in topic. legal. loc. 75. Gom. in l. 29. Tauri, n. 3. verſ. *quod probat.*

E tambem viſta a formalidade das palauras, não ha duuida ficar aquillo sendo hũa diſposição condicional, id eſt, morrendo sem filhos viuos: *Vnde conditione deficiente per existentiam filiorum tempore quo ſolutum fuit matrimonium per interitum mariti*, ficou a tal diſposição sendo pura, como que 12

se

se nunca houuera tal condiçaõ, & assi casando na forma da ley do Reyno, cõ forme a regra do Texto in l. cedere diem, ff. de verborum signif. l. pecuniam, vers. *proinde*, ff. si cert. petatur. l. necessario, in principio, ff. periculo, & commodo rei vẽd. & tambem, porque he certo, que aquillo que se dà, ou deixa debaixo de hũa condiçaõ, se tira faltando a purificação. & cumprimento da mesma condição, iuxta l. legata inutiliter, & l. si legatum, ff. adim. legat. l. purẽ, ff. eodem. l. aliquãdo, ff. condit. & demonstrat. Surd. cõs. 143. n. 44. & decis. 7. à n. 19.

O que, alem disto, se confirma, por
14 que antes pello mesmo caso que sò no em que lhe ficassem filhos viuos, declararão casar por contrato de dote pera a dotadora se sair com os bens com q̃ entrou, & ametade dos acquiridos; em caso contrario, & omisso, de quando morresse com filhos, em todo o rigor de disputa se ha de dizer ficarem sempre casando por carta de ametade, ex Ord. lib. 4. tit. 46. in principio, pella qual sò no caso, em que as partes declararaõ contratarem em outra forma, se manda guardar o que entre elles for acordado: sed sic est, que no caso em que lhe ficassem filhos viuos, *nihil disposuerunt, ergo standum est praedictæ Ordinationi*, de neste caso hauerẽ casado por carta de ametade: *Casus namq́, omissus semper remanet in dispositione iuris communis*, conforme a regra do Texto na ley cmomodissime, ff. de liber. & posthum. & o direito cõmum apud nos, saõ as nossas Ordenaçoens, vt per Valasc. 2. p. cons. 103. n. 8. & assi no caso presente fica sendo a Ordenaçaõ sobredita, pella qual nos hauemos de gouernar neste caso omisso: *ex eo namq́, quod quis non expressit, videtur omisisse*. l. item apud Labeonem, §. hoc edictum, ff. de iniur.

E tambem, porque se em hum, & outro caso, quer lhe ficasse filhos viuos, quer não, se hauião de hauer por casados por contrato de dote, ociosamente se ficou pondo à d. declaraçaõ, que morrendo sem filhos viuos: sendo assi, *quod verba semper censentur non otiose, sed cum effectu posita, vt aliquid operentur*. iuxta regula m, l. 1. C. com. deleg. cap. relatũ de cleric. non resid. l. si per aliũm, §. docere, ff, ne quis eum; & est vulgaris.

E assi o consideraraõ, & julgarão os doctissimos Dezembargadores, os DD. Francisco Lopes de Barros, Pedro de Castro de Mello, & Fernãdo de Matos de Carualhosa Rellator na confirmaçaõ da d. sentença, anno de 1641. em 6. de Iunho, no d. Cartorio de Antonio Rõiz da Costa, causa de Lisboá de Mathias Pinto de Vasconcellos, contra D. Izabel de Castilho. Decis. 52

15 Pello que temos visto, que do pacto pende a communicaçaõ neste caso de dote, & arras, & sem expressa declaraçaõ não ha serẽ meeiros, nem nos bens, nem nos acquiridos que vierem depois, por legado, legitima, herãça, ou doaçaõ, antes se ficarà cada qual com o seu, & com o que lhe for deixado, legado, ou doado, sem nenhũa communicaçaõ. l. nec adiecit, 9. ff. pro socio. Gama decis. 358. Gutier. pract. lib. 2. cap. 119. n. 5. E assi os acautelados ao fazer das escrituras, quando quizerem que haja communicaçaõ, haõ de declarar, que seja geral, & se communiquẽ entre os casados todos os bens por qualquer modo, & via acquiridos, por legitima, herança, legado, ou doaçaõ, ou por outra qualquer causa, vt per Gam. vbi proxime, notabiliter Barb. in l.

in l. 1. p. 1. n. 34. & 35. ff. soluto mat. onde assi naõ a rezão à maneira da sociedade particular, vt videre est per eum latê, & per Senatorem Dominicum Homem de Almeida in suo tract. de num. quinario, cap. 23. n. 13. & 4. & seqq.

E quando a molher casa por do-
16 te, & arras, não està obrigada ás diuidas que o marido contrahio, constãte matrimonio, antes se lhe deue fazer inteira restituição delle, conforme a l. fin. ff. solut. matrim. Gama decis. 366. & Valasc. de part. cap. 23. n. 6. & 7. porque o dote da molher em direito he muy priuilegiado, & tem preferencia a todos os acreedores. l. assiduis, C. qui potior. in pign. Barb. 6. p. l. 1. n. 24. in fine, ff. soluto matrim. Gomes l. 50. Tauri, n. 38. & ainda nas diuidas dos seruiços dos criados, *& pro alimẽtis, & sustentatione familiæ*, não estão obrigados os bens do dote. Gama decis. 366. n. 2. Barb. l. si constante. n. 51. ff. soluto matrim. E sendo isto nas diuidas contrahidas, durante o matrimo-
17 nio, indubitauel, muito mais claro he nas que o marido cõtrahio antes, porque nestas ha de preferir a molher cõ o dote, & com as arras, & com a ametade dos acquiridos, conforme a escritura dotal. Assi o notaõ Bart. & outros que refere Gama d. decis. 366. n. 6 Barbos. d. l. si constãte, in princip. n. 51 ff. soluto matrimonio. P. Molina de iust. tract. 2. disp. 435. & pro coronide facit Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. *& similiter debet restitui mulieri augmentum dotis, sicut & ipsa dos.* Text. in l. plerum que, in princip. & in §. 1. ff. de iure dot. l. etiam, C. eodem. l. si constante, §. pactis, C. de donat. ante nupt. l. dotis fructus, ff. iure dot. l. si ante nuptias, ff. soluto matrim. *& priuilegium doti con-cessum trahitur ad illius augmentum*, secundum Angel. in Authent. de æqualitat. dot. §. aliud, collat. 8. cum similibus, quorum meminit Paris. cons. 126. n. 8. lib. 2. Ioann. Campe. in tract. de dote, in finali p. q. 19.

E pera vermos isto mais illustrado vamos miudamente dis putando com consideração o caso seguinte.

Penhora feita em vida do marido por diuida contrahida antes do matrimonio, se val, posto que se ache por sua morte, que prejudica á parte dos acquiridos que tocauaõ à molher?

18 EM 2. de Agosto de 1634. fez D. Frãcisco Mascarenhas hũa petição ao juiz do Ciuel, dizẽdo, que elle tinha hauido sentença cõtra o Conde de Palma seu cunhado de dez mil cruzados que lhe prometeo em dote, & que pera pagamento da dita sentença nomeara o Conde os gados & moueis que tinha em Palma, em os quaes o supplicante fizera penhora, em Agosto de 630. & o supplicãte em rezão do parentesco, & amizade que tinha com o Conde, não fizera acabar a execução, & por fallecimento do d. Conde se fizera aualiação dos ditos gados, & moueis, & o supplicante tinha feito penhora, & se não podião partir, & o supplicante por euitar demandas, os queria aceitar em satisfação de sua diuida, pellas aualiaçoẽs feitas no inuentario, pedindo se mandasse que não se fizesse partilha dos gados, & bens em que fez a dita penhora & que se lhe entregassem pellas aualiaçoẽs

liaçoens: & mandandose dar vista ao Curador dos menores, se impugnou este requerimento.

Dizendo, que a diuida em rezão da qual o Autor fizera penhora, procedeo de hum dote, que o Conde defuncto fez ao Autor em quinze de Setembro de mil seiscentos & dezanoue, em que lhe prometeo dez mil cruzados pera effeito de hauer de casar com sua irmãa, & a sentença porque o Conde foy condemnado, se deu em Nouembro de mil seiscentos & vinte & dous, assim que como a sentença foy contrahida antes que o Conde de Palma casasse com a Condeça respondente, & sendo diuida antes do matrimonio, não ficou ella Rè obrigada a cousa algũa della, vt est Ordinatio libro 4. tit. 95. §. 4. & a tal diuida se ha de pagar dos bens que foren do Conde, como o notou Barbosa na ley si constante, in principio, numer. 51. ff. soluto matrimonio, Cabed. 1. part. decis. 131. Valascus de partit. cap. 23. num. 11. O que procede mais sem duuida na molher, que calou por dote, & arras, porque esta tal, nem seus herdeiros estão obrigados ao pagamento das diuidas contrahidas antes do matrimonio, vt Bartholus, & alij, quos refert, & sequitur Gama decis. 366. num. 6. Barbos. in dicta l. si constante, num. 51. ff. soluto matrimonio. Molina de iustitia, tract. 2. dispur. 435. E como constaua, que a Condeça respondente casara por dote, & arras, nunca pella sua parte podia ser obrigada ao pagamento da diuida, de que se trata. E que ainda na ameiade do Conde tinha a Condeça preferencia a todos os acreedores do defuncto seu marido, ainda mais antigos, & priuilegiados, por serem bens, que o defuncto acquirio com ella réspondente, que lhe estão especialmente hypothecados, como he texto expresso na ley assiduis. Cod. qui potiores in pign. Barbos. 6. p. l. 1. n. 24. in fine, ff. soluto matrim.

Porem nada disto obstou, porque a penhora se fez em vida do Conde, & assim acquirio o supplicante direito real nos bens penhorados pera se pagar por elles: o qual direito lhe não póde tirar a respondente Rè, no que toca a ameiade delles, em rezão de ser feita a penhora, constante matrimonio, por diuida contrahida antes do dito matrimonio, posto que os bens fossem acquiridos, durante o mesmo matrimonio, por quanto durante elle, erão do dominio, & administração do marido deuedor, & assim não tem lugar o requerimento da diuisão, senão depois da separação do matrimonio, como mais larga, & doctamente considerou o insigne Mestre commum, & doctissimo Doutor Francisco Valasco de Gouea juiz Relator na sentença seguinte, por compromisso confirmado por prouisão Real de Sua Magestade, com o Doutor Francisco Lopes Brandão, por adjunto, & por terceiro, na forma do dito compromisso, o illustrissimo Doutor Dom Diogo da Syluа, que todos conuierão na forma que a sentença doctissimamente refere.

Titulo decimo

SENTENÇA.

VIstos os autos, petiçaõ de D. Franciſco Maſcarenhas, em que pede ſe não faça partilha do paõ, gados, & mais bens da quinta de Palma, em que fez penhora pella ſentença dos dez mil cruzados, que houue contra o Conde de Palma ſeu ſobrinho, & que ſe lhe entreguem pellas aualiaçoens do inuentario, nas quaes os aceita por conta da diuida; & certidão porque conſta da meſma diuida, & da ſentença, & penhora feita por ella; rezoens com que a Condeça de Palma impugnou a dita petição, requerendo ſer meeira nos ditos bens, por ſerem acquiridos, conſtante matrimonio, & não hauer de proceder a dita execução na ſua ametade, pella dita diuida que foy contrahida antes delle: Compromiſſo que eſtas partes fizeraõ em nôs pera julgarmos eſta cauſa, confirmado pello aluarâ de Sua Mageſtade, certidoens, & mais papeis juntos. Moſtraſe o dito Conde de Palma prometer ao ditto Dom Franciſco Maſcarenhas dez mil cruzados, que erão a ametade do dote de Dona Margarida de Vilhena ſua irmaã, & cem mil reis cada anno em quanto lhos não pagaſſe; & ſer a dita diuida contrahida, & promeſſa feita, em quinze de Dezembro de 619. antes que o dito Conde caſaſſe. E que hauendo o d. D. Franciſco Maſcarenhas ſentença cõtra elle dos ditos dez mil cruzados em Nouembro de 1623. nomeou pera pagamento em Mayo de 1630. (tẽpo em que ja era caſado) os moueis que tinha na ditta ſua quinta de Palma, que erão pão, gados, caualos, eſcrauos, & o mais, conſentindo que ſe arremataſſem logo, & dando os pregoens por corridos, moſtraſe, em virtude deſta nomeação fazer o dito Dom Franciſco Maſcarenhas penhora nelles; & com licença do juiz lançar em cada hum dos ditos moueis os preços declarados em ſeus lanços, com que a d. penhora ficou feita validamente. O que viſto, & o mais dos autos, & diſpoſição do direito, & como pella d. penhora, & lanços feitos em vida do d. Conde validamente

acqui

acquirio direito real nos dittos bens, pera ſe hauerem de pagar por elles, o qual direito lhe não pòde ſer tirado pela dita Condeça, no que toca a ametade dos meſmos bens, em rezão da dita penhora ſer feita, conſtante matrimonio, por diuida contrahida antes delle, poſto que os taes bens foſſem acquiridos durante o meſmo matrimonio, por quanto durando elle, eraõ do dominio, & adminiſtraçaõ do marido deuedor, & não podia a Condeça neſſe tempo requerer a diuiſaõ da ſua ametade, a qual não tem lugar ſenão depois de ſeparado o matrimonio, & em quanto elle dura, não ſe pòde ſaber ſe ha acquiridos pera ſe partirem, por ſe hauer de tirar primeiro o capital de cada hum dos conjuges, o que não tem lugar ſenão ſeparado o matrimonio: ſalvo quando o marido vay empobrecendo, ou dilapidando ſeus bens, o que ſe não proua neſtes autos, em reſpeito do dito Conde. Pello que ficou ſendo a dita execuçaõ, & penhora valida em reſpeito de todos os ditos bēs, não sò pella ametade do Conde de Palma, ſenão tambem pella que depois de ſeparado o matrimonio, podia pertencer à Condeça, por ſer feita em tempo habil, em que ſe não podia tratar da dita ametade. Julgamos, que todos os ditos bens, em que ſe achar ſer feita penhora, & lanços de preços pello dito Dom Franciſco Maſcarenhas, em rezão da dita ſentença, ſe ſeparem nas partilhas, & ſe adjudiquem ao dito Dom Franciſco Maſcarenhas nos preços do inuentario, em que os aceita pella dita diuida. E nas meſmas partilhas ſe ha de carregar a parte do herdeiro do dito Conde de Palma, & a ameiade que nelles çabia à Condeça, à qual fica direito reſeruado pera requerer como lhe parecer. Com declaração, que eſta ſentença não prejudicarà ao herdeiro menor do Conde de Palma, que não entreueio no dito compromiſſo, o qual ſobre eſte ponto ſerà ouuido nas partilhas contra a dita Condeça, ſem ella poder requerer ſe retrate a dita penhora, & execuçaõ, a qual ſentença em ſeu reſpeito eſtâ em ſeu vigor; & pagne a Condeça as cuſtas deſtes autos. Lisboa 2. de Abril

Titulo decimo.

Abril de 1636.

O D. Francisco Valasco de Gouuea. Dom Diogo da Sylua. Francisco Lopes Brandão.

Depois desta sentença deu o d. D. Frã
cisco Mascarenhas libello contra D.
19 Maria de Tauora Condeça de Palma,
deduzindo, que elle casara com a dita
Dona Margarida de Vilhena, & lhe pro
meteraõ vinte mil cruzados em dote,
o qual lhe foy feito por Dona Maria
da Costa, & Dom Antonio Mascare-
nhas Conde de Palma, marido da Rê,
ficando cada hum dos ditos dotado-
res defunctos, obrigados a pagar dez
mil cruzados, & que elle tinha hauido
sentẽça de dez mil cruzados cõtra D.
Maria da Costa, nos quaes fora condẽ
nada cõ duzẽtos mil reis de reditos em
cada hũ anno, em quãto se não pagasse
o capital do dote, do tempo de seu re-
cebimento até real entrega, o que se
pagaria dos bẽs da dita D. Maria sem
prejuizo das legitimas de seus filhos,
& não bastando, tinha reseruado o di
reito pera hauer o que faltasse pellos
rendimentos dos morgados dos Co-
stas, pagos em os dous ãnos, em quatro
na forma da Ordenaçaõ, & que pellos
outros dez mil cruzados houuera elle
Author sentença contra o Conde ma
rido da Rè, por virtude da qual fizera
execuçaõ nos moueis, & gados de Pal
ma, & importou a execução quatro mil
trezentos & cincoenta & hum cruza-
dos, & quarenta reis, & se lhe estauão
a deuer cinco mil, seiscentos quarenta
& oito cruzados, & oitocentos & ses-
senta reis de resto do principal, & os
reditos dos dez mil cruzados: & que
por morte da dita Dona Maria da Co
sta não houuera bens alguns, pellos
quaes elle Autor pudesse hauer paga-
mento, nem seus filhos tiuerão legi-
timas, nem se fizera terça, por não
hauer de que, & o dito Conde de Pal-
ma marido da R. fora successor de am
bos os morgados, assi do dos Costas,
como do dos Mascarenhas, pello q fi-
cou obrigado ao pagamẽto de todo o
dote de vinte mil cruzados, cõ os redi
tos, até real entrega. E que a Rê fora
casada legitimamente com o dito Cõ
de, & por sua morte ficara em posse, &
cabeça de casal de todos os bens par-
tiueis que delle ficaraõ pello que ti-
nha obrigaçaõ de pagar suas diuidas
pellos dittos acquiridos, que foraõ
trezentos sessenta & noue mil, quatro
centos reis de fazenda capital do Cõ
de, & doze contos, oitocentos & qua-
renta & cinco reis de acquiridos, &
que a R. lançara em inuentario as di-
uidas do casal, & nelle fizera menção
desta, & na determinação da partilha,
se discidira, que se daua toda a fazenda
à R. ficando ella obrigada a todas as
diuidas lançadas no inuentario, pello
que ficara efficazmente obrigada á
satisfaçaõ desta.

Defendeo se a R. com dizer, que
ella casara com o Conde seu marido,
por contrato de dote, & arras, pera se
sair com elle, & com a ametade dos ac-
quiridos, o que fora em Nouembro
de 623. nos quaes termos não era
obrigada a pagar as diuidas cõtrahidas
por seu marido antes do matrimonio;
& assi como a que se pedia pello Autor

fora

fora contrahida muitos annos antes de ella casar, não estaua obrigada à satisfação della. E posto que ficasse em posse, & cabeça de casal dos bens do Conde seu marido, & como tal fizesse inuentario, por elle se cõtinuara a partilha, & nella se fizera pagamẽto à R. da fazẽda q̃ lhe coube à sua ametade, & de toda a mais q̃ lhe foi dada per a pagamẽto das diuidas q̃ se declararão no mesmo pagamento, que a R. hauia de fazer, as quaes o A. houue por justificadas, & não se lhe fizera pagamento de suas arras, por não hauer fazenda: & que no dito pagamento das diuidas, não fizera menção da que o Autor pedia, & somente fizera a Ré declaração da sentença, que o Autor houue contra o Conde seu marido, de quantia de dez mil cruzados, porque se fizera penhora nos moueis, & gados de Palma, acquiridos, constante matrimonio, que se derão ao Autor, mandando se separar da parte do Conde a ametade que nelles cabia á Rè, de que se lhe deu satisfação na partilha, & por a R. hauer pago aos acreedores, lhe ficaraõ pertencendo os bens que podião caber â parte do Conde, & por esse titulo os possuia, & não tinha obrigação de pagar ao Autor couſa algũa, & que a sentença em que o Autor se fundaua, não condénaua ao Conde marido da Rê em dez mil cruzados, & reditos delles, & somente deixaua a d. sentẽça ao A. direito reseruado pera os hauer dos rendimentos do morgado dos Costas, de que D. Maria da Costa fora possuidora, de dous ános, pagos em quatro, conforme a Ordenação, & por esta reserua, nem o Conde, nem sua fazenda ficou obrigada: porque ainda que o Autor por rezão da dita reserua pudera pedir os ditos dez mil cruzados ao possuidor do morgado, essa demanda deuia fazer a quem estaua de posse do dito morgado, no tempo que a sentença se deu, que era Dom Nuno Mascarenhas irmaõ do d. Conde. Quanto mais que na instituição do morgado dos Costas hauia clausula expressa, que o possuidor delle não pagasse diuida algũa de seus antecessores, ainda que a tal diuida procedesse de dote: a qual clausula se hauia guardar como ley. E quando o Autor tiuera aução pera pedir as diuidas pellos rendimentos do morgado, de dous annos, pagos em quatro, que saõ os q̃ a Ordenação limita, pera o possuidor pagar as diuidas dos seruiços dos criados, & alimentos dos filhos, com tudo essa obrigação se não pòde estender mais que àquillo que render o morgado os dous annos, & conforme a cõta, cobrara somente o Conde treze mil, sessenta & sete cruzados, do qual rendimento se hauiaõ abater as despesas de que se fundou em varias contas, que aqui não seruem. E no fim pedio a R. por reconuenção hũas partidas, dizendo, que ella casara por dote, & arras, & conforme o contrato, era meeira nos acquiridos, constãte matrimonio, & conforme a direito, as diuidas que o defuncto trouxe ao casal, não podião prejudicar â ametade della R. & se hauião pagar somente pella ametade do defuncto. E que sendo ella casada cõ o d. Conde, recebera o A. por cõta de sua diuida varias partidas, que declarou, dos bẽs, & rendimentos dos morgados, de que ella R. era meeira, por serem bens acquiridos, constánte matrimonio, pello que lhe deuia o Autor tornar a metade das ditas partidas.

Supposto isto assi de facto, vejamos

mos a sentença seguinte, que o juiz do Ciuel doctissimamente deu nesta causa, & logo mostraremos as corrobora çoẽs dos Textos, Ordenaçoẽs, & Doutores que a confirmão, & acclaraõ tudo o sobredito.

SENTENÇA.

VIstos estes autos, libello do A. contrariedade da R. & mais artigos recebidos, proua dada, sentenças, escrituras, certidoẽs, & mais papeis juntos; mostrase dotarem D. Maria da Costa, & D. Antonio Mascarenhas seu filho, marido que foi da R. vinte mil cruzados ao A. casando com D. Margarida de Vilhena, filha, & irmaã dos dotadores, dez mil cruzados cada hum; & q̃ em quanto os não pagassem, pagaria a d. Dona Maria da Costa duzentos mil reis, & o d. D. Antonio Mascarenhas cem de reditos cada anno: & ainda que o escrito de dote fosse feito pello d. Dõ Antonio Mascarenhas em o mes de Setembro do anno de 1619. tempo em que ja estaua recebido o A. com a d. D. Margarida de Vilhena, com tudo a promessa foy feita no anno de 1618. determinada pello Conde de Villanoua, & D. Fernando Martins Mascarenhas Inquisidor geral, por commissaõ dos dd. dotadores. Mostrase hauer o A. sentença contra o d. D. Antonio Mascarenhas pellos ditos dez mil cruzados que lhe prometeo, & fazer execução nos moueis, & gados de Palma, que conforme a confissaõ do mesmo A. no quarto artigo do libello, importarão quatro mil trezentos, & cincoenta & hum cruzados, & quarenta reis, & se lhe ficarão a deuer cinco mil, seis centos & quarenta & oito cruzados, & trezentos & sessenta reis. Mostrase pello treslado da conta, & confissaõ que nella faz o A. abater o A. desde o anno de 619. atè o anno de 1632. trezentos mil reis cada anno pellos reditos do dote dos dd. vinte mil cruzados, q̃ vem a importar ao todo dez mil & quinhentos cruzados, dos quaes ainda que se abatão cem mil reis por enchẽo cada anno dos reditos q̃ o d. D. Antonio Mascarenhas era obrigado a pagar pella sua parte, (sendo assi que os reditos se hauião de ir diminuindo pro rata, a respeito do que o A. hia cada anno recebendo por conta da sorte principal) ficão por conta delle, sete mil cruzados, que com os quatro mil trezentos & cincoenta & hum, que o A. confessa ter recebido dos moueis, & gados de Palma, fica pago dos ditos dez mil cruzados, & cresce dinheiro: & assi não ha pera que altercar a questão, se he obrigação pagarem se as diuidas que hum dos conjuges contrahio antes do matrimonio (quando casarão por dote, & arras) de todos os acquiridos, ou da ametade do deuedor? mormente que conforme a Ordenação, & resolução dos Doutores se hão de pagar somente dos bens que o deuedor trouxe ao casal, & da ametade dos acquiridos. Nem obsta a declaração que a R. fez do rol das diuidas

1. fundamẽto.

2. fundamẽto.

Questão.

Resolução.

que

que o d. seu marido fez antes do matrimonio, de que consta por certidão, em que disse, que o d. seu marido nos apontamentos declara-
3. fundamẽto. ra, que tinha contas com o A. sobre o dote que lhe prometera com sua irmaã, & houuera sentença, & se fizera nomeação nos gados, & moueis de Palma, & que a tal nomeaçaõ, & penhora lhe não podia prejudicar, por serem acquiridos, requerendo que queria nelles ser meeira, porque alem da dita declaração lhe não poder prejudicar, por não ser diuida que lançou, pera hauer de pagar, como as mais, consta pello pagamento que se fez â R. serem lhe dados oito contos, & oitocentos, noue mil, & setecentos & viate & noue reis, pera paga mento das diuidas que se fizerão, durante o matrimonio, & oitocentos, & oitenta & tres mil, seiscentos & trinta & seis reis, pera pagamento das diuidas, que o marido da R. trouxe ao casal, & como se lhe não deraõ bens pera pagamento da diuida do A. lhe não ficaua obrigação de a pagar, ainda em caso que os ditos dez mil cruzados não estiueraõ pagos pello modo sobredito: nem outro si obsta a
4. fundamẽto, sentença que o A. houue contra o d. D. Antonio Mascarenhas sobre os outros dez mil cruzados que prometeo a d. D. Maria da Costa sua mãy, porque ainda que o Reo foy condemnado nelles, & nos duzentos mil reis de reditos em cada hum anno, desde o tempo que o A. se recebeo atê real entrega; com tudo manda a d. sentença, que se paguem pellos bens da d. D. Maria da Costa sem prejuizo das legitimas de seus filhos, & não bastando os bens da terça, & legitima da dita D. Maria da Costa, lhe deixa direito reseruado pera hauer o que faltasse pello rendimento dos dous annos do morgado dos Costas, pagos em quatro annos, na forma da Ordenação. E consta, que da d. D. Maria da Costa não ficaraõ bens alguns pera o d. pagamento, nem seus filhos tiueraõ legitima, nem se fez terça; & ainda que a d. sentença se declarou, adjudicando ao A. os rendimentos do d. morgado de dous annos pagos em quatro; com tudo esta declaraçaõ se annullou em virtude dos embargos com que se veyo a ella, entre a materia dos quaes se deduzio, que o dito morgado dos Costas tinha clausula, que os successores do morgado, & bens delle, não serião obrigados a diuidas de outros successores, & que a Ordenaçaõ
Nota à Ordenaçaõ lib. 4. tit. 101. se não podia entender em dotes excessiuos. De sorte que atégora (supposto não hauer bens da d. Dona Maria da Costa) não ha sentença algũa, em virtude da qual se possa fazer execuçaõ nos rendimentos do d. morgado, & somente ha direito reseruado pera isso, o qual A. deue deduzir em juizo contra quem entender que tem justiça, pera plenariamente se aueriguar, se dos ditos rendimentos se lhe haõ de pagar, ou não os ditos dez mil cruzados, & seus reditos; mormente que as diuidas de que se trata, foraõ contrahidas antes do matrimonio pello marido da R. & as partilhas estão feitas entre elles, &
5. fundamẽto. a R. & assi se não pode ja contra ella intentar auçaõ, como pessoa, q̃ está

6. & 7. fundamẽto

está em posse, & cabeça de casal, pois ja o não está. Nem contra a R. se pòde intẽtar a ação reuocatoria, por ser acreedora hypothecaria, & priuilegiada em rezão de ametade dos acquiridos, que nas partilhas lhe forão adjudicados, porque da tal ametade se não podem em caso algum pagar diuidas, que o d. seu marido trouxe ao casal. E assi ficamos fora da d. questão. Nem obsta a petição que se fez em nome do A. & de D. Nuno Mascarenhas, & de D. Manoel Mascarenhas, dizendo, que pretendião hauer da fazenda do Conde defunto satisfação de hum dote priuilegiado, que se notificasse á R. não pagasse diuida algũa até se não pagar a do A. porque dandose vista à R. veyo com embargos, deduzindo nelles, que as partilhas estauão findas, & que tinha tirado carta de partilha, & pago em boa fé as diuidas que a justiça lhe mandara pagar, sobre o que não consta que até hoje se processasse mais cousa algũa, donde se segue claramente, que os ditos sete mil cruzados, que o A. confessa hauer recebido nos quatorze annos. desde o anno de 1619. até o anno de 1632 por conta dos reditos dos dez mil cruzados do dote da d. D. Maria da Costa, forão por conta dos dez mil cruzados que o marido da R. tinha dotado ao A. & assi se houuera de presumir ainda que o sobre dito cessara, porque cada qual, conforme a direito, quando he deuedor de diuersas diuidas, he visto pagar pella que he propria, & que mais o aperta. O que tudo visto, & o mais que dos autos consta absoluo a R. do pedido pello A. a quem reseruo seu direito contra as pessoas que entender que tem justiça. E deferindo á reconuenção, mostrase serem pagas as quantias das adições, de que a R. reconuinte pede a ametade em sua reconuenção, em vida do defuncto. durãdo o matrimonio, & ainda que os bens, de que se fez o dito pagamento, fossem acquiridos, durante elle, com tudo no tal tempo eraõ do dominio, & administração do d. Conde, & se não podia requerer a diuisão da ametade, senão depois de separado o matrimonio, por cujo respeito ficou o d. pagamento valido, não somente pella parte do d. Conde, mas tambem pella ametade, que separado o matrimonio, podia pertencer á R. por ser o d. pagamento feito em tempo habil; alẽ do que os cem mil reis dos reditos dos ditos dez mil cruzados, que o Conde defuncto prometeo, se foraõ vencendo todos os annos, que o matrimonio durou, & assi foy diuida, que se contrahio, durando o matrimonio, por cujo respeito ficaraõ todos os acquiridos obrigados a ella: o que tudo visto, & o mais dos autos absoluo o A. reconuindo do pedido pella R. reconuinte em sua reconuençaõ: & pague o A. as duas partes das custas dos autos, & a R. a terceira parte. Lisboa 15. de Iulho de 1639. Antonio Sufarte de Loureiro.

Este fundamento se ve ja explicado diante 4. sobre a notificação &c.

Depois desta sentença veyo o A. na instancia da appellação, repetindo, & exagerando os fundamentos de sua ação, dizendo em primeiro lugar, que a di-

a diuida era verdadeira, aſſi no principal, como nos reditos, & que de tudo o A. eſtaua por pagar na forma do libello. Prouou iſto com a ſentença em que o Conde, & ſua mãy D. Maria da Coſta forão condemnados nos ditos vinte mil cruzados, & reditos atê real entrega, & por ella ficara prouada a diuida calificadamente: *Quia ſententia habetur pro veritate.* l. ſi non ſortem. §. hæredi, ff. condit. indebit. l. cum putarem, ff. famil. herciſcund. cum vulgaribus. E que não menos ſe podia duuidar deſta diuida ſer reditual, ate o pagamento effectiuo, & que em quãto ſe não pagaſſe o principal de ſeu dote, ſe lhe deuião reditos delle até real pagamento, de qualquer parte que ſe lhe eſtiuer deuendo. ex his quæ notant DD. in cap. ſalubriter de vſuris.

Porem iſto não obſtou contra a ſentença, porq̄ ſe reſpondeo, que noto cãte aos dez mil cruzados, & aos duzentos mil reis dos reditos, que reſpeitão â promeſſa que fez a d. D Maria da Coſta, poſto que a diuida ſeja verdadeira, ſe hade pagar dos bens da d. D. Maria da Coſta, como ſe julgou pella ſentença dos juizes louuados, que â principio referi. E como não houue bens, & dos dous annos dos rendimentos do morgado, de que o A. pretẽdia pagamento, ſe moſtrou, que Dom Nuno Maſcarenhas foy poſſuidor do d. morgado, deſde o tempo da morte da dita D. Maria da Coſta, até o anno de 626. & que o Cõde não recebeo couſa algũa; bem ſe infere, que contra a R. não tem o A. auçaõ, nem importa q̄ a diuida ſeja verdadeira: *Quia actio nõ datur contra non obligatum.* l. fin. Cod. hæred. inſt. l. cum cui, C. act. & oblig. E quando o A. tiuera auçaõ nos rendimentos dos primeiros dous annos, & eſta diuida de que tratamos, ſe pudera comprehender na diſpoſiçaõ da Ordenaçaõ lib. 4. tit. 101. hauia de ſer ſomẽte a reſpeito daquillo, q̄e abrange ſẽ os rendimentos dos primeiros dous annos, abatidos os gaſtos, & deſpeſas do meſmo morgado: *Quia fructus nõ dicuntur, niſi deductis expenſis.* l. fructus, & quæ ibi notat Barboſ. ff. ſoluto matri. n. Valaſc. conſ. 83. n. 14. & a quãtia que o A. confeſſou na conta q̄ deu, abatidas as deſpeſas que fez, ſò eſta ficaua ſendo verdadeira, ſem mais outros intereſſes, pello que ſe conuence, que eſta diuida de D. Maria da Coſta não tem comueniencia com a que o Conde prometeo.

Alem de que os dez mil cruzados & cem mil reis de reditos, que o Conde prometeo ao A. em 15. de Setembro de 1619. ſendo ja o A. caſado, & recebido em face de Igreja, alem de eſtar ſatisfeito, nunca o A. em rezão da d. promeſſa podia ter preliçaõ, ou priuilegio doral, porque mais ſe reputa por doaçaõ, viſto ſer o A. ja caſado. ex his quæ Gomes l. 50. Tauri, n. 59.

Secundo, diſſe o A. que a R. ficara em poſſe, & cabeça de caſal de todos os bens, aſſi moueis, como de rais do Conde ſeu marido, aſſi partiueis, como acquiridos: & que em termos de direito, a peſſoa que ficou em poſſe, & cabeça de caſal dos bens de qualquer defuncto deuedor, tem obrigaçaõ de pagar ſuas diuidas dos bens que foraõ a ſeu poder de qualquer qualidade que ſejaõ, porque não ſe attenta quem he herdeiro, ſenão quem eſtà de poſſe dos bens pera pagar as diuidas: *Ideò non curamus quis ſit hæres, ſed qui eſt in poſſeſſione bonorum, vt is condemnetur, & ſoluat.* text. in l. fin. §. ſin autem ex contractibus, C. de petit. hæredit.

vbi

vbi Paul. á Castro, & Ias. in §. præiudiciales inst. de actionib. tradit Socinus in l. si post, de except. & quẽa determinação da partilha do Conde defuncto se dera à R. toda a fazenda que ficou por seu fallecimento, com declaração particular, que a R. ficaria obrigada a pagar todas as diuidas carregadas por ella no inuentario, & logo se fizera declaração desta diuida de q̃ tratamos, do que se segue, que sendo carregada no dito inuentario, & tẽdo precedido a d. declaração, ficou a Rẽ obrigada a pagar a diuida, pois tomou os bens com essa condição. E que a R. não podia impugnar este acto, & aceitação judicial de todos os bens, pera pagar as diuidas, approuando, & ratificando o acto de talmaneira, q̃ necessariamente se ha de dizer, que renunciou os remedios de direito, contra os quaes não podia ter regresso. l. quæritur, §. si venditor, ff. ædilitio edicto. l. 1. §. qui semel, de succes. edict. Paris. cons. 23. n. 43. Do que resultão muitos emolumentos á R. porque esta obrigação de pagar todas as diuidas q̃ a R. remoueo sobre si, com se lhe darẽ todos os bens, & os acquiridos, não se hauia entender somente da parte dos acquiridos, que verdadeiramente se consignarão á parte do Conde defuncto, senão a respeito de todos os acquiridos, que por sua morte ficarão, porque estes todos se hauião de reputar por bens do defuncto pera pagamento de suas diuidas, sem embargo da Ord. do liuro 4. tit. 95. §. 4. porque esta falla na communicação vniuersal da carta da ametade, na qual a mesma ley que a induzio, fez logo acquisição a cada hũ dos conjuges, *ipso iure*, & assi a ametade que acquirio, como veyo pella disposição legal, não fica obrigada ás diuidas contrahidas pello marido antes do matrimonio, porque essa nunca foy do marido. Como semelhantemente na communicação dos acquiridos, que induzio a ley de Castella, a ametade da molher não fica obrigada às diuidas contrahidas antes do matrimonio, porque tambem he disposição legal, que *ipso iure*, applicou a ametade dos acquiridos á molher, vt per Matienc. l. 2. tit. 9. lib. 5. recopil. gloss. 3. Valasc. cons. 103. n. 5. *& consequenter*, sendo aquella ametade da molher, sem nunca hauer entrado no dominio do marido, não póde estar obrigada a suas diuidas, como bens alheos: mas q̃ os nossos termos erão differẽtes, porque neste Reyno não hauia communicação legal entre os casados por dote, & arras, porque hauendo casamento por dote, não ha communicação vniuersal; & a dos acquiridos não estaua introduzida pellas leys do nosso Reyno, & assi pera hauer esta communicação dos acquiridos entre os taes casados, he necessario que haja pacto especial *de communicandis acquisitis*, como ensina Barbosa in l. 1. ff. soluto matrim. n. 36. ibi: *In Regno Portugalliæ non fit ex dispositione legis, sed ex simplici partium conuentione.* E que procedendo a dita communicação de pacto, consequentemente se não acquire dominio *ipso iure* (& assi se não póde transferir) & he preciso que tudo o que o marido acquirir, constante matrimonio, passe a seu dominio: *Quia bona futura non communicantur ipso iure*, Barbos. sup. n. 37. ainda q̃ depois *ex vi pacti*, se faça a d. communicaçaõ pellos meyos que de direito se transfere o dominio. Matienc. dict. gloss. 3. n. 7. do que resultaua; que se o marido era deuedor antes do matrimonio,

monio, & tinha obrigados seus bens proprios ás diuidas, no ponto que acquirio alguns bẽs, constante matrimonio, ficarão logo sugeitos â obrigação da diuida anterior, que tinha contrahido; & quando a molher vem a pretender a communicação *ex vipacti*, ja acha os bens affectos à diuida de seu marido, & não pòde communicar nelles em prejuizo dos acreedores, que por rezão de suas hypothecas anteriores deuem preferir em seus pagamentos: & assi os bens do Conde estauão hypothecados ao A. assi por ser a diuida dotal, como por o A. ter sentença contra os dotadores. ex l. 2. C. de priuileg. fisc. & ex Ord. lib. 3. tit. 84. §. 14. ibi: *E logo ficarão hypothecados pera esse mesmo effeito por esta mesma, &c.*

Porem não obstante nada disto, a
22 R. não está obrigada a hũa, & outra diuida, por estar mostrado, que D. Nuno Mascarenhas foy o possuidor do dito morgado atê o anno de 1626. & que o Conde não recebeo até o dito tempo couza algũa. Alem de que não se pòde considerar aqui posse, nem cabeça de casal, pera a R. estar obrigada às diuidas, pois se verificou, que quando se intentou esta aução, hauia muito tempo que a partilha estaua acabada, & a R. se sahio com seu dote, & pera as suas arras não houue fazenda, & que os acquiridos se lhe derão pera pagamento das diuidas. E sendo estas diuidas lançadas em inuentario, não pedio o A. satisfação dellas, & sendolhe presente a partilha, & determinação, não appellou, nem aggrauou, consentindo que as diuidas inuentariadas fossem pagas pellos bens acquiridos, que pera esse effeito se derão á R. & fazendose particular menção de todas as diuidas, se não achou a do A. E posto que por sua parte se dissesse, que se lhe derão todos os dd. bens pera pagar as diuidas, & que esta dicção, *Todas*, he vniuersal & comprehende tambem a diuida do A. pella regra da ley 2. §. ad filiorũ, C. quãdo, & quibus, 4. pars debeatur, lib. 10. l. Iulianus, in princip. ff. de legat. 3. isso se ha de entender a respeito daquellas diuidas que o juiz houue por justificadas & mandou pagar com particularidade de cada hũa.

E quèrer entender na determinação da partilha a diuida do A. que não se inuentariou, nem a houue o juiz por justificada, he excesso: *Cùm dispositio trahi non possit ad ea, quæ cogitata non fuerunt.* E assi por mais geral que seja a determinação do juiz, não pòde cõprehender mais que as diuidas que ali se justificarão, & não esta, de que se não tratou. arg. text. in l. obligatione generali, vbi DD. ff. de pign. l. quæro, §. inter locatorem. ff. locati. E dizendo o juiz, que largaua á R. a fazenda pera pagamento das diuidas, se ha de entender conforme a materia sugeita, daquellas diuidas, que ali forão especificadas, & não da do A. de que se não tratou. Bonus text. in l. ex conducto, §. Papinianus, vbi DD. ff. locati. E muito menos releua querer o A. persuadir, que a Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. que dispoem, que os acquiridos não ficão obrigados às diuidas contrahidas antes do matrimonio, falla na communicação vniuersal da carta da ametade, na qual a mesma ley que a induzio, fez logo acquisição, como acima apontei: querendo inferir disto, que tudo o que o marido acquirio, constante matrimonio, fica obrigado a inda às diuidas anteriores do d. matrimonio, quando a molher vem a pretender communicação

ção *ex vi pacti.*

Porque primeiramente eſtes argumentos contrarios, tem contra ſi a diſpoſiçaõ do contrato dotal, que ainda que houueſſe ley em contrario, a diſpoſição do homem faz ceſſar a diſpoſiçaõ da ley. l. fin. C. de pact. & tem mais contra ſi a diſpoſiçaõ da Ord. d. tit. 95. in fin. & pella eſcritura de dote conſtou hauerem eſtas partes caſado por carta de ametade, no tocante aos acquiridos, & de todos elles pertẽce á R. a ſua ametade, como eſtá julgado ſobre os moueis, & gados de Palma; & ſe mandaraõ dar á R. & com effeito ſe lhe deraõ na partilha, & eſtãdo aſſi julgado, não ficaua ja lugar de ſe pôr eſta queſtaõ em controuerſia cõ argumentos de communicaçaõ legal, ou vniuerſal.

Mayormente, que a Ord. d. tit. 95 §. 4. in fine, diſpoem, que ſò ſe poſſa fazer execuçaõ na ametade dos bẽs do marido, quando a diuida foi contrahida antes do matrimonio, vt patet, ibi: *Somente ſe poderà fazer execução, durante o matrimonio, nos bẽs que aquelle que aſsi era deuedor, trouxe conſigo ao tempo q̃ caſou, & na ſua ametade dos bẽs, que depois de caſados foraõ acquiridos.*

De maneira que ſempre a ametade da molher fica ileſa das diuidas do marido, & a Orden. do noſſo Reyno he o noſſo direito, cõmum, por onde ſe haõ de julgar as cauſas. Gama dec. 50. n. 6.

Nem importou nada o dizer o A. que eſta ſua diuida, por ſer dotal, tinha hypotheca a todas as outras diuidas, & pera iſto alem de direitos allegados, expendẽdo a Ord. lib. 3. tit. 84. §. 14. a qual falla expreſſamente em caſo muito diuerſo, *nempè*, que os bens do condemnado na ſentença, de que cabe aggrauo, ficaõ hypothecados pera pagamento da condemnaçaõ. & o noſſo caſo he muito differente, porque nem aqui houue condemnaçaõ, nem a Rè poſſue bens alguns do Conde, pera q̃ nelles paſſaſſe a hypotheca.

Quanto mais que aqui eſtà moſtrado como o dote foy prometido depois de celebrado o matrimonio, termos em que lhe não compete o priuilegio de direito, & ainda a reſpeito dos dez mil cruzados, & redditos prometidos por D. Maria da Coſta, porque iſſo era diuida a que sò os fructos do morgado eſtauaõ obrigados, & não a R. nem o Conde. 23

Quiz tambem o A. pello priuilegio do dote reuogar os pagamentos feitos aos outros acreedores, mas neſta materia ſe deue aduertir, que poſto que o acreedor priuilegiado poſſa reuogar o pagamento dos bens liures dados a outros acreedores, per text. in l. pecuniam, Cod. de priuileg. fiſci. iſſo procede entre hum, & outro acreedor, mas não hauerà direito que diga, que o acreedor, ainda que priuilegiado, poſſa obrigar ao deuedor que pagou por mandado do juiz, aos mais acreedores, que reſtitua outra vez o dinheiro que pagou em boa fé. De maneira que o A. demandãdo aos mais acreedores ſobre a prelaçaõ de ſuas diuidas, podia eſperar boa, ou mà fortuna no ſucceſſo da demanda, & eſſe he o direito da l. fin. §. & ſi præfatam ad fin. C. jure deliberandi, & da l. pecuniam, C. priuileg. fiſci. Porem contra a R. que eſtà ſegura com o mãdado do juiz, não ha direito q̃ contra ella poſſa o A. intentar. victorioſo.

De modo que com todas eſtas ſuppoſiçoẽs fica o ponto em duas queſtoens, & reſoluçoens principais. A primeira

primeira he, que os dez mil cruzados que o Conde prometeo, pellos quaes ſe houue contra elle a ſentença, eſtaõ pagos com todos ſeus redditos, & tem o Autor muito dinheiro em ſi demais. A ſegunda reſoluçaõ he, que os outros dez mil cruzados, que era diuida de Dona Maria da Coſta não eſtaua o Conde obrigado a ella, por nenhũa via, nem contra elle hauia acção que sò competia contra os herdeiros; & que ainda que fora diuida que o Conde deueſſe, a Condeça Rê não hauia ſido herdeira, antes acreedora de ſeu dote, & arras, de que eſtá por pagar, & que nunca ficaua obrigada a eſta diuida, de que tratamos, por ſer contrahida antes do matrimonio. E poſto q̃ ſobre iſto temos viſto muito, iremos ampliando os fundamentos com as mais ſelectas reſoluçoẽs dos DD.

O primeiro fundamento da ſenten
ça do juiz conſiſte, em que o Autor
eſtá pago dos primeiros dez mil cru-
24 zados, & ſeus redditos: o qual ſe pro-
ua com os fundamentos allegados na ſentença do juiz, & porque confeſſou o Autor nos autos, que Dona Margarida de Vilhena ſua molher, & procuradora recebeo do Conde ſeu irmaõ, desde o anno de 1622. em que ſe embarcou pera a India, atè o ãno de 1626. hũ cõto, nouecentos & quarenta mil, nouecentos & quarenta reis, & abatidos deſta quantia ſeiscentos trinta & tres mil reis dos redditos de ſeis annos, & quatro meſes, que ſe lhe eſtauão a deuer, ficou recebendo por conta do principal que ſe lhe deuia pello dito eſcrito de 15. de Setembro de 619. hũ cõto, trezentos & quarẽta mil, & tãtos reis, & com outras partidas, ficou pago, & ainda lhe ficou dinheiro. Pello que ficou logo o Conde deſobriga-
do, & ſeus herdeiros. §. præterea, §. per acceptilationem inſt. quib. mod. tollitur obligat. E nunca ſe podia preſumir, que o Conde hauia de pagar â conta dos dez mil cruzados, q̃ deuia ſua máy D. Maria da Coſta, & todo o dinheiro que pagou, ſe ha de entender, que era por conta da diuida, em q̃ eſtaua condẽnado por ſentẽça, & eſtes ſaõ os verdadeiros termos, em os quaes, *Solutio ſemper præſumenda eſt, in dubiis, & grauiorem cauſam*, como notou Barth. Bald. & outros na l. 1. ff. de ſolut. Menoch. conſ. 121. n. 39. lib. 2.

E poſto que com eſte meſmo direito quiz o Autor perſuadir, que cõ eſtas partidas ſe pagarão à conta dos redditos ainda dos dez mil cruzados de Dona Maria da Coſta, por ſer diuida reddituał, iſto teria caminho, ſe o Conde Reo fora deuedor deſta partida; porem pagando elle os dez mil cruzados que hauia prometido em dote a ſua irmaã, ficou deſobrigado, porque não era juſto pagar por ſua mãy a diuida, que não deuia, nem contra elle hauia ſentença. d. l. 1. cum ſeqq. ff. ſolut. & Pichard. in principio inſt. quibus modis tollitur obligat n. 34.

E por concluſaõ da ampliaçaõ deſte primeiro fundamento ſe aduerte que eſtes dez mil cruzados, & cem mil reis de redditos, que o A. pedio à Condeça pello eſcrito do Conde, feito em 15. de Setembro de 1619. não pòde ter priuilegio algum, nem reputarſe por dote, antes por hũa doaçãoſimples que o Conde quiz fazer â d. D. Margarida de Vilhena ſua irmaã, o q̃ ſe proua, porque aſſi como não pòde hauer dote, nẽ o tal priuilegio, ſem ſe ſeguir matrimonio. l. 3. ff. de iure dotium. l. fin. Cod. de donation. ante nupt. aſſim tambem depois do matrimonio

não se pôde considerar dote. l. 3. ff. fundo dotali. Gom. l. 50. Tauri, num. 59. antes o que se dâ depois do matrimonio se ha de reputar por doação.

Pello que se prouou, que em 11. de Iunho de 619. era o A. ja casado com a dita Dona Margarida de Vilhena, & o chamado dote foi prometido em Setembro, que são quatro meses depois, & assi antes se ha de reputar por doação, em a qual se não podem considerar os priuilegios de dote, de quibus in l. assiduis, C. qui potiores in pignor. habeantur. E faltandolhe a insinuação, ficou nulla. Ord. lib. 4. tit. 62. & per conseguens, não tinha o A. fundamento na ação.

O segundo fundamento contem que a R. casou por contrato de dote, & arras, sendo ja contrahida a diuida dos ditos dez mil cruzados, & que assim não estaua obrigada ao pagamento delles. E ainda que aliàs se contraira, constante matrimonio, sempre a Rè hauia de ser preferida com seu dote, & arras: porque constou sentencearemse as partilhas do Conde defuncto em dezaseis de Iunho de 1636. & tirou a Rè sua carta, onde se lhe consignarão os bens declarados em seu pagamento, & delles tomar posse no dito mes de Iunho, ficando a partilha finda, & acabada: nos quaes termos se extinguio logo a posse, & cabeça de casal, em que a ley considera a molher por morte do marido. Valasc. de part. cap. 6.

Porque, posto que seja verdade, que em quanto não ha partição de herança, a molher que fica em posse, & cabeça de casal, possa ser citada pellas diuidas do defuncto seu marido, vt per Valascum consultat. 28. 1. parte, & de partition. dicto cap. 6. n. 14. Phæb. 1. parte, aresto 1. Comtudo, feita a partilha, cessa a posse, & cabeça de casal, & não pôde a molher ser citada, *valet enim argumentum à contrario sensu.* l. qui testamento, vers. *mulier*, ff. de testamentis. Gama decis. 131. num. 27. & as diuidas se hão de pedir a cada hum dos herdeiros, & a dita Condeça Rê sò ficou nesta posse pera se pagar de seu dote, & arras, & ametade dos acquiridos, conforme a escritura de seu dote. E quando o Autor entendera, que o Conde defuncto lhe era deuedor de quantia alguã, deuia demandar a seu herdeiro, que foy Dom Manoel Mascarenhas seu irmão, que aceitou a herança a beneficio de inuentario, & não a Rè, que ja em Iunho de mil seiscentos & trinta & seis, tinha extincta a posse, & cabeça de casal, pella partilha feita. De maneira que em dezaseis de Agosto de 1637. tempo em que o Autor moueo a ação, hauia ja treze meses, que a partilha estaua acabada, & a Rê de posse pello dito titulo, & as ações assim actiuas, como passiuas, passão a os herdeiros, & contra os herdeiros. l. hæres in omni, ff. acquir. hæred. l. vnica, Cod. vt action. ab hæred. & contra hæred. & não contra o terceiro, que não foy herdeiro do defuncto, como he no caso presente a dita Condeça, que sô foy paga de seu dote, & ametade dos acquiridos, & ainda de suas arras se lhe ficou a deuer muito, por não hauer fazenda.

E pello pagamento se verificarão as diuidas, que se abateraõ, & as pessoas a quem se deuia, sem nellas entrar a diuida do A. nem se fallar nelle, & assim não pôde o A. incluir nellas as

sua

sua diuida, que não foy cuidada, nem della se tratou no pagamento, & assi a disposição da dita partilha *non potest trahi ad ignorata*, ex regula l. Mater, §. cæterorum, ff. de inofficioso testamento. E pera o Autor a obrigar, era necessario mostrar hum acto dispositiuo da dita partilha, porque se mandasse pagar a tal diuida, ou que lhe deraõ bens pera pagamento do Autor, & faltando isto, cessa a auçaõ: *Quia mandatum iudicis, nisi rediguntur ad actum dispositiuum nihil operari potest*, vt probat textus in l. quod cum filium, ff. hæred. instit. Molina de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 6. Mantic. de coniecturis, lib. 4 tit. 1. num. 26. ad finem. E posto que o Autor fez toda sua força em dizer, que se deraõ os bens á Rè pera pagamento de todas as diuidas, essas se hão de entender daquellas, que expressamente se declararão no inuentario, & se houuerão por justificadas, & não de outras, das quaes não se tratou: *Quia verba sunt intelligenda secundùm materiam subiectam*. l. si vno, cum similibus, ff. locati.

Nota aqui hũa declaração das reseruas da sentença dos juizes arbitros, de qua sup.

Nem a declaração, em que o Autor fez muita força, tambem não he de diuida que se deua ao Autor, antes por ella se verificou ser em respeito do Autor hauer feito penhora nos moueis de Palma, acquiridos constante matrimonio, pois se reseruou direito na sentença dos louuados, pera a Condeça hauer dos bens do Conde a sua ametade.

E a outra declaração, em que a Rè declarou queria ser meeira nos acquiridos, constante matrimonio, depois de paga de seu dote, & arras, não obra nada pera ficar obrigada como herdeira às diuidas cõtrahidas pello Cõde, antes, ou depois do matrimonio: porque nos termos de direito não se confundem as acçoens, & póde ainda o herdeiro ser acreedor, que esse he o priuilegio de quem faz inuentario, pella regra do Texto na ley fin. §. in computatione, versic. vltimo, Cod. de iure deliberandi. Iason. in l. debitori, num. 3. Cod. de pactis. Surdus decis. 322. numer. 5. & 6. Valascus conf. 52. num. 43. & sò entaõ se confundiriaõ as acçoens, quando o acreedor fora herdeiro de seu deuedor. pello Texto na ley Vraneus, ff. fid-iuss. l. licet, Cod. ad leg. falcid dicta l. debitori, Cod. de pactis. E assi posto que a dita Condeça quiz ser meeira nos acquiridos, conforme a escritura de seu dote, nem por isso se induzio aceitaçaõ da herança pera as acçoens ficarem confusas, antes por bem do inuentario (ainda que aliás não houuera herdeiro, que foy Dom Manoel Mascarenhas, irmão do Conde) tinha como acreedora de seu dote, prelaçaõ, como tenho dito, sente, se confundirem as acçoens. dict. l. final. §. in computatione. Cod. iure deliberandi. E sò contra os herdeiros passou a obrigação desta diuida, pella regra geral da d. ley hæres in omni. por o Conde fallecer abintestado, como declarou a determinação da partilha, & assim deuia o Autor demandar aos herdeiros, a quem passaraõ as ditas acçoens. Barbosa 3. parte, in rubric num. 15. ff. soluto matrimonio, & não a R. que he acreedora.

26

Finalmente, tendo a Rè paga, & despendida a fazenda, que se lhe deu pera pagamento das diuidas alli no meadas, & que o mesmo Autor approuou, & houue por bem, ficou a R. desobrigada: *quia solutione eius, quod*

debitur, omnis tollitur obligatio. §. præterea, §. per acceptilationem, titul. vltimo huius libri 3. quibus modis tollitur obligario. E não se póde dizer no pagamento destas diuidas, que a Condeça cometeo fraude, ou culpa, em prejuizo do Autor, que he hum dos casos, em o qual o pagamento
27 não desobriga ao pagador. Menoch. de arbitr. casu 137. num. 24. cum seqq. Affict. decis. 150. num. 28. & 34. cum seqq. quanto mais, que aqui não houue culpa, ou fraude da parte da Condeça no pagamento das diuidas, antes está em seu fauor a presumpçaõ de direito, segundo o qual se não presume dolo, ou fraude, se não se prouar legitimamente, que entreueyo. l. quoties, §. qui dolo, ff. probat. Barb. in prælud. legis si mora, num. 30. & 45. glossa verbo *priori*, in cap. super literas, 20. extra, de rescript. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 12. n. 2. Crauet. cons. 321. n. 3. Pet. Barbos. in l. cum qui temere, 79. in principio, núm. 26. ff. de iudicijs, pleniſſimè Tusch. pract. conclus. litera D. concl. 571. per quem ampliationes, & limitationes, & intellectus vide per Menoch. supra dict. præsumpt. 12. per totam, & lib. 5. præsumpt. 8.

18 E de mais disto, tambem he principio de direito, que o pagamento feito por mandado da justiça, desobriga, pella regra, *Quod qui mandato iudicis facit, dolo facere non videtur, cùm habeat parere necesse.* l. non videtur apta, §. quis iussu, ff. de regulis iuris. l. iuste possidet, ff. acquir. poss. Menoch. de arbitr. casu 354. numer. 26. E constando, que a Rê pagou a quem a justiça lhe mandou, sem fraude, nem simulaçaõ, cessa totalmente a auçaõ do Autor, pois se verificou que nem pera as arras houue bens. E com isto se amplia, & verifica o terceiro fundamento da sentença do juiz com que respondeo à efficacia, que o Autor fazia, por a Rè ter lançado esta diuida dos dez mil cruzados no inuentario. E tambem o quarto fundamento da mesma sentença. E o quinto, em que tenho mostrado, que a Rè não podia ser demandada, como pessoa que ficou em posse, & cabeça de casal, por ter cessado com a partilha finda, & acabada muito tempo antes da demanda contestada, em que a Re não foy herdeira do defuncto, & os acquiridos se lhe derão pera pagamento das diuidas que pagou por mandado do juiz, com o que ficou desobrigada na forma sobredita.

E o sexto, acerca do pagamento das diuidas, que a Rè pagou com boa fè por mandado do juiz, vay bem justificado o referido.

Com o que se conuencẽ tambem as allegaçoens do Autor, em que traz a sentença dos juizes arbitros, que â principio apontei, & por ella quiz prouar, que o Conde estaua obrigado a esta diuida; porem na dita sentença ha estas palauras seguintes, como della consta no principio deste caso. ibi:

O que tudo se pagará dos bens da dita Dona Maria da Costa, sem prejuizo das legitimas dos RR. seus filhos. Entrando a d. D. Margarida no d. pagamento.

Das quaes palauras se collige, que esta sentença tras sò a execuçaõ contra os bens da dita Dona Maria da Costa, & legitima de Dona Margarida molher do Autor, & não contra outra nenhũa pessoa: porque a sentença he *stricti iuris*, & se ha de entender, & executar strictamente. §. is qui exequitur,

inst.

inst. mandati, cum vulgaribus.

Disse mais o Autor, que era cousa indignà dizer o juiz, que a Ordenaçaõ do liuro 4. tit. 101. não pôde ter lugar nos dotes excessiuos, sendo assi que he cousa certa, que a dita Ordenaçaõ não póde comprehender este caso pera os bens do morgado estarem obrigados pellos fructos de dous annos, porque se se attentar, falla sô nas diuidas feitas no seruiço do Rey no, ou do Rey, ou em criar, & manter seus filhos, ou diuidas de seruiços de criados, que era obrigado pagar, & esta ley não se pôde estender ao caso presente, por ser lei exorbitante, que *Nec ex paritate rationis extendi potest.* l. ius singulare. l. quod verò; ff. de legib. regula quod à iure de regulis iuris in 6. & como a dita ley não falle nas diuidas contrahidas pera dote, como he o nosso caso, não se pôde extender a sua disposiçaõ, sendo contra os successores dos morgados, & iuris correctoria. l. si vero, §. de viro, ff. soluto matrimonio, l. præcipimus, Cod. de appellat. l. sancimus, Cod. de testamentis, & se a Ordenaçaõ quizera, que os morgados ficassem tambem obrigados às diuidas dos dotes dos irmaõs, ou de outros parentes, q̃ he o nosso caso, facilmente o declararia o legislador. cap. ad audientiam, de decimis. l. si seruũ, §. prætor ait, vers. *non dixit Prætor.* ff. acquirend. hęred. Pello que nunca o A. se podia aproueitar da ley, ainda pera os fructos de dous annos, por não ter lugar neste caso.

E muito menos hauendo hũa clausula expressa na instituiçaõ deste morgado, que nunca as rendas delle fiquem obrigadas de hum possuidor a outro, por nenhũa causa que seja, como se vio das palauras da dita clausula. ibi: *Nem por causa de cativeiro, nem de alimentos, nem de dote, nem por qualquer outra causa mayor, ou menor.* E sendo esta disposiçaõ do instituidor, entra a regra de direito, que diz pòde cada qual pòr a ley que lhe parecer em seus bens. l. quoties, Cod. de donat. quæ sub modo. Authentic. de nupt §. disponat. collat. 4. & a disposiçaõ do homem faz cessar a da ley. l. fin. Cod de pact. conuent. l. cum ex filio. §. 1. ff. de vulgar. & sempre as leys se conformaõ com as vontades dos instituidores. Ordinat. libr. 4. tit. 100. §. 3. E posto que a outra nova Ordenaçaõ lib. 4. tit. 101. diga, que o successor do morgado fique obrigado a pagar as diuidas de seruiços, & casamentos de criados, pellos fructos de dous annos, pagos em quatro, isso se ha de entender não hauendo disposiçaõ contraria do instituidor. Pello que tendo este morgado clausula expressa, que nem pera dote, nem pera tirar de cativeiro, fiquem obrigados os bens de hum successor ao outro, cessa toda a disputa contraria por esta, & pella rezaõ sobredita.

Quiz depois disto o Autor valer-se da habilidade, queixandose do segundo fundamento, que o juiz tomou desta diuida ser contrahida antes do Conde casar com a Rê, & como tal não estar ella obrigada ao pagamento, querendo interpetrar a Ordenaçaõ lib. 4. tit. 95. §. 4. & que esta não procede quando as diuidas se contrahiraõ por rezaõ dos mesmos bens, que o marido trouxe ao casal, ex Valasco conf. 103. num. 35. com tudo não obstou nada disto, porque o A. não pòde ter aução pera pedir à R. nem ain-

da ao Conde defuncto, eſtes dez mil cruzados, de que tratamos, nem ſeus reditos; porque ainda que conſideraſſemos, que o morgado eſtaua obrigado a eſta diuida (o que não póde ſer) eſſa aução competia ſomente contra o poſſuidor delle, naquelles annos, q̃ a ley permittio. E como nem o Conde poſſuio o d. morgado os primeiros dous annos, nos termos da d. Ordenaçaõ, ficou o A. carecendo de aução cõtra o Conde, & muito mais contra a R. *Quia actio non datur contra non obligatum.* l. fin. C. de hæred. inſt. l. eum cui, C. act. & obligat. E ainda que conſideremos aqui aução peſſoal contra o Conde, eſſa tal ſe hauia diuidir conforme ás porçoẽs hereditarias. l. 1. C. ſi cert. petatur. Valaſc. de part. cap. 27. n. 1318. & não contra a R. que não foy herdeira de ſeu marido, nem poſſue bens alguns ſeus, como ſe juſtificou por ſentença de partilha: alem de que o Conde não ſuccedeo no morgado em rezão deſta diuida, antes lhe vinha por vocação expreſſa de ſeus auôs, q̃ induz perpetuidade em todos ſeus deſcendentes, ex his quæ Phæb. deciſ. 104. cum vulgar. & entaõ tiuera eſta doutrina, á principio deſte §. referida, lugar, quando a tal diuida procedera de tranſacção, que o Conde houueſſe feito, pera ſucceder no d. morgado, & por virtude da dita tranſacção gozara as rendas, & bens delle. E aſſi ſe entende o Texto in l. cum hæreditas, ff. ad Trebell. & optimè Molin. de primog. lib. 4. cap. 9. n. 25. verſ. *quod ſi ea trãſactio.* E aſſi que ſuccedendo o Conde por vocaçaõ expreſſa, he abſurdo dizer, que eſta diuida ſe contrahio, por rezão dos bens do meſmo morgado, & inutilmente ſe allegou Valaſco d. conſ. 103. n. 34. & 35. pois ſe verifica, que a diuida era de D. Maria da Coſta, que a prometeo, & pella ſua fazẽda ſe hauia de pedir o pagamento (como eſtá julgado pella ſentença dos juizes arbitros, a principio deſta deciſaõ referida) & por ſeus herdeiros, & não á R. que nem ainda do Conde ſeu marido foy herdeira.

Diſſe mais o A. contra a ſentença, que poſto que a diuida ſe contrahiſſe antes do matrimonio, não era aſſi na obrigação della, por o Conde hauer ſuccedido neſte morgado, em cujos rendimentos ficou contrahida por aução real. E alem do que tenho dito acima, depois da ſentença do juiz, no verſiculo, *mayormente q̃ a Ordenação*, digo, que neſta allegação contraria houue dous erros. O primeiro, querer conſtituir obrigação real nos fructos do morgado, pella ſentença arbitraria. O ſegundo, dizer, que o Conde foy immediato ſucceſſor deſte morgado. O primeiro ſe conuence com o q̃ tenho moſtrado, de que a ſentença arbitraria ſô manda, que a diuida ſe pague pellos bens de D. Maria da Coſta, ſem prejuizo das legitimas dos RR. ſeus filhos, &c. & quando falla nos rẽdimentos do morgado diz: *Hauerá o que lhe faltar pellos rendimentos dos 2. annos, do morgado de que D. Maria foy poſſuidora, pagos em quatro, &c.* De maneira que he erro grande conſtituir aução real nas rendas do morgado, q̃ de ſua natureza haõ de paſſar ao ſucceſſor liuremente, pella regra do text. na l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.

O ſegundo erro eſtá manifeſto, porque notoriamente conſtou, que o Conde marido da R. não foy o immediato ſucceſſor deſte morgado, nem gozou os rendimentos delle os dous annos proximos ao fallecimento de

D.

D. Maria da Costa, antes o possuhio D. Nuno Mascarenhas seu irmaõ, & o mesmo A. que era seu tutor.

Sobre a notificaçaõ q̃ se fez à R. pera que nã o pagasse a nenhum acredor, fez o A. grande fundamento, mas facilmente se desbaratou, porque se mostrou como à R. hauia vindo com embargos à dita notificaçaõ, mostrando como tinha pago as diuidas, & ficou assi o requerimento suspenso, & pendente, & assi delle se não pôde fazer questaõ pera esta causa.

Finalmente a sentença dos juizes arbitros não constituio direito nenhũ real nos fructos do morgado, de que tratamos, & quando nelles se considerara alguã hypotheca, não podia durar mais que aquelles dous annos immediatos à morte de D. Maria da Costa, & como tenho mostrado, o Conde não foy herdeiro possuidor do d. morgado naquelles annos seguintes ao fallecimento de sua mãy; antes o foy D. Nuno seu irmaõ, de quem o A. era tutor. Pello que erradamente se disse, q̃ os acquiridos procederaõ do morgado, pera lhe estarem obrigados à diuida do dito dote, como prouarà a doctissima deliberaçaõ seguinte do insigne Doutor Francisco de Andrada Leitaõ.

Mutuæ petitionis, ex vtroq; latere, absolutionem iudex parat ex fundamentis suæ sententiæ, quibus (ni fallor) subscribere satis erat; sed ne in re graui inter magna grauitate, nobilitate, & splẽdore condecoratas personas defecisse videar. Generali ratione ad illum confirmandum ducor, qua ostenditur neutiquam cum ea agi licere, quæ nullo eidem Actori iure obligata fuerat. Siquidẽ cum ipso, nec contraxit, nec quasi contraxit, neq; vllam defuncti

32

mariti rem, siue hæreditatis portionem retinet, cuius intuitu pro debito ante matrimonium, pro dotanda sorore contracto, pulsari rectè posset, maximè cum iam in executione sententiæ contra ipsum habitæ, pignora capta, & vendita proponantur, quin ab ea, pro suo interesse pugnante, impediri distractio posset, vti arbitrorum iudicio decisum legimus. Et quidquid ad complementum, integramq; promissorum satisfactionem defuit, & amplius, sibi ipsi Actorem soluisse probetur ex redditibus maioratus defuncto Comiti adiudicati, calculum ponderando. Certi autem iuris est, susceptas obligationes solutione dissolui, ipsamq; in dubio ad propriam magis, quam alienam liberationem accommodandam: coram Gratian. orens. tom. 2. cap. 224. n. 27. quasi prouisio hominis incipiat à se ipso, & maior affectio sit ad propria, quam aliena vincula dissoluenda. Bald. in l. 1. ante finem, vers. & magis nota. ff. solut. Barth. Castrensis, & alij à Menoch. citati, lib. 3. præsumpt. 136. á n. 8. Surd. de alimentis. tit. 6. q. 8. á n. 54. id.

non modo circa vsuras dotales, quarum satisfactionem priusquã sortis, vrbanitas, æquitasq; postulat, apud eundem Gratianum, sup. n. 30. cum seq. & tomo 1. cap. 105. n. 15. sed etiam quoad ipsam dotis sortem soluisse, prout enim sibi vtilius fuerat præsumendum opinamur, cum Alexand. cons. 55. col. 2. lib. 5. Menoch. cons. 21. n. 43. Simon. cons. 165 n. 9. Vtilius autem erat ab onere, quo premebatur, & tenebatur Comitem liberari, quam á materna non sponte susceptæ obligatione eximi. l. & magis, de solutionib. Hering. de fideiussoribus cap. 20. §. 8. n. 18. Gratian. cit. cap. 224. n. 28. Nec Actor in casu, quo electionem haberet, eligere posset causam, quam non eligeret pro se ipso, cum tãquam vir bonus se gerere debuisset, propriam magis, quam alienam conscientiam exonerãdo â causa, qua grauabatur. Gratian. sup. n. 9. (quia vti vulgariter probatur in l. Præses, C. de seru. & aqua, Charitas bene ordinata incipit á se ipso) iuuari quin valeat ex declarationibus in calculo factis, ad probandũ sibi etiam soluisse pro vsuris à matre Comitis promissis, & iudicatis, verificando debitum per instrumenta inhibita in actis: quia omisso quod illæ declarationes factæ non fuerunt, præfacti Comitis præcedente mandato, sine quo ex bonis eiusdem pro obligatione matris sibi soluere non valebat; expressa ipsius repugnantia adest in exceptione, qua non obstante, ex maioratus redditibus, nec aliquid pro illa sibi soluere poterat Actor. Barthol. in l. 1. n. 7. in fine, ff. de solut. Mascard. concl. 1319. n. 4. maximè cum prædictus Comes, cuius causa Rea pulsatur; non nisi de bonis profectis â matre pro eadẽ soluere, damnatus fuisset in dicta sententia, vt patet ibi: Quatuor se pagarâ pe llos bens da d. D. Maria, quibus non extantibus, secundùm assertionem, palam est in debitum, eo nomine ex redditibus Comitis sibi soluisse, cuius repetitionem eidem forte vxori superstiti cõpetere iudicarem, si illius hæres proponeretur, iuxta regulam i. cum hæredes, ff. acquir. possess. & sit. C. de hæred. act. & alterum C. vt actiones ad hæred. & contra hæredes, aut in bonorum sultem possessione, & casalis capite adhuc fuisset in forma Ordinationis, lib. 4. tit. 95. exornando, vt per Vaiasc. de part. cap. 6. â n. 1. & n. 14. Phæb. 1. p. arest. 1. & 18. competit enim in debiti conditio, si quod alius debebat, alius quasi ipse debuisset, suo nomine soluerit. l. in summa, §. fin. l. si pæne, §. 1. ff. condit.

condit. indebiti: at cum nec conuenta mariti heres proponatur, nec in capite familiæ iam ſit, nec ipſi, nec contra eandem pro geſtis, vel promiſsis ab eo, actiones competunt; nec reſeruatio contra fructus mutuatus, quem tempore promiſſæ dotis D. Maria da Coſta poſsidebat, Conuentæ nocum parat, quia eiusdem poſſeſsionem, nec retinet, nec habuit vnquam, nec fructus percepit, qua ratione ditior facta erit in tempore reſeruato: imo ſi quid ex ea cauſa lucri fecit, ex pactis nuptialibus, aut ex lege communicationem ipſorum inducente, lib. 4. tit. 95. & tit. 46. pari ratione ex dote fructus defunctus Comes lucratus eſt: quibus adaugi ipſius hæreditas poterat, & ſic fraudatus re, & propoſito Actor dici nequit, nec vllam leſionem paſſus eſt ex pacto communicationis legi conformi, vt pecuniam redactam eiusdem beneficio, iuxta fraudatorium edictum â Rea auocare poſsit, circa notata ad titu lū, ff. quæ in fraudem creditorum, & text. in §. item ſiquis in fraudem, inſt. de act. quia, nec conuenta vllam mariti pecuniam adepta eſt, nec ille Actori pro dote à matre promiſſa tenebatur; nec quidquam moriens ea conſideratione teſtamento legauit, aut viuens ſcripto donare voluiſſet, vel tandem ſuper eo in partitionibus decretum fuit: niſi debiti, & ſententiæ ſuppoſitionibus factis, & ſic falſa opinione, vti notas meas legentibus conſtabit: omitto quod à quibusdam haud infimæ notæ Actoribus ſcio reſponſum, quod pactio de lucranda, & non computanda in dote, promiſſa certa pro vſuris pecuniæ quantitate, illicita iudicatur, vt videre eſt apud Valaſc. conſ. 8. n. 5. verſ. quinto fuit, & verſ. verum ego, quia in praxi contraria ſententia magis obtinuit cum Barth. Imol. Alex. & alijs, quos citat in §. at ex diuerſo: ſequitur Molin. de iuſt. tract. 2. diſp. 321. n. vlt. Salon de iuſt. & iure in 2. 2. Diui Thom. q. 88. controuerſ. 9. condit. 6. de lucro ceſſante, in verſ. 2. gener, & magis ex profeſſo contro uerſ. 14. n. 4. verſ ſequitur 3. & ſic, iuxta prædicta, iudicem probarem: ſoluma, circa expenſas corrigerem, &c.

Ea eſta deliberação ſe ſeguio outra muito elegante do doctiſſimo Dezembargador o Doutor Franciſco de Almeida Cabral, em confirmação da ſentença do juiz acima referida.

Exiſtimarem creditori competere actionem contra debitorem ſui debitricis, exhis quæ Strach. tradit ſubtit. de decoctoribus, 3. p. n.

p. n. 54. & sub tit de priuileg creditorum, 117. Barth. cum mul-
tis in Authent. de fideiussorib. §. sed neq; n. 14. & 17. maximè
in præsenti, vbi adest propria obligatio. Sed tamen in præsenti
defecit Actor in probatione fundamenti suæ intentionis, scilicet,
quod essent bona defuncti debitoris Comitis, apud Comitissam
vxorem, cũ contrariũ appareat; nec enim ostenditur, bona illa con-
sumpta, & soluta sine iudicis mandato, cum soluens eius decreto
liberetur. Rotta Gen. decis. 33. n. 6. nec item probatur debitũ
contractum post matrimonium celebratum, imò ante illius cele-
brationem, vt ita ingrediatur dispositio Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. &
ex his quæ nostri relati per Barbos. ibi tradunt, ex alijs etiam
tradit D. Gabriel Pereira decis. 50. à n. 5. cum seqq. Nec obsta-
bit, si probetur, quod adfuerint bona de nouo acquisita, & quod
petitum debitum, saltem quoad reditus, videretur contractum
tempore contracti matrimonij inter coniuges, nam cùm non appa-
reat de vxoris commodo, & proueniat debitum ex causa antece-
denti matrimonij, non pertinet ad vxorem periculum. Sicut nec
diceretur acquisitum ad illius commodum, si talia bona acquirirẽ-
tur in causa antecedenti matrimonium. quia tunc mulieri pars
vlla non acquireretur, nec comprehenderentur in generalitate d.
§. 4 in fine, ibi: Que depois de casados forão acquiridos, &c. seu
ex ea ratione, quia semper initium inspiciendum est; & non finis,
& perinde habendum est, ac si in initio illud factum esset. l. in
ratione, in §. Imperator, & l. serui, ff. ad leg falcid. ex alijs Gom.
l. 50. Tauri, n. 78. vbi etiam refert Palat. in repet. rubr. §. 62.
n. 13. & 14. idem Gom in l. 70. n. 28. Couas de sponsalib. 2. p.
n. 9. & n. 117. maxime ex generalitate d. §. 4. ibi: E na sua ame-
tade dos bens, que depois de casados forão acquiridos, &c. & ita
nihil ad bona acquisita vxori constante matrimonio pertinentia,
pertinet petiti debiti solutio; quibus ita breuiter dictis sententiã
confirmarem.

E do mesmo parecèr foy o Doutor Franciscò Lopes de Barros, conuindo com os pareceres referidos, & em tudo louuando a sentença do juiz, confirmandoa como Rellator somente, no dito Cartorio, & a diuisaõ das custas foi, porq̃ o A. sahio condẽnado em quatro partes, porq̃ foi vencido na auçaõ, & a R. pagou a quinta parte por ficar vencida na reconuẽçaõ.

Decis. 52

Vltimamente he de notar, que nãõ ampliamos nesta decisaõ o que o juiz

disse

acerca da reconuenção, na qual a R. pedio a metade de todas as partidas que se cobrarão, desde o anno de 621. até 631. & isto com fundamento de q̃ casou por dote, & arras, & com pacto de communicar os acquiridos, constã te matrimonio, & que todas aquelas partidas se pagarão com os acquiridos, durante o matrimonio, & que a diuida que se pagou foy contrahida antes do matrimonio, & assi se hauia de pagar da ametade dos bens acquiridos, pertencentes ao deuedor, como proua largamente Barbos. l. si constante, in princip. u. 51. ff. soluto matrimonio. Cabed. 1. p. decis. 131. Valasc. 1. p. cap. 23. n. 11. & outros muitos, que refere, & segue Gama dec. 366, n. 6.

Porem isto tem facil reposta, porque no caso que a R. pudera ter parte no que o Conde pagou, isso deuia tirar primeiro nos acquiridos que ficarão do Conde por sua morte, porque se era diuida q̃ se lhe deuia a respeito do pacto dotal de seus acquiridos, deuia tratar deste pagamẽto na partilha, & lançar esta diuida em inuentario, para se imputar â parte do Conde. mas repetilla dos acreedores, a quem o Cõde pagou pello deuer, não pòde ser. Porque tudo o que se pagou ao A. por conta de seus redditos, na forma das contas que apresentou, foy diuida que se venceo, durante o matrimonio, em todos os annos delle; porque os redditos se vencião cada hum anno, em quãto se não pagaua o principal, & por esta rezão nenhum fundamento teue a reconuenção, porque em effeito foy o Conde pagando diuidas, que se contrahião, & vencião, durante o matrimonio, & do mesmo tempo delle com os bens que tinha, & acquiria, & o que o A. cobrou legitimamente, não tem a R. rezão de o repetir: mayormẽte que o Autor tinha sentença cõtra o Conde, pella qual lhe estauão julgados os dd. redditos: nos quaes termos se não dà repetição, nem lhe compete a condicção indebiti, como em termos o traz Surdo cons. 134. n. 10.

E a melhor rezão de todas he, que os acquiridos, constante matrimonio, se repurão como herança do defuncto que os acquirio, & conforme a isso não ha mais acquiridos, que aquelles, que se achaõ por sua morte, porque sô isso se chama herança do defuncto, & não saõ acquiridos os bens, que o defuncto acquirio em sua vida, & na mesma vida os gastou, & consumio: porque em termos de direito se não chamão bens do defuncto, senão aquelles, que estão pagas as diuidas que tiuer: *Quia bona non dicuntur nisi deducto ære alieno.* l. subsignatum, §. bona, ff. verbo. Que significat. l. mulier, §. bona, ff. iure dotiũ. l. fin. §. sin autem æs alienum. Cod. de bonis quæ liberis. Surd. cons. 122. n. 22. & n. 81. & cons. 216. n. 12. Gutierr. pract. lib. 3. q. 43. num. 17. cum seqq. Cald. Pereira de empt. & vend. c. 10. n. 7. Cardoso in praxi, verb. *Bona*, n. 4. Gratian. forens. lib. 5. cap. 816. n. 11. Giurba in consuetud. senat. Messan. c. 1. gloss. 2. n. 127. onde poem as limitaçoens desta regra, & suas ampliaçoẽs, & della podemos tirar consequencia em confirmação da decisaõ seguinte.

Sebastião Gonçalues de Lima foi casado duas vezes, a primeira com Catherina de Abreu, de que lhe ficarão filhos, a cujas tornas o d. Sebastiaõ Gonçalues de Lima estaua obrigado.

Fallecida a d. Catherina de Abreu, casou segũda vez com Dona Maria da Cunha, & por seu fallecimento se tratou de partilhas entre ella, & os filhos de

do primeiro matrimonio, & o juiz determinou, que visto o dito Sebastião Gonçalues deuer a seus filhos do primeiro matrimonio tornas que importauão mais, que a soma da fazenda, mãdaua, que cada hum perdesse pro rata, & se lhes adjudicasse toda a fazenda a elles. Do que a d. Dona Maria appellou; porem não teue prouimento em sua appellação: porque o juiz procedeo juridicamẽte, em mandar separar a diuida, que o defuncto deuia a seus filhos de suas legitimas maternas, ao tempo que casou com a appellante, a qual não pôde nestes termos pretender ser meeira de tudo o que ficou, nẽ dizer, que a diuida contrahida antes do matrimonio se hauia tirar da amestade do marido deuedor. Porque esta questão tratou o Doutor Gabriel Pereira de Castro na decisaõ 86. principalmente ex num. 2. cum seqq. E applicando a resolução de sua doutrina a este caso, consta que o dito Sebastião Gonçalues de Lima ao tempo que casou com a appellante, deuia a seus filhos do primeiro matrimonio quatro centos oitenta & oito mil, quinhẽtos & trinta & hum reis. E assi tanto menos tinha de fazenda, & da que se achou por sua morte se ha de pagar a dita diuida; sem que obste a Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. porque a ella responde o mesmo Doutor no n. 2. & na decisaõ 90. n. 2. tambem segue esta mesma resolução. E por ella se julgou em confirmação da sentença do supremo Senado na dita causa de Lisboa de D. Maria da Cunha appellante nas partilhas do d. Sebastiaõ Gonçalues de Lima, na qual foi primeiro juiz o insigne, & doctissimo Dezembargador o Doutor Diogo Marchão Themudo, q̃ deliberou na forma seguinte, em approuação da sentença, & do referido.

Debita, quæ præcedunt matrimonium contractum secundùm ius Regni, personam debitoris sequuntur, & ex ipsius bonis solui debent. Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. Valasc. cons. 118. n. 10. & de part. cap. 23. n. 11. Molin. de iust. disp. 422. n. 5. Vnde cum defunctus Sebastianus quando secundas contraxit nuptias cum appellatrice, filijs primi matrimonij deberet magnam quantitatem, quam illis reddere tenebatur, respectu legitimarum maternarũ, vt appellatrix fatetur, consequitur illam quantitatem, soluendã fore ex bonis, quod ille secum attullit, quando appellatricem duxit vxorem, licet enim bona sua communicauerit vxori secundæ, communicauit quidem, non absolutè, & irreuocabiliter, sed sub illa conditione resolutiua, nisi creditores instent, & bona auferant, vt inquit Gabriel dicto loco, n. 3. & 4. vers. 1. & n. 7.

f. 53

E nisto conuierão com o dito Dezembargador os Doutores Diogo Leitaõ de Affonseca, & Francisco Cardoso do Amaral, anno de 1644. no dito Cartorio.

E pois que temos visto com os sobre-

sobreditos cáfos eſta materia, aduirta
36 mos por fim, acerca della, q̃ diſſe à prin
cipio, q̃ entre os caſados ſe cõmunicaõ
os bẽs, como ſe cõtrahiraõ ſociedade
vniuerſal de todos elles, o q̃ procede
quãdo caſaõ por carta de ametade: po
rem quãdo caſaõ por dote, & arras, não
ha entre elles cõmunicaçaõ mais q̃ aq̃l
la q̃ entre os contrahẽtes for declara-
da nas eſcrituras dotais. ex cit. DD.
ſup. O q̃ ſuppoſto, tratando da ſocieda
de, hauemos ſaber, q̃ pera os contrahẽ
tes cõmunicarẽ entre ſi os bẽs, não he
neceſſaria real, & particular entrega
de cada hũ, porq̃ por ficçaõ da ley, ſe
julgaõ, q̃ foraõ entregues pera ſe com
municarẽ á maneira da ſociedade vni-
uerſal. l.1.§.in ſocietate, cum l, ſeq. vbi
Bart. & DD. ff. pro ſocio. Dec. in l. ſo-
cius. ff. ſi certũ petatur. Molin. lib. 4. de
maiorat. c. 2. n. 33. & ſe cõmunicaõ en
tre elles as doaçoẽs, legados, & heran
ças, & ganhos, & tudo o q̃ diremos na
cõpanhia vniuerſal, notit. de ſocietate.
l. 3. §. ſed cum ſpecialiter, ff. pro ſocio,
poſto q̃ differe em algũas couſas a noſ
ſa cõmunicaçaõ, de q̃ tratamos da ſo-
ciedade vniuerſal. Et primó, porq̃ ain
daq̃ na ſociedade de todos os bẽs ſenão
37 cõmunicão os nomes dos deuedores
ſenão por ceſſaõ, *adinuicẽ* & ficão em
ſeu ſer; entre os caſados, na forma ſo-
bredita, ſe cõmunicão ſem ceſſaõ. E
do meſmo modo entre os ſocios vni-
uerſais, ſe cõmunicaõ todos os bẽs, q̃
atè entaõ tinhaõ ao tẽpo do contrato
de ſociedade, ſem noua entrega; porẽ
nos q̃ ſobreuẽ, não tẽ lugar a entrega
preſumida, ſenão a cõmunicaçaõ judi
cial, por auçaõ de ſociedade, vt eſt text.
in l. ſi quis ſocietatem contraxerit, ff.
pro ſocio, o q̃ não he na cõmunicaçaõ
entre os caſados, em q̃ ſe cõmunicaõ
os bẽs preſentes, & futuros, na forma
ſobredita. E ſe preguntarẽ pellos caſa-
dos cõ molher de mais de 50. annos, q̃
não póde ſer meeira, cõforme a Ord.
lib. 4. tit. 105. vejão o fim da deciſaõ do
tit. quib. mod. teſtam. infirmentur, ſupra
lib. 2. deſtes commentarios.

ORDEM QVINTA
da ſucceſſaõ do Fiſco.

SVMMARIO.

Cõtinuaçaõ deſta ſucceſſaõ do fiſco, §
& o que a ella pertence?
Dignidades como ſe conſideraõ? 2
Fiſco como ſuccede áquelle, q̃ falleceo 3
ſem teſtamẽto, & não deixou aſ-
cendentes, nẽ deſcendentes, nẽ col
laterais, nẽ molher, & quando ſuc
cede por inſtituiçaõ, ou deixando
alguns parentes, & quaeſt
Fiſco como ſuccederá aos q̃ ſe mataõ 4
a ſi meſmos, & aos condemnados
por crime porq̃ perdẽ as fazẽdas?

A Vltima ſucceſſaõ, q̃ prometi
he a do fiſco, de q̃ breuemẽte
direi, porq̃ notit. de publ. iudi
ciis hei de tratar dos bẽs cõfiſcados, &
como vão ao fiſco. E agora ſaibamos
q̃ Fiſco propriamẽte ſe chama á Camẽ
ra Real, a q̃ ſe applica tudo oq̃ pertẽce
á vtilidade do Imperio, ſecũd. gloſſ. &
Plat. ſub Rub. C. de iur. fiſc. & por iſſo
ſempre ſe preſume rico. l. 2. ff. de fund.
dot. & pella meſma rezaõ ſenão póde
pedir cauçaõ ao fiſco, como aos partĩ
culares. Minſing. & DD. in §. res fiſci,
ſup. de vſucap. l. 3. §. item ſciendũ, ff. ſi
cui plus, quã per l. falcid. &c. & l. 1. §. ſi
ad fiſcum, ff. vt legati nomine cau. &
dizem os DD. que os bẽs do fiſco ſaõ
o credito do Rey, por ſe comprehen-
der nelles a fazenda, theſouro, direi-
tos Reays, & dignidades, como ja en-
tendeo Gũther, quãdo diſſe lib. 8. feud.

Titulo decimo

At primum Ligures ſuper hoc á Rege rogati,
Veſtigal, portus, cudendæ iura monetæ,
Cumq; molendinis; telonea, flumina, pontes:
Id quoq; quod ſodrum, vulgari nomine dicunt,
Et Capitolinium certo ſub tempore cenſum,
Hæc Ligures ſacro tribuebant omnia fiſco.

Latê Peregrin. tract. de iure fiſci, per totum. Do que ſe collige, que o Princepe tem patrimonio de deus modos. ſ. particular, & proprio. O primeiro, quá do o Princepe tem algũa couſa, q̃ lhe pertẽce como a peſſoa particular. v.g. ſe alguem lhe deixar ſeus bẽs, vt in l. 1. & 2. ff. de offic. procurat. Cæſ. ou os bẽs que poſſuia antes de ter a dignidade Real, & q̃ por rezão della lhe não vieraõ, de quibus in l. bene Azenone. C. quadrien. præſcript. O ſegundo patrimonio, que ſe chama, *Publico, ou da Coroa Real*, & pertence ao Princepe, por rezão do Reyno q̃ gouerna, *quasenus eſt Princeps*, & ſe lhe acquire por varios modos, vt in l. vacantia, & in l. ſi vacantia, C. bon. vacant. l. 1. ff. iur. fiſc. & titulis. C. de his, quib. vt indignis. Authent. bona damnatorum. C. de bon. præſcript. l. 1. C. de delatoribus, lib. 10. Ord. lib. 2. tit. 26. & lib. 4. tit. 94. differentia colligitur ex dict. l. bene Azenone, vbi Barth. Plat. & Iaſ. in l. procurator. C. de edẽdo, Paul. in l. 1. n. 2. C. vbi cauſ. fiſcal. Caſſan. in conſuet. Burg. rubric. 2. n. 6. Peregrin. de iure fiſc. lib. 1. n. 6. & clarê notatur in Ord. lib. 2. tit. 35. §. 22. E tambẽ conforme a iſto, quando quizermos ſaber das dignidades Reais, ſe as conſiderarmos a reſpeito do concedẽte, ſaõ Pontificado, Imperio, Reyno, & de outros Princepes, q̃ não reconhecẽ ſuperior, vt dixit Camill. de curt. 1. p. rubr. ſed vnde n. 4. ſequẽdo Pariſium de Put. in tract. de re integ. feud c. 1. & ſe as conſiderarmos a reſpeito dos q̃ as adminiſtraõ, & executaõ, ſaõ os Duques, Marquezes. Condes, Baroẽs, & outros de q̃ trata o c. 1. de feud. March. in cap. 1. quis dicat Dux, vel March. Raynald. in c. Imperialẽ, §. præterea Ducatus, de prohib. feud. alien per Feder. Corſet. in tract. de poteſt. Reg. q. 51. part. 1.

2

Porẽ o q̃ aqui nos conuẽ ſaber he, q̃ morrendo hũ homẽ abinteſtado. ſ. ſem fazer teſtamẽto, ou ſendo nullo oq̃ fez, pellos defeitos acima declarados in princ. tit. de hæredit. que abinteſt. deferũtur. 1. huius lib. 3. ſem deixar aſcendẽtes, nẽ deſcendẽtes, nẽ collateraes, nem molher lhe ſuccede a eſte tal homẽ o fiſco em todos ſeus bẽs. l. 1. & l. vacantia 4. C. de bon. vacant. lib. 10. de q̃ reſulta, q̃ ou o fiſco ſuccede por inſtituiçaõ, quãdo he deixado por herdeiro, ou por falta de legitimo herdeiro, & ſe amplia, q̃ procede tambẽ ainda q̃ o defuncto deixe parentes, ſendo elles incapazes da herança v.g. morre o hũ homẽ ſem filhos, nẽ deſcendentes, nẽ aſcendẽtes, abinteſtado, & cõ tudo ficaraõ lhe dous primos naſcidos de inceſto, nefarios, de ajuntamẽto reprouado pella lei, aos quaes exclue de tudo o text. in Auth. ex cõplexu, C. de inceſt. nupt. neſte caſo, ſem embargo dos taes primos ſuccede o fiſco, por ſua incapacidade. 2. ſe amplia, q̃ ſuccede o fiſco ficando parentes legitimos, ſe elles forẽ hereges, ou cometerẽ crime læſæ maieſt. l. quisquis. C. ad leg. Iul. maieſt. gloſſ. & DD. in l. 1. ff. de iur. fiſc. E o fiſco tambẽ leua os fructos do

5

Ord. d. lib. 2 tit. 26. §. 19.

prazo

prazo q̃ não paſſa aherdeiro, durante a vida do herege condẽnado. Ord. lib. 5 tit. 1. §. 2. & ſuccede ao herege em lugar do herdeiro, ibi §. 1. & leua os bẽs do morgado, que o condemnado hauia ter em quanto viueſſe. Ord. lib. 5. tit. 6. §. 15. por iſſo he bom pòr clauſula nas inſtituiçoens, que ſuccedendo, que algũ dos ſucceſſores cometa crime de hereſia, treiçaõ, ou outro tal porq̃ mereça perder ſeus bens, deſde logo o haõ por excluido da ſucceſſaõ, & q̃ venha ao pareute mais chegado.

Tertio, ſe amplia, que ſuccede o fiſco ficádo parẽtes collaterais, idoneos, & capazes da herança do defuncto; porem ſendo o tal paréteſco no vndecimo grao. ſ. *vltra decimum*, ſuccede o fiſco, & exclue os taes parentes *vltra decimum gradum*, vt ait Minſinger. in §. fin. de ſucceſſ. cogoat. Quarto, ſe amplia, que ſuccede o fiſco, ainda q̃ fiquẽ parentes do defuncto por affinidade: *Quia affinitatis iure nulla permittitur ſucceſsio.* l. affinitatis, 7. C. communia de ſucceſſ. facit. l. vitrico, eodem tit. Quintò, amplia-ſe, que ſuccede o fiſco quando ſirão parentes do defuncto, os quaes ſe elle foy morto violentamẽte, não tratarão de vingar ſua morte, porque eſtes taes como indignos não merecem ſer herdeiros. l. 1. in princip, ff. de iure fiſc. E do meſmo modo, quando por cauſa de indigno ſe tira a herança ao herdeiro, ſe applica ao fiſco. v. g. ſe acuſa de falſo, ou de nullo o teſtamẽto do defuncto, ou ſe por cauſa ſemelhante he excluido por indigno, entra na ſucceſſaõ o fiſco. l. Papinianus, 8. §. meminiſſe, ff. de inofficioſo teſtamento; & toto tit. ff. de his quib. vt indign. Finalmente ſuccede o fiſco ficádo parentes do defuncto, quando o tal defuncto ſe matar por ſuas maõs. Porẽ nesta queſtaõ hauendo por termo reſolutiuo com a diſtincçaõ, q̃ os DD. lhe dão, & he eſta, ou o defuncto ſe matou por ſuas maõs por ſe enfadar de viuer, ou por diuidas q̃ o apertauaõ, ou por não poder ſofrer dores q̃ padecia, ou por raiua, & furor cõq̃ ſe precipitou ẽ hũ poço, ou no mar; neſtes caſos ſuccede a eſte tal homẽ o ſeu parẽte, & legitimo herdeiro, & não o fiſco. l. finꝰ § ſiquis autẽ tædio, ff. de bon. eor. qui ante ſententiã mortẽ ſibi conſcierunt; & l. 2. C. qui reſt. facere poſſ. ou o tal hom ẽ ſe matou por medo do caſtigo de algũ crime q̃ hauia cõmetido; & neſte caſo tambem ſe diſtingue. Ou o tal crime era de perda de bẽs, & honra, como o de leſa mageſtade Diuina, ou humana, Perduellium, &c. & entaõ ſuccede o fiſco em todos os bens do defuncto. l. quiſquis. C. ad leg. Iul. maieſt. ou o tal crime era particular, & extraordinario (como veremos no vltimo tit. do 4. liur de Publicis iudicijs), pello qual não vẽ infamia, nẽ confiſcaçaõ de bẽs, & entaõ não ſuccede o fiſco, ſenão o parente, & herdeiro legitimo do defuncto. l. fin. ff. de bon. eorum qui ante ſent. ou o delicto hé publico, dos cõtados em o vlt. tit. do 4. liuro deſte cõmento, pello qual *ipſo iure* perde o delinquẽte os bẽs, & entaõ, ſe ſe matar antes da acuſaçaõ do crime, & de ſer preſo por elle, não perde os bẽs perꝺe o fiſco: porẽ ſe for preſo no crime, ou accuſado por elle, ſuccede o fiſco em ſeus bẽs. d. l. fin. in princ. não prouando os herdeiros legitimos, que elle era innocente em tal crime, vt latè proſequitur Salicet. in l. 1. C. de bon. eorum qui ante ſentent. Poremiſto eſtá emendado pello direito in Auth. bona damnatorum, C. de bon. dãnat. & sò no crime de leſa mageſtade, & de

hereſia procede o ſobredito. d.l.quiſquis,& l.Manichæos,4.C.de hæret.& c.accuſatus,8.§ in eo,ext.de hæretic. explicat eleganter Lucan. in tract. de fiſc.& de modo confiſcand. Plat. in l. prohibitum,5.C.de iure fiſci;lib.10.

§. *Cum igitur, cum finali.*

SVMMARIO.

1 *Em que tempo ſe deue pedir, & conhecer a poſſe dos bens?*

2 *Como ſe ha de pedir eſta poſſe?*

3 *Decreto do juiz, & conhecimento da cauſa ſô ſe requere na petiçaõ da poſſe dos bens.*

4 *Se eſtão tiradas hoje as poſſes dos bens, ou não? Referemſe as que ſe obſeruão, & as que não ſaõ neceſſarias.*

5 *Reſumemſe as poſſes dos bens, que hoje ſaõ neceſſarias.*

6 *E ſe ſaõ vteis tambem, & porque? & em que caſos, coma rezão, & differença que ha entre o direito ciuil, & Pretorio?*

1 NEſte §. ſe declara o tempo, em que ſe deue pedir, & conhecer a poſſe dos bens, & ſaibamos, que aos filhos, & pays ſaõ concedidos doze mezes perfeitos, que he o eſpaço de hum anno, & aos parentes, molher, & ao marido, cem dias. l.1.§. largius. ff. de ſucceſſorio edicto. E como o filho em vida de ſeu pay ja he ſenhor, ou quaſi, dos bens hereditarios, com muita rezão ſe dâ mais tempo, & fauor ao pay, & filho, pera pedirem a poſſe dos bens, que ſaõ ſeus proprios, do que ſe concede aos eſtranhos pera alcãçarẽ a fazenda alhea. E quando dentro deſtes termos, naõ ſe pede a poſſe dos bens, fica tacitamente repudiada; mas hauemos notar, que os dous termos aſſi do anno, como dos cem dias, ſaõ vteis, & não continuos, vt hic in §. fin. & l. 2. in princip. & §. dies, ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione ſeruetur. De maneira q̃ tempo continuo he aquelle, em que correm, & ſe vão contãdo os dias por ſua ordem feriais, & não feriais, domingos, ſantos, & ſomana, em abſencia, & preſença do juiz: porem o tempo vtil he aquelle, em que ſe não contaõ os dias ſantos, nem domingos, nẽ os mais dias feriais, nem o tempo, em q̃ ſe não fizeraõ audiencias, & ſe não pòde requerer ao juiz. gloſſ. in Clem. 1. ſuper verb. *Continuum*, de reſtitutione in integrum: & tanto aſſi, que tal vez ſe dão quatro annos continuos por hũ anno vtil. l. fin. C. de tempor. in integ. reſtitut. & eſte tempo vtil he ò que ſe dá ao pay, & ao filho, & cem dias vteis aos eſtranhos,

2 Em ſegundo lugar ſaibamos como ſe ha de pedir, & conhecer eſta poſſe dos bẽs? E notemos que por direito antigo era neceſſario pedir ſe a poſſe dos bẽs por libello, com certa ſolemnidade de palauras, perante o juiz, no termo ordenado, & com conhecimento da cauſa ſe interpunha o decreto, & ordem do juiz. l.3.§. ſi cauſa, ff. eod. mas eſta ſolẽnidade de palauras & forma de pedir a poſſe, nẽ ſe obſerua, nẽ he neceſſario o decreto do juiz, mas baſta que no tempo ordenado pella ley aceite o herdeiro a herança, & diãte do juiz cõpetente com quaeſquer palauras requeira que lhe pertence, & pede a poſſe dos bẽs hereditarios. l. final. Cod. qui admitti ad bonor. poſſeſſ. poſſunt. Depois diſto ſaibamos, que ainda

que

que não seja necessario o libello,& petiçaõ,nem decreto do juiz, nem a presença do contrario, com tudo requerese o conhecimento em presença do juiz ,& hum requerimento de audiencia, que se estenda nos autos, pera que delle conste, secundùm Cin. in l. certum. 9. in fine, Cod. vnde legit. & não basta o reconhecela , & pedir a posse ao escriuão perante testemunhas, mas deue ser ao juiz em audiencia , secundùm Baldum in l. finali. E na posse, q̃ se diz , *Carboniana* , & na que se dà à molher prenhe, *nomine ventris* (como dissemos acima) he necessario decreto, & ordem do juiz, porque estas duas posses trazem comsigo hũa execuçaõ de facto, que se não deue fazer sem citaçaõ do possuidor. secundùm Bald. in dicta l. final. Supposto isto, saibamos.

Se estaõ hoje tiradas estas posses, ou não?

4 DEsta questaõ trata a glossa pela nult. hic in fine,& resolue, que sim saõ necessarias : porque, como tenho referido, hoje estaõ introduzidas outras tres ordẽs de succeder, a saber, dos ascendentes, descendẽtes, & collaterais;& estas posses, & modo de se alcançarẽ, foraõ introduzidas pello direito Pretorio , por respeito dos emãcipados,& dos cognados, que eraõ excluidos da successaõ,& ainda q̃ a differença da emancipação , & da agnação, & cognaçaõ está tirada , quanto aos successores. Auth. in succes. C. de suis & leg. Contudo saõ necessarias algũas destas posses, que saõ as seguintes.

Das posses dos bens que hoje saõ necessarias.

EM primeiro lugar, a primeira 5
bonorum possessio, que se chama *contra tabulas*, assi antigamẽte, como hoje, he necessaria ao filho emãçipado,& não obsta o sobredito , de q̃ está hoje tirada a differença da emancipação, porq̃ isso (cõforme os DD.) procede na successaõ abintestato , & não na successaõ contra o testamẽto, vt est gloss. sing. in l. Gallus, 29. §. & quid si tantum, in verbo, *Emancipatis*, ff. de liber. & posthum. porque o filho que está no patrio poder, sendo preterido , & esquecido no testamento do pay, com justa causa annulla o testamẽto, como tenho dito; porem no emancipado se distingue , se foy preterido, & desherdado sem causa, trata de annullar o testamento,& sendoo cõ causa, intenta este remedio *per bonorum possessionem contra tabulas*, idest , contra o testamento, vt in dicta gloss.

A segunda posse, que se chama, *secundùm tabulas*, era antigamente voluntaria, & hoje tambem, secund. gloss. in l. certum. C. vnde legitimi : porque o herdeiro instituido póde aceitar,& adir a herança; porem os DD. dizem, que em alguns casos he hoje necessaria esta *bonorum possessio*. v. g. quando o pay tem feito testamento, em que instituio hum estranho por herdeiro, & depois lhe nasceo hum filho, a que chamamos *Posthumo*, o qũal nasceo depois do testamento do pay feito, mas morreo antes que o pay falleceisse: neste caso claro está, que de direito ciuil se rompe o testamẽto pello nascimento do posthumo preterido. E assi o herdeiro instituido de direito ciuil não póde aceitar a herança, *ex testamento rupto*: mas o Pretor por esta *bonorum possessio secundùm tabulas*, socorre ao herdeiro instituido, & faz q̃ lhe dẽ os bẽs da herã

ça, & se sustente o testamento de direito Prætorio. l. posthumus, ff. de iniusto rupto, &c.

A terceira posse *vnde liberi*, não he hoje necessaria ao filho emancipado pera succeder abintestado, porque como esteja tirada a differença da emãcipação pera as successoẽs abintestado, não he necessaria esta posse. Auth. in succes. C. de suis, & legit.

Tambem a quarta posse, *vnde legitimi*, nem antigamente era necessaria, nem hoje, porque os agnados ainda pella lei das doze taboas, succedião, como disse acima no 2. tit. de leg. agn. succes.

A quinta posse, *vnde cognati*, era necessaria antigamente, porque faltando os parentes por linha masculina, q̃ saõ os agnados, se admittia o fisco, excluindo os parentes por femea, q̃ saõ os cognados: porem hoje succedem igualmente os parentes, assi por linha masculina, como por feminina, segundo a prerogatiua de seu grao, tirada a differença da agnação, & cognaçaõ. cap. nullam, 4. Nouell. 178. de hæred. abintest. venient.

A sexta posse, *vnde vir, & vxor*, he tambẽ hoje necessaria, & conforme Paulo de Castro in d. l. certum, procede isto quando o marido, ou molher, não hauendo parentes, querem herdar *in totum* ao defuncto, excluindo o fisco: porem se lhe ficarem filhos do defuncto pera a molher herdar a ameta de, não he necessaria esta posse, porq̃ por direito ciuil succede, *ex constitutione Imperatoria*. Authent, præterea, Cod. vnde vir, & vxor. As vltimas quatro posses extraordinarias, tambem saõ necessarias, cõforme os Doutores, in d. l. certum, & in l. fin. Cod. vnde legit.

Finalmente deuemos saber que, alem das sobreditas posses serem necessarias, tambem saõ vteis, conforme Paulo de Castro na d. l. certum, Cod. vnde legitimi. Et primò, quando alguẽ repudia, & engeita a herança por direito ciuil, não querendo pellos modos nelle declarados succeder, pòde pedir esta posse dos bens, & remedio de direito Pretorio, & pello contrario. l. suum hæredem, C. de iure deliberãdi. E isto he, porque as renunciaçoens se deuem restringir como odiosas, & se haõ de entender strictamẽte. cap. odia, 5. de reg. iuris in 6. porem isto procede quando hum homem não quer succeder por direito ciuil, & recorre ao Pretorio: mas se elle renunciar, & repudiar simplesmente a herança, referindo se a ella, não tem remedio, vt notat Barth. & DD. in l. nec is, 17. §. hæres, ff. de acquirend. hęred. E tambem de direito ciuil, ainda que hum homẽ possa aceitar a herança atè trinta annos, com tudo este tempo corre atè contra o ignorante, que não sabe da d. herança. l. licet, 8. iuncta glossa, in verbo *longi*, C. de iure deliberandi. Com tudo o remedio Pretorio destas posses não corre contra o ignorante, que pôde pedir os bens, & a posse delles depois do dito tempo. *Quia bonorum possessionis petenda tempus nunquam currit ignoranti*. Bald. in l. licet, C. de iure deliberandi. E pera sabermos o que se julga acerca da repudiaçaõ da herãça, & aceitaçaõ della, obseruemos o q̃ acima expliquei no 2. liuro, tit. 19. de hæredum qualitate, & differentia; & & no §. itẽ extraneus, do mesmo tit. na deciſaõ de hum caso do Padre Manoel Gomes Lobo, que ahi referi.

6

DE ACQVISITIONE per arrogationem.

Titulus vndecimus

SVMMARIO.

1 *Continuação do tit. presente com os antecedentes.*

2 *Filho emancipado, ou ja pay de familias, que se dá a outrem em arrogaçaõ, passa a seu poder com todos seus bens, & as emendas que nisto ha pelas leys Imperatorias.*

3 *Filho arrogado se parece com o legitimo, & natural juntamente, no modo de acquirir, na succeſſaõ, & na obrigação. Refere se como em cada cousa particularmente.*

4 *Do contrato do filho nascem duas acçoens, & quaes?*

5 *Dinheiro emprestado ao filho familias se não póde pedir ao pay, que tem a excepção do S. C. Macedoniano. Refere se quando esta excepção procede, & quando não tem lugar.*

1 Continuaçaõ deste titulo procede, & se toma do §. final sup. per quas perſonas nobis acquiritur. Diſſemos ja dos primeiros dous modos, pellos quaes se nos acquiria por titulo vniuersal, ou adiçaõ de herança de direito ciuil, ou pellas posses dos bens de direito Pretorio. Segue se agora o terceiro modo, que he aquelle com q̃ se nos acquire o dominio das cousas por titulo vniuersal, *& sic per vniuerſitatem.*

E pera entendimento deste titulo hauemos de notar, que o filho familias que he pessoa liure, & de seu direito, ou porque o pay he morto, ou porque he emancipado, ou casado, & ja pai de familias, quando se dá em arrogaçaõ a alguem (q̃ he o que diſſemos no tit. de adoptionibus, sup. §. cum autem impubes, quando se faz filho de outrem, *apud nos* he perfilhado de alguem) não só passaõ a poder do pay arrogante, & perfilhante, os bens do perfilhado, mas tambem os filhos, & bens corporais, & incorporais, assi no vsufructo, como na propriedade. 2

Porem o nosso Emperador emendou este estylo antigo, não querendo que o pay arrogante tiuesse mais dominio nos bens do filho, do que o pay natural, & legitimo, de maneira que os bens aduenticios (que saõ os que diſſemos no tit. sup. per quas perſonas nobis acquiritur, que vem ao filho por herãça materna, ou de outro parente) não tem mais que o vsufructo, assi tambem o pay arrogante nos bens que vẽ ao arrogado, *aduentitio iure*, não tem mais que o vsufructo: & daqui se nota que o filho arrogado se parece, & cõbina

bina com o legitimo, & natural em po der do pay, em tres cousas. s. no modo de acquirir, na succeſſaõ, & na obrigaçaõ. Vejamos de todas tres.

Na primeira combina com o filho natural, & legitimo em poder do pay, quanto *ad acquiſitionem*, porque aſſi como o filho legitimo, & natural acquire pera o pay o dominio da propriedade, & vſufructo do peculio, & bés profecticios, aſſi o arrogado acquire ao pai arrogante a propriedade, & vſufructo do d. peculio, & nos aduenticios, como ao pay legitimo o vſufructo ſomẽte, & não a propriedade, & no peculio caſtrenſe, ou quaſi caſtrenſe, aſſi como o pay legitimo, não tem nada de direito, aſſi tambem o naõ tem o arrogante, iuxta ea, quæ dicta ſunt in tit. per quas perſ. nob. acquir.

Secundo, combina na ſucceſſaõ, porque o arrogado ſuccede ao arrogãte, *tam ex teſtamento, quam abinteſtato*, juntamente com os legitimos, & naturais, filhos do pay arrogante, ou *apud nos*, perfilhante. Tertio, o filho arrogado, ou perfilhado combina com o legitimo, & natural, porque aſſi como regularmente não fica obrigado o pay natural do contrato, ou delicto do filho legitimo, aſſi he o meſmo do perfilhado, & fica combinando, quanto à obrigaçaõ; nem o perfilhãte eſtá obrigado ao que o filho fez antes da perfilhaçaõ, mas ſomente eſtá obrigado *quantum eſt in peculio*, do qual ſe lhe acquire o vſufructu. l. arrogatorem, 42. ff. pecul. & ſe o perfilhante não quizer defender o perfilhado, ſe admittẽ os acreedores à poſſeſſaõ dos bens do perfilhado.

E por fim deuemos notar, que do contrato do filho ſe dão duas acçoẽs, a primeira *in ſolidum* contra o filho familias, pella qual he preſo, não tendo por onde pagar, & não he ſolto, *niſi cedat bonis*. l. penult. Cod. qui bonis cedere poſſunt. & ibi Doctores.

A ſegunda he a *de peculio*, que ſe dà contra o pay, não *in ſolidum*, mas em quanto abrangem as forças, & poſſes do peculio. Porem iſto naõ procede no contrato de empreſtimo, ideſt, *mutui*: porque ſe alguem empreſtar ao filho familias, nem o pay, nem o filho ficaõ obrigados por direito, porquanto o acredor he excluido com a excepçaõ do Senatus Conſulto Macedoniano, que foy introduzido em odio de Macedonio vſurario, que era taõ mao, que empreſtaua dinheiro aos filhos familias, aconſelhandoos, que mataſſem aos pays occultamente, por traça, pera que aſſi por morte dos pays foſſem os filhos herdeiros, & lhe pagaſſem o dinheiro empreſtado. l. 1. & per totum tit. ff. de Senatus C. Maced. porem eſta excepçaõ naõ tem lugar quando hum filho familias eſtá eſtudãdo em Coimbra. v. g. ou em outra qualquer Academia, & eſtudo fora de caſa de ſeu pay, que entaõ he obrigado a pagar o que o filho receber empreſtado, ſem obſtar eſta excepçaõ. l. Macedoniam, 5. C. ad Senatus C. Macedonian. o que procede ſe não exceder o filho no empreſtimo o modo prouauel, do que o pay lhe coſtumaua a dar; porque hum eſtudante, a quem o pay faltar com a porçaõ coſtumada de cada mes, ſe a pedir empreſtada, não excedendo grandemente a quantia coſtumada, naõ pòde o pay negar ao acredor a ſatisfaçaõ do que empreſtar ao filho. l. ſed Iulianus, ff. ad Senatus C. Macedon. & em outros caſos ceſſa eſta excepçaõ, os quaes ſe referem na gloſſa in §. illud, 7. infra, quod cum eo

qui

qui in alien. poteſt. eſt. E neſte meſmo os explicaremos nôs em ſeu lugar no 4. liuro.

DE EO, CVI LIBERTATIS causa, bona addicuntur.

Titulus duodecimus

SVMMARIO.

1 *Combinação do titulo, com a concordancia dos referidos.*

2 *Pera conſeruaçaõ das liberdades deixadas aos eſcrauos, como ſe pòde aceitar a herança daquelle, que ſeu herdeiro inſtituido a repudiou, ou do que morreo abinteſtado, & fez ſomente codicillo?*

3 *E os que aceitão as heranças neſtes caſos, ſe ſaõ herdeiros de direito ciuil, ou poſſuidores dos bens de direito Pretorio?*

4 *Requiſitos neceſſarios pera ter lugar eſta aceitaçaõ a fauor da liberdade. Referemſe cinco.*

1 Eſte titulo ſe contẽ o quarto modo com que ſe acquire por titulo vniuerſal, & quando hũ homem aceita a herança de outro (que iſſo quer dizer, *adir*, he o meſmo que aceitar) por rezão da conſeruaçaõ da liberdade; & pera melhor entendimento de tudo, ſaibamos, que a ſumma deſte titulo he a ſeguinte. Se hum homẽ morrer com ſeu teſtamento perfeito, no qual deixa a liberdade a ſeus eſcrauos directamente, ou por fidicommiſſo, ſe o herdeiro inſtituido não quizer aceitar a herança, temẽdo q̃ haja acreedores do defuncto; neſte caſo, a fauor da liberdade, & pera conſeruaçaõ della, que perecia totalmente, naõ hauendo herdeiro, pòde hum dos eſcrauos libertados, ou qualquer outro eſtranho, ou o fiſco, pedir ao juiz lhe adjudique a herança, pera aſſi alcançarem os eſcrauos a liberdade, & iſto pella conſtituiçaõ, que chamamos D. Marci, cujas palauras ſe contem no principio da l. teſtamento, 23. ff. de teſtam. manum. com a qual combina o noſſo tit. & o meſmo que acima diſſemos, tem lugar tambem quando hũ homem morreo ſem fazer teſtamento, & no codicillo deixou a liberdade a ſeus eſcrauos. §. inprimis hoc tit. O que ſe introduzio a fauor da liberdade, que em direito he muito priuilegiada, & ſe chama, *inestimauel*. l. libertas, 122. ff. de reg. iur. & tambem por honra dos defunctos, pera não ſerem ſeus bens vẽdidos em publico, que antigamente era grande ignominia, & diſcredito, como apontei de Cicero na oraçaõ pro P. Quintio, facit Nouell. 22. cap. 40. verſ. nos autem. l. 6. in princip. ff. de interrog. in iud. faciend. *Intereſt, enim, ſaluam eſſe ciuis Romani exiſtimationem.* l. 9. ff. de man. vind. *Et vt teſtatorum voluntates ſortiantur effectum.* l. 6. ff. quemad modum teſtamenta aperiantur.

2 ſe o herdeiro inſtituido não quizer aceitar a herança, temẽdo q̃ haja acreedores do defuncto; neſte caſo, a fauor da liberdade, & pera conſeruaçaõ della, que perecia totalmente, naõ hauendo herdeiro, pòde hum dos eſcrauos libertados, ou qualquer outro eſtranho, ou o fiſco, pedir ao juiz lhe adjudique a herança, pera aſſi alcançarem os eſcrauos a liberdade, & iſto pella conſtituiçaõ, que chamamos D. Marci, cujas palauras ſe contem no principio da l. teſtamento, 23. ff. de teſtam. manum. com a qual combina o noſſo tit. & o meſmo que acima diſſemos, tem lugar tambem quando hũ homem morreo ſem fazer teſtamento, & no codicillo deixou a liberdade a ſeus eſcrauos. §. inprimis hoc tit. O que ſe introduzio a fauor da liberdade, que em direito he muito priuilegiada, & ſe chama, *inestimauel*. l. libertas, 122. ff. de reg. iur. & tambem por honra dos defunctos, pera não ſerem ſeus bens vẽdidos em publico, que antigamente era grande ignominia, & diſcredito, como aponteí de Cicero na oraçaõ pro P. Quintio, facit Nouell. 22. cap. 40. verſ. nos autem. l. 6. in princip. ff. de interrog. in iud. faciend. *Intereſt, enim, ſaluam eſſe ciuis Romani exiſtimationem.* l. 9. ff. de man. vind. *Et vt teſtatorum voluntates ſortiantur effectum.* l. 6. ff. quemad modum teſtamenta aperiantur.

2

Note

LAVS DEO.

ET

BEATISSIMAE, AC IMMA-

CVLATÆ VIRGINI MARIÆ, SAPIENTIÆ

INCARNATAE ANIMATO ATHENAEO,

studiorum meorum Patronæ

singulari.

VLYSSIPONE.

Cum Superiorum permissu.

Apud Emmanuelem à Sylua, anno Dñi MDC.LVI.

Com priuilegio Real.

INDEX

DAS COVSAS, NOTABILIDADES, DECISÕES, & materias principaes, que se comprehendem nesta primeira, & segunda parte dos quatro liuros da Instituta do Emperador Iustiniano.

O primeiro numero mostra a pagina. O segundo o numero marginal.

A

ABelhas se ficão de quem as tomar? pag. 144. n. 1.

Acção qual compete ao pupillo cõtra seu tutor, acabada a tutoria? pag. 111. n. 13. & pag. 124. n. 2. & pag. 128. col. 2. n. 1.

Acçoẽs que competem ao legatario pera alcançar o legado, saõ tres, quaes, quádo, como, & porq̃ lhe competẽ? pag. 271. vers. col. 2. & seq.

Acçaõ ciuel pera perder o dote pello adulterio cõmettido em vida do marido, se passa aos herdeiros, ou não? pag. 195. vers. n. 5.

Accessaõ quando he causa de acquirir? pag. 148. col. 1.

Actos feitos na prisaõ saõ nullos, & por que? pag. 349. n. 7.

Accessorio se he o codicillo do testamento? pag. 290. vers. n. 3.

Accessorios como se considerão em direito, pag. 290. n. 3. col. 2.

Accessorio se pòde estar sem o principal? pag. 291.

Accrescer como se considerão as porçoẽs aos coherdeiros? pag. 305. vers. n. 1. E como se considerauã nas doaçoẽs? pag. 179. vers.

Aceitaçaõ da herança como se proua, & se presume, como se fazia antigamente, abintestato? pag. 300. n. 1. & pag. 267. n. 1. 2. & 3.

Acciaçaõ da herança, ou he tacita, ou expressa. Refere se hũa, & outra, pag. 267. vers. n. 1. E se póde ser constrãgido a aceitala o grauado por fideicommisso, pag. 286. n. 2.

Aceitação da herança se não reuoga por lesaõ enorme, & se se reuogarà por ella a repudiação? p. 262. v. n. 4. E como se pòde repudiar? p. 263. n. 1. & p 267. n. 1. & ibi vers. n. 2. & seq.

Acquiridos, constante matrimonio, se consideraõ ao tempo da separação delle, pag. 349. in fine. A communicaçaõ delles depende do contrato dotal, pag. 350. n. 15. E como se consideraõ obrigados às diuidas contrahidas, antes, ou depois do matrimonio, com decisaõ? pag. 355. & pag. 362. n. 33. Se se pagarâ da ametade dos acquiridos, que pertencem ao deuedor, a diuida contrahida antes do matrimonio? ibi. Saõ como herança do defuncto, que se contaõ depois de sua morte, ibi, n. 34. Acquiridos, quando casaõ por arras, como se consideraõ pera se pagarem por elles as diuidas que hum dos cõjuges contrahio antes do matrimonio. pag. 353. vers. in fin.

Acquirir pòde cada hum por si mesmo o dominio de algũa cousa. Vejase a palaura *Dominio*.

Acquirir como se pòde a seruidão. pag. 164. vers. col. 2. n. 2. E o vsufructo, pag. 276. n. 2.

Acquirir pòde o senhor por seus escrauos, pelos mais sugeitos a seu dominio, & como? pag. 201. n. 2. & 202.

Acquirir como se entende o mosteiro

¶ pella

Index das couſas notaueis,

pella profiſſaõ do frade, pag. 155. verſ. col. 2. & 202. verſ. n. 3. & 4.

Acreedor ſe pòde vender o penhor q̃ tem em ſeu poder? pag. 200. verſ. col. 2. n. 1. E ſe val o pacto de q̃ não remindo, fique vendido? ibi.

Acreedor he pago pellos bẽs do caſal, pag. 317. n. 1. E ſe tiuer feito penhora em algũa couſa, ſe tem direito nella pera não quererem outra o pagamento? ibi.

Acreedor ſe pòde legar a diuida ao deuedor, ou a eſpera della? p. 275. n. 2.

Acreedor ſe pòde ſer o q̃ aceitou a herança a beneficio de inuentario? pag. 358. n. 26.

Acreedor priuilegiado prefere aos mais, mas não pòde obrigar o deuedor que reſtitua o que pagou por ordem da juſtiça, pag. 256. n. 23.

Achado como ſe pòde reſtituir? p. 155. verſ. E ſe ſe pòde leuar premio? ibi.

Accuſar de ſuſpeito pôde o pupillo a ſeu tutor, & como? pag. 135. n. 1. & 2. E ſe procede a auçaõ crime, ou ciuelmente, ibi, & quẽ ha de conhecer da ſuſpeição? ibi, verſ.

Adir a herãça ſe chama a aceitaçaõ della. p. 267. v. n. 2. E os requiſitos neceſſarios pera dizer q̃ eſtá aceita? ibi

Adminiſtraçaõ dos bẽs do fiſco eſcuſa do encargo da tutoria. p. 129. v. n. 1.

Adminiſtraçaõ da tutoria he quaſi contrato que o Tutor faz com o pupillo. p. 127. & vers.

Adminiſtrador dos bens do fiſco ſe pòde eſcuſar de ſer tutor? p. 129. v. n. 1.

Adminiſtraçaõ da juſtiça requere tres couſas principais, & quaes ſaõ? pag. 25. verſ. in fine.

Adminiſtraçaõ recta da juſtiça fugeita o rancor, & odio ſeus contrarios, pag. 35. verſ. n. 22.

Adopçaõ, que couſa he em direito, pag. 81. n. 1. & 2. Sua origem, ibi, verſ. n. 4.

Adopçaõ he de dous modos, & quaes? pag. 82. n. 1.

Adoptar não póde o menor ao mayor na idade, & porque? pag. 84. verſ. n. 1

Adoptado por eſtranho como ſuccede a ſeu pay natural, & ao adoptiuo. & o adoptado por aſcendente, pag. 82. verſ. n. 1, & p. 302. n. 1. & pag. 315. verſ. col. 2. n. 2. Se deue ſer inſtituido, ou desherdado o adoptiuo? pag. 226. verſ. n. 2. & 246. col. 2.

Adoptar ſe pòde algum homem não tẽ do filhos, alguem, em lugar de neto? p. 87. verſ. col. 2. in fine, & p. 88. in principio, & p. 89. verſ. n. 24.

Adoptar ſe pòde a molher, ou o capado. Vejaſe a palaura, *Molher*, & a palaura, *Capado, hermophrodito, & eſpadones*.

Adoptado ſe pôde ſer o filho natural? pag. 89. n. 14. E o eſcrauo ſe pòde ſer adoptado por ſeu ſenhor? ibi, n. 23.

Adoptar não pòde o capado, & ſe poderá adoptar o hermophrodito, ou eſpadaõ? ibi, n. 22

Adopção ſe extingue o patrio poder? pag 92. n. 1.

Adulterio, & homicidio, com palaura dada de contrahir com a adultera, como impede, & deſfaz o matrimonio? pag. 74. verſ. & p. 75.

Adulterio cometido pella molher, ſe he cauſa de perder os bẽs? pag. 195. verſ. n. 5. & ſeqq.

Aduogados ſe chamão ſoldados. pag. 9. n. 9.

Affinidade o q̃ he, & como ſe contrahe? Diuideſe em legitima, & illegitima, p. 68. v. n. 2. E como ſe cõtrahe entre parentes por conſanguinidade com os da molher? p. 69. n. 6.

Affinidade como ſe cõſidera por impedimento pera o matrimonio, & ſe ſe acaba com a morte da peſſoa que a cauſou

cauſou? E ſe ſe contrahe entre inficeis? ibi, n. 5.
Affinidade, em que graos prohibe o matrimonio com a noua reformação do ſagrado Concilio Tridentino, ibi, verſ.
Agoa que nasce no campo alheo, ſe ſe póde diuertir? p. 159. Com deciſaõ. Se pello curſo della ſe induz prescripção. Veja ſe na palaura, *Preſcripção.*
Agoa como ſe póde leuar pella terra alhea? pag. 160. Explica ſe a ſeruidão aquæductus.
Agnados ſe chamaõ os parentes por linha masculina, p. 101. v. n. 3. & ſeq.
Agnados como eraõ preferidos nas tutorias? pag. 101. vers. n. 1. 2. & seq.
Alheando ſe os bens de morgado, ſe ſe póde reuogar a alheação? pag. 340. verſ. n, 43. & 44.
Alhear ſe ſe podem os bens sugeitos a encargos de miſſas, pera ſubrogar outros? Com deciſaõ. pag. 343.
Alhear ſe ſe podem os bens do morgado pera pagar diuidas? p. 345.
Alheação de bens proprios, a quem he permittida, ou prohibida? pag. 198. O que comprehende a prohibiçaõ de alhear? ibi, n. 3.
Alhear ſe póde o marido bẽs de raiz, ſem consentimẽto da molher. p. 198. & verſ. E os bẽs do pupillo. p. 200. E os da Igreja? ibi.
Alhea ſendo a couſa, ſe ſe póde legar? p. 274. E como ſe prouará, que o teſtador ſabia, que era alhea, pera valer o legado, ou não? p. 274. & ſeq.
Ajuntamento de macho, & femea effeito do direito natural. p. 4. n. 5.
Alimentos ſaõ deuidos aos filhos por direito natural, & como procede tãbem de direito ciuil, p. 40. n. 6. & 7.
Alimentos ſe deuem aos filhos legitimos, naturais, emancipados, ou caſados, ainda que ſeja contra vontade dos pays: & refere ſe julgado, p. 40. verſ. n. 7. in fine.
Alimentos ſe deuẽ aos filhos inceſtuoſos? Referese julgado. ibi, n. 8.
Alimentos se deuem aos filhos espurios, & se baſta prouar a quaſi poſſe da filiaçaõ pera os alcançar? p. 41. n. 10.
Alimentos se deue dar o irmaõ rico ao irmaõ pobre? ibi, n. 12. Referese julgado.
Alimentos deue o filho a seu pay, & mãy pobres, ibi, n. 11.
Alimentos o que comprehẽdem? p. 42. n. 13. com deciſaõ.
Alimentos se negãdoos o pay ao filho, se ſe liurará de seu poder? p. 92. n. 2.
Alimentos que se daõ ao pupllo se se compensaõ com suas obras, & seruiços, & quando? p. 111. vers. n. 16.
Alimentar se deue o deuedor a seu acreedor, & quando? p. 114. n. 4.
Alfayate se póde reter os veſtidos pellos feitios? p. 148. n. 2. E se se presume que furtou o que faltar delles, ibi, in fine.
Alegando alguem algum titulo, o deue moſtrar. p. 179. col. 2.
Alegaçaõ dos Textos ſagrados he permittida na diciſaõ das causas. pag. 33. col. 2.
Alegação de leſaõ no arbitramento dos iouuados, em quanto tempo se póde deduzir? p. 262. vers. n. 5.
Alegar se póde a authoridade dos Poetas em direito. p. 187. n. 2.
Alegação da boa fẽ, sem titulo, se aproueita? p. 178. n. 1.
Alegação de causa falsa annulla a conceſſaõ do que com ella se alcança. p. 102. col. 1. & 2.
Ambição causa de injuſtiças, & de guerras, p. 8. vers. col. 1.
Amor Diuino fundamento de todo o bem, p. 2. n. 6.

Index das cousas notaueis,

Amor se requere no jurisprudente. p. 3 n. 19.

Amor contrario da justiça como se vẽ. ce com a honestidade, & com não offender ao proximo? p. 34. n. 19.

Amor Diuino nada teme, & o humano he receoso, p. 34. vers. n. 20.

Amor de Deos primeiro effeito do direito das gentes, segundo o amor da patria, terceiro as guerras justas, p. 43. n. 4.

Amar deuem os homẽs hũs aos outros por muitas rezoẽs que se referem, pag. 57. n. 8.

Amor he poderoso, solicito, & atreuido, p. 3. n. 19. 20. & 21. & seq.

Amor do pay pera com os filhos hegrãde, pag. 223. vers. n. 9. Sobe, & não desce, ibi.

Ao amor das letras nada he difficultoso, p. 4 n. 28.

Amor se mostra em reuelar segredos, fazer beneficios, encomendar preciosidades, & tratar com familiaridade, como vzou disto o Emperador? p. 4. n. 30. 31. & seq.

Amor he companheiro das hõras, p. 4. vers. 38.

Amor facilita o trabalho, pag. 14. vers. col. 2. in fine.

Amor da virtude só he constante, p. 16. col. 1.

Annos vteis, ou continuos, como se cõsiderão em direito? pag. 117. n. 16.

Anno nomeandose em direito se entenderà ser vtil, ou continuo? p. 1. v. n. 17.

Annos não se contaõ se não pella capacidade, p. 6. vers. n. 59.

Annual sendo o legado se se julgarà perpetuo, ou não? p. 274. v. n. 9.

Animais se diuidem em tres generos, & quaes? p. 144. n. 1. & 3. Os feros por natureza como se fazem mansos por industria, p. 144. v. n. 1

Animo como se conhece pellas obras, ibi. v. n. 2.

Apartar se podẽ os casados, ou quãto a habitaçaõ, ou quanto ao vinculo, & como? p. 79. n. 2. & seqq. Vejase na palaura, *Diuorcio*.

Approuar se diz a parte aquillo, q̃ não contradisse, & se articulou. p. 339. n. 39.

Appellar se pòde o Tutor de selhe não admittir a escusa, p. 134. v. n. 3.

Arcebispo, dignidade deuida aos letrados, sua origem, & etymologia, p. 4. vers. n. 41.

Armas saõ necessarias ao Reyno como as letras, p. 7. v. n. 1. Saõ braços do Reyno. Vejase na palaura, *Letras*. Saõ inferiores à justiça, pag. 9. n. 8. Sugeitaõ o corpo, & as letras o entendimento. ibi.

Artigo da morte como se considera? & quando se diz, que está alguem nelle? p. 214.

Argumento de vltimas vontades pera o contrato quando he valido? p. 54. vers. n. 3.

Argumento à contrario sensu, como val? p. 349. vers. col. 2. in fine.

Aruore dos parentescos, pera que se introduzio, & o que he em direito? p. 66. v. n. 1. & n. 3.

Aruore ciuil, como se considera, & se contaõ nella os graos? p. 67. n. 1.

Aruore da affinidade porque se induzio, & o que comprehende? pag. 68. n. 1.

Arrogaçaõ o que he? p. 82. v. n. 1. in §. cum autem.

Arrogado se pôde ser o menor de quatorze annos? p. 83. n. 1.

Ascendentes segunda ordem de succeder. p. 316. n. 1. col. 2. Os maternos como succedem ao filho? p. 318. v. n. 4. Se lhes compete a queixa contra o testamento do filho, o neto que os desherdar,

desherdar? p.254.v.n.1.col.2. Porque ſe dá entre elles a representação infinitamente? p.329.v.n. 2.
Aſſignaçaõ de liberto como ſe faz? p. 307. v.n. 1.& 2.
Auſente mais de cem annos ſe ſe preſume morto? p.86. col.1.
Author da Inſtituta foy o Emperador Iuſtiniano, p.1.n.3.
Authoridade do Tutor qual he, & quãdo, & em que caſos ſe requere? pag. 112.n.1.2.& 3. E ſe ſe ha de interpor no meſmo acto, ibi.v.n.1. E ſe ſe póde interpor na cauſa propria? p.113.v.n.1. E em que caſos póde ſer conſtrangido pera a interpor? p.120.v.n.34.

B

BAnhidos, vejaſe na palaura, *Degradado.*
Baptiſmo como naſce delle o parentesco eſpiritual? p.73.v.
Baptizar ſe póde o pay ſeu filho em caſo de neceſſidade, ſem odio do matrimonio? p.74.in fine. E fazendoo maliciosamente, o que ſe julgará? ibi.
Baſtardos como ſuccedem? Vejaſe na palaura *Filhos*, & *Legitimados.*
Bemfeitorias feitas nos bens de morgado, ſe ſe podem pedir, & quaes? p.271.n.2. com deciſaõ.
Bens da terra como ſaõ inconſtantes? f. 242.n.6. E a bemauenturança ſó ſe deue procurar, ibi.
Bens dos menores como ſe conſideraõ? pag. 115. verſ. num.8. Como ſe fará nelles execuçaõ? ibi, & p. 116. n.9.& 10.
Bens de raiz não póde o marido vender, nem obrigar ſem conſentimento da molher, p.199.n.5.& 6.
Bens da molher ſaõ de tres modos, & quaes? p.134.n.3.
Bens dotais não podem ſer vendidos, p.198.v.n.4.
Bens como ſe communicaõ entre os caſados? Referemſe tres modos principais porque ſe casa neſte Reyno, & como ſe communicão os bẽs casando por qualquer delles? p.347. v.n.1.
Bens quaes podem prescreuer, ou não? p.184.n.5.
Bens do defuncto ſe haõ de eſcreuer no inuentario todos, aliàs entra a pena contra quem os ſonegar. pag. 262.n.11. E o que ſe ha de prouar pera a pena ter lugar? p.264. v.n.8.
Bens de Vniuerſidade quaes ſaõ? pag. 139.n.1.& 2. E ſe ſe poderá por elles obrigar hum particular? ibi.
Bens doados ſe haõ de vir á collaçaõ? pag. 197. n.7. E quaes podem ſer doados? p.193.v.col.2.
Bens da Coroa ſe ſe podem alhear? p.197.v.n.9.
Bens pera o fiſco ſe prescreuem por quatro annos, & como ſe entende o quadriennio? pag. 182.vers.n.1.& 2. E quem os comprar como ficará ſeguro? pag.183. & ibi vers.com deciſaõ.
Bens da Igreja não ſe podem vender pag. 139. vers. n. 2. Limitaſe eſta regra nos caſos expreſſos em direito, & quaes ſaõ? ibi, n. 3. & p. 200. vers. n. 4.
Bens de morgado ſe eſtaõ obrigados às diuidas pellos fructos? pag. 358 v. & ſeq.
Bens ſempre ſe preſumem liures, & não ſugeitos a encargos? pag. 340. v. col. 2.
Bens ſe ſe preſumem de morgado pello encar-

encargo de miſſas? p.341. com deciſaõ, & quando ſe preſumem de morgado? ibi,& p.342.
Bens moueis tomados na guerra pertencem aos ſoldados, & os im moueis ao Rey. p.145. n. 2.
Bens de morgado ſe se alhearem, ſe se poderá reuogar a alheaçaõ? p. 340. n.42. E ſe se julga ſerẽ de morgado pella prohibição de alhear? ibi verſ. n. 44.
Bens sugeitos a encargos de miſſas se ſe podem alhear? p.342. v.n. 50. cõ deciſaõ.
Bens ſugeitos a reſtituição ſe se podẽ ſubrogar,& trocar por outros? ibi.
Bens de morgado pera ſe venderem he neceſſaria licença delRey,& qual ſerà a cauſa juſta pera ſe conceder? p. 344. v.n. 58.
Beneficio de inuentario: Vejase a palaura, *Herdeiros*.
Bispos sua origem, como deuem ser letrados pera ſerẽ curadores das almas, p.5. n.42.43. & ſeq.
Boa fẽ se induz do erro de feito: vejase na palaura, *Erro*: & como se conſidera, pera acquirir os fructos? na palaura, *Poſſuidor*.
Boa fẽ como se presume? p. 178 n. 3. & ſeq. Requerese pera a prescripçaõ, & como? p.177. n. 2. & 3. Por ella se presume o titulo, p.179. col.2
Boa fẽ se se continúa no herdeiro? p. 179. v. n. 8.
Boa porque se chama a luz no Geneſ. 1. pag. 25. col.2
Bom varão porque se chama em direito ao juiz? p.24. v.n. 17. in fine, cõ expoſiçaõ de varios Textos, & lugares de direito Diuino.
Bom porq̃ se chama o Spirito de Deos no Psalmo 174. pag.25. in principio. Com a conſideraçaõ da luz no Geneſis 1. ibid. p.25.
Bojo do Rio se he publico? p. 146. v. col.2. n. 1.
Breuidade da vida se deue conſiderar, & o julgador muito mais, pag. 36. n. 25.

C

CAçar ſe se pôde na coitada? pag.143.v. n. 3.
Cain se foi o primeiro que fez pouoaçoẽs? Vejase na palaura, *Pouoaçoẽs*.
Caminho pera ir tirar agoa se deue aſſinar por onde menos prejuizo faça ao dono da propriedade, p. 161. n. 15. com decisão.
Campos alagados se pòdẽ prescreuer? p.146. v.n.2.
Caſar a viuua segunda vez era abominauel antigamente, p.228. v. n.8. & p.236.v.n.4. & p. 279.n.3.
Caſar ſe conſidera neſte Reyno por hum de tres modos, p.347. v.n.1
Caſado de vinte annos he hauido por mayor, p. 343.v.n.53
Caſar deue o Tutor a pupilla conueni entemente, p. 121.v.n.38.
Caſando por carta de ametade, como ſe communicão os bens entre os caſados, p.347.v.n.2
Caſando por dote,& arras,como se cõmunicão os bẽs? p.348.n.9.
Caſas de grandes Senhores quando valem aos delinquentes pera nellas não ſerem preſos? p.60.n.10.
Caſas se se podem leuantar não mudando a forma do edificio, ou mudandoa,& como? p 164. col. 1.
Capitaẽs valeroſos, que se prezaraõ tanto de eloquentes,& sabios, como de eſforçados, pag. 16. col.1. in principio.
Capado se pòde adoptar? p.89. n. 21.
Carcereiros como se obrigão a guardar

dar os presos? p.32.n.6
Cardeais eminentissimos gouerno da Igreja, p.4.v.n.38. Sua origem, ibi n. 39.
Cargos em que se succede por direito de sangue, se os podem administrar as molheres? p.85.n.6.
Cargos dados a pesso as indignas seruẽ lhes de descredito, p.55.in princip.
Catiuos como recuperaõ o direito de cidadoẽs, pella ficçaõ do postlimi-nio. Vejase a palaura, *Ficçaõ*, ou a palaura, *Recuperar*.
Catiueiro, effeito do direito das gen-tes, p.44.v. propê finem.
Catiueiro se he causa de se acabar a tu-toria? p.123.n.2.
Catiueiros como se introduziraõ? p. 57.vers.n.3.
Caualleiros das Ordens militares saõ verdadeiros Religiosos, & se por sua profissaõ se acaba o patrio poder? p.90.v.n.2.
Cauçaõ que se deue no vsufructo como se considera? p.165.v.n.5.
Causal, & formal se he o vsufructo? ibi.
Cauçaõ se he obrigado a dala qualquer vsufructuario? p.170.v.n.5. Como se dará, & quem he escuso de a dar? ibi.
Cauçaõ que dão os tutores pera admi nistrar as tutorias, & quaes? p. 126. v n.2.
Causa, pessoa, tempo, & lugar, como se deuem considerar? p.23.n.16. & 343.v.n.53.
Causas porque os pais se podem escu-sar de alimentar os filhos? p.41.n.9.
Causas porque os pais podem desher-dar os filhos? p.222.v. col.1. Refe-remse quatorze. E as causas porq̃ o filho pòde desherdar o pay, p.223. n.8. Saõ oito. E porque saõ menos estas que aquellas? ibi.
Causas do patrio poder quaes saõ? p.16
Causa pia o que he? como se considera, & os priuilegios que tem em direi-to? p.213.n.11.
Causa pia não póde suprir o defeito da vontade, por isso não val o testamẽ-to do furioso, ainda pera causas pias. p.293.col.2. & ibi v.n.8. com de-cisaõ.
Causa de desherdaçaõ sendo legitima, & prouada, não póde o filho quei-xarse do testamento do pay, p.257. v.n.17.
Cegos de que faz menção o Texto sa-grado, saõ sete, todos tiuerão cura, sò o da enueja não. p.12.v. Ceguei ra da enueja, he incurauel, ibi.
Cegos não podem fazer testamento, p.220.v.col.2.n.1.
Cesar se pinta com a pena na mão di-reita, & a espada na esquerda, p.8. v.col.2.in fine.
Christo Senhor nosso como trouxe ao mundo o cargo de julgador? p.26. n.23. Explicase o lugar dos Prouer-bios 3. ibi: *Tria sunt quæ bene gra-diuntur, &c.* Christo S.N. foy cru-cificado no meyo da terra habitauel, & porque? p.30.v.n.6. Christo S. N. veyo sanctificar o matrimonio com sua presença, & de seus sagra-dos Apostolos em o conuite que re-fere S.Ioaõ, c.2. pag.70.v.n.6. & o mais vejase na palaura, *Matrimo-nio*. Christo S.N. nos deu exẽplo a trabalhar pera merecer glorias, p.17.n.33. cũ seqq. com exemplos.
Cheas quando saõ causa de se acquirir o dominio do que com ellas vem? p. 145.v.n.1. col.2. E como se pôde recuperar o que veyo com as enchẽ tes? ibi.
Clausula codicillar o que obra, & seus effeitos? & quem pôde vzar della, & como? p.235.v.n.12.
Clausula derogatoria faz que a segunda

disposição

Index das couſas notaueis,

disposição seja nulla, se se não fizer menção da clausula? p. 248. v. n. 11. He necessario que o Testador a declare, aliás se presume, que a poz quem escreueo o testamento, ibi, n. 12. Se se pòde tirar no codicillo? p. 247. v. n. 7.

Clemencia como resplandece no Principe? p. 252. v. col. 2. in fine.

Codicillo o que he? p. 290. n. 1. E sua diffiniçaõ donde procedeo? ibi, n. 2. E se se comprehende debaixo da palaura, *Testamento*. E se he seu acessorio? ibi, vers. n. 3.

Codicillo se pôde fazer de tres modos, & quaes? p. 291. n. 4. E que se requere pera valer? ibi n. 5. E se se reuoga com o testamento? p. 292. v. n. 3.

Cognados como eraõ preferidos nas tutorias? p. 102. col. 2.

Cognados saõ parentes pella linha feminina, & como succedẽ abintesta-to? p. 302. n. 1. & v. ibi, & p. 305. v.

Coherdeiros como lhes acrescem as porçoẽs? Vejase na palaura, *Accrescer*.

Collaterais como succedem huns aos outros? p. 319. v. & seqq. He a terceira ordem da succeſſaõ, que hoje se obserua, ibi.

Collegios licitos, ou illicitos, quaes saõ, & se podem ser instituidos por herdeiros? p. 228. v. col. 1.

Collaçaõ se se ha de trazer a ella o que o pay dà ao filho pera ser Clerigo? p. 262. n. 3. E se se hão de trazer os bens doados? Vejase na palaura, *Bens*.

Colonos quãtas especies ha delles em direito? Vejase na palaura, *Rendeiros*.

Companhia vniuersal de todos os bẽs se julga contrahida entre os casados pera a communicação, p. 336. n. 36

Compra como se acquire por ella o dominio? p. 154. col. 2. n. 1.

Conceſſaõ por allegação de cauſa falſa he nulla, p. 101. col. 1. & 2.

Concerto que o menor fizer em hũa demanda se opòde reuogar o Tutor? p. 115. n. 6. com decisaõ.

Condemnado à morte não póde fazer testamento, & porque? p. 221. Se fica escrauo da pena, & como? ibi.

Cõdicção pera se recuperar algũa couſa. Vejase na palaura, *Recuperar*.

Condição se se pôde pôr na nomeação do Tutor, pag. 100. n. 2. E como pòde ser condicional o acto legitimo? ibi, com diſtincção das possiueis, & impossiueis, ibi, v. n. 1. 2. & 3.

Cõdição se se pòde pòr na inſtituição de herdeiro? p. 230. n. 1. & p. seq.

Condiçoẽs hũas saõ possiueis, & honeſtas, outras impossiueis, & deshoneſtas, p. 64. v. col. 2. in princip.

Condição posta na inſtituição do morgado, cumprida ella, se se extinguẽ as disposiçoẽs nos outros casos, p. 335. v. n. 26.

Condicional, ou modal como se conſidera o legado? p. 277. v. n. 2.

Condição cumprida fica a disposição pura, & ſugeita à disposição das leis. p. 337. n. 29. Hũa vez cumprida dà perpetuo ser ao acto, ibi, v. n. 34.

Condiçaõ de dote, & arras ceſſa hauẽdo filhos, p. 349. v. n. 11. & p. 350. n. 14 com decisão. O que se dà debaixo della, se tira faltando seu cumprimento, p. 349. v. n. 11.

Condição que impede o matrimonio, não val, p. 191. col. 1. E se se pòde pòr, que não case sem licença de algũa peſſoa? ibi. E ainda que se ponha a condição, approuandose depois a peſſoa com quem casar, se valerá a doação? p. 191. v. n. 14. com decisão.

& decisoẽs que se contem nesta 1. & 2. p.

Confiscar como se deuem os bens dos delinquentes? Vejase na palaura, *Fisco*.

Confiança he necessaria pera a segurança, p. 28. v. n. 3.

Confissaõ da parte feita em papeis, & preces judiciais, faz proua. p. 334. v. n. 56.

Confundindo se as materias, a quem pertence o que resultar da cõfusaõ? p. 148. v. col. 1.

Conjecturas não he necessario recorrer a ellas nas cousas claras. p. 314. v. n. 9.

Conjecturas da affeiçaõ se consideraõ pera validade da instituiçaõ, & dos legados. p. 324. n. 18.

Conjunctos nas mesmas cousas, & palauras na instituiçaõ, se julgão conjunctos na substituiçaõ, pag. 388. n. 33.

Communicaçaõ dos bens pera ter lugar, não he necessaria entrega real delles. p. 362. v. Cõmunicar seus bẽs ao marido não pòde a molher q̃ casou mayor de 50. annos. p. 251. E se pòde instituilo por herdeiro? ibi.

Communicação dos bẽs entre os casados, quanto seja licita? pag. 347. v. n. 3. Pera a hauer, he necessaria copula, & se basta a precedente, ou que falte por culpa de algum? p. 348. n. 4. com decisaõ.

Communicaçaõ dos acquiridos entende se hauendoos separado o matrimonio. p. 349. n. 10.

Consentimento da molher he necessario pera o marido poder vender, ou hypothecar bens de raiz. pag. 199. n. 5. & 6.

Consentimento como se requere no matrimonio? p. 73. n. 6. E o dos pays se se requere, ibi. Consentimento como se presume por longo tempo? p. 343. v. n. 53.

Consentindo o filho no grauame posto na legitima, como se julga a acceitaçaõ delle? p. 256. n. 26. & seq.

Consanguinidade o que he? pag. 66. v. n. 2.

Considerar se deue sempre o fim, & quanto póde esta consideração? p. 36. v. n. 26.

Constituiçaõ do Principe tem força de ley. Diuidese entre a geral, & particular. p. 45. v. n. 4.

Contratos effeitos do direito das gẽtes tiraõse quatro, que introduzio o direito ciuil. p. 44. & in fine.

Contrato se deue obseruar. pag. 43. in princip.

Contrato se pòde fazer o pupillo sem authoridade do Tutor? p. 112. n. 4.

Contrato do defuncto se obriga ao herdeiro? p. 344. n. 54.

Contas que deue dar o Tutor da administração da tutoria, & como? p. 110. n. 8. Com cautellas pera isso necessarias. ibi. E se se lhe podem pedir segunda vez. p. 111. n. 14.

Contrarios conhecendo hum, se se fica conhecendo o outro? pag. 93. in princip.

Copula como se requere pera a consumaçaõ do matrimonio, & communicação dos bens? pag. 348. v. n. 6.

Costume obseruado se guarda como ley. p. 48. n. 1. Como se pôde introduzir, porque actos, & os requisitos necessarios? ibi. n. 2. & 3.

Corporais saõ hũas cousas, & outras, incorporais, & a differença entre hũas, & outras. p. 156. n. 1. & 2.

Cortar aruore de fruito, que pena tẽ? p. 189. v. col. 2.

Criar conuem os meninos com bom leite, porque da criação procedem as inclinaçoens. pag. 128. vers. n. 38. & 39.

Index das couſas notaueis,

Couſas ſe diuidem em publicas, ou cõmuns, & como? p.137.v. col.2.n.1.

Couſas commuas ſaõ de tres modos, & quaes? p.138. col.2.

Couſas vicioſas ſe podem prescreuer? p.184. v. n.7. E como ſe conſidera o vicio? ibi. E as couſas ſagradas ſe prescreuem? ibi,n.6.

Couſas que com o vzo ſe gaſtaõ ſe ſe pòde conſtituir nellas o vſufructo? pag. 170. n.3. E ſobre que couſas ſe pòde conſtituir? ibi, & p.276. v. n.1.

Couſas que não eſtão no dominio de ninguem,& porque? p. 139. col. 2. in fine, & ibi verſ.

Couſas ſagradas quaes ſaõ? ibi v.n. 1.

Couſas quaes podem ſer doadas? Vejaſe a palaura, *Doação*. E quaes podẽ prescreuer? na palaura, *Preſcripçaõ*. E quaes podem ſer legadas? p. 373. v.col. 2. in fine.n.2.

Couſas alheas ſe ſe podem legar?ibi.

Crime de Stellionato o que he?p.12.v. n. 8. Crime de leſa mageſtade faz com que o filho não ſucceda ao pai. p.301.col.1. n.1.

Crimes que impedem o matrimonio, referemſe todos, p.74. Ha hũs, que ſe chamaõ impedientes, & dirimentes, porque prohibẽ que ſe não faça & celebre o matrimonio, & contrahido, o annullão: & outros que o impedem,mas celebrandoſe,o não annullão, ibi,v.Referemſe todos.

Curador ſe hade pedir ao pupillo, tãto q̃ ſe acabar a tutoria?p.110.n.8.Curador ſe dá ao pupillo, hauendo duuidas entre elle,& o tutor,p.113.v.n.2

Curador ſe dâ ao menor que não tem tutor pera o defender nas demãdas. p.122.n.36.

Curadoria que couſa he, & porque rezão ſe dão curadores aos menores? pag. 114.v,n.1.

Curador dado a quem ſe deuia dar tutor, ſe val? ibi,n.2. & 3.

Curadores ſe dão por tres modos, p. 125. n. 4.Curador ſe ſe pòde dar no teſtamento? p.125.col. 2.n.1. & 2.

Curador ſe ſe póde dar ao menor cõtra ſua vontade, & quando ſe dá ao mayor? ibi, n.1.& 2.& v.

Curador ſe dá aos furioſos prodigos, & mentecaptos, p.125.v.col.2.

Curador ſe ſe pòde dar a quẽ tem tutor? p.126.n.1. E ſe dá aos bẽs dos auſentes, & heranças jacentes, ibi.

Curador ſe póde ſer do menor aquelle que foi ſeu tutor? pag. 133. v.n.1.

D

DAmno, que o pupillo recebe em ſeus bens pella mã adminiſtraçaõ do tutor, como ſe ha de pagar? Vejaſe na palaura, *Tutor*.

Dar tutor no teſtamento, a quem he permittido? pag.96.n. 5. & ſeq. E quem pòde ſer dado? ibi,v.n.6.& p. 98. E vejaſe na palaura, *Tutor*.

Dar o ſeu a ſeu dono he o terceiro preceito de direito,& como tòca ás fazendas,& contratos? p. 32.v.n. 10. E quanto tem de Diuino? p. 33. v. n.13.

Dar liberdade a ſeus eſcrauos não podem algũas peſſoas,& quaes? p. 53. n. 2. & 3. Nem o deuedor a pòde dar em fraude dos acreedores, ibi, n. 3. E como ſe proua o animo de fraudar? ibi n. 4. & 5. E ſe ſe pòde dar no teſtamento? pag. 54. in princip.

Declarar ſe ſe pôde o teſtamento no codicillo, & como? p.247.v.n.7.

Declaraçaõ qual ſe requere pera pedir a poſſe dos bens? p. 268.

Decreto do juiz, & conhecimento da cauſa, como ſe requeria na peti-

çaõ

çaõ da posse dos bens, & o que se observa? p. 364. v.
Decimas dos bẽs vsufructuarios quem as deue pagar? p. 120. n. 9.
Degradado se pòde ser restituido? p. 90. v.
Degradado por certo tempo pòde tornar àcidade, acabado elle, 123. v. col. 2
Degradado se se julga que perde o domicilio originario, & seu foro? pag. 175. v. n. 10.
Delinquente que se acolhe à Igreja. Vejase na palaura, *Igreja*, & *Immunidade*,
Demandar não pôde o filho familias a seus pays sem venia. p. 62. & ibi v. E se se poderà demandalos nas cousas de peculio castrense, ou quasi? ibi.
Demandas entre o pay do pupillo, & o tutor nomeado quando saõ causa de escusar da tutoria? pag. 130. n. 1. E se resulta dellas inimizade capital? p. 132. n. 2.
Demonstraçaõ falsa como se considera, & quando vicia o legado? pag. 277. v.
Deos nosso Senhor foy o primeiro, q̃ na terra exercitou o cargo de julgar. p. 20. v. n. 9. Com os exemplos de verdadeiro juiz, ibi.
Deos N. S. se considera justo Deos, & justo juiz & como? ibi, n. 10.
Deos N. S. como gouerna tudo por sua Diuina prouidencia, & o que a ella pertence? p. 1. v. n. 2. Foy perfeito juiz no castigo de Adam, p. 2. col. 1. in principio.
Dezembargadores saõ das mayores dignidades, p. 5. v. n. 50. Chamaõlhe os Emperadores pais, & companheiros, ibi, n. 51. 52. & seq.
Desherdar deue o pay ao filho, ou instituilo por herdeiro, p. 221. v. n. 1.
Desherdaçaõ, ou he tacita, ou expressa, p. 222. n. 2. E a expressa como se fará? ibi. E porque causa, ibi. E vejase a palaura, *Causas*.
Desherdados se podem ser os filhos q̃ nascem depois do testamento, ou da morte do pay, que se chamaõ, *Posthumos*? p. 224. n. 2.
Desherdados se deuem ser os filhos emancipados, ou instituidos? p. 226. v. n. 2. E se procede o mesmo nos filhos adoptiuos? ibi.
Desherdaçaõ se se induz do silencio, & preteriçaõ dos filhos no testamẽto dos soldados? pag. 227. n. 1. com distincçaõ. E se obra o mesmo o silencio da mãy, ibi.
Despezas feitas na cousa vsufructuaria a quem tocão? p. 271. n. 2. com decisaõ. Vejase a palaura, *Gastos*.
Deuedor deixando hũ legado ao acreedor, se se julga que he com animo de compensar? p. 276. v. n. 5. Distinguese entre o deuedor necessario, ou voluntario, ibi, com decisaõ.
Deuedor sendoo o possuidor do morgado se se pagaraõ as diuidas pellos fructos? p. 358. vers. E quando no morgado ha clausula, que se não pagarà nada pellos bens delle? p. 359. n. 30. E quando a diuida se contrahio por rezão dos mesmos bens do morgado? ibi, n. 31.
Deuedor do pupillo não pòde ser seu tutor, & se procede o mesmo na mãy, & auô? p. 99. v. & p. 114. n. 3.
Deuedor se he obrigado a alimentar o acreedor? ibi, n. 4. com decisaõ.
Deuedor do pupillo se lhe pagar alguã cousa, se fica liure da obrigaçaõ? p. 200. n. 2. com distincçaõ de tres casos principais. ibi.
Dias em que se deue pedir a posse dos bens saõ vteis, ou continuos? pag. 364. v.

Index das couſas notaueis,

Differenças hauia antigamente entre os eſcrauos, hoje não. p. 49. v. in fin.

Differenças ſe ha entre os libertinos, & liures de nacimento. p. 52. v. n. 2.

Differenças entre o dolo, & fraude. p. 53. n. 4.

Differenças que ha na computaçaõ dos graos de direito, canonico, & ciuil. pag. 67. n. 1.

Differenças entre a arrogaçaõ, & adopçaõ. p. 89. v. n. 25.

Differenças que hauia antigamente pera as tutorias entre os parentes pella parte do pay, ou da mãy. p. 102. n. 3.

Differença entre o Tutor que neceſſita de confirmação, ou não. p. 96. n. 4.

Differenças entre a emancipação, & patrio poder, como ſe julgaõ tiradas nas tutorias? p. 105. v.

Differenças que ha de annos em direito, & como ſe conſideraõ? p. 117. n. 16.

Differença entre os Tutores, & Curadores. p. 124. v. col. 2.

Differença entre as couſas commuas, & publicas, p. 138. n. 2.

Differenças entre os morgados, & os fideicommiſſos. p. 327. v. n. 29.

Differeñças entre a communicaçaõ dos bens entre os caſados, & a que ſe faz por ſociedade vniuerſal. p. 362.

Differença entre as couſas corporais, & incorporais. p. 156. n. 2.

Differença entre quando a couſa he em vtilidade publica, primario, ou ſecundario. p. 160. n. 12.

Differenças entre as ſeruidoẽs continuas, ou deſcontinuas ſe eſtaõ tiradas? p. 161. v. col. 2. & p. 162. verſ. in princip.

Differenças entre as ſeruidoẽs ruſticas, & vrbanas. p. 164. v. n. 1. E como combinão? ibi.

Differenças entre o vſu, & o vſufructo, com as rezoẽs de combinação que ha entre elles, & como differem? p. 173. n. 4.

Differenças entre o vſufructo, & o vſo, & habitação. p. 174. v. n. 3.

Differença entre a vſucapião, & preſcripção. p. 176. v. n. 2.

Differenças entre a doaçaõ que ſe faz por cauſa da morte, & o legado. p. 187. v. n. 5.

Differenças entre a doaçaõ entre viuos, & a que ſe faz por cauſa da morte. p. 189. n. 2.

Differenças das couſas ſagradas, & Religioſas. p. 140. n. 2.

Differença entre a miſtura, & confuſaõ p. 148. v. n. 2.

Differença entre o vſufructuario, & o poſſuidor de boa ſe. p. 145. v. n. 3.

Differença dos herdeiros de direito ciuil, & os poſſuidores dos bens de direito Pretorio. p. 308. v. n. 2.

Differenças que ha de peculios, & bens que podem ter os filhos familias. p. 201. n. 2.

Differença entre a desherdaçaõ tacita, & expreſſa. p. 222. n. 2.

Differenças que ha em direito entre quando ſe rompe o teſtamento, ſe renoga, ou quando fica irrito? pag. 224. n. 7.

Differenças que ha em direito de herdeiros, & ſuas qualidades. pag. 260 n. 2.

Differenças entre os herdeiros eſtranhos, & os que ſe chamaõ ſeus? p. 261. n. 1.

Differença entre o legado, & as doaçoens que ſe fazem, ou por cauſa da morte, ou entre viuos. p. 270. n. 3.

Differenças que hauia entre o fideicõmiſſo, & o legado, como ſe conſideraõ ao preſente? p. 273. col. 2. n. 1.

Differença na eſcolha dos legados. p. 279. n. 2.

Differenças entre o teſtamento, & codicillo. p. 292. n. 1. E ſe ſe pòde nelle dar, ou tirar a herança? ibi, & pag. 250. n. 14.

Diffiniçoẽs do legado porque ſaõ tres? Referemſe todas com inteligencia, & expoſiçaõ de varios Textos, & combinaçaõ das meſmas diffiniçoens? p. 269. n. 2. & ibi v. & p. 270. n. 4. & 5. & ibi. v.

Diffiniçoens ſe podem buscar nos principios de cada hum dos titulos, conforme as materias. ibi.

Dignidades que ſe alcançaõ pellas letras, & ſaõ deuidas aos letrados. p. 4. v. n. 35. 36. 37. & ſeq.

Dignidades ſe ſaõ cauſa de ſe acabar ō patrio poder? p. 90. v. n. 1.

Dignidades como ſe conſideraõ? p. 363 v. n. 2.

Diminuiçaõ do patrimonio do defuncto ſe he noſciua ao herdeiro, ou ao legatario? p. 282. v. n. 2.

Dinheiro do menor como deue empregarſe, & render? Vejaſe na palaura. *Tutor.*

Dinheiro escondido ſe he theſouro. & quando? p. 153. n. 3. Com hum exemplo notauel ſobre dinheiro eſcondido, & achado ibi.

Dinheiro dá fortuna, credito, & nobreza. p. 201. v. n. 4.

Dinheiro empreſtado ao filho familias ſe ſe pòde pedir? p. 366. v. col. 2. Refereſe a expoſiçaõ do S. C. Macedoniano, & quando não tem lugar? ibi.

Direito ciuil como procede do direito Diuino, & combinaõ ſeus preceitos? p. 33. n. 12.

Direito publico, & particular comprehende a diſpoſiçaõ das leis. p. 38. n. 1.

Direito como ſe diz ter alguem em algũa couſa, ou pera hauer a meſma couſa, *& ſic ius in re, vel ius ad rem?* p. 38. v. n. 3. & 4.

Direito publico, & particular he reſumo de tudo o que pertence à adminiſtraçaõ da juſtiça. p. 39. n. 5.

Direito natural como ſe diffine, & diuide? p. 39. v. n. 1. 2. & 3.

Direito natural primeuo, ou ſecundario como ſe diuide, & entende? p 39. v. n. 4.

Direito das gentes o que comprehẽde, & como differe do direito natural? p. 42. v. n. 1. Diuidese em primeuo, & ſecundario, ibi, & n. 2. & 3.

Direito ciuil o q̃ he, & como ſe diffine, donde procede? p. 45. n. 1.

Direito publico qual he? ibi, n. 2.

Direito particular escrito, o que contem? p. 46. n. 6.

Direito Pretorio o que comprehende, & ſeus edictos, & como ſe introduziraõ? p. 47. n. 8. & p. 308.

Direito particular não escrito como ſe introduz? p. 48. n. 1.

Direito ciuil pertence ás peſſoas, âs couſas, ou às acçoẽs, & como? pag. 48. in fine.

Direito das peſſoas, & iua diuiſaõ, conforme a qual hũs ſaõ liures, outros escrauos. p. 48. v. n. 1.

Direito do padroado, ou he Eccleſiaſtico, ou ſecular. p. 52. v.

Dispenſaçaõ da idade, vejaſe nas palauras, *Idade*, & *Matrimonio.*

Diſpoſiçaõ não paſſa das peſſoas de q̃ que nella ſe trata. p. 337. n. 31.

Diſtincçaõ dos dominios effeito do direito das gentes. p. 44. propé finẽ.

Diſciſoẽs do Senado ſupremo fazem exemplo, & tem grande authoridade. p. 47.

Diuiſaõ da herança como ſe fazia antigamente? p. 229. col. 2.

Diuiſaõ das couſas corporais, ou incorporais. p. 156. n. 1.

Index das couſas notaueis,

Diuiſaõ das couſas que eſtão no comercio dos homens, ou não. p.137.

Diuidas do inſtituidor de morgado, como ſe deuem pagar? p.344.v.n.38.

Diuidas contrahidas, durante o matrimonio, ſe eſtà obrigada a ellas a molher, que caſa por dote, & arras? p. 350.v. n. 16. E ſe eſtâ obrigada ás que o marido contrahio antes do matrimonio? ibi.

Diuidas do defuncto como ſe obriga a ellas o herdeiro, aceitando a herança? p.263.n.3. E como euita eſte dã no aceitando a herança a beneficio de inuentario? ibi, n. 4. & p. 266. v. n. 16.

Diuidas do defuncto como ſe hão de tirar primeiro que ſe conte ſeu patrimonio? p.283.n.1.

Diuidas do defuncto ſe as pagarâ o herdeiro que aceitou a herança, ou o fideicommiſſario, a quem foy reſtituida? p. 286. v.n.4.

Diuorcio o que he conforme a direito, & como por elle ſe aparta o matrimonio? p.79. n. 1. E porque cauſas? ibi.

Doação o que he; & como ſe acquire por ella o dominio, ſe fica ſendo a acquiſição de direito natural, ou ciuil? p.186. n.1. & 2. com intelligencias da diffinição.

Doaçaõ feita ao benemerito he bem empregada, & juſta, ibi. n. 3. E ſe ſe preſume em direito? ibi, v.n.4. E ſe ſe preſumirá entre os parentes? ibi, n. 5.

Doaçaõ, ou ſe faz por cauſa da morte, ou entre viuos. p.187.col.1. Donde procedeo a que ſe faz por cauſa da morte? ibi, n.1. Como ſe ha de fazer? ibi, verſ.n.4.& 5. Em que combina com o legado? ibi.

Doação por cauſa da morte quem a poderâ fazer? p.188.n.6.

Doaçaõ ſe ſe deue aceitar pello donatario, & ſe ſe julga que aceita, eſtando preſente, & callando ſe, ibi, n.7.

Doação feita a hum auſente, ſe ſe deue aceitar, & ſe baſta a aceitação do tabalião? ibi, v.n.8.

Doação feita a hum auſente, ſe ſe acaba morrendo elle antes de aceitar? p. 188.v. ibi, n. 9. E ſe por culpa do portador não chegaſſe em ſua vida, o que ſe fará? ibi.

Doação entre viuos como ſe conſidera, & ſe diffine? p.189. n. 1.

Doaçaõ feita com duas teſtemunhas, ainda que nella ſe faça menção da morte, ſe ſe julgarà que he entre viuos? p.189.v.n.3. E ſe ſe puzer clauſula de não reuogar? ibi, n.4. Com intelligencia de Textos, & p.191.v. com deciſaõ.

Doação entre viuos quẽ a pòde fazer? p.189.v.col.2. n. 6.

Doaçaõ he hũa mera liberalidade, ſem reſpeito, & eſta he vtil, atê a quem a exercita. p.190.n.8. A quem ſe pòde fazer? ibi.n.7

Doaçaõ remuneratoria não he propriamente doação; & ſe he contrato? p.190. v.n.9.

Doação com clauſula de os filhos do doador herdarem o donatario ſe valerá? ibi, n.10.

Doação entre viuos perfeita, ſe ſe póde reuogar? p.192. v. n.1. E por cauſa da ingratidão, & outras que ſe referem. ibi.

Doação ſe ſe reuoga pello naſcimento dos filhos? p.193. n.5.& como? ibi.

Doaçaõ ſe ſe pòde reuogar por outras cauſas, alẽ das referidas ẽ direito. p. 193.v.n.7. E ſe procede o meſmo nas doaçoẽs remuneratorias, ibi, n. 9. E q̃ bẽs podem ſer doados? ibi, col.1

Doaçaõ feita â molher pello marido, antes de caſarem, como ſe conſidera?

ra? p.194.v.n.1. E os requiſitos pera valer a doação, *propter nuptias*. p.195.n.2. E ſe valem compenſaçaõ da nobreza, ou da idade? ibi, Como ſe pòde reuogar? ibi, n.3.

Doação de todos os bẽs, ſe valerà com reſerua de algũs pera teſtar? p.195. v.n.4. & p.197. n.8.

Doação feita pello frade ao moſteiro, ſe ſe reuoga ſaindoſe antes de profeſſar? p.202.v.n.3.& 4.

Doação porque ſe chama o legado. p. 269. & ſeqq.

Doenças ſe ſaõ cauſas pera eſcuſar da tutoria? p.132.col.1.n.1.& 2. E como ſe pôde allegar o impedimento? ibi.

Doente que perdeo a falla, ſe poderà fazer teſtamento por ſinais? p.210. n. 4. Vejaſe a palaura, *Teſtamento*.

Doenças ſe ſaõ cauſa pera ſe poderem apartar os caſados? p.80. n. 3.

Dolo como ſe preſume? p.53.v.n.4. Deueſe prouar. p.358.v.n.27.

Dolo cometeſe de peſſoa a peſſoa, de couſa a couſa, de contrato a contrato, & como? p.53.v.n.3.

Dolo ſe preſume naquelle que faz o q̃ nãõ deue fazer. p.134.v.col.2.in fin.

Dolo como ſe difere da culpa? p.136. n.2.

Dolo ſe ſe preſume no que diz, que ignora o que deue ſaber? p.179. v.n.6.

Dominio como ſe diffine em direito? p.141.v.n.3.

Dominio como ſe introduzio? p.142, n.4. diuideſe em direito, & vtil. ibi, n.5.& 6.

Dominio das feras como ſe acquire? Vejaſe a palaura, *Feras*, & na palaura, *Acquirir*.

Domicilio o que he, & como ſe acquire? p.175.n.4. & 5. E como ſe julga mudado? ibi.

Domicilio he originario, ou proprio. ibi, v.n.8. Se ſe pòde mudar? ibi. Como ſe perde? ibi, n.9. Se o perde o degradado? ibi, n.10.& 11. cõ o entendimento da Ord. lib.3.tit.20 §.2. E como ſe attenta o foro competente? p.176.n.12.

Donatario a quem ſe entrega a couſa doada ſe prefere a outro, ainda que della ſe lhe tenha feito doaçaõ. p.194 n.13. E ſe procede o meſmo nos cõtratos? ibi.

Donatario ſe tem obrigaçaõ de dar alimentos ao doador? p.193. n.4.

Dotarſe deue o irmão as irmaãs pobres? p.42.col.1.& 2.

Dote ſe o perde a molher pello adulterio, & como? p.196. & ſeqq.

Dote deixado a hũa moça pera caſar, ſe o alcançarà metendoſe freira? Vejaſe a palaura, *Legado*.

Dotes ſaõ muito priuilegiados. Vejaſe na palaura, *Priuilegios*. E ſe goza dos meſmos a molher eſteril? p.304 v.n.4.

Dote, & arras como ſe conſidera pera pagamento das diuidas, & communicaçaõ dos acquiridos? p.349.v.n.11.

Dote ſe ſe pòde legar à molher? p.277 col.2.

Doutos ſe chamão os ſoldados. p.9. n.7.

Doutores ſe gozão dos meſmos priuilegios, & porque não podem teſtar com menos ſolemnidade, como os ſoldados? p.218.v.n.3.

Duuidas ſe as houuer na inſtituiçaõ, & palauras do teſtador ſe recorre âs conjecturas. p.327.n.8.

Duuida que houuer na eſcolha do legado, como ſe reſoluerá? p.279.n.2

E

Ditos dos Pretores o q̃ eraõ, & continhaõ, ſua origem, & como ſe conſideraõ partes do direito

reito ciuil? p.47.n.8.
Edicto ſucceſſorio o que continha? p. 303.v.n.1.
Edificandose nouas caſas no chaõ alheo, a quem pertencem? p.148.v. col.2. in fine. Como ſe acquire pella edificaçaõ? com diſtincçaõ de quatro caſos. p.149.n.2. & ſeq.
Effeitos do direito natural. p.40. n.5. & 6. & do direito das gentes. p.43. n.3. & 4.
Effeitos do dominio que o ſenhor tem na peſſoa do eſcrauo. p.58.n.1.
Effeitos do patrio poder quaes ſaõ? Referẽſe treze. p.62. à principio vſq; ad pag.63.
Effeitos do deſpoſorio, & promeſſa de caſar de futuro. p.64.n.4.
Effeitos da adopçaõ, & da arrogaçaõ. p.83.v.n.3.
Effeitos da ſubſtituiçaõ vulgar. [illegible]2.n.3
Effeitos da ſubſtituiçaõ pupillar. p.235. v.n.5. & os da ſubſtituiçaõ exẽplar, 236. v.n.8. & da ſubſtituiçaõ reciproca. p.237. n.2. & da compendioſa. p.240.n.3.
Effeitos da clauſula derogatoria. p.248 v.n.11.
Effeitos do direito da ſuidade. p. 260. n.1. in fine, & ibi v.
Effeitos do inuentario. p.267. n.18.
Effeitos do fideicommiſſo vniuerſal. p.285.n.1.
Effeitos do codicillo. p.292.v.n.2.
Effeitos da clauſula codicillar. p.295. v.n.12.
Eloquencia tem grãde força, & maior q̃ a violencia das armas. p.8. v. n. 5. Fez muitas vezes pàrar o effeito das armas. p.9.v. col.2.
Embaixadores haõ de ſer muito reſpeitados, & ſe lhes deue guardàr toda a correſpondencia boa? p.45. in princip.
Embaixador ſe pôde eſcuſar de ſer tutor, & como? p.129.v.n.1. 2. & 3. & quanto tempo dura a eſcuſa? ibi.
Embaixadores ſe não deuem offender. p.141.v.n.3.
Emenda do direito antigo no que eſtaua diſpoſto ſobre a inſtituiçaõ, & desherdaçaõ dos poſthumos. p.258 v.n.2.
Empenhada eſtando algũa couſa ſe pòde deixar por legado? p.275.v.n.1
Emperador Iuſtiniano Author da Inſtituta, & compilador do direito. p.1. n.3. Ajuſtou ſuas leys aos Diuinos preceitos. p.2.col.1.n.5. Sugeitou muitos pouos. ibi v.n.8. Porque ſe chama Emperador? ibi. n.9. Como he coroado com tres coroas, & o que nellas ſignifica? ibi, n.10. Porque ſe chama Auguſto? p.3.n.16. & 17. Porque dedicou a Iuriſprudencia aos moços? ibi, n.18.
Emperadores que amaraõ muito as letras. p.9.v.col.1.
Enfermidades, vejaſe na palaura, *Doenças*, & as corporais, quaes impedẽ o ſazer teſtamento, & porque? pag. 219.n.3.
Enueja tem duas eſpecies, alegre nas aduerſidades do proximo, & triſte nas proſperidades. p.56.n.3. He peor que a auareza. ibi, n.4.
Enuejoſos ſaõ como os cegos. Deſcreueſe eſte abominauel vicio, p.56.n.5.
Enuejoſo quer antes padecer com os infelices que alegrarſe com os ditoſos. p.56.v.n.6. Sua deſcripçaõ. p.12.n.8.
Enueja não cabe em peſſoas doutas, nẽ em animos generoſos. p.13.n.10. 11. & 12. com exemplos.
Entrega, ou he verdadeira, ou fingida. p.153. & p.154. col.2. in fine, & como ſe acquire o dominio pellas entregas? p.154. n.2.
Entrega das chaues quando he cauſa de

de passar o dominio? p.155.n.1.
Entregandose a cousa a segundo, posto que com o primeiro se contratase sobre ella, se prefere aquelle, a quẽ se entregou. p.194.n.13.
Equidade Pretoria como se considera? p.47.n.8. & no admittir â succesſaõ os que por rigor de direito nâo succedião. p.308.n.2. & seq. & vejase na palaura, *Pretor*.
Erro da pessoa, ou da condiçaõ quando vicia, ou annulla o matrimonio? p.80.n.7. & seq.
Erro de direito se induz delle mâ fé, & do erro de feito, boa. p.339.v.n.38.
Erro do nome, ou sobrenome do legatario, quando consta da pessoa, se vicia o legado? p.277. com decisaõ.
Escolher se pôde o legatario por mandado do Testador. p.279.n.1. & como se ha de escolher? ibi v.n.3.
Escravos quais saõ conforme a direito. p.48.v.n.3.
Escravidão donde procedeo, & porque causas he hum escravo? p.49.n.1.
Escravo he o que se vende a si mesmo, ou o q̃ se deixa vender. p.50.n.5
Escravo da pena he o cõdenado á morte. p.50.n.6.
Escravos não differem huns dos outros. p.51.v.
Escravo não pòde fazer testamento, nẽ ser juiz, nem testemunha, nem se reputa por pessoa no direito ciuil. p.58.n.1.
Escravo se poderâ pedir q̃ seja o senhor constrangido a vendelo? p.58.v.n.1.
Escravos se contrahem verdadeiro matrimonio? p.72.
Escravo se pòde ser adoptado por seu senhor? p.89.n.13.
Escravo se pòde ser deixado por Tutor no testamento, & se ficaliure, & a liberdade se serà directa, ou fideicõmissaria? p.98.v.n.3.
Escravas se se contaõ seus partos por fructos? p.145.v.n.1.
Escravos succedem hûs a outros, & se se considera entre elles o parentesco, & como? p.306.v.n.2.
Escravo como acquire pera seu senhor? p.200.v.n.1. & o vsufructuario se acquire ao que tẽ nelle o vsufructo? p.202.n.1.col.1. & o homem liure que foi tido por escravo, & possuido por tal em boa fe, como acquirirâ? ibi.col.2.
Escravo não pòde ser testemunha no testamento. p.206.n.3. & sendo tido por liure, & tomado por testemunha, se valerà o testamento? p.207.v.col.2.n.1.
Escravo proprio se pòde ser instituido por herdeiro, & se ficaliure? p.223.n.1. Ou o escravo alheo, ou cõmum de dous senhores? ibi, n.2.
Escravo do herdeiro se pòde ser legatario? p.278.n.1. & 2. com exposiçaõ da Reg. Catoniana.
Escravo alheo se se lhe pòde deixar a liberdade por fideicõmisso? p.288.v. col.2.n.1.& ao escravo proprio como se poderà deixar? p.289.n.1.seq.
Escusarse de ser tutor como pôde alguem, & porq̃ causa? p.128.v.n.1.
Escusas em quantos dias se deuẽ propor? p.134.v.n.1. & 2.
Esposorios o que saõ, como se contrahem de futuro? p.63.v.n.1.& p.64.
Esposorios se diuidem em promessa de casar de futuro, ou de presente. ibi, n.3. & seus effeitos. ibi, n.4.
Esposorio se cõtrahe, ou por palauras expressas, ou tacitamẽte, & como? p.64.n.5.& se se pòde cõtrahir debaixo de condiçaõ, & qual pode ser? ibi. v.n.6.
Esposorio se se reuoga pello arrependimento dos despostados, & como? p.65.n.9.& ibi v.
Esposorio de futuro se acaba pello recebimen-

recebimento de presente. p. 65. v. col. 2. infine, n. 12.
Esposorio de presente he verdadeiro matrimonio sem entreuir copula, p. 66. n. 13.
Especies que ha em direito de filhos, p. 82. col. 1. & p. 310. v. n. 2.
Especies de seruidoens quantas ha? Veja se *Seruidões*.
Especie como differe do genero, & no legado de especie qual se ha de escolher? p. 278. n. 2. & 279. n. 4.
Especies de quartas, que se tirão dos bẽs, quantas ha em direito? p. 285. v. n. 2.
Esperança fortalece o animo, sem ella não ha nada. p. 17. v. n. 36. com varios exemplos.
Esperança ha de ser em Deos. p. 18. n. 38. & 40. com exemplos.
Espurios. Veja se na palaura, *Filhos*.
Estado se julga mudado de tres modos. p. 104. n. 2. & o q̃ se perde pella mudança? ibi. & o que mudou se deue ratificar de nouo (sendo restituido) o testamento, que tinha feito. p. 244. v. n. 2.
Estranhos se pòde alguem com boa cõsciencia deixarlhes os bẽs, tendo parentes? p. 300. n. 4.
Estudo com engenho vence tudo. p. 14. n. 17. Nada lhe he difficultoso, ibi. Aos entrados nelle he suaue. p. 14. n. 17.
Excellencias da justiça, & como he credito, & sustento dos Imperios, p. 26 v. n. 14.
Excellencias do matrimonio se tirão das do matrimonio espiritual, & se distribuem pellos doze Apostolos do Collegio de Christo S. N. p. 70. v. n. 6. 7. & 8. & seq.
Exemplo que o Principe dá, move os coraçoẽs dos vassallos, p. 2. n. 11. & 12. & faz guardar as leys, p. 252. n. 3.
Exemplo Diuino deue temar o julgador, & como? p. 24. v. n. 17.
Exemplo de hum infiel, que por amigo da justiça foy preseruado da condẽnação eterna, p. 26. n. 22.
Exemplo de hum Religioso, que queria vzar de misericordia contra a justiça, a quem Deos reprehẽdeo, p. 23 n. 14.
Extenção não se ha de fazer a cousas diuersas, p. 337. n. 30.
Extremos sempre se deuem euitar, p. 3 e. n. 5.

F

Fabulas de Orpheo, & Arion, se entendem da força da eloquencia, p. 8. v. n. 5
Facção actiua, ou passiua do testamẽto como se considera? p. 261. v. n. 1. & p. 98. v. n. 3. col. 2
Faculdade de nomear concedida ao primeiro administrador se se extende aos mais? p. 323. v. n. 17. E quem a tem se póde vzar della liuremente, ou se ha de guardar algũa ordem? p. 225. v. n. 21. & quando morreo sem nomear? ibi, n. 24.
Falsa demonstraçaõ quando vicia o legado? p. 277. v. n. 3. & a causa falsa, ibi, col. 2.
Falcidia se chama a quarta parte que se tira dos legados, como, & sua introducçaõ? p. 282. n. 1. E se forem muitos herdeiros como se tirará? ibi, n. 2. Como se considera o patrimonio do defuncto pera se tirar? ibi v. n. 2. & 3. Quando não tem lugar? p. 285. n. 3. & ibi v.
Familia se augmenta pellas instituiçoẽs dos morgados, & se conserua. Veja se na palaura, *Morgado*, & *Instituidor*.
Fauorecer se deue sempre a Religiaõ em duuida, p. 161. in med.

Fauorecer ſe não deue ao pobre com fraude da juſtiça, p. 23. n. 14. com exemplos.
Fazenda qual pôde ſer vinculada? Vejaſe na palaura, *Bens*, & como ſe preſume liure, & não ſugeita a encargos, ibi: & na palaura, *Seruidão*.
Feras quaes ſaõ? p. 143. v. n. 2. & 144. col. 2. n. 1. & 2. & como ſe acquirem? ibi.
Fera que vay ferida da maõ de hum caçador, não he ſua ate a não tomar, p. 144. col. 1.
Ferias quando impedem o matrimonio? p. 73. v. col. 1. in fine.
Feridos de mal contagioſo ſaõ expulſos do lugar donde moraõ, pag. 163. n. 19.
Fiador ſe lhe pòde deixar por legado a desobrigaçaõ da fiança, p. 277. n. 6
Fiador ſe se pòde obrigar á pena corporal do Reo? p. 31. v. propè finem.
Fiança ſe deue dar o Tutor teſtamentario, & quando? p. 12. v. n. 2. & quaes ſaõ obrigados a dala? p. 127. n. 2. & porque?
Fiança quando ſupre a cauçaõ. Vejaſe na palaura, *Vſufructuario*.
Fiança ſe a deuem dar todos os Tutores, ſendo muitos, p. 127. v. n. 4. & vejaſe a palaura, *Tutor*.
Ficçaõ que couſa he, & quando ſe pòde fingir algũa couſa, & em que caſos? p. 81. n. 3.
Ficção imita a natureza, & não ſe pòde fazer por ella, o que naturalmente he impoſſiuel. ibi, & p. 84. v. n. 2.
Ficçaõ do poſtliminio, & da ley Cornelia: Vejaſe nas palauras, *Poſtliminio*. & *Ley Cornelia*.
Fideicommiſſo o que era antigamente, & como ſe recebeo, & aceitou o vſu delles? p. 284. n. 1. & 2. He vniuerſal, ou particular, ibi, n. 3. Deixaſe tacita, ou expreſſamente, ibi n. 4.
Fideicommiſſo como ſe parece com o morgado. Vejaſe a palaura, *Morgado*.
Fideicommiſſo não paſſa das peſſoas nomeadas. p. 344. n. 55.
Fideicommiſſo, ou legado, ſe ſe pòde deixar a quem eſcreue oteſtamento? p. 208. n. 2. & ſeq.
Fideicommiſſario ſe pòde ſer teſtemunha no teſtamento, ibi.
Fideicommiſſo ſe ſe pôde deixar no teſtamento, ou no codicillo, & abinteſtato tambem, & porque? p. 284. v. n. 1. & p. 287. col. 2. n. 1. & 2.
Fideicommiſſo deixado em teſtamento, em que não ha inſtituiçaõ de herdeiro, ſe valerà? ibi, n. 2. col. 2.
Fideicommiſſario ſe pòde conſtrãger o herdeiro que aceite a herança pera lha reſtituir? p. 285. n. 1. & 286. n. 2. & ſe lhe paſſaõ as acçoẽs do defuncto? ibi, n. 2. & não deixa por iſſo o herdeiro que hũa vez foy de o ficar ſendo ſempre, ibi, n. 4.
Fideicommiſſo como ſe ha de prouar? p. 287. v. n. 1.
Fideicommiſſario quando deue ſer demandado pellas diuidas do defuncto, & o herdeiro, conforme a quarta que tirar. Vejaſe na palaura, *Quarta*, & na palaura, *Senatus C. Trebellia no*.
Fideicommiſſo como combina com o legado, p. 288. v. n. 2. & fideicommiſſo particular o que he, & como ſe deixa? ibi, n. 3. & porque palauras? p. 289. & ibi verſ.
Fideicommiſſo particular ſe pôde deixar pello legatario? p. 288. v. n. 4. & o que por elle ſe pode deixar? ibi, n. 5.
Fideicommiſſaria liberdade ao eſcraue proprio, ou alheo, como ſe pòde deixar? col. 2. & p. 289. n. 1.
Fiduciaria porque ſe chama a tutoria dos

dos irmãos mais moços, q̃ ſe dà aos irmaõs mais velhos? p.100. n.1.
Filhos familias eſtaõ ſugeitos a ſeus pais & em ſeu poder. p.60.v.n.2.& 3.
Filho familias não ha de demandar a ſeu pay, nem eſtar em juizo, ſem lua liçença, nem ſẽ ella podia caſar de direito ciuil, nem pòde teſtar, nẽ doar *cauſa mortis*, pòde ſer vendido pello pay, acquire pera elle. p. 62.v. & como? p.201.n.2.
Filhos familias que tem peculio caſtrẽſe, ou quaſi caſtrenſe, he reputado por pay de familias nelle. p. 63. & tem bẽs aduenticios, & profecticios, & quaes ſaõ? Vejaſe na palaura, *Peculio*.
Filhos, ou ſaõ legitimos, & naturais, ou legitimos ſomente, ou eſpurios, & quantas eſpecies ha de filhos? p. 82. in principio, & p.310.v.col.1.n.2.
Filhos quando eſcuſaõ ao pay de ſer tutor de outrem? p. 129. Se eſcuſaõ os netos ao auò? ibi, n. 4.& 5.
Filhos emancipados como ſuccedem aos pays? p. 301.v.col.2. & ſendo adoptados por outrẽ, ſe ſe admittẽ à herança do pay natural? p.302.n.1 Se deuem ſer inſtituidos, ou desherdados? p. 226.v.n.1.& 2.
Filhos antigamente não ſuccediaõ à mãy, hoje ſi. p.304.v.n.2. & p.305. n.1.
Filhos ſaõ preferidos na herança. p.310 v. n.1. Eſpecies que ha dè filhos em direito? ibi.
Filhos legitimos como ſuccedem aos pays abinteſtato, & concorrendo ecos? p.311.n.2.
Filhos naturais quaes ſaõ? ibi, v. Os do homem plebeo ſe ſe admittem juntamente com os legitimos? p. 312. n.2. E ſe ſuccedem nos morgados? ibi, n.3.
Filhas quando ſe comprehendem nayçaõ dos filhos? p. 314. n. 8.
Filhos legitimados, vejaſe na palaura, *Legitimaçaõ*.
Filhos eſpurios quaes ſaõ? não ſuccedẽ ao pay, à mãy ſi. p. 315. col. 1. n. 1. & 2. E os de ajuntamento reprouado pella ley, ibi, n.1.
Filhos adoptiuos, vejaſe a palaura, *Adoptado*.
Filhos naturais ſe morrerem com teſtamento, como diſporaõ dos bens, & tendo mãy, o que ſeraõ? p.318.v.n.2. & ſenão fizerem teſtamento, como ſuccederaõ os pays? ibi, n.3.
Filhos inceſtuoſos não ſuccedẽ ao pay? p.319.n.2. & ſe ſe lhes pòde deixar legado pera alimentos? pag. 277.v. n. 2.
Filho, & genro ſe podem teſtemunhar nas cauſas de ſeu pay, ou ſogro? p. 206. v. & p.207. n.6. com deciſaõ.
Filho ſe pòde ſer teſtemunha no teſtamento, em que ſeu pay, ou irmaõ ſeraõ teſtemunhas tambem? p. 208. n.1.
Filho familias não póde fazer teſtamẽto. p. 219. n. 4. E ſe podera fazer pera couſas pias, ibi, v.n.5.
Filhos cujo pay ſe mete o frade, como alcançaõ as legitimas? p.222. col.2.
Filha que caſar ſem licença de ſeu pay, ſe pòde ſer desherdada, & até que idade? ibi.v. n.5.
Filho porque cauſas pòde ſer desherdado, ibi, v.n.4. Vejaſe na palaura, *Cauſas*.
Filhos que naſcem depois da morte do pay, ou da feitura do teſtamẽto ſe chamaõ poſthumos, & porque? pag. 224. n.1. Se deuem ſer inſtituidos, ou desherdados? & ſe ſe reuoga o teſtamento por ſeu naſcimento? Vejaſe nas palauras, *Teſtamento*, & *Poſthumo*.
Filhos de ſoldado, de que ſe não fez mẽção

çaõ no testamento, se julgão deshe rdados. p. 227. col. 2. n. 1.
Filho que foy desherdado injustamente, ou com causa não prouada, como póde queixarse do testamento do pay, & annullalo pera alcançar a herança? p. 253. & vejaõse as palauras, *Queixa, & Legitima.*
Filhos a quem compete a queixa contra o testamento do pay, se se entende dos legitimos, ou naturais? p. 258 v. col. 2.
Filho a quem se deixa menos da legitima, como póde pedir o suprimento? & cessa a queixa. p. 259. n. 1.
Filho se póde abster da herança do pai, & repudiala. p. 262. n. 1. E se repudiando a pôde ser outra vez admittido? ibi, n. 2. com decisaõ, & ibi v. n. 6
Filho primogenito do chamado â successaõ do morgado, como constitue linha, deq̃ se não póde fazer salto em quanto durar? p. 331. n. 8.
Filhos de irmaõs concorrendo na successaõ do morgado, como se admitte a representaçaõ? p. 331. v. n. 9. com decisaõ, & vejase a palaura, *Morgado*, & *Representaçaõ.*
Filhos tendoos os que casaõ por dote, & arras o que se julgará? p. 349. v. n. 11. & 12. & seqq.
Filho emancipado que se dá em arrogaçaõ, como succede ao arrogante? p. 366. n. 1.
Filho arrogado se parece cõ o legitimo & natural, no modo de acquirir, na successaõ, & obrigaçaõ, & como? p. ibi, v. n. 3.
Filho familias se se obriga pello contrato, & que acçoens resultão delle? ibi, n. 4. & o dinheiro que se lhe emprestar, não se lhe póde pedir. Vejase na palaura, *Dinheiro.*
Fisco vendendo algũa cousa, como fica seguro o comprador? p. 138. & ibi, v. n. 2. com decisão.
Fisco o que he, & que bẽs saõ proprios do fisco? & como succede nos bens vagos, & quaes saõ? p. 363. n. 1.
Fisco como succede ao que fez testamẽto, ou a quem o não fez, & não deixou ascendentes, nẽ descendẽtes, ou deixandoos, & como? ibi, v. n. 3. E como succede aos que se matão a sy mesmos? p. 364. col. 2. E o que se requere pera isso? ibi.
Fisco succede ao que comete crime de lesa magestade. p. 301. n. 1. & 363. v.
Forma da instituição como se deue cõsiderar? p. 327 n. 25.
Formalidade da vocação como, & quãdo exclue a representação? p. 322. v. n. 5. Vejase a palaura, *Representação.*
Foro competente como se attenta no principio da causa, p. 176. n. 12. E porque? ibi: & sua etymologia. ibi.
Foro por rezão do delicto, ou do cõtrato, como se deue considerar? ibi, n. 13.
Foro do R. segue o Autor, ibi.
Fortaleza como he companheira da justiça, & como o justo se considera forte? p. 34. n. 18.
Frade que faz doação ao mosteiro, se se reuoga saindose delle antes de professar? vejase, *Doação.*
Frade que se sae do conuento antes de professar, como lhe são restituidos os bẽs com q̃ entrou? p. 202. v. n. 4.
Frade não póde fazer testamẽto. p. 221 & se tiuer filhos antes de professar, como deue restar? ibi.
Frades podem succeder em morgados, & quaes? Vejase a palaura, *Morgado*, & *Mosteiro.*
Freiras de S. Clara podem possuir em cõmũ bẽs de morgado. p. 321. col. 2 & ibi, v. n. 7.
Freira a quem pertence o morgado, & succede nelle, tem o mosteiro apossese em vida da freira. Vejase na palaura, *Mosteiro*, & p. 337. cõ decisaõ.

Freſta quando ſe pôde abrir na parede alhea? p. 163. v. n. 2. com deciſaõ.
Fructos como ſe conſiderão, & como ſe conſeruão pera o Tutor dar contas, & moſtrar que foraõ gaſtados, ou não? p. 110. v. col. 1. in fine, & col. 2. in principio.
Fructos, ſua etymologia, p. 150. v. n. 1, como ſe acquire o dominio pella colheita delles, ibi. Diuidẽſe em naturais, induſtriais, & mixtos, ibi. n. 30
Fructos extantes, & futuros como ſe conſideraõ pera ſe acquirirem? pag. 151. n. 4. & quaes acquire o poſſuidor de boa fé? ibi, & p. 152. n. 4.
Fructos ſe ſaõ os partos dos animais, & os filhos das eſcrauas? p. 152. n. 6.
Fructos da indeuida occupaçaõ como os reſtitue o injuſto poſſuidor do morgado? p. 338. v. n. 35. cõ deciſaõ.
Fructos colhidos depois da morte do Teſtador ſe ſe computão na quarta falcidia? p, 282. v. n, 2.
Fructos quaes acquire pera ſi o vſufructuario? p. 169. n. 6.
Furioſo ſe pòde ſer dado por tutor? p. 99. n. 6. col. 2.
Furioſo não póde fazer teſtamento? p. 220. n. 3. E ſe tiuer enteruallo, ſi. ibi, n. 4. E como ſe presume o furor, ou o interuallo? ibi, & p. 294. n. 10.
Furioſo nem pera cauſas pias pôde teſtar. p. 293. n. 5. E ſe se dà mais credito às teſtemunhas que depoem, q̃ eſtaua ſezudo, ou furioſo? ibi, n. 6. & p. 294. n. 9.
Furto ſe se dâ de hũa aue, ou de couſa minima? p. 144. v. col. 2. n. 2.

G

Gado ſdoente ſe aparta do ſaõ. p. 163. n. 18.
Galinha como ſe acquire, & ſe se tomar, ſe se comete furto? p. 144. v. n. 1. col. 2.
Gaſtos feitos na couſa vſufructuaria, a quem pertencem? p. 170. n. 8. com deciſaõ.
Gentios que ſe mataraõ aſi meſmos, & Chriſtaõs que fizeraõ o meſmo, ſe não deuẽ imitar, & porque? p. 32. v. n. 10.
Generos quantos ha, & como ſe conſideraõ em direito? p. 278. n. 2. E ſe ſe deixar o legado genericamente, ſe valerá? ibi.
Generos de libertinos que hauia antigamente. p. 52. v. n. 1.
Genro ſe pòde ſer conſtrangido a jurar em algũa cauſa de ſeu ſogro? p. 206. v. n. 4. com deciſaõ. Não pode demandar o ſogro, nem ſogra, ſem venia, ibi. & p. 62. col. 2.
Gouerno da Republica não conſiſte na multidão das leys, ſe não no modo com que se exercitaõ, & vſaõ dellas com hum exemplo. p. 30. n. 4.
Gouerno ſem prudencia não se pòde ſuſtentar, ainda que tenha força de armas. p. 35. n. 21.
Gouernar se não pòde o mundo sem leys. p. 1. n. 3. & ibi, v.
Graças se deuẽ dar a Deos de todos os bens. p. 39. n. 5. in fine.
Grao como se conſidera na aruore do parentesco? p. 67. n. 5.
Grao do parentesco por affinidade, como se conta? p. 69. n. 5.
Graos em que se contrahe affinidade entre os parentes do marido, & da molher, & como se computaõ? p. 69 n. 7.
Graos de affinidade em que he prohibido o matrimonio. ibi v. Como se conſideraõ pera a ſucceſſaõ? p. 300. v. n. 3.
Grao, como se conſidera pera a a ſucceſſaõ do morgado? p. 321. v. n. 11. & p. 325. v. & p. 335. col. 2. in fine.
Grauamen se conſidera nas peſſoas poſtas na condiçaõ. p. 238. v. n. 5.

Grauamen se não pôde pòr aos filhos na legitima. p.254.n.5. E se se puzer o grauamen, & o filho consentir, valerá: & como se julga o consentimento, & aceitaçaõ? ibi, n.6. & pag. 255.n.8. & p.256.v.n.16. com decisaõ.

Grauamen posto na legitima se compẽsa com o legado deixado ao filho. p. 255.v.n.10.

Grauado como se considera o herdeiro pera restituir a herança por fideicommisso. Vejase a palaura, *Fideicommisso*. E se póde o grauado ser constrangido a aceitar a herança pera a restituir? p.286.n.2.

Guerras quando se podem chamar justas? com varios exẽplos. p.43.v.n.5

Guerras donde procederaõ? p.44 u.6.

Guerras, ou saõ publicas, ou particulares, & quando saõ licitas hũas, & outras? p.44.v.n.7.

Guerras se ocasionaraõ de semrezoẽs, p.8. n.4

Guerra o que nella se tomou, como se acquire aos soldados? p.146.n.1.

H

HAbitaçaõ como se diffine, & se he seruidaõ pessoal? p.174. col.2. n. 1. como combina cõ o vsu, & vsufructo, ibi, n.2. & como diferem? ibi, n.3.

Herança não pòde aceitar o pupillo sẽ authoridade do Tutor. p.112.v.n.1.

Herança se não podía deixar à molher que casaua segunda vez. p. 228. v. n. 5.

Herança se pòde diuidir em varias partes, & como? p. 229.n.1. E quando se diuide em partes, & não se nomearaõ a todos, como succederaõ? ibi, v. col. 2. & p. seq. & como se diuide ẽtre os substitutos. p.234.col.2.n.1.

Herança se pòde deixar não sô aos conhecidos, mas àquelles deq̃ o Testador sò teue noticia. p.231.col.2.n.1.

Herança do Reyno do Ceo sò se deue procurar, p.242.n.5.

Herança deixada ao Rey, ou fisco em testamento menos solemne se não deue aceitar. p.251.v. & seq. n. 2. Nem pera vexaçaõ de alguem. ibi.

Herança dos pays he deuida aos filhos por direito natural, p.253. & não se lhes deixando, se pòdem queixar do Testamento. ibi.

Herança paterna se a pôde o filho repudiar, & como? Vejase na palaura, *Filho*. Como se julga repudiada, ou aceita, na palaura, *Acceitação*, & na palaura, *Menor*, & vide p.267 v. n.2.3.

Herança como se restitue por fideicõmisso? p.286.v. n.3.

Herdeiro succede em todo o direito q̃ o defuncto tinha ao tempo de sua morte, & como pòde ser passar depois o dominio que com o Testador se acaba. p.203.n.4.

Herdeiro se pòde ser instituido o escrauo proprio, ou alheo? Vejase na palaura, *Escrauo*.

Herdeiro se pôde instituir debaixo de condiçaõ? p.230.n.1.& 2. E qual pôde ser a condiçaõ? ibi, v.n.1. E se deue cumprir a condiçaõ, ou não? pag. 231.n.1. col.1.

Herdeiro que pera o ser, se prouar que fez mimos, & caricias ao Testador, não se lhe tiraõ por isso os bẽs. p. 248.v.n.13.

Herdeiros como differẽ em direito, & as qualidades que delles ha? p. 260. n.1.& 2.

Herdeiros seus, & necessarios quaes saõ? ibi, n.2. E a differença entre os seus, & os estranhos? p. 261. col. 1.

Herdeiro em que tempo deue estar habil pera a aceitaçaõ da herança. ibi, col.2.& ibi, v.n.2.

Herdei-

Herdeiro aceitando a herança fica obrigado ás diuidas do defuncto. p. 263. v.n. 1. E como ſe liura pello beneficio de inuentario, ibi. Vejaſe, *Diuidas*.

Herdeiro, que não faz inuẽtario, ſe procede contra elle por ſequeſtro? p. 266. n. 14.

Herdeiro lhe deue ſempre ficar a quarta pate dos bens do Teſtador, & ſe tira dos legados, & como? p. 282. n. 1. & 2. Vejaſe, *Falcidia*, *Fideicommiſſo*, & *Quarta*.

Herdeiro ainda que ſe reſtitua a herança ao fideicommiſſario, ſempre fica ſendo herdeiro. p. 285. n. 1. 2. & 3. E ſe pôde ſer conſtrangido pera a aceitar, & reſtituir? p. 286. n. 2. & ſe fica obrigado às diuidas. ibi, v. n. 3. & vejaſe, *Fideicommiſſario*.

Herdeiros ſeus como ſuccedem ao pai, ou auô? p. 300. n. 2.

Herdeiro ſe eſtá obrigado pello contrato do defuncto? p. 344. n. 54.

Herdeiro aceitando a herança, confunde as acçoẽs, que tinha contra o defuncto, & ſe for a beneficio de inuentario, ſe pôde ſer acredor? p. 258. v. n. 27.

Herdeiros, porque os não faz o Pretor ſenão poſſuidores dos bẽs, & em q̃ combinaõ, & differem? p. 308. v. n. 1.

Herdeiro deue ſer inſtituido, no teſtamento, alias não val. p. 227 v. n. 11. & pag. 299. v. n. 7.

E ſe valerá entre os filhos ſem inſtituição? ibi.

Hereges não podem fazer teſtamento. p. 221. col. 2. Nẽ ſer inſtituidos por herdeiros. p. 228. v. col. 2.

Hereſia quem a cometer, perde os bẽs pera o fiſco. p. 364. col. 2.

Hermophrodito qual he, & ſe pôde adoptar? p. 89. col. 2.

Homẽs liures podem ſer teſtemunhas no teſtamento, & as molheres não. p. 205. v. n. 1.

Homem liure tido por eſcraue ſe acquire pera o que o poſſuhia como ſeu ſenhor? p. 202. n. 1.

Homẽs até o fim da vida ſaõ inconſtantes. p. 241. v. n. 2.

Homicidio proprio he reprouado, & não permittido. p. 32.

Homicida de ſi meſmo não ſe lhe dá ſepultura Eccleſiaſtica. ibi, v. & perde os bens pera o fiſco. ibi, & p. 364. col. 2.

Homicida quando lhe não val a Igreja. Vejaſe na palaura, *Igreja*, & *Immunidade*.

Homicidio cõpalaura dada de contrahir com a adultera, quando impede o matrimonio? p. 75. col. 1.

Honeſtidade ſe comprehende no primeiro preceito de direito, & como ſe ha de guardar? p. 31. n. 2. Como ſe requere no julgador? & he accõmodada âley Diuina. p. 33. n. 13.

Honeſtidade publica donde procede, & como impede o matrimonio? p. 68. v. n. 4.

Hõnorario ſe chamá o direito Pretorio, & porque? p. 47. n. 8. in med.

Hõnrado ſe chama o filho, deixandolhe o pay a terça, & ſe lhe pôde entam pôr grauamen na legitima. p. 258. v. n. 16.

Hõnras hão de ſer meretidas mais do que procuradas. p. 55. n. 5.

Hypothecados eſtão tacitamente ao pupillo os bens de ſeu tutor. pag. 127. col. 1.

I

Anelas na parede alhea, ou ſobre as caſas alheas não ſe pode fazer, & ſe pode fazer freſtapera dar luz? p. 163, v. n. 2. com deciſão.

Idade como ſe proua. p. 119. v.

Idade

Idade que se requere pera o matrimonio. p.72.n.9. E como se considera este requisito? ibi.
Idades se diuidem em sete, conforme a direito, & quaes? p.84.v.in fine.
Idade que se requere pera tomar ordẽs? p.86.v.n. 11. E pera possuir beneficio Ecclesiastico? ibi. n.12. E pera poder ser Bispo, Abbade, Iuiz, &c. ibi,n.12.
Idade se he necessaria pera amar a Deos? p.87.in princip.& v.n.16.E pera jejuar? ibi, n.13.
Idade se pòde dispensar nella,& quem? p.87.v.in. 17.
Idade porque se requere maior pera perfilhar,do que pera casar? & porq̃ mais pera tomar em arrogaçaõ, que em adopçaõ? p.88. n.9.
Igreja se vai ao escrauo? p. 58.v.n.4.
Igreja se vai aos ladroẽs, & a quaes? p. 59.in princip.
Igreja se lhe deue todo o respeito, conforme a todo o direito, p.59. n.6. E sua immunidade quanto foi sempre, & deue ser obseruada? ibi.
Igreja não val ao que mata, ou fere no adro,ou està ja na mesma Igreja. p. 59.n.7,
Igreja não val ao aleiuoso, nem ao que mata Clerigo, nem ao que comete sacrilegio.p.59.v.col.1.in med.
Igreja se val ao que està ja preso, ou aos que dão peçonha. ibi. E se val ao excomungado? ibi.
Igreja Fisco, & Republica saõ comparados nos priuilegios,& os soldados militãtes com os da guerra, & os da justiça,& como? p.120.n.33.
Ignorancia de direito quem a pôde allegar? p.216.v.col.2.
Ilhas como se acquirem? p.146. n.1. Como se consideraõ? ibi,n.2. ou saõ encubertas, ou descubertas. ibi,n.3 Como se acquirem? ibi,n.4.
Immunidade de que direito he? p. 59. n.7. Como se deue obseruar, & ibi v.& p. seq.
Impedimento quem o pòde remouer, não se pòde ajudar delle. p.131.col.1.n.2.
Impedimentos do matrimonio. p.73. v.n.10. Huns dirimem, & impedem o matrimonio, outros impedem, & não dirimem, & quaes saõ? pag.73 v.vique ad pag.76.
Impotencia como impede o matrimonio? Diuidese em natural, accidental,& maleficial. p.55.& v. & seq.
Incestuosos casamentos quaes saõ ? p. 76.v.n.2. Até a gentilidade os abominou. p. 77.
Incapaz sendo a pessoa a quem se deixa a herança, ou legado vai ao fisco. p.364.
Incerteza da cousa legada, ou legado incerto,como se considera, & se vale, p.278. n. 1.
Incorporais saõ hũas cousas, & outras corporais. p.156.n. 1.& 2.
Infamia,ou he de feito, ou de direito, & como? p.104.v col.2. in fin.
Infames se podẽ ser testemunhas? ibi. E se fica infame o q̃ he priuado por culpas de algũ lugar, & cargo? ibi.
Indisposiçaõ corporal qual impede o fazer testamento,& porque? p.219. v.n.5.
Indisposiçoẽs quaes escusaõ de ser tutor? p. 131. col.1.
Ingenuos saõ os que nascem liures. p. 51.v. n.1.
Ingratidão se pòde reuogar por ella a doçaõ. p.192. v.n. 2. He vicio abominauel. ibi. E como se prouarà a ingratidão. p.193.v.n.10.
Inimigos do pai não podem ser tutores do filho. p.132.n.1.
Inimizade capital como se contrahe,& se presume. p.182. n. 2.

Index das couſas notaueis,

Inſtituta porque ſe chama eſte liuro? p. 1.v. n.4.

Inſtituiçaõ de herdeiro he cabeça, & fundamento do teſtamento, & ſem ella não val. p.204.v.col.1. & ſe valerá entre os filhos? p.299.v.n.7.

Inſtituidos por herdeiros quaes podem ſer? p.227.v.n.1. E os que não podem ſer inſtituidos? p.228.n.4.

Inſtituidos, ou deſherdados deuem ſer os filhos. Vejaſe na palaura, *Filhos*. E ſe procede o meſmo nos emancipados, & nos adoptiuos? p. 226.v. n.1. & 2.

Inſtituiçaõ do morgado ſe deue conſiderar primeiro que tudo. pag.327. n. 26.

Inſtituiçaõ de morgado que ſe perde, ſe ſe pòde prouar por teſtemunhas? p.332.n.13.

Interdicto qual he o que impede o matrimonio? p.73.v.n.10.

Inuentario deue fazer o Tutor dos bẽs do pupillo. Vejaſe a palaura, *Tutor*.

Inuentario ſolemne dos bens do defũcto como ſe deue fazer? p.264. n.5. E pera ſe aceitar a herança a beneficio delle? ibi. E não ſe escreuẽdo todos os bẽs, tem lugar a pena dos ſonegados. ibi, n.6. & ſeq.

Inuentario ſe deue fazer clara, & diſtinctamente. p.262.v.col.1. E não o fazendo o herdeiro que eſtá de poſſe, ſe procede a ſequeſtro. ibi, n.13. & p.266.n. 14. com deciſaõ.

Irmaõs, ou ſaõ inteiros, ou vterinos, ou ſaõ meios irmaõs, & como ſuccedem? p.319.v. & p.325.n.1. E quando concorrem com elles os ſobrinhos filhos de outros irmaõs. ibi, v. n,2.

Irmaõs legitimados pello ſubsequente matrimonio, como ſuccederaõ? p. 345.v. & os naturais, ibi.

Irmaõs collaterais naturais ſomente, como ſuccedem huns a outros? p.345 v.col 2. in fine. & os eſpurios como ſuccederaõ? p.346.

Iuiz como póde proceder nos caſos duuidoſos? p.23.n.15.

Iuizes tenentes de Deos na terra, como ſe pintauão antigamente? p. 36. v. n.27.

Iuiz qual deue dar tutor ao pupillo? p.107.n.1. 2. & 3.

Iuiz que deu Tutor ao pupillo quando eſtá obrigado pella mâ adminiſtraçaõ do Tutor? p.128.col.2. in fine.

Iuizes, & Vereadores em quanto exercitaõ os cargos não podem ſer obrigados a aceitar a tutoria. p.130.col. 1.n. 1.

Iuiz ordinario ſe pòde ſer o q̃ não ſabe ler, nem escreuer? p. 132.n. 1. & 2. Deue ſe eleger pera o ſer o mais nobre, & ainda que não more na villa. ibi. Não o póde ſer o criminoſo? ibi, & v.n.3.& 4.

Iulgadores porque podẽ condemnar á morte? p.32.n.8,

Iuramento in litem ſe dá contra o Tutor que não fez liuro de rezão, & ſe houue com dolo. p. 211. n.17. E pera ter lugar he neceſſario, que haja dolo. p.256.n.15. E ſe tem lugar na materia dos ſonegados? pag. 262.n.11.

Iuriſprudencia como ſe diffine em direito? p.27.n.1.

Iurisprudencia como combina com o direito? ibi, n. 2,

Iurisprudencia porque ſe chama noticia das couſas Diuinas? p,27.n.5. E porque ſe chama noticia das couſas humanas? p.28.n.6.

Iurisprudencia porque ſe chama ſciencia do que he juſto, & injuſto? p.23. n.7.

Iurisprudencia como combina com a juſtiça? ibi, in fine.

Iustiça como se diffine em direito? p. 19.v.n. 3.
Iustiça porque se chama constante von tade, p. 20. n. 5.
Iustiça se diuide em comutatiua, & di; stributiua. ibi. n.6.
Iustiça comutatiua se pòde ter lugar em Deos? ibi, n.7.
Iustiça ha de ser temperada com a mi. sericordia, & como? com varios lu; gares da Scriptura sagrada, pag. 22 v.n.13.
Iustiça se considera hũa torre triangu- lar, cõ seus fundamentos, & quaes? p.33. n. 11.
Iustiça ate aos maos parece bem. Refe- remse varios exemplos. pag. 35. v. n. 24.
Iusto como deue perpetuar o animo pera fazer justiça? p.26.v.n.24.

L

Lançando se algũa cousa por hũa janella, se pertence a quem a tomar? p.155.col.2,
Lançando se algũa cousa no mar em tẽ- po de tormenta, se deue ser restituida por quem a achar? ibi, col.1.
Legado deixado a hũa moça pera se casar, se extingue casando em vida do testador. p.225.col.2.in fin. E se o alcança sendo freira? p.337. n. 30.
Legado condicional, ou modal, como se considera? p.277.v.n.2.
Legado se se pòde deixar ao escrauo alheo, ou do herdeiro? Vejase a pa; laura, *Escrauo*.
Legado não se podia deixar antes da in stituiçaõ do herdeiro, hoje si. p.278. vers.n.1.
Legado se não pôde deixar a quem es; creue o testamento? p.208.v.n.3.
Legado deixado no testamento que se reuoga pella pretericaõ do posthu- mo, val? p. 224. v. n. 5. Confirmase com decisaõ. p.225.n.6.& ibi, v.n.7
Legado como se diffine. p.269. n.1. & porque tem tres diffiniçoẽs? p.270. n. 5. & seqq. Referemse todas com inteligencia, & concordancia, ibi.
Legado porque se chama doaçaõ? p. 269.n.2. E em duuida se se presu; me legado, ou doaçaõ? p.270.n.5.
Legados como se deixauaõ antigamen; te por tres modos? p.271.v.col.2.n. 1. E o que hoje se obserua? p.272. n.2. E as acçoẽs q̃ competem pera alcançar o legado. ibi, n.3.
Legado como differe do fideicõmisso? Vejase, *Differenças*.
Legado o que se póde por elle deixar? p.274. n.1. E se se pôde legar a cou sa alhea? ibi. E a quem pertence pro uar que o Testador sabia, ou ignora ua, que era alhea? ibi, col. 2.
Legado pio como se considera? ibi. v. n.4. & p.275.n.11.
Legado deixado a hũa Igreja de S. Ma ria, hauendo duas, ou tres do mesmo nome, a qual se deue? ibi, n. 6. E se for deixado a hum mosteiro, ou Igre ja sem declarar qual? ibi, n.7. & 8.
Legado como se tira a hum, & trespas; sa a outro tacita, ou expressamente? d.281.v.n. 1. 2. & 3.
Legado annual se se julgará ser perpe; tuo, ou não? p.274.v.n.9.
Legado deixado pera hum vso, se se pò de conuerter em outro? p.275.col.1
Legado se pòde ser o penhor? ibi, v.n.1. E quem o deue remir? ibi, n. 2. E a cousa deuida se se pôde legar? pag. 276.n.3. E o deuedor legando ao acredor, se se julga, que he com a- nimo de compensar? ibi, n.4. com decisaõ.
Legado se se pôde deixar ao fiador da diuida que abonou? p.277.n.6. E o marido se pòde legar o dote â mo; lher? Vejase a palaura, *Dote*.

Legado deixado genericamente ſe valerá, & como? 278. n. 1. E como ſe ha de escolher? ibi.
Legado da escolha dos bẽs ſe val, & como ſe poderá fazer? p. 279. E vejaſe *Eſcolha*.
Legado a que peſſoas ſe pòde deixar? ibi, v. n. 1. 2. & 3.
Legado incerto por rezão da peſſoa, ou da couſa, como ſe conſidera, & ſe val? p. 278. n. 1. E ſendo pago, ſe ſe pode repetir? ibi, v. n. 2.
Legado ſe pòde deixar ao poſthumo? Vejaſe *Poſthumo*.
Legado ſe se vicia pello erro. Vejaſe *Erro*, & *Demonſtraçaõ*.
Legatario ſe pòde ſer teſtemunha noteſtamento em que ſe lhe deixa o legado? p. 208. n. 1.
Legitimados como ſaõ os filhos naturais por tres modos, & quaes? p. 61. n. 3. E como ſuccedem ao pay os legitimados? p. 314, v. n. 1. col. 2. & ſe ſuccederaõ nos morgados? p. 315. n. 3. mas não podem ſucceder nos de ſeus auòs. ibi.
Legitimo ſucceſſor ſe reſpeita ſempre, poſto que não chegaſſe a herdar. p. 333. n. 17.
Lei Fuſia Caninia o que cõtinha, & porque ſe derogou? p. 56. in princip. n. 1 & 2. & p. 57. in fine.
Leis ninguẽ as pòde fazer, nem cõpor ſem authoridade do Rey. pag. 16. n. 26.
Lei neceſſita de confirmaçaõ Real. ibi, v. n. 19.
Leis Vellea, & Aquilia que tratauão da ſucceſſaõ dos poſthumos, come ſe emendarão? p. 226. n. 2.
Lei Falcidia como ſe introduzio pera ficar ao herdeiro a quarta parte dos bẽs do defuncto. p. 282. Vejaſe *Falcidia*, & *Quarta*.
Leſaõ enormiſſima o que he, cõforme a direito? p. 118. v. n. 24. Qual he a leſaõ em mais de ametade do juſto preço? ibi, n. 25. E a enorme? ibi, n. 26. Em quanto tempo ſe pòde alegar? ibi, n. 27.
Leſaõ quãdo ſe julga pera ſe reſtituir a couſa em que ella enterueo, ou ſupprir o preço, a quem ſe ha de dar a escolha? p. 119. n. 29. com deciſaõ, ibi, v.
Leſaõ ſe deue prouar que enterueo ao tempo da celebraçaõ do contrato. p. 119. n. 28.
Leſaõ ſe se pòde allegar na locaçaõ, cõducçaõ, & nos arrendamentos? ibi. n. 29. Se tem lugar nas trocas, concertos, & transacçoẽs. ibi, v.
Letras vencẽ ſem extorçaõ. p. 15. n. 22. Saõ mais neceſſarias que as armas, ibi, v. n. 23.
Letras ſaõ cauſa de ſe alcançarem Biſpados, & grandes dignidades. p. 4. v. n. 36. & p. 5. n. 46. São ornato do Imperio. p. 7. v. Saõ braços do Reino, & qual he o direito? ibi.
Liberalidade he vil atê a quem a exercita. p. 190. n. 8.
Liberdade deixada aos eſcrauos pera ſe conſeruar, ſe pòde pedir a aceitaçaõ da herança que o heràciro repudiou. p. 367. n. 2. E os que aceitão neſte caſo, ſe ſaõ herdeiros de direito ciuil, ou poſſuidores dos bens de direito Pretorio? ibi, v. n. 3. E os requiſitos neceſſarios. ibi, n. 4.
Liberdade ſe daua antigamente de varios modos, & quaes? p. 52. n. 1. E como ſe tiraraõ, & o que hoje ſe obſerua? ibi.
Liberdade quem a pòde dar a ſeus eſcrauos, ou não? p. 53. n. 1. & 2.
Liberdade não pòde dar o deuedor a ſeus eſcrauos em fraude do acreedor, & como ſe preſume o animo de fraudar? p. 53. n. 3.

Liberdade aos escrauos, ainda em frau de dos acreedores, se se pòde dar no testamento? p. 53. v. in fine. & p. 54.
Libertinos saõ os que foraõ escrauos; & se lhes deu carta de alforria. p. 51. v. n. 1.
Libertinos que hauia antigamente. p. 52. v. n. 1.
Liberto sempre fica sugeito nos obsequios ao senhor que o libertou. p. 52. v. n. 2.
Liberto quando he assignado pello patraõ deue os mesmos obsequios ao filho a quem se faz a assignaçaõ. p. 30. v. n. 1. & 2.
Linha como se considera igual, & desigual? p. 67. n. 4.
Linhas se consideraõ duas em direito pera a succession dos morgados. s. a do possuidor, & de seu filho primogenito, & como? p. 322. n. 13. & 331 n. 7. E como se constitue esta? ibi.
Linha do filho primogenito em quanto dura não se faz salto a outra. p. 331. n. 8.
Linha do chamado à succession se julga tambem chamada por censura de direito. p. 332. v. n. 15. E a linha do primogenito como se deue considerar? p. 331. n. 18. & p. 334. v. n. 23.
Liuro de rezão deue ter o tutor. Vejase, *Tutor*.
Liure se presume tudo sem encargo. p. 165. n. 1. col. 2.
Liures quaes saõ propriamente? p. 48. v. n. 2.
Liure não he o que viue á redea solta dos vicios, senão o mais observante das leis. ibi.
Liures de nascimento quaes saõ? p. 51. v. n. 1. & 5.
Liure se he o que nasce de mãy forra, posto que conceba, sendo escraua? p. 51. n. 5.
Liure de nascimento se se poderá dizer aquelle que foy algũ tempo tido por escrauo? p. 51. v.
Louuor proprio he necessario, vtil, ou voluntario. p. 10. v. in fin. col. 2. Pera cõ os desconhecidos necessario: pera cõ os ingratos vtil, & como? p. 11. n. 3. Voluntario reprouado. ibi, v. Porq̃ não he licito pera com enuejosos? ibi, v. col. 1.
Louuados se lhes commettem os casos duuidosos, & aos peritos na arte se dà credito. p. 145. v. col. 2. n. 3. & 4.
Louuados se dão pera assinarem o caminho pera se ir buscar agoa quãdo se deue seruidão, sem detrimento da propriedade. p. 161. in fine. com decisaõ.

M

MAdrasta se presume inimiga dos enteados, & que persuade o pay contra elles. p. 253. v. col. 1. in fine. E a etymologia de seu nome. ibi.
Má fé como se presume no possuidor? p. 178. v. n. 4. & p. 339. n. 36. & 37. E como se collige do erro de direito? ibi.
Mãy natural como succede a seu filho natural? p. 318. v. n. 4. E aos espurios? p. 319. n. 1.
Mãy que conceber sendo escraua, & parir sendo liure, se será o filho liure tambem, ou pello contrario? p. 51. in princip.
Mãy, & auó podem ser tutoras de seus netos. p. 99. & v. E se perde a tutoria casando segunda vez, ou desposandose somente? ibi.
Mãy o que tiuer dado aos filhos lhes fica, ainda que case segunda vez. p. 193. v. n. 6.

Index das coufas notaueis,

Mãy antigamente não ſuccedia ao filho hojeſi, & como? p.304. v. n.2.

Mayores de 25. annos quando gozão da reſtituiçaõ dos menores com elles litigantes? p.120.

Mayores de 14. annos que não tem tutor, não póde alhear ſem authoridade do Curador. p.200.col.2. in fin.

Maior q̃ aceitou a herança, & a achou com encargos, como ſe pôde remediar? p.263. v.n.2.

Mancipaçaõ extingue o patrio poder. p.91.v.col.2.n.1. Como ſe fazia antigamente? ibi, n. 2.

Mancipar a ſeu filho pôde o pay ſer cõſtrangido, por algũas cauſas, & quaes? p.92. in princip. E os effeitos da emancipação. ibi.

Manumiſſaõ ſe chama a liberdade que o ſenhor dá aos eſcrauos. p.52. n.2. E como ſe daua antigamente de tres modos, & quaes? ibi.

Marido não póde vender os bẽs de raiz ſem conſentimento da molher. Vejaſe, *Bens*. Nem doar ſem o dito cõſentimento. ibi. & p.247. v.n.7. & ſeq. E os bẽs dotais. Vejaſe, *Dote*.

Marido como ſuccede á molher, & pello contrario? p.347.v.n.1 & ſeq.

Maſculino quando comprehende o feminino? p.85. n.3.

Matarſe a ſi meſmo não póde ninguẽ, nem obrigar ſua vida. p.31.v.n.4.

Matrimonio ſe diuide ſeu titulo em quatro partes. p.63. v.n.1.

Matrimonio, ou he contrahido eſpiritualmente, ou carnal. pag.70. v.n.5. Tiraõſe de hum as excellencias do outro. ibi.

Matrimonio ſe procede dos eſtados da natureza, & como? p.70.n.1. Donde ſe diriua, & como ſe diffine? ibi. n.2. & 3.

Matrimonio tem varios nomes entre os antigos. p.70.n.4.

Matrimonio ſe explicaõ suas excellencias. & ſe diſtribuem pellos doze Apoſtolos do Collegio de Chriſto S. N. ibi, v.n.6.7.& 8. & ſeq.

Matrimonio reforma tres desordenadas concupiſcencias a tres graos de graça. ibi.n.8.

Matrimonio pera ſer perfeito, & valido o que ſe requere? p.72.v.n.8. E como ſe impede pera que ſe não faça, & celebre, mas contrahido o não dirime, ou impede, & annlla juntamẽte. p.73.n.6. & ſeq.

Matrimonio contrahido por medo he nullo. p.73.n.6.col.1. & p.349. n.7.

Matrimonio illicito qual he? p. 76. v. n. 1.

Matrimonio inutil como ſe conſidera, & a rezão das prohibiçoẽs? p.78. n.5.

Matrimonio de futuro cõtrahido debaixo de cõdiçaõ honeſta, & poſſiuel, ſe renoga pello ſegundo matrimonio cõtrahido puramente. p.65.n.8.

Matrimonio contrahido por procuração que ſe renogou, ignorando os contrahentes, & o procurador a reuogação, ſe valerá? p.65.v.n.11.

Matrimonio he prohibido entre os parẽtes, até certos graos q̃ ſe referem. p.66.v.n.1. E entre os ligados por affinidade, como? p.68.& 69. & vejaſe nas palauras, *Affinidade*, & *Grao*.

Meeiros ſaõ o marido, & molher nos bens, quando caſaõ por carta de ametade. p.348. E nos acquiridos. Vejaſe, *Caſando*, & *Caſar*.

Menor de 25. annos goza do beneficio da reſtituição. Vejaſe, *Reſtituição*.

Menor ſe póde dar liberdade a ſeus eſcrauos? p.54.v.n.1. E ſe poderá dar lhes liberdade, tanto que pède fazer teſtamento? ibi, n. 2.

Menor não póde adoptar a outro maior que elle na idade. Vejaſe, *Adoptar*

tar, & p 87. v. n. 18.
Menor de 14. annos ſendo o macho, & menor de 12. ſendo a femea, não pô de fazer teſtamento. p. 219. v.
Menor não he reſtituido ſem repor aquillo de que ſe aproueitou. pag. 256. n. 15.
Menor de 25. annos ſendo de vinte, & caſado, ſe reputa por maior. Vejase, *Caſado*.
Merce do Princepe ſempre ſe julga ſer feita ſem prejuizo de terceiro. pag. 252. v. n, 6.
Misturandoſe varias especies como ſe podem ſeparar, ou ſe se acquire pella meſtura? p. 148. v. n. 1. 2. & 3.
Miſſas ſe induzem morgado? p. 342. v. n. 18. com decisaõ. Vejase, *Morgado*.
Mocidade porque a amou mais o Emperador pera lhe dedicar eſta ſciencia? p. 6, n. 57. Quanto ſuspirada foi de muitos velhos? ibi, v.
Moços que fizeraõ grandes progreſſos nas letras, & nas armas. pag. 6. v. n. 63.
Moço na idade ſe he velho no merecimento, he digno de todos os cargos. ibi, n. 61.
Mocidade ſe não conta pellos annos, ſenão pello procedimento, no qual póde ſer o velho moço, & o moço velho. p. 7, n. 69. & 70. com exemplos.
Moinhos ſe se podem fazer nos riòs publicos? p. 138. v. n. 4. E ſe os pode raõ edificar os particulares? ibi. E ſe hauendo hum moinho ſe pôde fazer outro no meſmõ rio? ibi, n. 6. E ſe póde prescreuer o direito de edificar moinhos? ibi. E ſe o ſenhorio de hum moinho poderâ prohibir, q̃ não vaõ moer a outra parte? p. 139. n. 7.
Molher que fica em poſſe, & cabeça de caſal, ſe eſtá obrigada às diuidas do marido? p. 355. n, 21. & 22.
Molher prenhe não póde ſer atormentada, nem caſtigada. p. 51. n. 4.
Molher ſe póde adoptar? p. 88. n. 20. E ſe fica o adoptado em ſeu poder? ibi.
Molher tanto que ſe recebe, goza do foro, & priuilegios do marido, ainda q̃ ſe não ajuntem. p. 66. col. 2.
Molher como ſe conſidera ſugeita ao marido? p. 304. v. n. 3.
Molher eſteril ſe goza dos priuilegios do dote? p. 305.
Molher que caſaua ſegunda vez não podia ſer inſtituida por herdeira. pag. 228. v. n. 5. Nem podia fazer ſubſtituiçaõ exemplar. p. 236. v. n. 4. Era abominada dos antigos, ibi.
Molheres illuſtres ſaõ generoſas, & podem gouernar, & adminiſtrar os cargos em que ſe ſuccede por direito de ſangue. p. 85. n. 6.
Molheres não podem ſer teſtemunhas no teſtamento, & porque? p. 205. v. n. 1. E ſe o póde ſer nos contratos, & em algũs teſtamentos, & quaes? ibi.
Molheres porque chegaõ mais depreſſa à idade que ſe chama, *Puberias*, do que os machos? p. 84. v. col. 2. in fine.
Molheres de mao viuer ſe lançaõ dos bairros. p. 163. n. 20.
Morgado inſtituido por homem mecanico ſe ſuccede nelle o filho natural? p. 312. n. 3. E ſe baſta a nobreza politica pera não ſuccéder? ibi, v. n. 4. com decisão.
Morgado inſtituido por homem mecanico, chamando pera à ſucceſſaõ filhos legitimos, ſe ficaõ excluidos os naturais? p. 314. n. 7.
Morgado inſtituido por transuerſal ſe tem nelle lugar a repreſentaçaõ? p. 320.

320. v.n. 2. com deciſaõ.
Morgado ſe pòde ir ao frade, ou freira? p. 321. n. 5.
Morgado ſe julga a ſucceſſaõ delle por quatro qualidades. ſ. linha, grao, ſexo, & idade. p. 321. v. col. 2. in fine, n. 13. Eſtas como ſe conſideraõ? p. 335. col. 2.
Morgados de Hespanha ſaõ huns fideicommiſſos particulares, & como? p. 327. v. n. 28.
Morgado ſe ſuccede nelle à maneira das ſucceſſoẽs abinteſtato. p. 331. v. n. 10.
Morgado ſe ſe pòde prouar por teſtemunhas a inſtituiçaõ delle, & como? p. 332. n. 13. E como ſe ſuccederá nelle? ibi.
Morgado inſtituido condicionalmẽte, cumprida a condiçaõ, ſe extinguem as diſpoſiçoẽs nos outros caſos. p. 336. n. 25. com deciſaõ, & p. 337. n. 29. E ſendo inſtituido debaixo de condiçaõ, ſe faltando ella, ficaõ os bens liures? p. 238. & v. n. 5. & 6. & ſeq. com deciſaõ.
Morgado vay ao parente mais chegado do vltimo poſſuidor. p. 336. v. n. 28.
Morgado ſe ſe induz da vocaçaõ da familia? ibi, v. n. 27.
Morgados pera que fim foraõ inſtituidos? p. 340. n. 40.
Morgado inſtituido por titulo de doaçaõ, ſe julga ſerem tantas as doaçoes quantas foraõ as vocaçoẽs? p. ibi, n. 41. E ſe ſe reuogará pella cauſa que der algum dos ſucceſſores? ibi n. 42.
Morgado porque conjecturas ſe induz? p. 341. n. 46. Se ſe induz do encargo de miſſas? ibi, n. 47. E ſe ſe induz pellas vocaçoẽs, & ſubſtituiçoẽs de parentes? p. 237. n. 6. E das palauras, ibi, n. 5. E da vocaçaõ do parente mais chegado, pag. 237. & num. 6. & 7. & ibi, v. com deciſaõ.
Morto ſe ſe presume o auſente mais de cem annos. p. 86. col. 1. E a quem pertence prouallo? ibi.
Morte do Teſtador he neceſſaria pera confirmaçaõ do teſtamento, & pella morte de Chriſto S. N. foy confirmado na Cruz o teſtamento nouo daley da graça. p. 241. n. 1. & ibi, v. n. 4.
Moſteiro em cõmum he capaz de bẽs, & como? p. 321. n. 5. Quando exclue o ſubſtituto? ibi, v. n. 8.
Mudanças de eſtado ſuccedem de tres modos. p. 103. v. n. 1. & ſeus effeitos. p. 104. n. 3. Succedem aos homens liures. p. ibi, v. n. 1. col. 2. Se por ellas ſe acaba a tutoria, & por qual? p. 123. v. n. 1 E ſe pella mudança do eſtado do Teſtador fica nullo o teſtamento? p. 244. n. 3. E ſendo reſtituido, ſe o deue ratificar, & como reconualeſce? ibi. v. n, 1. 2. & 3.

N

NAſcidos de ajuntamento neſario, & reprouado ſe chamaõ algũs filhos. Vejaſe, *Filhos.*
Neceſſarios herdeiros quaes ſaõ? pag. 260. n. 3, & col. 2. in fine, & ibi v.
Netos eſtaõ ſugeitos a ſeu auò paterno p. 60. v. n. 4. E aos maternos como? ibi. Como ſuccedem ao auô por repreſentaçaõ? p. 301. n. 1. col. 2. Como tem o direito da ſuidade? ibi, v. col. 1.
Nobreza da mãy, & auòs maternos ſe ſegue o filho? p. 49. n. 2.
Nobreza do animo he a verdadeira p. 50. n. 4. Diuide ſe em natural, & gratuita, ibi.
Nobreza da ſciencia, das letras, & do proce-

procedimento, ſe prefere â do ſangue. p.49.v.n.3.
Nobres que viuem na villa podem impedir a eleiçaõ dos que viuem no cãpo. p.132.v. n. 3. E ſempre haõ de ſer preferidos,& a nobreza das letras leua ventagem a todas. ibi, n.4.
Nobreza politica ainda que não ſeja de ſangue, ſe baſtarà pera que não ſuccedão os filhos naturais ao pay que viuer como nobre? p.313.n.15.cõ deciſaõ.
Nome de Ieſu Chriſto principio de todas as felicidades. p.1.v.n.1.in rubr.
Nome da peſſoa quando ha duuida nelle,ſe recorre às conjecturas da affeiçaõ. p.324 n.8.
Nomear podendo o primeiro adminiſtrador ſe se entende que os mais tẽ eſſa faculdade. p.323. v.n.17.
Nomear quẽ tem eſſa faculdade,ſe eſtâ obrigado a ſeguir algũa ordem, ou ſe pôde nomear quem quizer? p.325 n. 23. E ſe fallecer ſem nomear aquelle que tem poder pera iſſo ſuccederá o parente mais chegado. p. 326.n.24.
Nomeandoſe o herdeiro por indubitauel final,ſe valerá a inſtituiçaõ, poſto que o Teſtador não poſſa fallar. p.211.v.n.8. & p.ſeq. n.9. com deciſaõ.

O

OBſeruancia dos preceitos de direito como vence os cõtrarios da juſtiça? p.34. n.18.
Offenſas ao proximo ſe prohibem em direito. p.35.v.n.14.
Opiniaõ ſe ha de ſeguir ſempre a mais pia, & branda nos crimes, pag. 23, n.15.
Opinião a fauor da Religiaõ ſe ſegue em duuida. p.160. v. n. 12.
Ordem com que as leis ſe haõ de aprẽder,& dispor. pag. 29.v.n.1.
Ordem como ſe deue guardar em tudo? ibi,n.2.
Ordem da eſcriptura não ſe attenta ſenão quando concorre com a vontade. p.278.v.n.2.
Ordẽs de ſucceder que hoje ſe obſeruaõ, ſaõ cinco. Referemse todas p.320.v. E a primeira, ibi.

P

PActos,& eſcrituras dotais ſe deuem conſiderar ſempre. p.347. v.& p.350. n.15.
Pacto de que não remindo o penhor atẽ certo tẽpo, fique vendido,ſe val? p.200.v.col.2.n,2.
Padrinho do Baptismo como contrahe affinidade eſpiritual com o afilhado & com ſeus pays? p.73. v.col.2.
Pagar ſe preſume cada hum a diuida, a que eſtà mais obrigado? p.354.n.2.
Pagamento faz o juiz pellos bens do caſal aos acredores. pag. 307. n.4.
Pagamento feito com dolo não desobriga. pag. 358. v. n. 27. Feito por mandado de juſtiça, desobriga, & liura da preſumpçaõ de dolo. ibi, n.28.
Pai he legitimo herdeiro do filho q̃ morre ſem teſtamento. p. 316. v. & 317. com deciſaõ.
Pay como ſuccede ao filho abinteſtato ficandolhe irmaõs, ou ficando tambem o auò. p.316.v. n.1.
Pays ſuccedem aos filhos, como os filhos aos pays. p. 318. col. 1. n. 1. E como ſuccedem aos filhos naturais? ibi, v.
Pay poſto que não chegue a ſucceder no morgado,paſſa o direito ao filho. p.322.v.n.14.

Index das couſas notaueis,

Pay como legitimo adminiſtrador do filho pòde tratar de ſeus bens, ainda que pertençaõ ao mesmo filho por aduenticios? p.343.n.52.

Palauras do Teſtador ſe deuem attẽtar ſempre. p.238.v.n.6.

Palaura. *Direito*, como ſe entende? p. 38. n. 2.

Palaura, *Filhos*, o que comprehende? p.310.v. col. 2. in fin. & p.311.col.1.

Palaura, *Couſas*, o que comprehende? p.137.v.n. 2.

Palauras ditas ſimplesmente ſe entendem do primeiro acto. p.337. n.30.

Palauras gerais como ſe entendem, & reſtringem, & as multiplicadas, & de encarecimento? p.289. v. n.2.

Papa Vigario de Chriſto S.N.dignidade que ſe alcança pellas letras, & ſua excellencia. p.4. v.

Parentes ſempre ſe presumem amados na ſucceſſaõ. p.297.v.n.2. E deuem ſer mais amados que os eſtranhos: & ſe ſe pòde cõ boa conſciencia deixar a herança aos desconhecidos, hauendo parentes? p.300.n.4.

Parenteseo por ſangue como ſe conſidera? p.66.v.n. 2.

Parentesco como ſe conta entre os aſcendentes & descendentes, & collaterais, atè o quarto grao? p.67. n. 2. & 3.

Parentesco por affinidade como ſe cõſidera, & contrahe; & ſe impede o matrimonio? Vejase, *Affinidade, & grao.*

Parentes como ſuccedião antigamẽte? p. 303. còl. 1. Como ſe admittem os mais chegados à ſucceſſaõ? ibi, col. 2. in fine.

Parentes por femea como ſe admittẽ? p.306. E como ſe conſidera o parentesco entre os eſcrauos? ibi,n.1.

Parentes mais chegados ao vltimo poſſuidor, como ſe admittem à ſucceſſaõ do morgado? p.326.n.24. Como ſuccedẽ quando morre o aquelle que tinha faculdade de nomear, ſem fazer nomeaçaõ? p. 327. n. 25.

Parentes pobres o que ſe lhe deixa não como taes, ſenão como parentes, ſe he cauſa pia, ou não? p.214.n.13.

Partes do bom juiz ſe reſumem. pag. 21.v.n.10.& p. ſeq.

Partes da juſtiça. p.20.n.7.

Parto ſegue o ventre, & como? p.49. in fine.

Partos dos animaes ſaõ fructos que pertencem ao ſenhor deiles. p. 145.v. n.1. E ſe procede o mesmo nos partos das eſcrauas? ibi,n.2. & p. 152. n.6. & ibi, v.

Paſtos ſe ſe acquirem por prescripçaõ p.163.

Paſtar não pòde o gado doente com o ſaõ. ibi, n. 18.

Patraõ como ſuccede ao liberto? pag, 307.n.2. E o direiro do padroado como ſe conſidera? p.307.n.1. & 2.

Patrio poder o que he, & donde procedeo, & a quem compete? p. 60. v. n. 2. & 3. Pertence aos pays, & auòs paternos. ibi.

Patrio poder como ſe acaba? Referem-ſe ſete modos principais. p.90.n.1.E 2. E ſe ſe acaba pella morte ciuil, ou natural? ibi,col. 2.n. 1. E ſe ſe extingue por rezão de dignidades q̃ alcance o filho familias, & quaes? p. 90.v.n.1. E pella entrada em Religiaõ. ibi,n.2. E ſe ſe acaba pello catiueiro do pay, ou do filho? p, 91. v. n.1.

Patrio poder ſe ſe extingue negando o pay alimentos ao filho? p. 92. n.2. E ſe ſe acaba casando o filho, ou filha? ibi,v.n.3,

Patrimonio dado ao filho pera ſer Clerigo, ſe ha de vir à collaçaõ, & conferirſe

ferirſe. p.262.n.3.
Patriarcha dignidade que ſe deue aos letrados. p.4.n. 40.
Pauoẽs, pombas, & outros ſemelhãtes ſe fugirem do pombal, ſe se podem tomar em outra parte? p.144.v.n.1.
Paz foy ſempre muito eſtimada, & no tempo della naſceo Chriſto S. N. p. 33. v. n.14.
Peça feita de diuerſas materias ſe ficará commua dos ſenhores dellas? p. 148.col.2.n.1.
Peculio caſtrense he o que o filho acquire na guerra, & quaſi caſtrense o que ganha por letras, ou adminiſtraçaõ de officios publicos. p. 62.v. Neſtes he reputado por pay de familias pera doar, teſtar, & contratar. ibi.
Peculio profecticio he o que procede da fazenda do pay, & o aduenticio o que vem por heranças. p.63.in principio. E como acquire o filho familias neſtes peculios? ibi, & p. 201. n. 2.
Pedras preciosas achadas no mar, ſe ficaõ de quem as acha? pag.145.col. 2. n. 1.
Pedras antigas em que eſtá escrita algũa cousa, ſe fazem fé? p.208.v.col. 2.n.2.
Pena se se pòde pòr ao legatario? p. 281.
Penas dos que se mataõ a ſi meſmos. p. 32.n. 7.
Penas dos que contrahem matrimonio inceſtuoſo, ou nefario. p.77. v. n. 4. E dos que contrahem matrimonio inutil. p.78.v. n. 6.
Pena dos sonegados, Vejaſe, *Inuentario*, & *Sonegados*.
Penhora feita em vida do marido por diuida contrahida antes do matrimonio, se valerá, poſto que se ache que prejudique aos acquiridos que toca ó molher. p.350.v.n.18.
Perfilhar, Vejase, *Adoptar*.
Perguntas feitas ao Teſtador que eſtâ no artigo da morte, com o ſe conſideraõ pera valer, ou não a inſtituiçaõ? p.210.n.4. & ibi v. n. 5. & ſeq. com deciſaõ.
Perigo da morte como ſe conſidera, & differe do artigo della? p.214.n.15. & 16.
Pescar ſe se pòde nos rios publicos? pag. 137. v. col. 2. E a quem he permittida a pescaria, & ſe se póde impedir? p.138. n.3.
Peſſoas, ou ſaõ de ſeu direito, porque não eſtaõ ſugeitas a outrem, ou eſtaõ no dominio, & protecçaõ de alguem. p.57.v. n.2. & 2.
Peſſoas a quem compete a queixa contra o teſtamento. p. 257.v col.2.
Peſſoas a que não prohibido fazerem teſtamento. Vejaſe, *Teſtamento*.
Petiçaõ da herança, ou poſſe dos bẽs, como ſe deue fazer? p.278.
Pia cauſa, ou legado pio. Vejase, *Cauſa pia*, & *Legado*.
Pintura ſe cede à taboa, ou lamina em que ſe fizer? p.150, col.2.n.1. & 2. E ſe procede o meſmo no que ſe escreue? ibi, col. 1.
Planta poſta na terra alhea criando raizes ſe pertence ao ſenhor da terra? p. 149.v. n. 1.
Plebiscitos o que ſaõ, conforme a direito. p.46.n.7.
Pobreza ſe eſcuſa da tutoria? p.130.v. col.2. n.1.
Poder que tem os julgadores depende de Deos, & como? p.21, & ſeq. E o poderoſo não ha de fazer injuſtiças. p.252. n.4.
Poder que tem os pais nas peſſoas dos filhos. Vejase, *Patrio poder*, E o ſenhor nos eſcrauos. Vejase, *Eſcrauos*.
Poſſe, & cabeça de caſal como ſe conſidera

fidera pera pagamento das diuidas? p 355.n.21. Feita a partilha, cessa a dita posse. p.357. v.col.2.

Posse não a ha sem contradiçaõ, nem prescripção, p.159.n.9.

Posses dos bẽs, que daua o Pretor. Vejase *Pretor*. As que introduzio hũas saõ ordinarias, outras extraordinarias. Referemse todas. p.309.& v.ibi, & p.310. & quaes saõ necessarias, ou não? p.364.n.4.& 5.

Posse que se dá na escritura por clausula de constituto basta, & se pòde começar por ella a prescripção? p.181. n.10.

Possuidor de boa fê como acquire os fructos, & quaes? p.151.col.1. Vejase, *Fructos*. E o possuidor de mà fê. ibi, & p.338. v.n.35.

Postliminio fingião os antigos, & como? p.91.n.2. E como se recupera por elle o direito da suidade? p.301. col.1. n.1.

Posthumo he o filho que nasce depois da morte do pay, ou da feitura do testamento. p.224.n.1. E se pode ser desherdado, ou não? ibi, n.2. E se por seu nascimento se reuoga o testamento do pay? ibi, n.3. E se procede o mesmo morrendo logo em nascendo? ibi. E se valeraõ os legados deixados no testamento roto pella pretericaõ do posthumo, ibi, v.n.5. & p. seq. & ibi v. com decisaõ.

Posthumo se se lhe pôde deixar legado? p.278.v.n.3.

Pouoaçoẽs qual foy o primeiro que as introduzio? p.142.v.n.2.

Prayas do mar se saõ commuas? p.137. v.col.2. in fine.

Preceitos dados no direito Diuino aos que haõ de julgar: Referemse os principais. p.21.n.11.

Preceitos dados pellas leis aos julgadores como combinão em tudo com os sobreditos? p.22.n.12.

Preceitos de direito saõ tres, & quaes? p.31.n.1. Como combinão, & se corroborão com o direito Diuino? p. 33.v.n.16.

Premio facilita o trabalho, p.14. v.n. 18. com exemplos.

Premio, & castigo sustento do Imperio, p.17, in principio: Dâ animo, ibi, n.31.

Preterição se chama o silencio quando o pay faz testamento, & não faz mençaõ nelle do filho, ou filha, pag.222.n.2. E se se observa o mesmo cõos posthumos? p.224. n.2.3. E se valem os legados deixados no testamento em que o filho foy preterido, com decisaõ. p.225.& ibi v.

Preterição dos filhos no testamento do soldadado, como se considera, & se basta pera ficarem desherdados? p.227. E se obra o mesmo no testamento da mãy? p. ibi, col.2

Pretor como propunha os edictos: vejase a palaura, *Edictos Pretorios*.

Pretor podia emendar, & suprir o rigor do direito ciuil, ibi, & p. 308, Como introduzio as posses dos bẽs? ibi. Se pôde fazer herdeiros? ibi, v.n.1.col.1.

Prescripçaõ de seruidão não se dá sem posse, & hauendo contradição não a ha? p.159.n.9. Se se induz por actos de mera faculdade, & precarios, com intelligencia de Textos, & varias opiniões, p.160. n.11.

Prescripção se foy introduzida pello direito ciuil, & porque? p.176. v. & seq.n.3.

Prescripção de trinta annos tira toda a aução, p.179.v. n.8. com decisaõ.

Prescripção se pòde começar pella posse que se dà na escritura? p.181.n.10.

Prescripçaõ de cem annos o que comprehende,

prehende,& a immemorial a que ſe extende? p.183.v.n.3.
Prescreuer, como ſe entendem as acçoẽs criminais por 20.annos? ibi,n.4
Prescripçoẽs quaes ſaõ as fauoraueis, & quaes as odioſas? p.185.v.n.8:
Prescripçaõ das couſas do fiſco pello quadrienio, como ſe entende? com decisaõ. p 182.v.n.1.& ſeq.
Prescripçaõ ſe ſe interrompe pella citaçaõ? p.147.n.5.
Preſumpçaõ de direito, a que ſe chama *Iuris, & de iure*, qual he? pag. 64.in principio. Contra ella ſe não admite proua. ibi.
Preſumir ſe deue ſempre bem, & em excluſaõ do delicto, & do dolo. p. 358.v.n.23.
Preſumpção de boa fè, vejaſe, *Boa ſè, & máfé.* ibidem.
Princepe nunca tem animo de prejudicar á ninguem, p.88.n.21. Como ſe deue moſtrar clemente? ibi, & p. 252.v.n.5.& 6.
Princepe deue deſterrar os enuejoſos. p.56.n.2.& 57.n.9. E amar os prudentes,& ſabios. pag.9.v.col.2. & ibi,n.10. Referemſe muitos exemplos de Princepes que honraraõ muito os varoẽs doutos. ibi, n.11. & ſeq.
Princepe ainda que faz leys, acreditaſe muito, obſeruandoas, pag. 252. n. 2.
Priuilegio concedido eſpecialmente a algum particular, não faz exemplo. p.45.v.n.5.
Priuilegios, & merces ſempre ſe entẽdem fauoraueis. p.88.v.n.21.
Priuilegios do dote. p.277. col. 2. E ſe goza delles a molher ſteril? 304.v.n.4
Prodigo não pòde fazer teſtamento. p. 220.col. 2.
Proemio da inſtituta. p. 1. n. 1. He o conuite que prouoca os animos â liçaõ dos liuros, ibi.
Prohibiçaõ das offenſas ſe conthem no primeiro preceito de direito, & como? p.31.v.n.3.
Prohibição de alhear ſe induz della morgado? Vejaſe, *Morgado.*
Promeſſa de caſar de futuro como ſe conſidera? p.63.v. & ſeq. E como ſe acaba? pag. 65. n. 9. Vejaſe. *Eſpoſorios.*
Propoſtas duas couſas incompatiueis na eleição de hũa ſe renuncia a outra, p.255.v.n.9.
Proteſto contrario ao facto, não val.p. 65.in princip. com exemplo.
Proximidade ſe ſe ha de conſiderar a reſpeito do inſtituidor, ou do vltimo poſſuidor? p.321.n.4.
Prudencia he companheira da juſtiça. p.27.n.3.
Prudencia,& aſtucia como ſe diſtinguẽ,& differem? ibi, v.n.4.
Prudencia vence as traças do amor profano, p.34.v.n.21.
Prudencia vence a fortuna, porque o prudente he immutauel, p.55.v.n. 6. He neceſſaria em tudo, p.15.v. n. 25. Sem ella não obra nada o esforço. ibi.
Pupillo onde ſe deue criar,& com quẽ? p.109.v. col.2. in fine. E não tendo com que o alimente, como o poraõ com amo,& quando? p.111.v.n.16.
Pupillo ſe pòde obrigar ſe ſem iuthoridade do Tutor? p.112.n.4. E ſe poderâ ſem ella aceitar heraças? ibi,v. n.1. E ſe poderá ſem ella alhear ſeus bẽs? p.199.v.n.1.
Pupillo ſe pòde ter muitos Tutores? p. 127.col.2.n.1. E tendo muitos, como haõ de adminiſtrar? ibi,v.n.2. E ſe deuem todos dar fiança? ibi,v.n.4.
Pupillo pòde obrigar os Tutores, & ſeus herdeiros a que lhe dem conta de ſeus bens? pag. 128. col. 2. n. 1.

Index das couſas notaueis,

Como deuem render ſeus bens, & o mais. Vejaſe a palaura, *Tutor.*

Pupillar, vejaſe, *Subſtituição.*

Q

QVadrienio aſſinado na Ord. lib. 3. tit. 41. §. 6. pera pedir a reſtituiçaõ, como ſe entende? p. 117. v. n. 18. Como ſe conſidera pera a leſaõ? p. 118. n. 20. & pera a prescripção nos bens do fiſco? com deciſaõ, p. 182. n. 2. & ibi v.

Qualidade, & differença dos herdeiros como ſe conſidera? pag. 260. n. 1. & ſeq.

Quartel ſe ha de dar aos vencidos, porque matar aorendido he tyrania. p. 48. in fine. & 49. in princip.

Quarta Falcidia como ſe conſidera? p. 281. n. 1. E como ſe deue tirar dos legados, & de quaes? ibi, n. 2. E ſe forem muitos herdeiros? ibi. E quãdo não tem lugar? ibi v. & p. 283. n. 3. E ſe ſe póde tirar mais q̃ dos legados? ibi.

Quarta Trebellianica como ſe introduzio, & porque? p. 285. v. n. 1. & p. ſeq. E ſe ſe tira ſem encargo? p. 287 n. 1. & 2. E quando ſe deixou a herança abinteſtato, ou o fideicõmiſſo for particular? ibi, col. 2. Vejaſe *S. C. Trebelliano.*

Querelar, & queixarſe do teſtamento do pay a quem he permittido? pag. 253. n. 1. & ſeq. E os irmaõs ſe não podem queixar ſenão quando for inſtituida alguã peſſoa torpe, & qual he? p. 257. v. col. 2. n. 1. Vejaſe, *Teſtamento inofficioſo.*

R

REgra Catoniana o que continha? p. 278. n. 2. E ſe procede nos legados condicionais deixados aos eſcraos? ibi.

Rey he cabeça do Reyno. p. 7. v.

Reys de Portugal que amaraõ muito as letras. p. 10. per totam.

Reyno ſe ſuccede nelle â maneira da ſucceſſaõ dos morgados. p. 355. n. 24. Moſtraſe o direito del Rey N. S. D. Ioaõ o IV. pera o Reyno de Portugal, ibi, & n. 25.

Religioſos ſe chamaõ os Templos, Cemiterios, &c. p. 140. col. 2. n. 1.

Rendeiros como acquirem os fructos, & as eſpecies de arrendamento. p. 152. n. 6.

Repreſentaçaõ o que he, & pera que foi introduzida? p. 329. n. 1. E em que caſos ſe admitte, & porque ſe dá aos aſcẽdentes *in infinitum*, & aos trãſuerſais ſò entre os filhos de irmaõs? ibi, v. n. 2. & ſeq.

Repreſentaçaõ como ſe conſidera nas ſucceſſoẽs abinteſtato? p. 300. v. col. 2. & p. 301. Como ſuccedem por ella os netos ao auô? ibi n. 1. Se poderá ter lugar no morgado inſtituido por transuerſal, ſendoo tambem o vltimo poſſuidor? p. 320. v. col. 1. com deciſaõ.

Repreſentaçaõ ſe tem lugar entre os transuerſais? p. 322. n. 14. E ſe exclue pella formalidade das vocaçoẽs? ibi, v. n. 15.

Repreſentação ſe tem lugar entre os meramente transuerſais. ibi. Quãdo cõcorre hum ſobrinho filho de irmão, como tio, ou cõ outro ſobrinho, & o vltimo poſſuidor he tio irmaõ do pai, ou mãy p. 322. v. n. 16. com deciſaõ. Como ſe dà entre os filhos de irmaõs? p. 324. v. n. 20.

Repreſentaçaõ ſe admitte quando não conſta o contrario da vontade do Teſtador. p. 327. n. 27.

Repreſentaçaõ quando não tem lugar? p. 330

p.330.col.1. & 2. Como tem lugar concorrendo sobrinho com tio? ibi v.n.4.& 5. com decisaõ. Admittese quando não consta o contrario da vontade do Testador? p.331. n. 6. Como se admitte entre os transuersais que descendem do instituidor? ibi,n.9. E como tem lugar no morgado instituido por ascendente? p.333.v. n.18.

Representaçaõ não se exclue pella Ordenaçaõ,lib.4.tit.100. §. 2. Entendese a mesma Ord. p. 334.n. 20. & 21.

Representação tem lugar entre os pertendentes da successaõ do Reyno. p.335.n. 24. E como por ella pertẽcia legitimamente a successaõ deste Reyno de Portugal á serenissima senhora D.Catherina,& em consequẽcia a seu neto elRey N.S.D. Ioaõ o IV. & seus descendentes. ibi, n. 5. seqq.

Representaçaõ como se admitte concorrendo dous primos com segundos filhos de dous primos irmaõs inteiros? p.332.n. 13. com decisaõ.

Repudiar como se póde a herança pello filho,ou pello estranho? p. 262. Vejase, *Heranças*, & *Filhos*, & *Aceitaçaõ*.

Requisitos necessarios pera o matrimonio valido,& perfeito, p.72. v. n.8. Vejase a palaura, *Matrimonio*.

Requisitos necessarios pera valer a tutoria testamentaria, p.97.v. in fine.

Requisitos que o Tutor deue considerar antes de aceitar a tutoria. p.111 v.in fine.

Requisitos pera competir o beneficio da restituiçaõ, p.116.v. n. 12.

Requisitos necessarios pera valer a alheaçaõ dos bẽs da Igreja, p.140. n.4.

Requisitos necessarios pera passar o dominio pella entrega, p.154.col. 1. E pera passar o dominio pella cõpra, ibi, col.2.

Requisitos pera a prescripçaõ, p. 177. v.n.1.

Requisitos pera ficar seguro o comprador de algũa cousa, & bẽs do fisco. p.181.v.n.2.

Requisitos pera valer a doaçaõ *causa mortis*. p.188.n.6.

Requisitos necessarios pera valer a doaçaõ *inter vivos*, p.189.v.n.5.

Requisitos necessarios pera valer a doaçaõ *propter nuptias*. p.194.v. n.1.

Requisitos necessarios pera ter lugar a aceitaçaõ da herança a fauor da liberdade, p.367.v.n.4.

Requisitos necessarios pera validade da substituiçaõ pupillar, p.235. col. 2. E pera a substituiçaõ exemplar, p. 236.v.n.7.

Requisitos necessarios pera ser reuogado o testamento solemne por outro segundo testamento, p. 242. v. n.2.

Requisitos necessarios em todos os herdeiros, p.261.col.2.

Requisitos pera o inuentario solemne, p.263.v. n.3. E pera ter lugar a pena dos sonegados. p.261.v.col.2.

Requisitos pera se julgar que a herança está aceita. p.267.v, n.2.

Requisitos pera valer o codicillo, pag. 291.v.col.2.

Restituiçaõ se concede ao menor que foy leso,& como? p.115.v.n.5.

Restituição o que he? p.116. v. n. 11. Contra o que se concede, ibi,n.12. Se tem lugar contra as partilhas? ibi,n.13.

Restituição se se pòde pedir depois dos 25.annos de idade? p.117.n.15. Como differem os annos? ibi.

Restituição se póde pedir o menor em nome de sua molher? ibi.v. n.18

Restituir quando se não pòde a mesma cousa,que se fará? p.118,n.21.

Reſtituiçaõ quando não tem lugar? ibi, v. n. 22, E ſe gozão della os maiores? ibi, n. 23.
Reſtituiçaõ compete ao herdeiro no caſo em que podia competir ao defuncto, p. 255. v. col. 2. E ſe compete ao filho emancipado? ibi. E como ſe entẽde o quadrienio, & ſe ſe dá contra o cumprimento do que manda o teſtador? p. 256. n. 12. E nos cõtratos não ſe dà ſem o menor reſtituir aquillo de que ſe aproueitou. ibi, n. 13. E por ella ſe reſcindem os actos em que o menor foi leſo ao tempo da celebraçaõ do contrato? ibi n. 14.
Reuogar como ſe pòde o teſtamento ſolemne por outro ſegundo ſolemne tambem? p. 242. n. 8. Vejase, *Teſtamento.*
Rios ſe ſaõ publicos a todos? p. 138. n. 2. & 3. Se ſe pôde nauegar nelles, ou não? & ſe ſe pòde nelles fazer moinhos? ibi, n. 4. 5. 6. & 7.

S

SAbios ſe chamaraõ Eſtrellas, & ſaõ o braço direito do Reyno. p. 7. v. col. 2. in fine. Chamalhes o Emperador pays, & amigos, p. 16. n. 2.
Sacerdocio não liura do patrio poder, p. 90. n. 2.
Sagradas que couſas ſaõ? p. 139. v. n. 1.
Sanctas que couſas ſe chamaõ em direito? p. 141. n. 1. E ſe ſaõ ſanctos os muros da cidade? ibi.
Satisdaçaõ ſe chama a fiança que o Tutor dà antes de entrar a adminiſtrar a tutoria? p. 126. v. & ſeq.
Sciencia requerſe pera julgar, & prudencia pera gouernar, pag. 28. v. n. 9. E quanto pòde? & que lugares ſe alcançaõ por ella? p. 6. n. 53. & p. 7. per totam.
Sciencias quando eſcuſaõ aos profeſſores de ſerem tutores? p. 133. col. 2.
Semeando no campo alheo a quem pertencem os fructos? p. 149. v. col. 2. in fine.
Senhores como ſe entendem, & donde procedẽ oſenhorios? p. 147. v. n. 7.
Senatus C. o que eraõ, & como ſe conſiderão partes do direito ciuil, p. 46. n. 7.
Senatus C. Tertulliano o que continha? p. 304. v. n. 1.
Senatus C. Pegaſiano o que continha? Diuideſe em quatro capitulos, & como por elle ſe ſocorria ao herdeiro pera lhe não ſer damnoſa a aceitação da herança? p. 285. v. n. 1. Como foy tirado, & ſe attribue o remedio ao S. C. Pegaſiano? p. 286, n. 1.
Senatus C. Macedoniano porque foy introduzido em odio dos queempreſtaõ dinheiro aos filhos familias? p. 366. v. col. 2. Limitaſe quando não procede. ibi.
Senatus C. Claudiano o que continha, & ſua emenda? p. 368. n. 1.
Sentença não ha de ſer apreſſada, p. 37, n. 28.
Sentença dada contra o caſo da ley, he nulla, p. 334. n. 22.
Sepultarſe em ſepultura alhea he violẽcia. p. 140. v. n. 5.
Sepultura he lugar religioſo, ibi, n. 2. E ſe eſtiuer o corpo repartido, qual ſerâ o lugar Religioſo? ibi.
Sepulturas dos Chriſtaõs em lugar ſagrado a quẽ ſe concedem, ou não? p. 141. n. 7.
Sequeſtrar ſe deuem os bẽs daquelle q̃ dilatar as partilhas mais de hum anno. p. 266. n. 14.
Seruidoẽs, ou ſaõ ruſticas, ou vrbanas. p. 157. n. 2. & 3. Referemſe todas, & as

& as especies que ha dellas? ibi.
Seruidão de ir tirar agoa â fonte se he discontinua,ou não? p. 61. v.n: 16. Se se pode acquirir por prescripçaõ? ibi.
Seruidão quem a pode impôr? pag. 164. v.col. 2. n.1. E quem a pode acquirir ? ibi.
Seruidão não se presume. p. 165. n. 1. col. 2. Como se poderá constituir? ibi,n. 2. E como se extingue? ibi,n. 3.
Seruentia he seruidão rustica, & como se considera? p.158. n.4.
Sobrinhos como succedem concorrẽ do com o tio? p. 303. col. 2. Vejase *Representação.*
Sociedade de todos os bens se julga contrahida entre os casados, & como se acquire a maneira della? pag. 363.n.36.&37
Sogro, & sogra se não podem demandar sem venia. p.64.
Soldados não podem ser constrangidos a ser tutores, p. 133. n. 1. & 2. d se procede o mesmo nos soldados Ea Igreja militante? ibi.
Soldados como podem fazer testamento sem as solemnidades todas de direito ciuil? p. 216.n. 1. E se procede o mesmo nos soldados da Igreja? ibi, v.n. 2. E de que soldados tratou o Emperador ? ibi, n. 3. E a rezão porque lhe saõ remittidas as solemnidades? ibi,n.4. E se gozão do mesmo priuilegio os soldados de nosso tempo? ibi,n.5.
Soldado fazendo testamẽto no arrayal goza dos priuilegios. p. 217.col. 1. E posto que lhe saõ remitidas algũas solemnidades de direito ciuil,não se lhe remitem as inhabilidades de direito natural. ibi,col. 2.
Soldado se pode morrer em parte testado, & em parte sem testamento, & porque? p. 217. v. col. 1.
Soldados auxiliares se gozão do mesmo priuilegio? ibi, n.9. E como pode ser escrito o testamento do soldado,& declarado por palaura? ibi, n. 10.
Soldado que antes de o ser, tiuer feito testamento menos solẽne, se ficará valendo pello seguinte priuilegio militar? p. 218.n.1.
Soldado que não fez mẽçaõ dos filhos, se se julga que os quiz desherdar. p. 227.n.1.
Solemnidades requisitas no testamẽto. p.204.col.2.in fin. & ibi v. E se saõ remitidas no testamento que faz entre seus filhos? ibi, v.n. 4. Vejase *Testamento.*
Spadão qual he propriamente impotente accidental? p.89.n. 22. E se pode adoptar? ibi.
Stelio animal em q̃ se figura a inuja. p. 12.v.n.8. Vejase, *Crime de Stelionato*
Subrepticias sendo as prouisoẽs, não valem. pag 102.col.2
Subrogaçaõ de bẽs de morgado, ou sugeitos a restituiçaõ, como se póde fazer, & com licença delRey? p. 343 v.col.2, & seq.
Substituto de hũ escrauo instituido por herdeiro do testador que o confidera liure, q̃ parte leua da herança? ibi, v.
Substituto se lhe ficão os bẽs liures, faltando a códiçaõ debaixo da qual foi instituido o morgado? p. 237. v.n. 3. & seq. com decisaõ.
Substituiçaõ vulgar oq̃ he? p. 231. v.n. 1. Diuidese em directa, & obliqua, ibi, n. 2. Qual he hũa, & outra, & seus effeitos? ibi,& p. seq. n. 3.
Substituiçaõ de parẽtes se se induz morgado della? Vejase. *Morgado.*
Substituiçaõ vulgar como se acaba? p. 234. n. 9.
Substituiçaõ porq̃ modos se póde fazer

& ſe sè pòde dar muitos ſubſtitutos a hũ herdeiro? p. 234.n.1. E hauendo muitos, que partes haõ de leuar da herança? ibi, col. 2.
Subſtituiçaõ pupillar qual he, & como differe da vulgar? ibi, col. 2. in fine. Pera que foy introduzida? p. 235. n. 2. Explicaſe qual he a tacita, & qual a expreſſa? ibi, n. 3.
Subſtituiçaõ pupillar tem varios efeitos, & quaes? pag. 235. v. n. 5. E como ſe extingue? ibi, n. 6.
Subſtituiçaõ exemplar qual he, & porq̃ ſe chama aſſi? p. 236. n. 1. E quem a pode fazer? ibi, n. 2. E com que palauras? ibi, v. n. 5. E a quem pôde ſer feita? ibi, n. 6. O que ſe requere pera valer? ibi, n. 7. Seus effeitos, ibi, n. 8. E como ſe extingue? ibi, n. 9.
Subſtituiçaõ reciproca, & a rezão de ſua introducçaõ? p. 237. n. 1. E como differe das ſobreditas? ibi. Seus effeitos, ibi, n. 2.
Subſtituiçaõ compendioſa qual he, & o que comprehende? p. 240. n. 1. Por que ſe chama compendioſa? ibi, n. 2. Seus effeitos, ibi n. 3. Como ſe faz, por quẽ, & comq̃ palauras? ibi, v. n. 4.
Succeſſaõ abinteſtato como ſe conſidera, & quando ſe diz que morre hum homem ſem teſtamento? p. 297.
Succeſſor a quem pertence o morgado ſe pôde litigar em vida do poſſuidor, pera que ſe julgue que lhe pertence? p. 341. v. n. 48. Vejaſe, *Herdeiro*, & *Morgado*.
Suprimento da legitima pede o filho quando ſe lhe deixa menos della, & ceſſa a queixa? p. 259. n. 1.
Suſpeiçaõ ſe póde pòr aos Tutores, & Curadores, & como? p. 135. n. 1.
Suſpeiçaõ não póde por o liberto ao patraõ ſeu tutor, p. 135. v. n. 3. col. 1.
Suſpeitos ſendo os tutores, ou curadores, & accuſados por taes ſe ficão infames? p. 136. n. 3. E como ceſſa eſta accuſaçaõ? ibi, v. n. 4.
Surdo, & mudo não póde fazer teſtamento. p. 220. v. col. 1. n. 1. E ſe for ſoldado? p. 217. col. 2.
Suſtento, & criaçaõ dos filhos, effeito do direito natural. p. 40. n. 6.

T

TAbalião deue enteruir na approuação do teſtamento. pag. 204. v. col. 2. E o que val ſua affirmaçaõ quando diſſer, que o teſtador eſtaua em ſeu juizo? p. 293. n. 7.
Temente a Deos deue ſer o juſto, & prudente. p. 28. v. n. 9.
Temor, Amor, & rancor ſaõ tres contrarios da juſtiça, p. 34. n. 17. E como ſe vencem com a obſeruancia dos preceitos de direito? p. 34, n. 18. & ſeq.
Tempo, em que ſe deue pedir a poſſe dos bẽs? p. 364. v. n. 1. E a reſtituição? 117. v. n. 18. & ſeq.
Terça pòde diſpor della à ſua vontade a quinquagenaria que não póde communicar os bens ao marido. p. 250. v. n. 16.
Teſtador ſempre ſe preſume tratar da peſſoa viua. p. 324. n. 19.
Teſtador tendo feito dous teſtamẽtos, póde no codicillo declarar, que valha o primeiro, & o ſegundo não. p. 247. n. 5. E ſe podera tirar a clauſula derrogatoria no codicillo? ibi, n. 6.
Teſtador pôde fazer muitos teſtamentos, & reuogalos, & declaralos até morte. p. 247. v. n. 7.
Teſtamento como ſe diffine? p. 203. n. 1. & 3. Sua etymologia. ibi, n. 4.
Teſtamento ſe fazia antigamente de tres modos, & quaes? ibi, v. n. 5. E ſe procede ſua origem do direito das gentes,

gentes,ou do direito ciuil? p.204.in princip.
Testamento se diuide em solemne, & nuncupatiuo. ibi, n.1. E qual he o solemne? ibi.
Testamento solẽne se ha de fazer por escrito, ibi, in fine.
Testamẽto ha de ter instituiçaõ de herdeiro, ibi,v.col.1. & p.299.v.n.7.
Testamẽto do rustico seval sendo feito com menos solemnidades? p.205. col.1. Eno tempo da peste? ibi.
Testamento pode ser escrito em papel ou pergaminho,ou taboa, & como? p.208.v.col.2.n.1. E se pôde ser escrito em diuersos papeis? ibi.n.2.
Testamento nuncupatiuo que se faz de palaura,qual he? p.209.v.n.1. Porq̃ se chama nuncupatiuo,& em que differe do solemne? ibi,n.2. Como o faz oenfermo que perdeo a falla,por sinais? Vejase, *Doente, Herdeiro, & Perguntas,& nomear.*
Testamento feito pera causas pias,ainda sendo nuncupatiuo, não requere tanta solemnidade. p.213. n.11. E que cousa seja causa pia. Vejase, *Causa pia*, & *Pia causa.*
Testamento nuncupatiuo ordinariamẽte se faz no artigo da morte. p.214. n.14. E que cousa seja artigo da morte? ibi.
Testamento nuncupatiuo feito no artigo da morte se reuoga conualecendo o testador.ibi,v.n.17.& 18.com decisaõ.
Testamento começado in scriptis, & acabado como nuncupatiuo, se valerâ? p.215.n.19.& 20.
Testamento dos soldados como se faz, & se considera? p.216.n.1.& seq. Vejase, *Soldados.*
Testamento do soldado se valerà hum anno depois de tornar da guerra? p.218.n.1. E se pòde ser a instituiçaõ condicional? ibi.
Testamento que pessoas o não podem fazer? p.219,n.1.& p.221.n.1.
Testamento se confirma pella morte do testador. p.241. n.1.
Testamento nouo porque se chama a ley da graça,foy cõfirmado na cruz, pella morte de Christo S. N. ibi.v. n.4.
Testamentos huns saõ justos, outros injustos. p.242.n.7. Rompẽse de dous modos, & quaes? ibi,n.8.
Testamento solemne se rompe por outro segundo solemne tambem. pag. 242.v.n.1. Limitase em muitos casos referidos, ibi,& p.243.n.3.
Testamento primeiro com instituiçaõ de herdeiro vniuersal se se rompe por outro segundo, em que se institue hum herdeiro em cousa certa. p.243.col.2.n.1.
Testamento solemne quando se reuoga,com a differença entre quando se rompe, se reuoga, ou fica irrito? p.244.n.2.
Testamento como se reuoga pella mudança de estado do testador? ibi,n.3 E sendo nullo pella tal mudança, & o testador restituido a seu estado,se reconualece o testamento, ou se o deue ratificar de nouo? ibi,v.n.1.2. & 3.
Testamento val,em quanto o testador não muda de vontade. pag.245.v. n.1. E se se reuogará pello arrepẽdimento do testador? ibi, & p.247. n.2.
Testamento segundo não sendo solemne,não reuoga o primeiro feito com as solemnidades requisitas. ibi,n.3. Limitase esta regra em varios casos. ibi,n.4.
Testamento primeiro pera se poder reuogar,requerese q̃ no segundo haja todas as solemnidades. p.247.v.

O que procede quando ſe trata de reuogar? ibi.
Teſtamento ſe pòde declarar no codicillo;& tirarſe nelle a clauſula derrogatoria? ibi,n.7.
Teſtamento como combina, & differe do codicillo? p.292. n. 1.
Teſtamento ſendo nullo, ſe fica tambẽ ſem vigor o codicillo? ibi, v. n.3. Sendo feito por peſſoa defectuoſa no juizo, ſe presume que foy feito com a mesma demencia, ibi.n.4.
Teſtamento inofficioſo he o que ſe faz contra o officio;& diuida paterna,& ſe pòde queixar delle o filho? Vejaſe, *Inofficioſo teſtamento.*
Teſtemunhas do teſtamento ſe he neceſſario que ſaibaõ o que eſtá escrito nelle? p.204.n.1.col.2. E quantas ſaõ neceſſarias? ibi,v.
Teſtemunhas porque ſe requerem ſete no teſtamento,ſendo que de direito baſtaõ duas pera prouar qualquer acto? p.205.n.5.
Teſtemunhas no teſtamento haõ de aſſinar por ſeus proprios nomes. ibi, col.2. E quaes podem ſer teſtemunhas? ibi,v.n.1. Molheres não podem ſer teſtemunhas. Vejase, *Molheres.*
Teſtemunha não pòde ſer o escrauo no teſtamento, p.207.v.col.2. E ſendo tido por liure, & tomado por teſtemunha, ſe valerâ o teſtamento? ibi.
Teſtemunhas ſe podem ſer o pay,& filho no teſtamento? p.208.col.1. E os legatarios? ibi.
Teſtemunhas no teſtamento do ſoldado ſe haõ de ſer rogadas? p.217. v. col.1.n.10.
Teſtemunhas que depoem eſtar o teſtador em ſeu ſizo, ſe ſe lhes dâ mais credito do que ás que juraõ eſtar em demencia,& furor? p.293.n.6. & p. 294.n°9.
Teſtemunhas domeſticas ſe ſe admittẽ neſte caso de proua de furor, & em outros ſemelhantes? ibi.v. col.2.
Thezouro como ſe diffine,& o q̃ he? p. 152.v.n.1. A quem pertence quãdo ſe achar? p.153.n.2.3.& 4.
Thezouro achado em lugar publico ſe pertence a elRey? ibi, v.n.5. Achado no campo alheo, a quem pertence? ibi, n. 4. E ſe o achar o ſoreiro no campo aforado, ou o jornaleiro? ibi.
Titulo ſe ſe presume no poſſuidor de boa fẽ, & qual ſe requere? p. 178. v. n. 4.
Trabalho ſe requere pera alcançar as honras. p.55. n.6.
Trabalho com que ſe eternizaraõ muitos doutos. p.14.n.16. O do eſtudo he facil aos entrados nelle. ibi, n.17.
Transacçaõ,ou concerto ſobre demãda ſe ſe pòde fazer em bẽs de heranças? pag. 262. v. E como ſe pòde reuogar a que for nociua aos menores? p.115.n.6. E ſe tem lugar nella a allegaçaõ de leſaõ? ibi. col.2.
Transuerſais diſtinguio a Ord.lib.4.tit. 100. dous generos delles, & quaes? E como ſe entende? p.322.v. n. 13. E ſe pòde ter lugar entre elles a repreſentaçaõ. Vejase, *Repreſentação.*
Transuerſais naſcidos de ajuntamento reprouado pella ley não ſuccedem huns aos outros. p.346.col. 2.
Tutoria ſe diuide em teſtamentaria, legitima,& datiua. p.95.v.n.1. E o que ſe requere pera valer a tutoria teſtamentaria? ibi.
Tutoria donde procede? p.92.v.n.1. Sua diffiniçaõ. p.93. n.1. Confirma ſe cõ o direito Diuino. ibi. O que ſe requere nella? p. 94. n. 3. Da parte do tutor o que ſe requere? ibi,v.n.4.
Tutores deuẽ ſer dados pello juiz dos orfaõs.

ou orfaõs. p.96.n.5.
Tutores quaes podem ser deixados no testamento? p.98.col.1.n.1. E se o pòde ser o filho familias? ibi,n.2. ou o escrauo proprio,ou alheo? p.98.v. n.5. E se pòdẽ ser a mãy, ou auô tutoras de seus filhos,ou netos? p.99.
Tutor se póde nomear no testamento por quatro modos,& quaes? p.100. n.1. E se pôde ser dado debaixo de condiçaõ? ibi,col.2.in fine. Se pòde ser dado pera cousa particular? ibi,v. n.3. E se o tutor dado aos filhos se entende aos netos tambem? p.101. in fine.
Tutoria legitima donde procede? ibi, v.n.1. Quando tem lugar? ibi,n.2.
Tutor se dà ao pupillo o que mais idoneo for. p.102.& v.
Tutor nomeado se pòde logo administrar? p.103.& ibi v.n.4.
Tutor dado no testamento se deue dar fiança? ibi,v.n.6.
Tutor se pòde ser deixado no codicillo? p.95.v.n.3.
Tutor qual deue ser cõfirmado,ou não? ibi,& p.96.n.4..
Tutor quem o pôde dar no testamẽto? p.96.n.5.&6.
Tutor dado no testamento, & confirmado pello juiz,se he testamentario, ou datiuo? p.97.n.8.
Tutor se pode logo administrár nas cousas que correm perigo? com decisaõ, p.103.n.3.& ibi,v.n.4.
Tutor do escrauo he o senhor que o libertou, & se procede o mesmo na senhora? p.105.n.1.
Tutor se he o pay dos filhos emancipados? p.105.v.n.1.E o irmaõ mais velho se he tutor dos irmãos? p.106.n.1.
Tutores dados pello juiz quando se admittem? ibi,v.n.1. E o deuem pedir os herdeiros do pupillo, ibi.
Tutor dá el Rey às pessoas illustres. ibi.
Tutoria dativa quando tem lugar? ibi col.2. in fine,n.3.
Tutores dativos quaes podem ser? pag.107.col.2.in fine. Requisitos pera valer a tutoria. ibi,v.
Tutorias porque foraõ introduzidas? p.108.n.1.
Tutor que obrigaçaõ tem? Resumemse todas. ibi n.2.
Tutor deue fazer inuentario dos bens do pupillo. ibi in fine, & còl.2. in principio. E se està obrigado pello que não receber? ibi, v. n.4. com decisaõ. E se ha de pagar ao pupillo o que por sua culpa deixou de acquirir? p.109.v.n.5.
Tutor, Curador, & Administrador de cousas da Igreja saõ comparados em direito. p.110.n.9. E como deuem empregar o dinheiro de cada qual destes? ibi. E como haõ de pagar os fructos que não mostrarẽ gastados? ibi,v.col.1.in fine.
Tutor tem obrigaçaõ de dar contas no fim da tutoria, & mostrar liuro de razaõ. p.111.n.13. E se dadas as contas hũa vez, se lhe podem pedir outras de nouo? ibi,n.15. E como porá com amo o menor que não tiuer com que se sustentar? p.116.v.n.16.
Tutor,que authoridade, & poder tem na pessoa do pupillo? p.112.n.1.& 2. E se se póde reuogar o concerto q̃ elle fizer? p.115.n.6. E se pòde vẽder os bẽs do pupillo? ibi, v.n.8.
Tutor comprando algũa cousa,se se julga que he em nome do pupillo? pag. 121.n.36.
Tutoria como se acaba? p.122.v.n.1. E se se acaba pella perfilhaçaõ? ibi, col.2.n.1. Ou sendo o pupillo degradado? ibi.
Tutor dado condicionalmente,cumprida a condiçaõ, se acaba a tutoria. p. 123.col.2.n.1. E como se acaba pella

morte. ibi,v.n.1. Ou pella mudança de eſtado? ibi.
Tutor dado por certo tempo,acabado elle,expira a tutoria. p. 123. v. n. 1. col.2.E ſe ſe acaba pello degredo? ibi, n.2.
Tutoria ſe acaba pella acuſaçaõ de ſuſpeiçaõ,ou eſcuſa do tutor? p. 124. n. 2.
Tutor impedido ſe pòde nomear outro tutor? p.126. n.2.& 3. col.2. Se deuem dar fiança? ibi, v.
Tutores ſe ſendo muitos,eſtá humobrigado pello que o outro fizer? p.127. v.col.2.in fine, & 128.col.1.
Tutores como ſe excuſaõ de o ſer, & de aceitar o encargo da adminiſtraçaõ? p. 129.& ſeq. Se o pòde ſer quẽ trouxer demanda com o pupillo? p. 130.col. 2. in fine.
Tutor de tres menores, ou de hum cõ muitos encargos,não pòde ſer conſtrangido a tomar outra adminiſtraçaõ. p.130.v.col.1.n.1.2.3.& 4.
Tutor que dormio com a pupilla, que pena tem? p.134.col.2. E ſe a deixar caſar ſem authoridade do juiz? ibi.
Tutor dado pera todos os bẽs,ſe ſe pò pòde eſcuſar de adminiſtrar os que eſtiuerem longe? p.134. col.2. n.1.
Tutor que ſe eſcuſar com cauſas falſas, não ſe liura. p.134.v.n.1.col.2.
Tutores quaes podem ſer acuſados de ſuſpeitos? p.135.v.n.1.& 2. E porque? ibi.
Tutor pòde ſer excluido da tutoria,por dolo,lata,ou leue culpa. p.136.n.1. & 2. E ſendo excluido, ſe fica infame? ibi,n.3. Como ſe pòde liurar da acuſaçaõ? ibi,v.n.4.
Tutor quando pòde pedir o legado ſem lhe prejudicar pera a queixa contra o teſtamento, em nome de ſeu pupillo. p.259. n.4.
Tutor incerto, ainda que depois ſe certifique,ſe valerá a nomeaçaõ? p.278. v.n.4.

V

Vagos que bens ſe chamaõ propriamente pera irem ao fiſco? p. 363.n.1.
Velhos que não podem gerar, ſe podẽ caſar? p.72.v.n.9.
Velhice ſeus priuilegios. p.87.n.15. & ſeq. & p.132. v. E como eſcuſa do encargo da tutoria? ibi.
Vendendo ſe alguem a ſi meſmo,ou cõ ſentindo ſer vendido, fica eſcrauo. p.51.n.5.
Vender contra ſua vontade a propria couſa, ninguem he obrigado, Limitaſe em algũs caſos. p.58.v.n.3.
Vender os bẽs do pupillo ſe pôde o tutor, & com que ſolemnidades haõ de ſer vendidos? p.115.v.n.8.
Vender ſe ſe podem os bẽs da Igreja? Vejase na palaura, *Bens da Igreja*, & *Alheação*.
Viua ſendo a peſſoa, ſe preſume, que della trata o Teſtador. p.324.n.19.
Virtude ſe ha de imitar, & procurar. p. 287.v.n.2. E premiada, prouoca a emulaçaõ. ibi.
Viuer ſe ſe preſume algũ mais de cem annos? p.85.v.n.7.
Viuo, ou morto ſe he alguem, a quem pertence proualo? p.86. col.1. & 2.
Vida eterna ſò he conſtante, & a temporal hum ſonho. p.86. in fine.
Vltima vontade o que comprehende? p. 203. n. 2.
Voto ſimples qual he? & como impede o matrimonio? p. 73. v. in fine. E o ſolemne como? p.74.v.col. 1. in fin.
Vontade do teſtador ſempre ſe deue attender,& guardar. p.314.v. n.9.
Vſucapião o que he,& cõmo combina com a prescripçaõ? pag.176.v. n.1. & 2.

Vsufructo como se diffine, corroborada a diffiniçaõ? p.165. n. 1. Diuidese em causal, & formal. ibi, n.4.

Vsufructo porque modos se constitue? p.276. col.2, n.1. Atê que tempo se pòde constituir? ibi. v. n.3. Cousas sobre que se pòde constituir? ibi, v.n.1. col. 2.

Vsufructo se diuide em legal, conuẽcional, proprio, & improprio, & sobre que se pôde instituir? p.170.n.3.

Vsufructo que o filho tem nos bens do morgado, se se extingue com sua vida? p. 272.v.n.12.

Vsufructuario, & rendeiro que fructos acquire? p.151. v. n.1. E se pertencẽ a seus herdeiros os que estauaõ cohidos ao tempo de sua morte? ibi, nº 2. E se està obrigado a substituir outras aruores no lugar das que se secaraõ? ibi, n.7. & p.152. v. & p. 169. n. 6. E se pôde o vsufructuario vender a commodidade do vsufructo? ibi, v.n. 7.

Vsufructo como se acaba? p. 170. v. n. 1.

Vso que cousa he? p.173.n.1. & 2. Como se constitue de dous modos? ibi.

Vtilidade publica se prefere a tudo. p. 160. n.72. com differença. ibi.

Vtilidade recebem os pouos com a assistencia dos Religiosos. pag. 161. n.13.

FINIS.